

Título: As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional:(re) análise dos princípios informadores.

Autor: Gabriel Lucas Moura de Souza.

Este material foi adaptado pelo Laboratório de Acessibilidade da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em conformidade com a Lei 9.610 de 19/02/1998, não podendo ser reproduzido, modificado e utilizado com fins comerciais.

Adaptado por: Matheus André.

Revisado por: Francisca Maria.

Adaptado em: Setembro de 2025.

Padrão vigente a partir de março de 2022.

Referência: SOUZA, Gabriel Lucas Moura de. **As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional:(re) análise dos princípios informadores.**2016. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2016.

P. capa



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

GABRIEL LUCAS MOURA DE SOUZA

**AS NULIDADES DO PROCESSO PENAL A PARTIR DA SUA
INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL: (RE)ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS
INFORMADORES.**

Orientador: Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior

NATAL/RN

2016

P. Pré-textuais

GABRIEL LUCAS MOURA DE SOUZA

**AS NULIDADES DO PROCESSO PENAL A PARTIR DA SUA
INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL: (RE)ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS
INFORMADORES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Orientador: Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior.

NATAL/RN

2016

P. Pré-textuais

GABRIEL LUCAS MOURA DE SOUZA

**AS NULIDADES DO PROCESSO PENAL A PARTIR DA SUA
INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL: (RE)ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS
INFORMADORES**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito,
da Universidade Federal do Rio Grande
do Norte, pela comissão examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior

Orientador - Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Profa. Dra. Keity Mara Ferreira de Souza de Saboya Universidade Federal do Rio
Grande do Norte (UFRN)

Prof. Dr. Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior Externo

Natal, ____ de ____ de 2016.

RESUMO

A presente monografia se dispõe a analisar as falhas da atual disciplina das nulidades no processo penal, traçando uma releitura a partir da Constituição. Assim, é essencial abordar a função do processo penal, afastando as propagadas ideias de instrumento do direito penal; de ferramenta para encontrar a verdade ou para alcançar a paz social. A partir da instrumentalidade constitucional do processo, busca entender qual a função da forma processual penal, ressaltando seu caráter protetivo e construindo as bases necessárias para o estudo das nulidades. Para tanto, ainda é essencial compreender como os sistemas acusatório e inquisitório lidam com os atos processuais, o que serve de guia para a atual crítica à matéria. Além desse caminho, analisa a problemática da Teoria Geral do Processo, revelando suas contribuições danosas para o processo penal e, especificamente, para a disciplina de nulidades processuais. Ato contínuo, caminha para apontar as fraturas da teoria das nulidades processuais penais, abordando a inadequação dos conceitos de verdade real e de decisão da causa para fins de averiguação da nulidade. Incursões da filosofia da consciência contribuem para a revisitação crítica do tema. Aborda o princípio do prejuízo, ajustando-o com processo penal constitucional ao rever o seu ônus probatório. O princípio do interesse é analisado com base na particularidade do Ministério Público enquanto parte especial. Discute a ampliação das hipóteses de interesse defensivo na declaração da nulidade ao passo que se restringe o interesse do Ministério Público. Por fim, o trabalho toca a investigação preliminar como um novo palco do processo penal. Com isso, objetiva desconstruir a ideia de que não existem nulidades na investigação.

Palavras-chave: direito processual penal; nulidades processuais; princípio do prejuízo; princípio do interesse; investigação preliminar.

ABSTRACT

This monograph intends to analyze the flaws in the current system of the nullities in the criminal process, tracing a rereading of the subject according with the Federal Constitution. Therefore, it is essential to talk about the function of criminal process, putting away the disseminated ideas that it is an instrument of the criminal law; a tool to find the truth and to achieve social peace. Starting with the constitutional instrumentality of the process, it seeks to understand the function of the criminal process, emphasizing its protective character and building the necessary bases for the study of the nullities. For that, it is still necessary to understand how the accusatory and inquisitorial systems deal with the process acts, what works as a guide to form the criticism about the subject. Besides, this monograph analyzes the issue of the General Theory of the Process, revealing its harmful contributions to the criminal process and, specifically, to the subject of the process nullities. Afterwards, it shows the fractures of the theory of nullities, talking about the inadequacy of the concepts of real truth and of decision of the case in order to verify the nullity. Incursions of the philosophy of consciousness contribute to the critical revisiting of the theme. It deals with the loss principle, fitting it into the constitutional criminal process when reviewing its probationary onus. The analysis of the interest principle is based on the matter of the Public Prosecutor as special subject of the litigation. It discusses the expansion of the hypotheses of defensive interest in the declaration of nullity while restricts the interest of the Public Prosecutor. At last, this paper touches the preliminary investigation as a new stage of criminal process. So, it intends to deconstruct the idea that there are no nullities in the investigation.

Keywords: criminal process law; process nullities; loss principle; interest principle; preliminary Investigation.

VERDADE

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.

E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os dois meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram a um lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em duas metades,
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
As duas eram totalmente belas.
Mas carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia

(Carlos Drummond de Andrade)

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. O LUGAR DE FALA: A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL COMO REALIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.	11
2.1. A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL .	11
2.2. A FORMA COMO GARANTIA: A LEGALIDADE ESTRITA “DOS DELITOS E DAS PENAS” ESPRAIADA PARA O PROCESSO	21
2.3. A FORMA PROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM OS SISTEMAS ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO	32
3. A VILANIA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO NA EVOLUÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAS: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E O COLAPSO ATUAL.....	39
3.1. A PROBLEMÁTICA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO.....	39
3.2. A TRANSPOSIÇÃO ACRÍTICA DE CATEGORIAS EM MATÉRIA DE NULIDADES PROCESSUAIS.....	48
4. APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O ESTADO D'ARTE DA TEORIA DO ATO PROCESSUAL PENAL IRREGULAR.....	52
4.1. A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL: A INADEQUAÇÃO ARTIGO 566 do CPP.	52
4.2. REALINHAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO A PARTIR DA REVALORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO.	58
4.3. PARA ALÉM DO PRINCÍPIO DO INTERESSE: REVISITAÇÃO CRÍTICA SOBRE O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS FRENTE À NULIDADE...71	
4.4. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: UM TERRENO ALHEIO ÀS GARANTIAS?	79
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS.....	95

1. INTRODUÇÃO

O estudo das nulidades processuais se aproxima da gênese da ciência médica. Entender o regular funcionamento do corpo humano pressupunha investigar suas deficiências e doenças. A lógica, portanto, é entender a fisiologia a partir da patologia. O marco temático das nulidades permite enfrentar as idiossincrasias do processo penal, revelando suas fraturas e possivelmente contribuindo com a eterna necessidade de reafirmação democrática da justiça criminal.

É lugar comum na literatura que o disciplinamento das nulidades processuais penais é deveras caótico, gerando um canal de anemia conceitual propício para a minimização de direitos fundamentais em detrimento da maximização de práticas autoritárias sempre latentes na sociedade. Esse caos mencionado consiste em (mais) um gravoso entrave para a consolidação do processo penal acusatório no sistema brasileiro, pois mantém intacto diversos dogmas retrógrados e constitucionalmente descompassados. As nulidades no processo penal, por isso mesmo, precisam de revisitação urgente.

As deficiências que maculam o tema advêm das mais diversas fontes do direito. A legislação, contaminada pelo ideário policialesco da ditadura Vargas, é descompassada com a valorização dos direitos fundamentais e com o processo penal constitucional. A exposição de motivos do diploma processual dá o tom através do qual as nulidades foram tratadas, asseverando-se que “as nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas”.

A doutrina tradicional, por sua vez, é maciçamente influenciada pela Escola Paulista de Processo, e a reboque pela “Teoria Geral do Processo”, de forma que as nulidades do processo penal não escaparam à regra: alimentam-se de categorias artificialmente transplantadas do processo civil, o que só aprofunda a inadequação dessa temática aos cânones do processo penal moderno. Por fim, a jurisprudência sofre com a ausência de sistematização e contribui para um cenário ainda mais caótico, notadamente quando influenciada pelo paradigma da eficiência que vê as nulidades como empecilho para a produtividade e o alcance de resultados.

O presente trabalho tem como escopo apontar as falhas do atual panorama teórico que circunda as nulidades processuais penais, lançando luzes na dissintonia existente entre os

postulados que informam essa temática e aqueles exigíveis de um modelo constitucional de processo.

Para que a crítica à atual conformação do modelo de nulidades encontre ambiência teórica frutífera, o capítulo primeiro lança as bases interpretativas que guiarão o futuro debruçamento sobre os princípios regentes do objeto desse corte temático. Abordar-se-á a finalidade do processo penal, visando desconstituir os dogmas da instrumentalidade das formas e da instrumentalidade inquisitória, dentro da qual se discute o processo penal como instrumento de pacificação social e de busca da verdade real.

Ainda no primeiro capítulo será examinada qual a função desempenhada pela forma no contexto da instrumentalidade constitucional do processo penal, refletindo-se acerca dos atos processuais e de sua função protetiva, garantidora dos direitos fundamentais. Para clarear a crítica semeada, ilustrar-se-á o tratamento das formas a partir do sistema inquisitório e acusatório, objetivando traçar o caminho a ser seguido para alcançar a potencialização da acusatoriedade e a minimização da inquisitorialidade do processo penal brasileiro.

No capítulo seguinte outro ponto de fratura da atual análise sobre as nulidades será discutido. Analisar-se-á a Teoria Geral do Processo e suas heranças, inicialmente, para todo o processo penal, demonstrando os equívocos gerados pelo transporte acrítico de categorias do processo civil para o processo penal, sem a devida filtragem que a distinção ontológica existente entre os dois ramos impõe. Após a abordagem generalista, a análise se voltará às influências da chamada TGP na disciplina processual das nulidades.

O derradeiro capítulo cuida da última aproximação com o tema, enfrentando pontualmente cinco pilares que sustentam a hodierna visão sobre nulidades no processo penal, a saber: as ideias de verdade real e de decisão da causa como norteadoras para a declaração da nulidade; a regra do prejuízo como viga mestra na disciplina; o princípio do interesse e a postura das partes frente à nulidade; e, por fim, o tratamento das nulidades na investigação preliminar.

O enfrentamento ao dogma da verdade real desponta, no último capítulo, aliado ao constrangimento epistemológico do raciocínio cartesiano. Com base na crítica extraída da filosofia da linguagem, busca-se refletir a (in)adequação do artigo 566 do CPP. O princípio do prejuízo, vetor mestre na disciplina das nulidades, será abordado a partir de um cotejo jurisprudencial e lido com as lentes da instrumentalidade constitucional do processo penal. O princípio da causalidade, por sua vez, encontrará crítica na leitura do poder judiciário como corporação, e no inexorável tratamento das nulidades como elementos impeditivos da tão almejada eficiência numérica. O princípio do interesse será revisto buscando a valorização do

processo acusatório, que vê o Ministério Público como um ganho qualitativo que beneficia sobretudo o próprio acusado. Assim, os limites do interesse e da legitimidade das partes no processo penal serão revistos a partir de sua desigualdade ontológica. Por fim, o mantra secularmente reproduzido que ilide a investigação preliminar de discussões sobre nulidade será debatido e enfrentado tendo como pressuposto a mudança de palco do atual processo penal, com um inegável salto de importância da fase pré-processual.

Por fim, ressalta-se que a metodologia utilizada no presente trabalho consiste em uma pesquisa bibliográfica sobre a Teoria do Processo Penal e, mais detidamente, sobre a teoria das nulidades no processo penal. Partindo deste pressuposto, a pesquisa amejalhou livros, monografias, teses, dissertações, artigos científicos, dispositivos normativos e jurisprudência, traçando paralelos pontuais com algumas produções cinematográficas, todos analisados de maneira crítica para a construção das considerações aqui expostas.

2. O LUGAR DE FALA: A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL COMO REALIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A compreensão da função da forma no atual panorama do processo penal requer uma digressão acerca do devido processo legal e daqueles corolários que dialogam mais proximamente com o objeto do presente escrito, isto é, a disciplina das nulidades em matéria criminal.

Ademais, um debate sobre o processo obediente aos paradigmas teóricos que fundam a concepção do *due process of law* gera, inexoravelmente, o dever de se debruçar sobre a função do processo, e, no presente corte metodológico, sobre o escopo do processo penal, compreendendo-se qual o seu atual fundamento de legitimidade.

Sob a ótica específica da presente abordagem, é inegável que, para estabelecer qual a serventia dos atos processuais (e consequentemente quais as consequências de sua prática irregular) deve-se entender qual a serventia do processo. Não se entende a parte, isto é, o ato, sem se debruçar sobre o todo, ou seja, o processo.

Como o sábio Gato retrucou a Alice, em Alice no país das Maravilhas^{[[nota 1](#)]}, para quem não sabe onde quer ir, qualquer caminho serve. Logo, saber qual a finalidade do processo penal significa saber onde o pensamento processualístico quer chegar e, consequentemente, qual caminho deverá tomar. É nesse íterim que reluz a importância de sedimentar as balizas interpretativas do processo penal, lançando as lentes pelas quais serão vistos os temas a serem enfrentados.

2.1. A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

O núcleo legitimador do processo penal é objeto de apaixonadas discussões doutrinárias, que, não raro, expõem as concepções de sistema penal e mesmo de Estado defendidas por seus respectivos teóricos. O termo “legitimação”, saliente-se, aqui é entendido como fundamento de existência; finalidade do processo enquanto mecanismo inserido no Estado de Constitucional.

Tal qual reconhece Flávio Cardoso Pereira^[nota 2], à primeira vista a reflexão acerca da finalidade do processo pode parecer sem aplicabilidade prática, não passando de preciosismo acadêmico. Ledo engano. Em verdade, conforme adiantado acima a partir da ilustração de Alice no País das Maravilhas, só é possível estabelecer as balizas interpretativas do processo penal, e, com isso, construir o caminho epistemológico do presente trabalho, quando restar claro o paradigma de processo penal aqui utilizado, sedimentando, em vista disso, qual a sua utilidade.

Entretanto, delinear de maneira conclusiva a função do processo penal não é tarefa simples, uma vez que a sua história é marcada por movimentos pendulares, ora estreitando laços com ares democráticos preocupados em assegurar os direitos fundamentais do acusado; por vezes se aproximando de ideais repressivos^[nota 3].

Em virtude dos influxos políticos, a análise teleológica do processo passa longe de ser estática, variando conforme os graus de autoritarismo detectados na sociedade em questão, em um determinado recorte de tempo. Não por outra razão, inclusive, James Goldschmidt assevera que a forma pela qual se estrutura o processo penal de uma nação constitui o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição.^[nota 4]

Dentro da processualística brasileira, a literatura tradicional sempre apresentou resposta tranquila para as indagações acerca da finalidade do processo penal, demonstrando que o pêndulo de nossa história permaneceu atraído para o polo do autoritarismo com certa frequência^[nota 5]. Defendeu-se, durante muito tempo, a concepção do processo como ordenamento adjetivo, servindo aos fins do direito penal, como extrai-se do exemplo histórico de Inocêncio Borges da Rosa^[nota 6], para quem “o interesse fundamental que determina o processo penal é o de aplicar a pena ao delinquente”.

Vê-se claramente na sobredita doutrina que o processo assume uma postura de instrumento do direito penal, dado que aplicar pena é nada mais que fazer atuar o preceito secundário da normal penal “substantiva”.

Tal opção teórica é sintonizada com os parâmetros de um Estado policialesco, certo que admitir o processo penal como mero viabilizador da imposição de uma sanção o reduz a instrumento de legitimação da punição, verdadeiro “motor da punição”[\[nota 7\]](#) que só somaria forças ao engendro do sistema punitivo. Dentro dessa premissa o processo seria mais uma ferramenta à disposição do Estado contra o cidadão.

Ademais, a partir da dimensão política do processo penal, entendê-lo como reles motor da punição é dizê-lo inútil, uma vez que ontologicamente o poder de punir é próprio do Estado, que tem soberano domínio sobre seus súditos e, por isso, desnecessita provar seu direito (de punir) mediante um processo.[\[nota 8\]](#)

Esse papel de vassalagem que historicamente se atribuiu ao processo penal em relação ao direito penal[\[nota 9\]](#), em que pese tenha perdido espaço frente à evolução epistemológica da processualística e ao próprio giro de paradigmas oriundo do constitucionalismo moderno, ainda é reproduzida em alguns escritos recentes, à exemplo do que se encontra em Ionilton do Vale[\[nota 10\]](#), para quem são duas as finalidades do processo penal, sendo uma mediata que se confunde com a do direito penal, ou seja, buscando a proteção da sociedade e a garantia da ordem pública[\[nota 11\]](#), e uma finalidade imediata que é a pronta realização do direito penal objetivo.

Seja em virtude da maturidade epistemológica alcançada pela processualística penal, ou mesmo por uma democratização (lenta) de tal área, a verdade é que os discursos

legitimadores que envolvem essa temática se distanciaram daqueles que entendem o processo como mero instrumento concretizador do direito substantivo, isto é, do direito penal.

Entretanto, em que pese na atual quadra histórica inexistir espaço para se atribuir ao direito processual penal essa função unicamente instrumentalista do ponto de vista punitivo, não há como negar que o processo é, sim, um instrumento. O cerne da questão, contudo, cinge-se a delimitar quais os fins desse instrumento, moldando seus escopos à ordem constitucional.

Arauto do pensamento processual brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco traçou substanciais linhas sobre a instrumentalidade processual, tornando-se fonte teórica com grande adesão na doutrina pátria. A ideia esposada pelo mencionado professor paulista, em que pese vislumbre alcançar todo o direito processual, não encontra adequação ao modelo de processo penal alinhado com a Constituição. Em verdade, adequa-se ao processo civil e peca, dentre outros aspectos, por se apoiar no paradigma da teoria geral do processo [\[nota 12\]](#), tema que será abordado mais à frente [\[nota 13\]](#).

São inúmeros os pontos de distanciamento que precisam ser colocados entre a instrumentalidade proposta por Dinamarco e um projeto de processo penal democrático. Em atenção aos limites deste escrito, expor-se-á apenas as inaplicabilidades nevrálgicas.

Conforme salienta Gloeckner [\[nota 14\]](#), o pensamento processualístico brasileiro - fortemente influenciado pelos vetores doutrinários de Dinamarco - concebe a ideia de instrumentalidade com um “nítido caráter ético-político”, o que ataca um postulado básico do processo penal moderno, qual seja, a ideia de limitação do poder estatal.

Dinamarco critica, ainda, a excessiva prevalência do princípio dispositivo no seio do processo, o que estaria desconforme com o que ele chamou de Estado intervencionista. No âmbito criminal, a lógica do sistema acusatório, pautada pela imparcialidade do magistrado, suprimindo cada vez mais suas atuações ex officio, finda por se afastar do intervencionismo e realçar o princípio dispositivo, demonstrando que a instrumentalidade proposta nas Arcadas

do São Francisco trilha caminhos distintos - para não dizer antagônicos - daqueles palmilhados pelo atual processo penal.

O modelo de juiz defendido nas lições de Dinamarco^[nota 15] é caracterizado como aquele que “não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e correta aplicação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça”. Esse arquétipo de julgador em nada combina com as diretrizes acusatórias do processo penal, tendo em vista que a “descoberta de fatos relevantes” é papel típico de um juiz inquisidor, sujeito incabível no atual modelo e que por vezes se valeu do “escopo de fazer justiça” para legitimar seus anseios autoritários.

Nesse mesmo sentido, demonstrando que o processo defendido nos escritos de Dinamarco não se aplicam ao processo penal, observa-se o culto a um juiz que “criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-á livremente (...) visitará o local dos fatos (...) e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional”^[nota 16].

Portanto, a matriz teórica de Dinamarco não supre a necessidade de legitimação do processo penal^[nota 17] uma vez que aloca, numa mesma vala comum, o processo civil e o processo penal, informando-os apenas por construções teóricas que servem a um e não a outro. Ainda que algumas premissas estejam certas, muitas das conclusões são inaplicáveis ao processo penal.

Vê-se que a partir da instrumentalidade proposta por Cândido Rangel Dinamarco o processo deixa de ser considerado mero instrumento técnico para a realização do direito material, ou seja, avança-se, de fato, na emancipação do processo em relação ao direito dito substantivo. Entretanto, em que pese a premissa básica atrelada à defesa da autonomia do direito processual seja elemento valioso desses escritos, suas conclusões acerca dos moldes da instrumentalidade processual são inservíveis ao processo criminal. Como deve ser no caminhar da história, aproveita-se o que é bom e aprimora-se o que se mostrou inadequado.

A instrumentalidade à la Dinamarco não é o único dogma a ser enfrentado. Muito antes pelo contrário. A instrumentalidade inquisitória^[nota 18] que permeia o processo penal tem raízes tão ou mais fortes do que aquelas semeadas pelo professor paulista, em consequência de ter encontrado na recente história brasileira terreno fértil^[nota 19] para sua reprodução acrítica, pautada no senso comum teórico^[nota 20].

Dentro dessa instrumentalidade inquisitória dois dogmas são construídos e admitidos como o fim a ser alcançado pelo processo penal, quais sejam, a busca da verdade real e o alcance da paz social e de um bem-estar comum.

É recorrente na literatura tradicional^[nota 21] a utilização da verdade real como algo a ser alcançado pelo processo penal, no sentido de que a revisitação do fato da vida, ao longo do processo, deve ocorrer de tal forma que se alcance sua total apreensão cognitiva por parte do julgador. O processo penal desponta, portanto, como meio destinado a revelar a verdade incontestável sobre os fatos ali apurados^[nota 22].

A temática sobre a verdade real no processo penal retornará à discussão no presente escrito^[nota 23], bastando, para o momento, a constatação de que sua matriz teórica teve como alvorecer o sistema inquisitório, servindo de subterfúgio argumentativo legitimador das convicções pessoais do inquisidor. O julgador preconcebia uma versão dos fatos (a presunção de culpa própria dos modelos antidemocráticos) e dispunha de poderes irrestritos para investigar e confirmar sua ideia inicial, alegando, ao fim, que encontrara a verdade real^[nota 24].

A busca da verdade real dogmatizou-se, fazendo com que o sistema inquisitório desconsiderasse limites para alcançá-la. Justificava-se, assim, por exemplo, a tortura do réu em busca da verdade.^[nota 25] Não à toa Giacomolli doutrina que:

O sentido que se verifica nas entrelinhas do discurso da verdade real é o da incidência do ius puniendi a todo custo, a qualquer preço, além da adoção de uma concepção de necessidade inafastável da condenação de alguém, da culpabilidade objetiva, ou seja, pelo cometimento do fato, independentemente da verificação ou não de seus elementos. Essa voracidade pela 'verdade real', ultrapassa até mesmo os limites do acusador e coloca o sujeito encarregado de julgar, na cena do crime, lugar próprio da autoridade encarregada da investigação.^[nota 26]

Inegável, portanto, que as bases epistemológicas do processo penal moderno são diametralmente opostas àquelas experimentadas pelo modelo inquisitorial, o que de plano indica a inadequação do compartilhamento da ideia de verdade real como fim a ser atingido no julgamento do caso penal.

A própria ideia de verdade real representa uma falácia^[nota 27] e demonstra uma inocência científica típica dos oitocentos^[nota 28]. Admitir a verdade real como finalidade do processo penal é

partir do pressuposto de que tal valor é alcançável, o que, contudo, é impossível^[nota 29]. Como leciona Taruffo:

Não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial. Mesmo ciências rígidas como as físicas e as matemáticas não pretendem ser capazes de alcançar verdades absolutas.^[nota 30]

Não obstante a inconsistência epistemológica da verdade real^[nota 31], o atual estágio evolutivo do processo penal, respaldado por uma teoria constitucional^[nota 32] que dá protagonismo às partes e, conseqüentemente, realça o caráter dialético do processo, também contraria a crença ora debatida.

As partes, empoderadas pelo modelo acusatório de processo penal, oferecem representações distintas do fato em julgamento. Além da “verdade das partes”, soma-se ao caldo processual os preconceitos do juiz, sujeito político e dotado de inúmeros fatores culturais que nortearão seu posicionamento. São múltiplas as verdades - todas parciais^[nota 33] - trazidas ao processo, de forma que não há apenas uma, muito menos uma real.

Ainda sobre o atual modelo constitucional de processo penal, inúmeras são as “impurezas processuais ou institucionais à verdade”^[nota 34], uma vez que as garantias estabelecidas

pelo ordenamento^[nota 35] impõem balizas rígidas à persecução penal, contrastando com a gama de métodos disponíveis no modelo inquisitorial, onde se funda a ideia de verdade real.

Também dentro da instrumentalidade inquisitória, a utilização do processo para fins públicos, eminentemente coletivos, igualmente desponta como um possível discurso de legitimação. A partir dessa premissa, o processo penal teria sua razão de ser confundida com aquela ínsita ao direito penal^[nota 36], isto é, promover a paz social^[nota 37]. Os atos processuais estariam a serviço da sociedade, subordinados ao plurissignificativo “interesse público”.

Não há como apartar o processo penal de todo e qualquer interesse coletivo, dado que é próprio do Direito tentar solucionar conflitos da vida em sociedade. O nó górdio, porém, insere-se na elevação desses interesses coletivos à categoria de finalidade do processo, em um artifício de renascimento dos postulados da Defesa Social, modelo no qual sacrifica-se o infrator em prol do bem comum, adequando o sistema ao resguardo da sociedade^[nota 38].

Essa sacralização do interesse público coloca em xeque a função protetiva do processo penal visto que recai no discurso de prevalência do interesse público sobre o privado, que quando transportado para o âmbito criminal importa na prevalência do poder punitivo sobre as garantias fundamentais do acusado. A partir desse inapropriado pensamento entender-se-á que “o garantismo individual não há de chegar ao ponto de desproteger os superiores interesses coletivos”^[nota 39]

Portanto, dar ao processo um escopo voltado ao interesse público é distanciá-lo do projeto constitucionalmente estabelecido. O processo penal democrático precisa centrar-se no acusado, sendo o discurso de contraposição do interesse público vs. interesse privado, além de cientificamente ultrapassado^[nota 40], um meio de justificar, no mais das vezes, a violação dos direitos fundamentais.

Desta forma, tem-se os caminhos pelos quais o processo penal não deve caminhar ao se estabelecer os destinos que ele não deve almejar. A instrumentalidade ética proposta por Dinamarco ou a Instrumentalidade Inquisitorial, veiculadora de dogmas insustentáveis, não servem ao processo penal democrático, não constituindo uma finalidade admissível.

Como resposta às sobreditas premissas excludentes, que apontam aquilo a ser evitado quando se busca uma compreensão moderna de processo penal, aparece a ideia de instrumentalidade constitucional, tendente a alinhar as bases teóricas do processo penal ao paradigma constitucional, realçando sobremaneira a proteção dos direitos fundamentais.

É preciso se descurar dos preconceitos e admitir que o processo cumpre um papel instrumentalista, o que em nada infirma sua autonomia científica e, muito menos, o levará necessariamente à condição de mero aplicador do direito penal ou reproduzidor de dogmas inquisitoriais. [\[nota 41\]](#)

O lugar de fala do presente escrito se afasta daquilo que Casara e Melchior chamaram de perspectiva utilitarista [\[nota 42\]](#) e caminha ao encontro de uma “perspectiva garantista” ou de instrumentalidade constitucional [\[nota 43\]](#). Isso significa o abandono do discurso que vê o processo penal como meio de se alcançar a punição daqueles que violam a norma penal, ao passo que há um alinhamento do raciocínio aqui exposto com a compreensão do processo penal enquanto instrumento de contenção do poder punitivo.

Conforme salientam, ainda, Casara e Melchior, é preciso entender o processo penal como um instrumento de redução de danos, isto é, como um anteparo que o indivíduo presumidamente inocente dispõe ante o poder punitivo. Essa instrumentalidade constitucional funciona, portanto, como uma estratégia de superação do ranço autoritário que acompanha o processo penal brasileiro, sendo fruto de uma opção política tomada pelo Constituinte de 1988.

Cabe ao processo penal instrumentalizar garantias através das quais o indivíduo poderá fazer frente aos abusos da força opressora do Estado. Conforme consigna Gloeckner^[nota 44], o poder não aceita vácuos, tendendo sempre a extravasar e usurpar as barreiras impostas sobre ele até que encontre um freio à altura que o faça desacelerar. O processo penal é, teleologicamente, esse freio.

A instrumentalidade constitucional é, portanto, o fundamento de legitimidade do processo penal atual, que desponta como ferramenta destinada a maximizar as garantias constitucionais^[nota 45]. Trata-se de um mecanismo de proteção do mais débil, sobre quem é imposta uma fragilidade estrutural, ínsita à sua condição de sujeito passivo na situação processual.

A opção pela instrumentalidade constitucional do processo penal ganha realce quando se contextualiza o processo penal brasileiro. Conforme demonstra Nereu Giacomolli^[nota 46], a estrutura da processualística brasileira se assenta em bases essencialmente autoritárias, inquisitoriais e centradas numa ordem assimétrica, monopolizadora e piramidal (supremacia do magistrado), com forte tradição autoritária herdada da ditadura Vargas e sem espaço à metodologia dialética.

Somente com a valorização prática da Constituição, a partir da realização cotidiana de suas garantias que se dá justamente através da instrumentalidade constitucional aqui defendida, é que se poderá superar o arcabouço retrogrado do processo penal. A instrumentalidade constitucional é veículo para concretizar aquilo que Walter Nunes perspicazmente afirma: o código de processo penal foi reescrito em 1988^[nota 47].

2.2. A FORMA COMO GARANTIA: A LEGALIDADE ESTRITA “DOS DELITOS E DAS PENAS” ESPRAIADA PARA O PROCESSO

Lançar luzes sobre a função das formas no processo penal é de valia fulcral na empreitada que visa compreender a teoria das nulidades no processo. Não há como se

enxergar o grau de instrumentalidade de um ato processual sem que se descortine as razões de existência da forma no processo penal^[nota 48], sob pena de se aparentar tutelar a mera burocracia judicial.

Dentro da perspectiva do processo penal legitimado por uma instrumentalidade constitucional, a forma dos atos processuais ganha realce diferenciado^[nota 49]. Se através das lentes policiaiscas a forma serviria às pretensões eminentemente punitivas do Estado, quando compreendida em harmonia com um processo penal democrático, a forma pela qual o processo se desenvolve passa a atuar como materialização da concepção abstrata de contenção do poder punitivo, que ontologicamente tende a ser arbitrário e antidemocrático^[nota 50]. A forma é, portanto, o escudo protetor contra a arbitrariedade^[nota 51].

Para que o processo alcance seu mister, isto é, realize-se a partir da defendida instrumentalidade constitucional, ele deve ser estruturado como um encadeamento de atos individualmente garantidores. O processo penal, que é o todo, somente exercerá uma instrumentalidade constitucional quando for constituído por atos (partes) servientes a este fim garantidor de direitos fundamentais. Tudo isso, portanto, deve ser refletido na sua ritualística, nos atos que o compõem e, conseqüentemente, nas formas mantidas por tais atos^[nota 52].

Essa ótica garantidora do processo penal ante o poder punitivo transita por princípios norteadores basilares, como o da estrita jurisdiicionalidade e, o mais pertinente para este escrito, da legalidade processual.

Admitindo que o poder punitivo tende a superar as balizas, rompendo-as, a legalidade funciona como vetor essencial para que se cumpra a instrumentalidade constitucional do processo, direcionando-o em um rumo previsto normativamente, e o afastando das paixões e irracionalidades que afloram no ambiente punitivo. Nesse sentido, arremata Ricardo

Gloeckner que o estabelecimento normativo de requisitos essenciais à prática de atos judiciais materializam a concepção do processo como escudo protetor contra arbitrariedades^[nota 53].

Forma e legalidade coexistem, constituindo-se limites de atuação do Estado e preenchendo a noção abstrata de freio na atividade punitiva que se atribui ao processo penal^[nota 54]. O processo amorfo desnatura-se em mais um instrumento a serviço do poder punitivo, e se o culto ao formalismo não significa, per si, um processo penal democrático, o desapego às formas, por sua vez, é suficiente para indicar influxos autoritários no ordenamento^[nota 55].

A concepção de legalidade, essencial aos delitos e às penas, em que pese a presente reminiscência histórica desde o direito romano^[nota 56], ganhou realce e influência direta na atual conformação jurídico-cultural do ocidente com os escritos de Beccaria^[nota 57], teórico lido e compreendido com olhos comumente mais voltados ao campo do direito penal que às disciplinas processuais do poder punitivo^[nota 58].

A legalidade entoada por Beccaria, contudo, há de ser espraída para além do direito penal material, alcançando enfaticamente o processo.

Inegavelmente, a partir da centralização do poder nas mãos do Estado e a consequente institucionalização dos conflitos criminais, com a contribuição essencial da legalidade dos crimes e dos castigos, alcançou-se uma maior segurança em virtude da previsibilidade de incidência do poder punitivo. Mas isto não basta(va).

Para se conferir verdadeira proteção ao indivíduo seria insuficiente promover a contenção do arbítrio no (ab)uso do poder punitivo através da legalidades dos delitos e das penas, unicamente. É essencial para o projeto de redução dos danos ínsitos ao sistema

criminal que ocorra um balizamento estrito acerca do caminhar processual, sob pena de um processo sem regras tornar praticamente nula a garantia do direito penal^[nota 59].

Nessa esteira, ressalta Jorge Coutinho Paschoal que, de fato, a formalização do direito penal foi importante para conter a anarquia punitiva, a barbárie e a insegurança a que todos estavam submetidos. Esse passo civilizatório, entretanto, foi apenas o primeiro. Após estabelecida a centralização do poder, persistiu o receio de os indivíduos virem-se esmagados pelo uso da força estatal, sendo necessário seguir no caminhar evolutivo rumo à contenção do arbítrio punitivo, agora não mais regrado o que punir e com que punição, mas sim estabelecendo os esquadros limitadores da atividade persecutória^[nota 60].

Essa reafirmação da legalidade para o âmbito processual se torna ainda mais evidente a partir da compreensão de que a persecução penal, mais que um mero procedimento de averiguação objetiva da culpa ou inocência do indivíduo, constitui, no plano prático, uma involuntária antecipação da punição, notadamente em virtude do caráter vexatório e simbolicamente violento que impõe ao polo passivo do caso penal.

Como ensina Afrânio Silva Jardim, a realidade evidencia que, unicamente por ter sido instaurado, o processo penal já atinge o chamado status dignitatis do acusado^[nota 61]. Não por acaso, ademais, Cernelutti há muito afirmara que um dos maiores erros do processo penal ocorre quando se prolata uma sentença absolutória, uma vez que naquele instante todas as misérias do processo penal tinham sido impingidas contra um sujeito que, ao final, fora considerado inocente^[nota 62].

A forma no processo, atrelada que está ao princípio da legalidade, exerce também uma demarcação da conduta dos sujeitos processuais^[nota 63]. É que a regulamentação legal das formas

representa uma garantia das partes em suas relações recíprocas e em suas relações com o juiz. Daí a importância das formas do procedimento serem certas e determinadas^[nota 64].

Além da regulamentação das posturas subjetivas do processo, a forma atua e é essencial na organização e celeridade do procedimento, racionalizando a necessidade de um processo célere com o tempo de maturação ínsito à construção do juízo de culpa ou inocência ali perquirido. A forma, repisando-se o seu conceito de anteparo garantidor, materializa a balança necessária entre uma sociedade hiperacelerada e punitivista com a demora do processo.

A inserção do processo penal na era dromológica^[nota 65], cada vez mais imediatista, aviva a forma como elemento de contenção dessa hiperaceleração, alçando-a à condição de garantia de uma maturação minimamente razoável da persecução penal^[nota 66]. Para além da contenção do poder punitivo, na presente ocasião histórica o formalismo se impõe contra o tempo nadificado, impedindo juízos de culpa cada vez mais sumários.

Nota-se, com isso, que longe de constituir um problema, o formalismo serve - quando bem empregado - a valores essenciais ao bom funcionamento do modelo democrático de justiça criminal, seja na contenção do arbítrio; na delimitação das posições subjetivas do processo ou mesmo no controle da ânsia punitiva de nossa sociedade imediatista.

Dentro dessa ambiência conceitual a respeito da legalidade processual penal e do formalismo, despontou a doutrina do tipo processual, evidente resultado do espraiamento dos dogmas penais para o processo, colorindo a importância de situar os limites do ato processual.

Como leciona Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, o tipo não é uma categoria exclusiva do Direito Penal, sendo, em verdade, uma categoria da Teoria Geral do Direito^[nota 67]. Fala-se em tipo no direito civil, no direito administrativo, no direito ambiental, no direito tributário e, para o que interessa à presente construção, no Direito Processual Penal.

Além de se disseminar em diferentes áreas do conhecimento jurídico, a concepção de tipo pode ser vista sob ângulos distintos. Em um primeiro sentido, liga-se a um viés metodológico, como uma proposta científica de ordenamento do conhecimento jurídico com vistas a aplicar o Direito em cada caso concreto. Ora a ideia de tipo pode, ainda, se referir a reafirmação de limites e de parâmetros normativamente estabelecidos^[nota 68].

Dentro do Direito Processual Penal, a tipicidade exerce relevante função porque viabiliza o conhecimento seguro do direito por qualquer pessoa e, também, estabelece balizas seguras para a prática dos atos dentro do processo^[nota 69].

A doutrina da tipicidade processual encontrou nessa construção teórica a adequação perfeita para alcançar a ideia limitativa que pretende dar às formas estabelecidas no processo penal. Não à toa, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance e Antonio Magalhães discorrem que:

A tarefa de aplicar o direito às situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos estatais; ao contrário, a atividade processual também é regulada pelo ordenamento jurídico, através de formas que devem ser obedecidas pelos que nela intervêm. Nesse sentido, afirma-se que o processo exige uma atividade típica. Assim, os participantes devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal.^[nota 70]

O tipo processual penal, composto por elementos de ordem objetiva, subjetiva e procedimental, seria a moldura normativa que o legislador impõe para a prática do ato processual e, conseqüentemente, para o caminhar do procedimento^[nota 71]. Em um paralelo com a tipicidade penal, o ato processual estaria para a norma proibitiva do direito penal, ao passo que a pena seria a nulidade, realçando o entendimento desta categoria como sanção.

Na esteira dos adeptos à tipicidade processual, tal ideia decorreria de dois princípios basilares: o do devido processo legal e o da legalidade^[nota 72], e os limites imanentes ao quadro oferecido pelo tipo processual materializaria a garantia que subjaz o ato ali formalizado. O tipo se relaciona à legalidade e, também, à própria origem do Estado de Direito, uma vez que funciona como um padrão pré-moldado que conforma as práticas do Estado-Juiz ou para com o Estado-Juiz.

Dentro dessa premissa lançada, a nulidade corresponderia à violação da forma processual (atipicidade do ato) em virtude da desobediência dos requisitos normativos (típicos), intrínsecos ou extrínsecos^[nota 73].

A aludida construção teórica é de aceitação ampla no cenário doutrinário brasileiro^[nota 74], muito em virtude de um conformismo conceitual que encontrou na simplicidade deste raciocínio um excelente acalento^[nota 75]. Ocorre que a teoria da tipicidade processual penal não é suficiente para explicar a complexidade que envolve a problemática das nulidades.

Comentando-a, Ricardo Jacobsen atenta que essa corrente se preocupa em tentar explicar que a nulidade é mero rompimento de uma fórmula prescrita legalmente, o que não representa um ganho científico no tratamento da problemática em tela^[nota 76].

A noção de tipo processual tradicionalmente estabelecida gera um vazio conceitual, uma vez que a sanção da nulidade protegeria a forma - o tipo - contra a violação do tipo, recaindo-se na injustificável tutela da forma pela forma. Em um implícito reconhecimento da carência científica da tipicidade processual aos moldes com que fora originalmente formulada, raíram tentativas de salvar o núcleo dessa construção, fornecendo-se novos elementos que preenchessem o já detectado vazio conceitual. Assim surgiu a tipicidade constitucional^[nota 77].

A partir deste marco teórico, a infração aos elementos normativos do ato processual penal estaria fundamentada não só na desobediência aos parâmetros típicos, mas na violação a preceitos de caráter constitucional^[nota 78].

Em que pese preencha a tutela da forma, dando-lhe uma teleologia constitucional, a doutrina do tipo constitucional finda por reduzir as nulidades às hipóteses violação de ordem superior, isto é, “necessitando de uma violação de ranking superior para que a declaração de nulidade seja realizada”^[nota 79].

De tão abrangente, a teoria finda sendo demasiado limitadora, uma vez que sempre haverá um discurso constitucional subjacente à forma processual^[nota 80]. Como tudo teria reflexo constitucional, a ideia de tipicidade constitucional exige uma filtragem quando da análise das atipicidades, o que é dado pela rememoração da malfadada instrumentalidade das formas.

Apesar de pretender oferecer uma guarida constitucional à teoria do ato processual, a teoria do tipo constitucional não se coaduna com a instrumentalidade constitucional do processo penal que aqui se defende. E essa inadequação ocorre justamente em virtude de alguns atos processuais delineados no diploma ordinário não permitirem uma demonstração imediata e cristalina de violação à ordem constitucional^[nota 81].

Por meio dessa teoria, a porosidade da teoria das nulidades se avoluma, já que atos processuais praticados em desconformidade com o modelo normativo findam sendo convalidados quando respeitada a tipicidade constitucional, conceito este que tem a mesma matriz eficientista da instrumentalidade das formas, conforme esclarece Ricardo Jacobsen^[nota 82]:

A concepção do tipo constitucional, atentamente vinculada ao princípio da instrumentalidade das formas goza dos mesmos defeitos já apontados do referido princípio. A submissão à persecução eficientista determinada pelo princípio da instrumentalidade das formas encontra resíduos também na concepção da nulidade e do tipo constitucional.

Em suma, toda a ideia de tipicidade processual, inclusive a que busca apoio constitucional, na pretensa missão de estabelecer limites garantidores, quando associada à indesejável instrumentalidade das formas e associada ao caldo cultural autoritário que permeia nosso modelo processual, gera um mal aprioristicamente não desejado pelos teóricos alinhados a essa construção, que é o preenchimento desse vazio conceitual pela concepção eficientista já debatida^[nota 83].

A teoria da tipicidade tem uma valia que merece ser ressaltada, qual seja, a inserção da formula legal dentro da ótica de revalorização do procedimento^[nota 84]. Apesar de a teoria do

tipo processual ser deveras simplista por salvaguardar uma forma sem se preocupar com o conteúdo; e a violação ao tipo constitucional ser, de igual forma, simplista por relacionar-se a algo demasiado aberto, ambas as correntes contribuem para a demonstração de que a forma é sim uma garantia.

A tipicidade (não necessariamente com esse nome), ou a conformação do ato ao modelo normativamente estabelecido, não pode ser suficiente para que se detecte a nulidade, ao passo que a tipicidade constitucional, que requer a violação de alcance constitucional, peca por desprezar os aspectos infraconstitucionais, também garantidores.

É preciso oferecer ao tipo processual uma função mais importante que aquela oferecida pela teoria da tipicidade constitucional, uma vez que não se pode vincular a nulidade apenas às violações de ordem constitucional, desprezando o modelo legal do ato. Por outro lado, não se pode atribuir ao tipo processual uma função sacral, dado que a atipicidade, quando acompanhada pela incolumidade da garantia ali tutelada, não gerará nulidade.

As construções teóricas da tipicidade processual podem ser aperfeiçoadas a partir da compreensão do tipo como uma microestrutura de garantia que se alia à substância, esta, por sua vez, sendo a macroestrutura de garantia, para dar vida à forma enquanto garantia de fato.

A lesão à microestrutura não é suficiente para fins de nulidade, o que diferencia esta linha de raciocínio daquela esposada pela tipicidade processual. Ao mesmo tempo, a lesão à microestrutura não é ignorada, dependendo exclusivamente da demonstração do atentado às garantias constitucionais (macroestrutura de garantia), como defende, ainda que indiretamente, a teoria da tipicidade constitucional.

A lesão à microestrutura é indiciária e gera uma presunção, ainda possível de ser desconstruída, de que houve uma violação à função garantidora da forma que reveste aquele ato. Lesionar a tipicidade processual é indício, contra o qual cabe prova em contrário, de que há uma lesão à substância garantista do ato (macroestrutura).

Esse rearranjo que une a valorização da forma prevista em lei (função indiciária da atipicidade) com uma teleologia procedimental (a macroestrutura garantista como valor) tem repercussões que alinham o sistema processual com o viés de redução de danos, colocando sobre cada sujeito da situação processual as devidas cargas de responsabilidade. Há forte consequência, por exemplo, de ordem argumentativa e, portanto, probatória, uma vez que a tipicidade (microestrutura de garantia) ao ser violada faz recair sobre o Estado (Estado acusação e Estado Juiz) o ônus de demonstrar a incolumidade da garantia subjacente àquele ato irregularmente praticado (macroestrutura de garantia).

Tem-se, a partir da sobredita construção, que a violação da forma estabelecida em lei faz nascer uma presunção de que se atentou contra uma garantia e, se tal presunção perdurar e não restar superada por provas em contrário, o ato deverá ser anulado. Não há necessidade de demonstrar qualquer violação à macroestrutura de garantias (normas constitucionais, como quis a teoria da tipicidade constitucional), afinal a função indiciária da violação à microestrutura já é aprioristicamente suficiente.

Para romper com a presunção, o sujeito processual interessado pode recorrer à macroestrutura de garantias, demonstrando que - em que pese a tipicidade processual tenha sido violada - a garantia por detrás do ato não foi atingida. O ônus argumentativo é inteiramente de quem alega a viabilidade do ato processual irregular, invertendo-se a lógica atualmente operante^[nota 85]. A lógica eficientista de preservação dos atos processuais é curvada à lógica garantista que entende a forma como garantia. O desrespeito à forma inverte a lógica de preservação dos atos processuais, e a regra passa a ser a cassação dos efeitos do ato praticado em desconformidade.

Essa postura faz todo sentido quando se parte da compreensão crítica do poder punitivo, que sempre exerce uma força centrípeta ante as formas^[nota 86]. A constrição constante que o poder exerce nos limites estabelecidos pela forma processual deve levar o operador do direito constitucionalmente alinhado a desconfiar dos atos disformes, atribuindo a eles a pecha de presumidamente inválidos.

Caminhar nessa trilha teórica reafirma as bases do processo penal democrático, uma vez que dá interpretação ampliativa às possibilidades de nulidades, valorizando a forma procedimental enquanto garantia ao atrelar seu desrespeito a uma presunção de violação de direitos fundamentais.

A compreensão da forma a partir do sistema binário ora proposto segue, em resumo, a seguinte lógica: a violação da forma processual (tipicamente prevista) gera uma presunção de violação de uma garantia e, por isso, indica - por si só - a necessidade de nulidade do ato. Essa presunção gerada pode, contudo, ser rompida a partir de demonstração de que a macroestrutura de garantias, materializada por direitos fundamentais, não foi atingida e que a atipicidade inicialmente observada não gerou efeitos deletérios ao direito a ela subjacente.

Ademais, a macroestrutura de garantias pode conduzir a declaração de nulidade do ato ainda que este esteja conforme as regras processuais, ou seja, um ato, ainda que típico, pode ser declarado nulo quando viole substancialmente um direito fundamental. Todavia, nesses casos em que a tipicidade processual está satisfeita (e por isso a microestrutura de garantia está ilesa) mas o direito fundamental está violado, inexistente presunção que advogue no sentido da nulidade, devendo a parte prejudicada demonstrar que seu direito fundamental não é satisfeito pelo modelo típico.

Um exemplo clareará o sobredito. É sabido que o artigo 396, do CPP, prevê prazo de 10 dias para que o acusado ofereça sua defesa, através da resposta à acusação. Parece claro o modelo típico do ato, notadamente no seu aspecto temporal: o prazo é de 10 dias. Assim, o juiz que concede menos que 10 dias finda atingindo a tipicidade do ato, que deverá ser considerado nulo. Por outro lado, nos casos em que o processo em questão apresente um elevado grau de complexidade, assoberbado de volumes (na realidade física) ou de bytes (na realidade virtual), esses 10 dias, ainda que satisfeitos (adequação ao modelo típico do ato), não é suficiente para garantir o exercício amplo da defesa, ou seja, não satisfaz o direito subjacente ao mandamento legal. Há investigações (comumente etiquetadas de operação) que duram anos, tendo a acusação o tempo que julgue necessário para estudar e concatenar suas ideias na peça exordial. Oferecida a denúncia, os 10 dias que seguem para o oferecimento da resposta à acusação não são suficientes para que o direito de defesa finde satisfeito. Daí porque se dizer que, em que pese o modelo típico tenha sido obedecido, o direito fundamental - aspecto substancialista da forma - não foi protegido, devendo o ato também ser considerado nulo.

Essa ótica realça os direitos fundamentais como elemento norteador das formas processuais, uma vez que admite a nulidade ainda que exista tipicidade processual. E não só. Rompe-se com a vetusta concepção de taxatividade dos atos desconformes, uma vez que todo ato poderá ser confrontado com o direito fundamental e, ainda que aparentemente obediente à forma, ter sua nulidade declarada a partir de critérios substanciais.

É evidente, frise-se, que o apego romântico às formas processuais como baluarte salvacionista das incursões autoritárias no processo penal não passa de ingenuidade. A forma, para servir como garantia, deve ser respaldada por um complexo engendro de justificação, alinhada à substância garantista emanada da Constituição.

O processo penal, além de ser um complexo de situações do ponto de vista Goldshmidt^[nota 87], é complexo por envolver as mais viscerais sensações humanas e manejar a mais violenta atuação Estatal. E uma resposta simples para todo problema complexo não passa de uma falácia.

2.3. A FORMA PROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM OS SISTEMAS ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

Em que pese algumas vozes^[nota 88] indiquem a inutilidade de se discutir, na atual quadra histórica, os sistemas processuais, alegando que o sistema inquisitório se tornou apenas um dado histórico, em verdade a análise dos modelos acusatório e inquisitório servem, ao menos, como fio norteador do debate sobre os caminhos do processo penal moderno.

Salo de Carvalho e Antonio Loureiro^[nota 89], inclusive, lecionam que

Um dos pontos chave para o incremento/obstrução da acusatoriedade no sistema processual brasileiro encontra-se no sistema de nulidades. Em consequência, a inquisitorialidade ínsita ao sistema permite que atos processuais em desconformidade com os preceitos constitucionais surtam efeitos como se válidos fossem.

O debate sobre os sistemas, portanto, ainda é válido, funcionando também como uma ponte teórica para que se averigue a evolução (ou involução) do processo penal ao longo da história. Não sem razão Dussel entende que “a história é mestra da vida porque nos mostra que o que ocorreu no passado continua acontecendo no presente”^[nota 90].

A partir das lições de Dussel acima delineadas, pode-se sedimentar que a compreensão dos sistemas processuais penais clareará nossa atual conformação processual e permitirá a compreensão crítica dos influxos inquisitoriais modernos e das possíveis soluções alinhadas com o sistema acusatório.

Ao abordar os sistemas é preciso salientar que inexistirá, no presente escrito, um enfoque acurado sobre as origens dos modelos comentados, corte temático que é de complexidade suficiente para impedir análises perfunctórias cabíveis neste trabalho. Mas não

só a razão pragmática impede que nos imiscuíamos nas origens dos sistemas. Compartilhamos da compreensão de que a busca por um ponto de origem dos modelos recairá, impreterivelmente, numa vala mitológica^[nota 91].

Como Jacinto Coutinho expõe com maestria:

(...) 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 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 terem-se alguns exemplos.^[nota 92]

As limitações da racionalidade e a percepção que na origem nada há, ou o que há não é possível de ser conceitualmente - e linguisticamente - delimitado, conduz à conclusão de que discussões historicistas sobre a gênese de cada sistema é despicienda, e mais: percebe-se que a nomeação de um sistema como acusatório ou inquisitório somente reveste-se de sentido a partir na existência de outro modelo a lhe dar aparência^[nota 93]. Em suma, mais importante que traçar o marco inicial de cada modelo é confrontá-los conceitualmente, realçando suas diferenças^[nota 94].

Inicialmente quanto ao sistema inquisitório, nas lições de Aury Lopes Júnior^[nota 95], tem-se que frente ao fato típico o julgador age de ofício, recolhendo - igualmente de ofício - o material probatório. Daí a conclusão de que nos processos da Inquisição o mesmo indivíduo poderia exercer, simultaneamente, funções de acusador e de julgador^[nota 96].

Oferecida a denúncia, seguia-se o rito com a nomeação de um defensor. A este defensor, entretanto, não incumbia qualquer defesa meritória do acusado; esperava-se dele

apenas que assegurasse a obediência a todos os requerimentos do tribunal^[nota 97], bem como convencesse o réu a admitir sua culpa, implorar por perdão e buscar a readmissão à Igreja^[nota 98]

Segue ao oferecimento da denúncia uma série de audiências, geralmente em número de três, com um objetivo bem delimitado: forçar o acusado a confessar^[nota 99]. O processado era a melhor fonte de prova, logo, o ritual sobre seus ombros recaia integralmente. Ademais, a noção de parte perde totalmente o sentido, posto caber ao inquisidor o mister de acusar e julgar, transformando, reitere-se, o imputado em mero objeto de verificação^[nota 100].

Acrescenta Aury Lopes Jr.^[nota 101] que o interrogatório era o ato principal do processo, afinal, constituía a análise do acusado - maior fonte de prova -; por isso nele empregava-se toda a crueldade do sistema, mediante cinco tipos diferentes de tortura, progressivamente escalonados de forma que ao final de 15 dias, se o acusado não confessasse, e também não morresse, era considerado suficientemente torturado e liberado. Arremata o insigne professor^[nota 102] que “o pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas”, anomalia que ainda se perpetua no moderno cenário pseudo-acusatório, notadamente com a banalização das prisões processuais.

A partir do delineado sobre o modelo inquisitório erige na literatura especializada um rol de características que seriam peculiares ao modelo em comento, dentre as quais podemos destacar a inexistência de partes^[nota 103]; a objetificação do acusado, enquanto fonte de prova; o sigilo processual^[nota 104]; a tarifação das provas e a supremacia da confissão^[nota 105]; o fetiche pelo processo escrito^[nota 106] e por uma mitológica verdade real^[nota 107].

Em que pese as inúmeras características sobreditas, indiscutivelmente a que encontra maior ressonância na doutrina é o acúmulo de funções na figura do juiz^[nota 108], e seja no

rompimento autônomo da inércia jurisdicional ou na gestão probatória concentrada nas mãos do julgador, o que se tem é uma inflação de poderes, muitas vezes incoerentes entre si.

Por sua vez, quanto ao modelo acusatório é forte a doutrina no sentido de caracterizá-lo por deixar para as partes a incumbência de gerir a prova^[nota 109], sendo o juiz obrigatoriamente imparcial e equidistante^[nota 110]. Há, ainda, apego pela publicidade^[nota 111], salvo exceção legal. O acusado alcança a condição de sujeito de direitos^[nota 112], gozando agora de uma série de garantias, como o contraditório e a ampla defesa.

Com relação ao sistema acusatório, portanto, atribui-se-lhe como característica fundamental a passividade do juiz, certo alheamento de sua postura, desejando-se que o julgador se limite a fiscalizar as regras destinadas a assegurar o equilíbrio da distribuição de oportunidades processuais entre as partes^[nota 113].

Nota-se que há um delineamento doutrinário de uma série de características que conformam cada um dos sistemas, residindo nos limites de atuação do magistrado, contudo, o principal elemento distintivo.

Essa postura do julgador, norteadada diferentemente de acordo com o modelo adotado, traz à tona a primeira consequência no âmbito das formas processuais e, consequentemente, das nulidades.

O julgador, quando vestido pelos trajes da imparcialidade, ou seja, quando alinhado com o modelo acusatório, abandona a condição de sujeito responsável por descobrir a verdade (dogma típico do modelo inquisitivo), deixando de ser uma figura mítica cujas falas expunham a verdade real, o que o tornava “oráculo que beirava a divindade”^[nota 114].

O juiz do processo penal acusatório, por não perseguir a - inalcançável - verdade, preocupa-se prioritariamente em concretizar o fio norteador de sua função, isto é, sua imparcialidade. Enquanto sujeito parcial, o Estado-Juiz era embaraçado pelas parcas formas do sistema inquisitorial e, por tais formas serem embaraço à sua missão - busca da verdade - havia uma flexibilização delas. O juiz do modelo acusatório, imparcial e munido de uma instrumentalidade constitucional (que entende o processo como destinado a garantia de direitos do acusado) se vê confortavelmente na posição de garantidor das formalidades, sem que isso signifique ofensa à sua atividade, não mais de descoberta da verdade, mas de guardião dos direitos fundamentais.

No sistema inquisitório o julgador tem um compromisso pessoal com a verdade, o que retira da cena processual o sujeito responsável por garantir direitos. A ausência de imparcialidade do magistrado é corolário lógico de sua atuação como parte comprometida com uma hipótese acusatória. O juiz inquisidor trabalha com uma presunção de culpabilidade, de forma que todo o engendro processual finda destinado a confirmar a hipótese acusatória, o que faz das formas garantidoras um entrave ao sucesso punitivo. Com precisão asseveram Casara e Melchior que:

O pensamento paranoico, consequência da busca pela confirmação de uma hipótese a que já aderiu o inquisidor, foi a principal marca da atuação do julgador nas diversas inquisições. Esse estilo processual permite que o juiz construa uma grande trama, cujo capítulo final já não saberia distinguir entre o que é um 'sonho' seu ou a 'realidade'. [\[nota 115\]](#)

Esse compromisso psíquico existente entre o julgador e a hipótese lançada (que será a hipótese da culpabilidade, por óbvio) descamba para o exercício irrestrito do poder punitivo, que gerará a desconsideração absoluta das formas processuais, uma vez que estas visam justamente conter o poder. O respeito à forma pressupõe um juiz imparcial, e, por isso, demanda o abandono de qualquer resquício inquisitorial no processo penal.

Saliente-se que aqui não se sustenta a ausência de formas no modelo inquisitivo de processo penal, o que ingenuamente colocaria a existência de formas como elemento distintivo entre os modelos. O que ocorre, em verdade, é uma irrelevância seletiva das formas. A forma no modelo inquisitório reproduz um formalismo vazio de garantias e que se desvela de maneira bastante peculiar, qual seja, através do binômio rigidez-flexibilização [\[nota 116\]](#). Há uma

alternância entre o cumprimento obtuso do rito, no formalismo esvaziado de uma teleologia garantista, e a permissão de se excepcionar as formas legais, dando azo ao abuso de poder através do processo penal^[nota 117].

Corroborando o exposto, ensina Ricardo Gloeckner^[nota 118] que por um lado o ativismo judicial confirmava o julgador em um plano privilegiado de extração da verdade; por outro, a irrelevância das formas, ou o amorfismo, contituam o aparato base do modelo inquisitorial. Frise-se, outrossim, que a ideia de amorfismo não se confunde com a possibilidade de observância de determinadas solenidades, sendo a forma disponível aos desejos autoritários. Quando aparecia como embaraço à busca da verdade, a forma era desconsiderada; quando poderia ser instrumento do poder punitivo e da minimização de garantias, a forma era sacralizada, principalmente com a possibilidade de repetição de atos.

Dizer, portanto, que a revalorização da forma no processo penal encontra sintonia com o modelo acusatório é apenas meia verdade. Tal assertiva, caso destituída de uma crítica pertinente recai no culto ao formalismo, esvaziado, vassalo histórico de regimes autoritários^[nota 119].

Como se pode notar, a depender do sistema onde está inserida, a forma 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 inquisitorial.

No modelo acusatório tem-se a opção pela minimização do erro judiciário tendente à condenação do inocente^[nota 120]. Há uma visão pessimista dos atos do poder punitivo^[nota 121], de modo que a forma é reafirmada como anteparo de garantias. O sistema inquisitório, por sua vez,

caracterizado pela hiperatividade do controle social, e cuja meta principal é a erradicação do mal, concretizado e cristalizado na figura do outro^[nota 122], reproduz uma leitura romântica da atuação das instituições punitivas^[nota 123], o que faz da forma um mero detalhe frente à bondade dos bons, estes, via de regra, sujeitos autoritários.

A tríade conceitual a ser formada e que se fecha com a conclusão deste primeiro capítulo é interligada e simbioticamente relacionada. A forma se torna garantia quando o processo penal é compreendido a partir da sua instrumentalidade constitucional. O formalismo esvaziado, distanciado da concepção constitucional de processo, pode facilmente servir aos espúrios desejos autoritários do punitivismo, veiculando, a reboque, premissas inquisitoriais. O processo penal constitucional, por sua vez, deve obediência aos cânones do sistema acusatório, modelo politicamente escolhido e que só estará satisfeito quando se cobrir de um formalismo constitucionalmente alinhado.

A instrumentalidade constitucional do processo, a forma enquanto garantia e a reafirmação do modelo acusatório de processo penal são premissas que se interconectam e sedimentam as bases teóricas essenciais à revisitação crítica dos pilares do sistema de nulidades.

3. A VILANIA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO NA EVOLUÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E O COLAPSO ATUAL.

O enfrentamento das vicissitudes do processo penal sob uma perspectiva crítica encontra um sem número de barreiras. Tais empecilhos de ordem eminentemente cultural, como não poderia deixar de ser, estão intrincados no modo de pensar o Direito e -especificamente - o direito processual penal.

Todos os paradigmas expostos no primeiro capítulo, quais sejam, a instrumentalidade das formas e a instrumentalidade inquisitória como inservíveis ao processo penal; a função da forma no processo penal enquanto materialização de garantias; e as ainda presentes influências dos sistemas inquisitório e acusatório no tratamento das formas processuais penais, tangenciam, em certa medida, a problemática teoria geral do processo e a adoção acrítica das categorias de tal disciplina por parte do direito processual penal.

3.1. A PROBLEMÁTICA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Além das problemáticas pinçadas no primeiro capítulo, existe outra, também grave, no paralelismo entre o processo civil e o processo penal, notadamente com o transporte equivocado de categorias do primeiro para o segundo, fruto de uma reprodução conceitual acrítica e automática incentivada pela teoria geral do processo^{[[nota 124](#)]}.

A causa de toda essa confusão científica há muito foi bem trabalhada por Canelutti^{[[nota 125](#)]}, que, para ilustrar o posicionamento da evolução dogmática do processo penal, recorreu à conhecida parábola da Cinderela. O eminente processualista considera as três irmãs do referido conto, nominando-as de Ciência do Direito Penal, Ciência do Processo Civil e Ciência do Processo Penal, aduzindo, ainda, que as duas primeiras, ao contrário da última, tiveram próspera infância e adolescência, chegando à maturidade munidas de uma substanciosa base de formação. A Ciência do Processo Penal, por sua vez, tivera uma infância pobre e desprestigiada. Tal qual a cinderela, no clássico conto infantil, a ciência processual-penal não detinha roupas próprias, sobrevivendo daquilo (produzido dogmaticamente) que se extraía das demais irmãs.

Atesta Carnelutti^[nota 126] ter a impressão de que “o cultivador do processo penal seja conduzido pela mão do outro”, em clara referência à carência de autonomia dogmática deste ramo.

Esse incisivo escrito de Carnelutti, datado da década de 60, ainda se mantém atual, em que pese, de lá para cá, ter a ciência processual penal galgado espaço próprio.

O que se nota é a incapacidade histórica do direito processual penal construir uma teoria própria, simplesmente incorporando e adaptando acriticamente aquilo que foi construído, na passagem do século XIX para o século XX, no âmbito do direito processual não penal^[nota 127].

No que tange ao Direito Processual Penal Brasileiro, a Cenerentola ainda não se insurgiu^[nota 128]. Sobrevive, com vitalidade, a adoção de uma teoria geral do processo que alcançou envergadura diferenciada em razão da Escola Paulista de Processo formada nas Arcadas da Universidade de São Paulo, sob o comando dos Professores Candido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, como já mencionado no início deste trabalho.

A escola Paulista de Processo lastreia a defesa da Teoria Geral na perspectiva unitária da jurisdição, entendendo que “como é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual”. Entendem o processo civil e o processo penal como meras bifurcações que correspondem a exigências pragmáticas, o que em nada interfere na condição unitária do processo^[nota 129].

Entretanto, os postulados uniformizadores que propunham uma teoria geral do processo se mostraram incompatíveis com a modernização do processo penal e, por isso, passaram a ser objeto de enfáticas críticas por parte da doutrina nacional.

Não se nega que a teoria geral do direito contribui para uma melhor compreensão da fenomenologia jurídica e, de igual forma, uma teoria geral do processo contribui para uma compreensão mais confortável do fenômeno processual^[nota 130]. Tal vantagem, oriunda de um

paradigma sistemático, se relaciona com a necessidade de maturação epistemológica de determinada área do saber, ou seja, sistematizar e aglutinar, serviu, indubitavelmente, à evolução científica do direito processual^[nota 131].

Noutro pórtico, quando o pensamento sistemático é substituído por um pensamento problemático, a Teoria Geral do Processo exsurge como um viés metodológico que teve seu tempo de vida e já não tem mais razão de ser. Se do ponto de vista eminentemente teórico pode-se encontrar pontos de intersecção entre o processo civil e o processo penal, quando se confronta o fenómeno processual na sua realidade concreta, fora do hermetismo conceitual artificialmente fabricado pelos adeptos da teoria geral, nota-se verdadeira inaplicabilidade entre as searas.

Esse atalho metodológico, em que pese aprioristicamente gere um conforto, a longo prazo acabou trazendo enormes prejuízos à disciplina e, mais do que isso, ao modo de funcionamento concreto da jurisdição penal, pelo menos na perspectiva de um processo penal garantidor^[nota 132], alinhado com a já defendida instrumentalidade constitucional.

Inúmeras são as peculiaridades do processo penal que o tornam distante do processo civil e, conseqüentemente, inviabilizam a teoria geral do processo. Passa-se a analisar alguns pontos de distanciamento.

De acordo com a clássica escola da Teoria Geral do Processo a ação seria um direito público abstrato, uma vez que trata de direito ao provimento jurisdicional independentemente se favorável ou desfavorável; e autônomo, já que independe da existência do direito subjetivo material^[nota 133].

No campo do direito processual penal, Tourinho Filho explica que os preceitos elaborados para a ação civil também se demonstram aplicáveis à ação penal^[nota 134]:

Desse modo, não havendo diferença de conceito no campo processual entre ação penal e ação civil, tudo quanto falamos sobre o direito de ação é inteiramente aplicável à ação penal. É um direito público subjetivo, determinado (porque instrumentalmente ligado a um fato concreto); autônomo (porque distinto do direito que ele tende a tornar efetivo em juízo); específico (porque apresenta um conteúdo, e este nada mais é que a pretensão que se deduz em juízo); e, finalmente, abstrato, porque, embora instrumentalmente conexo a um fato concreto, o direito de ação existe e se exercita, ainda naquelas hipóteses em que o Juiz julga o petitum improcedente ou infundado.

O contorno conceitual que é dado à ação se funda unicamente na perspectiva civilista do processo, que admite ação como um direito público de caráter abstrato e autônomo. Essas suas características (autonomia e abstração) são inservíveis para o processo penal, pois sob sua ótica exige-se, desde o início, uma fumaça de mérito a ser aferida pela justa causa. Há, desde logo, uma incursão no mérito do caso penal, não podendo a ação penal ser recebida sem que apresente elementos de concretude quanto à pretensão ali veiculada[\[nota 135\]](#).

O desacerto se torna evidente a partir das lições de Tornaghi, que, ao tratar da teoria abstrata da ação, afirma[\[nota 136\]](#):

Nisto se opõem a Windscheid. Concordam com Bülow em que o processo existe por si e sem dependência do direito chamado substantivo. Mas entendem que a ação é a razão de ser do processo. Pouco importa que o autor tenha ou não razão. O processo existirá em ambos os casos. O que cumpre é que ele tenha ação, que tenha o direito de ingressar em juízo para compor a lide (daí o nome do livro de Degenkolb).

Ao contrário do que diz o ilustre Hélio Tornaghi, no processo penal não cabe dizer que “pouco importa que o autor tenha ou não razão”, bastando que “tenha o direito de ingressar em juízo para compor a lide”. Se assim fosse - e por deficiência do sistema vezes assim o é - o Ministério Público (ou o querelante) poderia oferecer denúncia (ou queixa) sem o mencionado suporte probatório mínimo; sem a justa causa, portanto.

As peculiaridades simbólicas do processo penal, já comentadas neste escrito, que impingem pena ao sujeito exclusivamente por ele ser acusado[\[nota 137\]](#), inibem que a ação penal seja desprovida da concretude, característica esta sustentada pela teoria geral do processo[\[nota 138\]](#).

Admitir a abstração e a autonomia como elementos também inerentes à ação penal é erro crasso que gera repercussões consideráveis para além do debate acadêmico, à exemplo da recorrente postura jurisdicional de recebimento da denúncia que se limita a reproduzir mantras genéricos atestando que estão satisfeitas as condições da ação.

A própria natureza jurídica da ação, tida como direito de caráter público, não encontra ressonância perfeita no âmbito criminal. No processo penal moderno, feita a opção do sistema

acusatório e com presença de agentes estatais servientes ao princípio da legalidade, revela-se impossível incorporar a visão de ação como direito^[nota 139]. A ação processual penal é um dever estatal. Estando presentes os elementos autorizadores da pretensão acusatória, surge verdadeiro dever estatal. Como salienta Paganella Boschi, a ação penal é “dever de não omissão”^[nota 140]

Se pensar a ação no processo penal com as bases do processo civil mostrou-se inadequado, indiscutivelmente as condições da ação estabelecidas pela teoria geral do processo carecem, de igual forma, de uma revisão crítica.

A secular tríade civilista composta pela possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimação ad causam realça a atualidade dos escritos de Carnelutti, pois tais condições da ação nada mais são do que roupas artificialmente colocadas na cinderela processual penal.

A categoria referente ao interesse de agir relaciona-se à ideia de que o processo precisa extrair algum resultado útil. A prestação jurisdicional que ali se pleiteia deve ser necessária e adequada^[nota 141]. Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter satisfação do alegado sem intercessão do Estado; a adequação, por sua vez, é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor e o provimento jurisdicional concretamente solicitado.

Essa delimitação do que é o interesse de agir descabe no direito processual penal porque, ao contrário do processo civil, na seara criminal impera a concepção de necessidade^[nota 142], isto é, o processo é o único caminho necessário e imprescindível para se alcançar a pena. Assim, o binômio “utilidade e necessidade” finda sendo uma discussão estéril^[nota 143], uma vez que sempre haverá necessidade e utilidade do processo, este sendo o único meio possível para se alcançar a pena.

Por meio da possibilidade jurídica do pedido, a seu turno, a teoria geral do processo busca evitar que um pedido “que não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário”^[nota 144] possa, de plano, ser negado. Adaptam, para o processo penal, aduzindo que

neste caso a possibilidade jurídica do pedido seria aferida pela tipicidade, isto é, o pedido seria impossível quando faltasse a tipicidade[\[nota 145\]](#).

Entretanto, a tipicidade ou a punibilidade (possibilidade jurídica de punir) compõem, em verdade, o próprio mérito do caso penal, pois são questões atinentes à própria existência, ou inexistência, do dever-poder de punir[\[nota 146\]](#). E de fato não há como conceber tipicidade ou punibilidade como elementos integradores da condição da ação em comento uma vez que a decisão de rejeição da denúncia ou da queixa baseada na atipicidade da conduta imputada ou na existência de alguma causa de extinção de punibilidade é verdadeira sentença de mérito, absolutória, ensejando a formação da coisa julgada material.

Nota-se que na tentativa de salvaguardar a existência de uma teoria geral do processo, finda-se amontoando conceitos sem que haja uma adequação realista[\[nota 147\]](#).

Passando do plano da ação, e de suas condições, os contornos da Jurisdição também se alteram quando vistos sob as lentes da Teoria Geral do Processo e quando vistos sob o prisma de categorias próprias do Processo Penal. E aqui a jurisdição pode ser vista sob diferentes planos, todos, frise-se, bem diferentes dos moldes consignados pela Processualística Civil.

A forma de exercício da jurisdição, ou, em melhores palavras, a sua medida, isto é, a competência, tem colorido todo especial no processo penal quando compara-se ao processo civil. É que o princípio do juiz natural recebe, no direito processual penal, enfáticos tons de proteção, relacionando-se ao papel do juiz enquanto “guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição e que lá está para limitar poder e garantir o débil submetido ao processo”[\[nota 148\]](#).

Dentro desse contexto de juiz natural como direito fundamental é que desponta a inadequação da teoria geral do processo e de seus postulados - civilistas, repise-se - que apontam para a competência territorial como de caráter relativo, esquecendo-se que o crime é um fenômeno social, que transcende uma relação entre sujeitos privados e que, por isso, deve ter como local de julgamento aquele no qual houve o incidente. E não só do ponto de vista

sociológico isso de explica: pragmaticamente a riqueza probatória estará atrelada ao local dos fatos.

A natureza relativa da competência territorial é, portanto, anacrônica quando se fala em um modelo de processo penal acusatório, uma vez que a partir desta ótica democrática as diretrizes sobre a competência e, por conseguinte, sobre jurisdição tergiversam com o direito fundamental ao juiz natural. Esse entendimento - relativista - dos adeptos da teoria unitária do processo “somente se mostra adequado quando se pensa no juiz natural apenas como um fenômeno de distribuição de poder e de sujeição das partes a esse poder”[\[nota 149\]](#), não se amoldando a noção de limite ao poder punitivo que hodiernamente já se tem assente.

Outro aspecto fundante que extrema a Teoria Geral do Processo, escrita por mãos civilistas, da Teoria do Processo Penal refere-se à postura do magistrado. A lógica acusatória ou inquisitória que informa o processo é tema fulcral na caracterização do processo penal democrático ou de cunho autoritário, e, como já se debateu neste escrito, a pedra-de-toque entre os dois sistemas é justamente a postura de um juiz ativista, inquisidor; e um juiz espectador, acusatório, preso pelas amarras do empoderamento das partes.

A lógica civilista naturalizou o juiz ativista, e hoje vive um movimento inverso àquele desejado para o processo penal. O protagonismo experimentado pelo poder judiciário em causas não-penais é visto como um sinal do que alguns chamam de Era do Judiciário[\[nota 150\]](#). Esse mesmo cenário, se transmutado para as varas criminais, não configurará uma modernização, senão apenas uma rememoração dos juízes inquisidores, plenamente ativistas no plano criminal.

Comparando-se o processo civil com o processo penal, ainda a dinâmica probatória é substancialmente distinta, muito por um marco civilizatório que lastreia o processo penal moderno: o réu é presumidamente inocente[\[nota 151\]](#).

É de aceitação tranquila a construção de que não é o denunciado quem tem de provar que não cometeu o crime que lhe é atribuído, afinal sua inocência é presumida. Ocorre que sob os influxos da ora debatida Teoria Geral do Processo convencionou-se dizer que à parte acusadora caberia o ônus de provar o fato constitutivo do delito, e qualquer alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão acusatória deveria ser provada pelo acusado [\[nota 152\]](#).

Essa vertente finda por ignorar o sobredito vetor axiológico-normativo do processo penal, qual seja, a presunção de inocência, pois dá às provas no processo criminal tratamento indiscutivelmente similar àquele encontrado no processo civil, onde, contudo, inexistente a presunção de inocência do polo passivo da demanda. Dizer que cabe ao acusado provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão acusatória é igualar sua condição àquela experimentada pelo réu cível, o que é de todo inadequado.

O risco da Teoria Geral do Processo mais uma vez parece evidente: relativiza-se garantias.

O processo penal, entendido a partir de suas categorias próprias, não comporta a ideia de distribuição da carga probatória, mas sim de atribuição da carga probatória, que é de total responsabilidade da parte acusadora [\[nota 153\]](#). No processo penal não há o que se distribuir pois o réu já inicia o processo inocente, não devendo arcar com nenhuma responsabilidade do ponto de vista probatório [\[nota 154\]](#). Isso não significa, contudo, que inexistente interesse de produção probatória por parte da defesa; mas entre interesse e ônus há uma grande diferença.

Numa leitura apressada - e civilista - do panorama processual penal se poderia chegar à conclusão que, se o acusado não se desincumbisse da produção da prova dos fatos que lhe são favoráveis, haveria um prejuízo e estaria configurado um ônus subjetivo. A presunção de inocência, entretanto muda as lentes desta leitura e encaminha para a conclusão de que “embora seja admissível que a atividade seja regida por um ônus probatório, no processo

penal em que vigora a presunção de inocência, tal encargo é atribuído, com exclusividade, ao acusador”[\[nota 155\]](#)

O interesse do denunciado na produção de sua prova defensiva consiste em maximizar o poder de convencimento de suas alegações, diminuindo os riscos de uma decisão desfavorável. Por isso mesmo, quando faculta-se à defesa fazer prova de determinada alegação e, contudo, não há o aproveitamento de tal chance, assume-se o risco de uma sentença desfavorável[\[nota 156\]](#).

O pedido de condenação exterioriza a pretensão acusatória que se funda em alegada prática de uma conduta legalmente qualificada como crime[\[nota 157\]](#). Crime, por sua vez, é algo tido por típico, ilícito e culpável, de forma que a parte acusadora só desincumbir-se-á de sua carga probatória quando lograr êxito em provar a existência de um fato típico (objetiva e subjetivamente), ilícito (a partir da inexistência das excludentes) e culpável (também a partir da inexistência das excludentes). Em suma, crime é um todo indivisível e a pretensão acusatória que maneja a imputação de um crime só deverá ser reconhecida pelo Estado quando este todo indivisível restar provado[\[nota 158\]](#).

O civilismo que contamina o direito processual penal faz mais uma vítima: fere de morte a presunção de inocência enquanto norma de prova para dar (sobre)vida às concepções de distribuição de ônus probatório, de todo inadequadas.

Nota-se que examinar o Direito processual penal como um sub-ramo de uma teoria unitária do processo, alegando uma possível simplificação a partir da compreensão sistemática do ordenamento, quase sempre implicará contaminá-lo, também, com a própria filosofia do processo civil, dominada por uma lógica individualista e utilitarista[\[nota 159\]](#), incompatível com a gravidade das questões entorno da liberdade humana.

Ao comentar autores que compartilham a crítica à Teoria Geral do Processo valendo-se dos pontos de diferenciação acima expostos, Luís Alfredo Macedo Soares aponta com didatismo um contra-argumento corriqueiro. Entende que esses pontos de distanciamento realçam apenas especificidades do processo civil e do processo penal, “sem, no entanto, refutar a existência de uma série de conceitos comuns a ambos os processos”, dentre os quais

destacar-se-ia os conceitos de jurisdição, processo, órgãos judiciários, competência, atos processuais, prova, etc.

Em verdade, a existência de elementos comuns, como os conceitos de prova, jurisdição etc. nada mais é do que a demonstração de certa uniformidade do direito. Ora, neste trabalho, inclusive, já se demonstrou que a ideia de tipicidade é comum aos mais diversos ramos do direito. O problema é saber se esses conceitos possivelmente partilhados representam envergadura aglutinadora que justifique uma teoria unitária do processo ou se são apenas uma demonstração que há uma linguagem jurídico-processual compartilhada, sem que as bases do processo estejam, também, compartilhadas.

A teoria geral do processo teve seu valor enquanto movimento que lançou as bases para um pensamento científico entorno do processo. Serviu, contudo, apenas para esse momento inicial. O atual estágio é de ruptura com essa categoria, uma vez que seus postulados, talvez despreziosamente, geram uma involução do processo penal, servindo, em verdade, como (mais) um instrumento de potencialização do punitivismo e relativização de garantias.

Essa construção unitária do processo, aceita pela maioria da doutrina tradicional, desencadeou um efeito coibente próprio das teorias totalitárias, das teorias globais e envolventes: a unidade teórica do discurso permaneceu suspensa, imutável, embora, as vezes caricaturada. A TGP ocultou as desigualdades funcionais adequadas ao processo civil, conteúdo históricos, teóricos e transdisciplinares que permitiriam a adequada compreensão das particularidades e a construção de uma teoria do processo penal voltada para nossa realidade^[nota 160].

No âmbito das nulidades e da forma processual, tema que nos interessa mais proximamente, os maus frutos da teoria geral do processo nascem aos bocados e são acriticamente consumidos pelo senso comum teórico.

3.2. A TRANSPOSIÇÃO ACRÍTICA DE CATEGORIAS EM MATÉRIA DE NULIDADES PROCESSUAIS.

Se no panorama global do direito processual penal a teoria geral do processo funcionou como uma maléfica ponte de transporte para os conceitos do processo civil (e

consequentemente do direito civil), especificamente quanto às nulidades não poderia ser diferente.

Na dinâmica das nulidades a Teoria Geral do Processo cobra seu maior preço, chancelando um “vale-tudo processual”^[nota 161]. Por isso mesmo, para uma compreensão autônoma do tema aqui tratado, é essencial desvelar a herança civilista dos postulados que o informam, expondo as impropriedades acriticamente admitidas.

De plano, uma construção inservível ao processo penal e que encontra raízes no caldo civilista alimentado pela Teoria Geral do Processo é a utilização da categoria de atos inexistentes.

A disciplina do ato processual penal irregular insiste em defender que atos inexistentes são aqueles carentes de “ elementos essenciais para a produção de quaisquer consequências jurídicas”^[nota 162]. Obviamente, frise-se, a delimitação conceitual da inexistência não se refere ao plano fático, mas sim a sua valoração jurídica^[nota 163].

Diz-se que a inexistência prescinde de declaração judicial de ineficácia, afinal desde sua prática o ato já nascera morto pois impotente para a produção de efeitos^[nota 164]. Nesse sentido, o ato inexistente suplantaria a coisa julgada, impedindo que ela se forme ou desconstituindo-a^[nota 165]. Essa construção realça a artificialidade de uma processualística penal que desprestigia categorias próprias.

A diferença em relação à coisa julgada material não torna em nada diferente a inexistência da nulidade absoluta, já que para esta última espécie de irregularidade também se entende possível seu reconhecimento, pro reo, após a preclusão máxima.

A prescindibilidade da declaração judicial é igualmente fantasiosa, uma vez que ao fim e ao cabo o ato teria que passar pelo controle judiciário de qualquer forma, uma vez que não teria como reconhecer a qualidade de inexistente por uma via diferente à processual^[nota 166].

Assim, se é necessária a declaração de inexistência, é porque o ato, um suposto nada jurídico, produzia efeitos, ao menos em potencial, que precisavam ser cessados^[nota 167].

Uma outra herança civilista que distorce a dinâmica do processo penal referente às nulidades trata da conformação que tradicionalmente é dada ao denominado princípio do interesse.

De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

A lógica por trás desse dispositivo é cristalina. A parte que alega nulidade, se assim não fosse, poderia se beneficiar do descumprimento consciente de alguma formalidade essencial, lançando mão de tal fato no futuro para assim minar o caminhar processual. O princípio do interesse, portanto, tem sua razão de ser; o problema consiste em lapidar seus contornos para adequá-los à processualística penal.

Dois aspectos são nevrálgicos na demonstração de contaminação do Direito Processual penal por pensamentos de direito privado: a atuação do Ministério Público como um direito fundamental do acusado e a indisponibilidade dos interesses discutidos no processo penal^[nota 168].

A forma processual, veiculadora de garantias fundamentais, não é disponível às partes, de molde que se pode chegar a entendê-la como uma proteção do acusado contra sua própria representação processual, se necessário^[nota 169].

Portanto, uma nulidade hipoteticamente gerada por uma postura defensiva não pode levar à conclusão imediata no sentido de impedir sua arguição por parte do acusado, como ressaltar Binder^[nota 170], com base no código processual penal modelo para a América Ibérica:

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. Isso é expresso com clareza pelas normas processuais: “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”.

Ainda sobre o princípio do interesse, não se pode igualar o parquet a uma parte aos moldes do direito civil. Essa afirmação, contudo, não contrasta com a ideia de que o Ministério Público é parte no processo penal, parcial, não se nega, mas com uma função que vai além da mera contraposição dos interesses do acusado.

O Ministério Público, ao manejar a ação penal deduzindo, com isso, a pretensão acusatória, o faz de maneira desapixonada, sem que haja um interesse pessoal na causa. E sua presença em todos os atos processuais mantém incólume inúmeros direitos fundamentais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e, para a fins de princípio do interesse, a imparcialidade da jurisdição.

É que somente com a tríade processual formada o juiz poderá manter-se distante, e, conseqüentemente imparcial.

Por isso, tanto a ausência do Ministério Público pode ser arguida pela defesa (em que pese, para olhares desavisados, não gerar prejuízo defensivo) como o próprio Ministério Público poderá arguir nulidades em seu próprio prejuízo, beneficiando a defesa, justamente por sua condição de parte subjetivamente desinteressada.

Outro aspecto elementar versa sobre visão do ato processual com os olhos de quem analisa o negócio jurídico do direito civil^{[[nota 171](#)]}. Tais lentes refletem diretamente no tratamento dado às nulidades penais, gerando efeitos deletérios em toda a base principiológica do direito processual penal.

Quando o ato processual penal é entendido como uma forma do negócio jurídico uma consequência desponta: a prova da invalidade incumbe ao sujeito que pleitear, reproduzindo-se a lógica civilista. Por este caminho deturpado, impõe-se ao acusado o dever de provar a invalidade, provando o prejuízo, e arcando com um ônus probatório hercúleo e incompatível com sua condição de presumidamente inocente.

A lógica civilista transportada para o processo penal desconsidera um fator essencial na construção originária da teoria: no direito civil há, de regra, igualdade de partes; direitos disponíveis e autonomia da vontade. No processo penal, entretanto, há uma sujeição da vontade; tergiversa-se com direitos indisponíveis e trabalha-se com a proteção do mais débil, estruturalmente vulnerável, que é o acusado.

4. APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O ESTADO D'ARTE DA TEORIA DO ATO PROCESSUAL PENAL IRREGULAR.

Da forma como está disposta no atual contexto jurídico nacional, a teoria das nulidades se vê imersa em um caldo de categorias norteadoras que informam sua interpretação. Por isso, almejar uma mudança no tratamento das nulidades no processo penal significa, invariavelmente, enfrentar seus pilares informativos e tentar readequá-los ao paradigma constitucional de processo sustentado neste trabalho.

Dialogando com a ciência médica, nota-se que o corpo mudou, e agora as patologias se inserem num contexto não mais ditatorial e policialesco, mas sim constitucional e, se possível, humanizado. Ao alterar a fisiologia, o estudo das patologias deve revisto.

4.1. A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL: A INADEQUAÇÃO ARTIGO 566 do CPP.

Reminiscência da redação originária o Código de Processo Penal, o artigo 566 aglutina um arsenal de significantes que justificam, em boa parte, a (dis) funcionalidade do regime das nulidades processuais. É nesse dispositivo que dois dogmas processuais penais já enfrentados neste escrito sofrem uma aproximação com a temática das nulidades: a instrumentalidade das formas e a busca da verdade real exsurgem como valores norteadores das nulidades.

Ao afirmar que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” o mencionado texto normativo surge como “ponto de ajustamento”^{[[nota 172](#)]} entre a instrumentalidade das formas e o modelo inquisitivo de processo, a partir da concepção de verdade substancial - nada mais que um codinome dado à verdade real^{[[nota 173](#)]}.

Retomando o que já fora explorado, no atual estágio de evolução da processualística penal não há mais espaço para perquirir a verdade real, e muito menos para se creditar ao dito embuste teórico a função de inibir nulidades. Da forma como engendrado, o texto legal alça a verdade real à condição de elemento justificador do ato irregularmente praticado, realçando o caráter ditatorial e policialesco do diploma processual^{[[nota 174](#)]}.

Novamente a ideia de verdade real aparece como um conceito abstrato estrategicamente posicionado. Despontando, por isso mesmo, como um elemento de importância prática e não mais como elucubração - aparentemente - distante sobre a finalidade do processo penal. O dogma da verdade ganha, através do artigo 566 do CPP, aplicabilidade direta no cotidiano forense, o que potencializa os danos gerados por essa herança inquisitorial.

Ao acreditar que a verdade real é um dado alcançável, o aplicador da norma em apreço finda desconsiderando a construção plural das várias versões processuais e, finalmente, criando uma resistência ao reconhecimento das nulidades. O discurso dado pela norma é que declarar-se-á nulidade apenas quando o ato irregular tiver influenciado o alcance da verdade real. O resultado, por sua vez, é que a inalcançabilidade da verdade gera, não raro, a resistência à declaração de nulidades^[nota 175]. A matemática é direta: só se anula o que influenciou na verdade real; ocorre que a verdade real não existe e por isso não haverá como se demonstrar a influência de algo (ato irregular) em um não-algo (verdade real).

A ideia de verdade veiculada na norma se liga umbilicalmente à filosofia da consciência^[nota 176] e o julgador que dela se vale só declarará nulidade quando relacionar o ato defeituoso à verdade real alcançada. A partir da filosofia da consciência^[nota 177], acredita-se que há como alcançar a verdade real, o que é de todo impossível.

Como avalia Lênio Streck, na modernidade, com a superação do objetivismo, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Exsurge o iluminismo e o homem deixa de ser sujeito às estruturas, passando, em verdade, “a ‘assujeitar as coisas’. É o que se

pode chamar de esquema sujeito-objeto”[\[nota 178\]](#). O homem, através da sua consciência, obteria a verdade das coisas[\[nota 179\]](#). Esse julgador inserido no paradigma da subjetividade acredita poder alcançar a verdade real, superestimando sua racionalidade e subestimando aspectos linguísticos e psicanalíticos do direito[\[nota 180\]](#).

Esse cenário pantanoso recebe tons ainda mais dramáticos, uma vez que na atual conformação da disciplina de nulidades cabe àquele que alega (geralmente a defesa) demonstrar que o ato praticado de forma irregular deve ser anulado[\[nota 181\]](#). Isso significa, por tudo, que caberá à parte que alega a nulidade demonstrar que ela influenciou na obtenção da tal verdade real, algo que só encontrará referencial semântico naquilo que o julgador quiser[\[nota 182\]](#).

Além da verdade substancial, o artigo menciona decisão da causa como outro elemento a ser aferido quando do juízo de nulidade de determinado ato. O que se depreende dessa assertiva legal é que o magistrado, ao final, fará uma avaliação de utilidade do ato, e aferirá se esse ato praticado irregularmente influenciou ou não na sua decisão.

Tal permissibilidade (não se anular atos que não teriam concorrido para a decisão da causa) parte de uma premissa superada, qual seja, a de um juiz psicanaliticamente inatingível, desconsiderando a queda do paradigma cartesiano[\[nota 183\]](#) e toda a influência interdisciplinar que norteia atual análise do fenômeno jurídico. Não se sabe se por apego ingênuo à crença de racionalidade total do magistrado ou por reafirmação de poder, o que se tem é a artificial construção de que, ao final, na decisão da causa, o juiz poderá se despir das influências de determinados atos irregulares.

A partir dessa forma de gestão do ato irregular, é suficiente que o juiz, ao sentenciar, decidindo a causa, afirme que aquele vício não refletiu em sua decisão, deixando de mencioná-lo ao longo da fundamentação. Há um golpe de cena processual, bastando que inexista menção expressa ao ato irregular nas razões da decisão para que se tenha como certa a sua não influência no julgamento. A questão, contudo, não é tão simples e esse tratamento é por demais rasteiro [\[nota 184\]](#).

Como adverte Pacelli, 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 conseqüências 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 [\[nota 185\]](#)

Um dos equívocos do artigo 566 do CPP, portanto, é supervalorizar o mito do livre convencimento motivado [\[nota 186\]](#), acreditando que todas as razões de decidir que nortearam o julgador estão expressas na motivação de sua sentença, e consequentemente poder-se-á fazer o controle de sua racionalidade e confrontar o que foi e o que não foi influente no julgamento da causa.

Não se nega que na atual quadra histórica o controle da racionalidade do julgador ocorre sobremaneira a partir da exigência de fundamentação das decisões judiciais [\[nota 187\]](#). Essa forma de controle, entretanto, não é absoluta e apresenta duas falhas que merecem realce: a maleabilidade do discurso jurídico, conformado para esconder os reais motivos de decidir; e a

influência do plano do inconsciente, não atuantes no plano consciente e por isso mesmo imperceptíveis no dito controle da racionalidade da decisão.

Um exemplo clareará as fraturas do sistema de nulidades fundado no artigo 566 do CPP e na sua crença sobre a racionalidade pura do julgador. Imagina-se que um indivíduo seja preso em flagrante delito instantes após cometer um suposto crime de furto, cujo objeto subtraído, um celular, fora encontrado com ele. Denunciado, o acusado nega a imputação sustentando que o celular é seu, e não produto do furto. Na audiência de instrução e julgamento o magistrado determina o reconhecimento pessoal do acusado, sem que sejam obedecidos os parâmetros legais previstos no artigo 226 do CPP. A vítima reconhece o acusado. A defesa suscita a nulidade do ato de reconhecimento. O juiz, finalmente, profere a decisão condenatória e afasta a alegação de nulidade por entender que o ato judicial (reconhecimento) não influenciou na sua decisão da causa e na apuração da verdade real.

Como contra-argumentar essa postura judicial se o único controle sobre os aspectos que influenciaram na decisão é o que está escrito, sujeito às maquiagens do discurso jurídico e à nebulosidade do subconsciente? Vê-se, novamente, que o artigo 566 do CPP reafirma a lógica das formais processuais como mero acessório^[nota 188] submetido ao juízo de oportunidade do magistrado que poderá praticar um sem número de atos irregulares e, para que o processo não sofra consequências, se reportar oficialmente apenas àquilo que obedeceu aos parâmetros legais. Esse juízo a posteriori sobre as nulidades serve de maquiagem legalista para um processo penal cheio de ilegalidades.

Essa brecha no regime das nulidades faz escoar a compreensão da instrumentalidade constitucional do processo, uma vez que tanto pode legitimar a tomada de posição voluntária do Estado-Juiz no sentido de usar um ato praticado irregularmente; como, mesmo em um juiz com uma perspectiva acusatória, pode influir no subconsciente e fulmina-lo da imparcialidade exigida. Enfim, o artigo 566 do CP dá margem para que o juiz inquisidor (que se arvora de um compromisso pessoal com a verdade real) utilize de atos praticados fora do parâmetro legal, bastando que não os mencione na decisão final; de igual forma, desprotege-se o juiz desejável no modelo acusatório, pois possibilita que elementos colhidos irregularmente influenciem no subconsciente desse magistrado, limitando a sua imparcialidade.

Ao recorrer ao princípio do livre convencimento motivado da forma como está no artigo em comento, acreditando que ao fim do processo há condições de excluir elementos praticados irregularmente, não utilizando-os na decisão, como se a decisão fosse uma

matemática de provas^[nota 189], fruto de uma operação aritmética final pela qual se soma os elementos válidos e objetivamente se subtrai os inválidos, ignora-se que “o julgado está condicionado pelo julgador, igualmente condicionado pela tradição e pelo inconsciente. Há, escamoteado pela consciência, um sujeito do inconsciente, tão inapreensível por esse eu, quanto o desejo”^[nota 190].

Essa vinculação da nulidade ao julgamento da causa, que é ponto culminante do processo penal, vulnera a instrumentalidade constitucional do processo penal por macular o julgador com uma carga simbólica extremamente persuasiva advinda de um ato irregular. Dentro de um paradigma de reconhecimento do inconsciente como um elemento fundamente na decisão penal, o controle do ato de julgar não deve ocorrer apenas com vistas àquilo que foi mencionado na sentença, uma vez que - reitere-se - o que ali está pode ter sido selecionado conscientemente (por juízes que se veem compromissados com a verdade real) ou inconscientemente (por juízes sujeitados ao efeito persuasivo daquele ato irregular mantido no processo).

Não se alcançará um processo penal democrático, que se valha de atos regulares e que não ofereça espaço para juízes inquisitivos, enquanto se mantiver a crença que o controle ocorre a partir do livre convencimento motivado, a partir daquilo que o texto jurídico da decisão oferece. O controle não pode ocorrer a posteriori, quando do julgamento da causa.

A solução, portanto, perpassa pela valorização do ato processual e de sua forma como garantias em si mesmo, independente do vínculo distante com a decisão da causa ou com a verdade real. O ato irregular deve ser declarado nulo a partir da compreensão de suas funcionalidades, e não em subordinação à decisão da causa. Continuando como está, aquilo que deveria afigurar como escudo protetivo do sujeito débil transforma-se em mera burocracia judicial, cuja observância fica a critério discricionário do juiz^[nota 191]. Toda a distinção pertencente

à teoria dos atos processuais defeituosos se torna refém de uma política casuísta e decisionista^[nota 192]. Ao final escolhe-se o que usar, numa convicção oficial à la carte e fajuta^[nota 193].

4.2. REALINHAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO A PARTIR DA REVALORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO.

Se o regime de nulidades é de todo caótico, indubitavelmente a força motora desse desarranjo está no denominado princípio do prejuízo^[nota 194], que condiciona a declaração de nulidade à demonstração, pelas partes, que o ato irregularmente praticado lhe trouxe algum gravame processual, isto é, acarretou tal prejuízo.

A literatura tradicional rotula, não sem razão, que a ideia do prejuízo é verdadeira viga mestra do sistema de nulidades^[nota 195], pois norteia toda essa disciplina, afastando-a do que seria um formalismo inócuo. Por exemplo, Heráclito Mossin, atribuiu ao princípio do prejuízo a característica de dogma fundamental do sistema de nulidades^[nota 196].

O que faz a doutrina, portanto, é seguir a filosofia originária do Código de Processo Penal, donde se colhe, a partir de sua exposição de motivos, a exata lição de alçar o prejuízo à categoria de valor fundante em matéria de nulidades. Observa-se, in verbis, o dizer do Ministro Francisco Campos “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”.

Autores mais modernos seguem na reprodução estéril do postulado em questão, desconsiderando o constante caminhar do direito e o distanciamento - desejável, ao menos - dos ares antidemocráticos que inspiraram o diploma processual penal. Não é demais recordar que o nosso arcabouço normativo relacionado ao processo penal é de pungente matriz

autoritária, gestado na ditadura Varguista e sob a batuta de Francisco Campos, reconhecidamente artífice desse texto legal ainda em vigor^[nota 197], em que pese topicamente reformado.

O que se quer dizer, de plano, é que na atual quadra histórica, com o marco constitucional de 1988, reproduzir um dogma já entoadado por um Código de inspiração Fascista é, no mínimo, comodismo científico que finda legitimando o ranço policialesco presente no modelo de justiça criminal aplicado no Brasil. Não se está a sustentar que todos os postulados utilizados no código se considerem superados, mas que todos precisam de uma mínima filtragem constitucional e de calibragem histórica para que o código serviente ao Governo Vargas consiga satisfazer os mandamentos democráticos da Carta Constitucional de 1988.

Todavia, não só por uma atualização conceitual é que o princípio do prejuízo se impõe como importante objeto de estudo. Mais recentemente seu âmbito de incidência se alargou, reforçando a sua condição de vetor-mor na estrutura das nulidades processuais penais.

Tradicionalmente, doutrina e jurisprudência falam numa só voz que a necessidade de demonstração do prejuízo se referiria tão somente às ditas nulidades relativas. As nulidades absolutas, por se turno, dispensariam tal prova pois a presunção de prejuízo era ínsita à sua categoria^[nota 198]. Entretanto, ventos recrudescentes sopraram na jurisprudência, e em um passado recente se passou a exigir a demonstração do prejuízo também nos casos em que a nulidade se configuraria absoluta. Nesse sentido, saliente-se, está a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

(...)o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto à relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção.^[nota 199]

Essa postura que espraia a incidência do princípio do prejuízo para além das nulidades relativas é recente, o que se conclui a partir da inteligência da súmula 523, do mesmo Tribunal. Assim diz o verbete sumular: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houve prova de prejuízo para o réu”. Observa-se com clareza que o Supremo Tribunal, à época da edição da súmula, fazia uma distinção entre a ausência de defesa e a deficiência na defesa. A primeira hipótese, taxou de nulidade absoluta; a segunda hipótese, entendeu que era caso de se exigir demonstração do prejuízo para anular o ato. Entre as duas situações sobreditas, o verbete sumular é ligado pela partícula “mas”, que é conjunção coordenativa adversativa, e indica uma oposição de ideias. A falta de defesa constitui nulidade absoluta, contudo, sua ausência, de forma oposta, constitui nulidade relativa, a qual depende de demonstração do prejuízo para ser declarada.

É nesse contexto que se insere o fenômeno da relativização das nulidades, denunciado por parcela da literatura jurídica, notadamente aquela mais alinhada com o pensamento crítico do processo penal^[nota 200]. O que antes era absoluto, pode até ser mantido como absoluto em nomenclatura, mas os efeitos de tal conceituação agora inexistem: a demonstração do prejuízo é essencial para o reconhecimento de toda e qualquer nulidade, e as absolutas findam se igualando às relativas. É um fenômeno típico de uma postura mais alinhada com a instrumentalidade utilitarista do processo penal, que, conforme já se salientou no início desse trabalho^[nota 201], tende a exercer uma força centrípeta sobre as formas processuais, diminuindo sua importância, relativizando-a, portanto.

Antes, entretanto, de minudenciar a análise do princípio do prejuízo, válido é o bosquejo histórico sobre tal conceito, buscando não apenas a compreensão de seu significado, mas, principalmente, a percepção de suas futuras potencialidades^[nota 202].

Como não poderia deixar de ser, contudo, a análise histórica do princípio do prejuízo não encontra uniformidade na doutrina. Há quem entenda que a origem do pas de nullité sans

grief esteja no Código Napoleônico^[nota 203] ou mesmo remonta às ordenações de Tolosa^[nota 204]. Alguns, por seu turno, apontam genericamente uma origem na doutrina francesa^[nota 205].

Em verdade, a ideia de prejuízo relacionada às nulidades tem um caminho histórico que se confunde com a noção e evolução do formalismo procedimental^[nota 206]. Pas de nullité sans grief, ao menos como por nós entendido, tem relação simbiótica com os momentos de temperamento do rigorismo formalista.

Houve um tempo no qual o mínimo atentado à forma corresponderia à mácula do processo, tendo em vista a visão hermética típica do sistema da sanção do erro literal das formas^[nota 207]. A desconfiança para com os magistrados, uma das marcas do sistema absolutista, fez da nulidade um instrumento empregado pelo rei para assegurar que os juízes cumprissem rigorosamente a letra da lei, tolhendo qualquer nesga de discricionariedade que manchassem a vontade do soberano^[nota 208].

A dinamicidade da sociedade e a alternância dos modelos políticos, todavia, exigiram a flexibilização, donde se extrai a ideia de prejuízo para fins de nulidade do ato. O prejuízo, dessa forma, nasce para temperar o excessivo rigor do formalismo. Nesse contexto, em que pese não se desconheça a previsão de prejuízo desde a Ordonnance francesa de 1667, é inegável que foi a codificação napoleônica que lhe deu corpo, contribuindo para quebrar a antiga ordem jurídica e lançar o embrião da teoria das nulidades^[nota 209].

Eis a primeira contribuição que uma análise retrospectiva do pas de nullité sans grief nos fornece: a sua gênese no código napoleônico indica um nascedouro informado por balizas inquisitoriais. É que na Era Napoleônica o sistema inquisitivo não ruiu, como poder-se-ia acreditar em virtude dos ideais iluministas que circundavam aquela quadra histórica. Até a Revolução Francesa houve a vigência do inquisitório em sua faceta mais escancarada, no que

se pode nomear de paleoinquisitório^[nota 210]. O que fez Napoleão não foi extirpar a inquisitorialidade no processo, mas sim transformar um modelo inquisitório canônico em um inquisitório laico^[nota 211]. Nesse sentido, com maestria expõe Antônio Loureiro^[nota 212]:

Em matéria processual penal, a codificação napoleônica é um marco divisor do inquisitório, pois demonstra que Napoleão levou em conta a aparência externa de seu aparato penal, bem como o que a opinião pública poderia pensar dele. Fica claro ao observador de hoje que o intuito de Napoleão foi tornar o sistema punitivo mais palatável para a sociedade e a maneira de fazê-lo foi a supressão dos instrumentos mais toscos do inquisitório, como a tortura corporal e psíquica, agregando novos adornos processuais para levar os súditos a crer que se estava a adotar um processo penal 'racional'.

Mais uma vez, afirma-se: não se está a dizer que as bases históricas do direito são inservíveis e que o moderno sempre será melhor, mas dogmas construídos a partir da ambiência político-social Napoleônica, de base eminentemente inquisitorial, deve, ao menos, se sujeitar a um constrangimento epistemológico de viés democrático e acusatório, para só então se optar pela aceitação ou não dessas heranças conceituais. A pomposa nomenclatura francesa dada ao princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*) não é suficiente para impingir-lhe um conteúdo democrático-constitucional.

Antes, contudo, de submeter o postulado do prejuízo às balizas da instrumentalidade constitucional do processo, há de se perguntar: o conceito de prejuízo é necessário para fins de teorização racional da disciplina das nulidades? Somente frente a sua indispensabilidade é que fará sentido depositar energias numa proposta de racionalização.

O processo penal não pode ser entendido de forma autossuficiente, como se tutelasse a si próprio. Já se consignou no início deste escrito^[nota 213] que a autonomia científica da processualística penal alcançou independência suficiente frente à dogmática do direito penal de modo que não mais deve preocupação com a reafirmação de sua instrumentalidade. O ponto, também já enfrentado, é delimitar tal instrumentalidade, resposta que deve se alinhar ao viés constitucional.

A forma, enquanto fim em si mesmo, não mais se sustenta como justificção do processo. Se assim fosse, a discussão sobre o prejuízo se faria dispensável, afinal todo e qualquer rompimento da forma levaria à consequência inarredável da nulidade do ato. O

prejuízo é, portanto, sintoma desse rompimento com o paradigma formalista vazio. Rompimento que, a depender de como for valorativamente guiado, desponta como benéfico ao acusado.

A indispensabilidade do prejuízo, portanto, é uma conclusão à qual se alcança em virtude de tal conceito, se bem alinhado, servir de guia para a concretização da instrumentalidade constitucional do processo penal. O prejuízo fornece o critério teleológico que a análise dos atos processuais necessita, evitando o binômio forma-violação. Acertadamente, portanto, lecionam Salo de Carvalho e Antonio Loureiro no sentido de que a exigência do prejuízo concreto do descumprimento formal é coerente com a teoria funcional-garantista das formas processuais, em que pese tal significante venha sendo utilizada a serviço da cultura formalista-dogmática de inspiração inquisitória^[nota 214].

Com felicidade, Fauzi Choukr desenha que a noção de prejuízo é obviamente delineada a partir de determinado processo interpretativo, que, por sua vez, está condicionado aos fatores culturais que norteiam o interprete. Em nosso caso, repise-se, a cultura inquisitiva ainda permeia, com pujança, o imaginário do ator jurídico, o que faz do prejuízo algo que não se mostra largamente sensível aos valores da Constituição e da jurisprudência internacional de direitos humanos^[nota 215].

O que deve ser objeto de esforços por parte daqueles que propõem uma reflexão constitucional do processo penal não é extirpar o conceito de prejuízo da disciplina de nulidades^[nota 216], mas sim dar-lhe contornos afinados com os cânones democráticos, distanciando-o do pensamento inquisitório.

Portanto, a ideia de prejuízo aparece, indiretamente, como uma garantia acusatória, pois evita que o formalismo vazio se espraie e sirva de instrumento do poder punitivo. Passa-se então a analisar o prejuízo a partir sua (in)adequação constitucional da forma como tem sido manejado.

O primeiro ponto a ser enfrentado encontra ligação com o que fora discutido no tópico 4.1. supra, isto é, a relação construída entre o conceito de prejuízo e aquilo contido no artigo

566, CPP. Conclui-se comumente que os artigos 563 e 566 do Código Processual se comunicam numa relação de complementariedade, de modo a entender que o vício somente gerará prejuízo quando influir na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa[\[nota 217\]](#).

Se já ficou sedimentado nesse escrito que o artigo 566 reverbera valores eminentemente inquisitoriais, não há outra conclusão a se chegar que não a necessária cisão total entre suas significantes e a ideia de prejuízo. Os conceitos de verdade substancial e decisão da causa não sobrevivem à crítica acusatória e aliá-los à noção de prejuízo é enterrar ainda mais um ideal de sistema de nulidades alinhado com a Constituição.

Por tudo, tentar dar densidade conceitual ao princípio do prejuízo mediante a utilização do artigo 566 é um erro crasso, que ao revés de clarear, obscurece a disciplina de nulidades com tons ainda mais inquisitivos[\[nota 218\]](#). Como salienta Jorge Paschoal, a junção entre a ideia de prejuízo e o conteúdo do artigo 566 do CPP tem gerado um atropelo, presumindo-se que, com a mera prolação da sentença, poder-se-ia sedimentar que se alcançou a verdade e se decidiu a causa, e que o ato inquinado de nulidade em nada influiu[\[nota 219\]](#).

Ao consignar que “não se declara nulidade de ato processual que não resultar em prejuízo para a acusação ou para a defesa, sobretudo se não houver obstado a apuração da verdade substancial dos fatos”[\[nota 220\]](#), a jurisprudência inverte a lógica do devido processo legal: não é mais a fiel observância dos atos processuais que legitimam a decisão da causa (ou verdade substancial, para os que acreditam), mas sim a decisão da causa que legitimará o caminhar processual, ainda que tortuoso. A conta é de custo benefício[\[nota 221\]](#).

Mas a irracionalidade jurisprudencial não para por aí. Admita-se, por hipótese, como válida a argumentação acerca da “decisão da causa” e da “verdade substancial” como

elementos comprobatórios do prejuízo, como quer o Superior Tribunal de Justiça. A consequência é uma só: a parte que visa o reconhecimento da nulidade deverá demonstrar de que forma aquele ato influiu no alcance da verdade.

Ocorre que a própria Corte em comento dá a seguinte resposta àquele que busca discutir a influência de determinado ato na verdade substancial^[nota 222]:

A incursão no terreno da apuração da verdade substancial demanda análise do conjunto fático-probatório, pois não há como saber se houve influência na apuração da verdade substancial sem avaliar, por exemplo, o conteúdo das perguntas feitas pelo magistrado às testemunhas. Tal análise não pode ser realizada em sede de habeas corpus (grifo no original).

Eis então que o círculo inquisitorial se fecha: empurra-se a conceituação do que é prejuízo para algo que não pode ser discutido no Tribunal. O destino da nulidade se bifurca: ou não há prova de prejuízo, pois não se mostrou influência na verdade substancial; ou não há como mostrar influência na verdade substancial, pois isso demanda reanálise fático-probatória. Essa é a gestão de ilegalidades típica do modelo inquisitório^[nota 223].

Se o que se busca é uma racionalidade no sistema de nulidades, é imprescindível firmar a ausência de relação entre o prejuízo e os conceitos de verdade substancial e decisão da causa. Mas não só. Outro postulado relacionado ao princípio do prejuízo que está em completo descompasso com os vetores axiológicos do processo penal moderno é a obrigação imposta à parte que suscita a nulidade de demonstrar a ocorrência do prejuízo.

Tradicionalmente, doutrina^[nota 224] e jurisprudência são uníssonas ao afirmar que é obrigação da parte que alega a nulidade demonstrar a ocorrência do prejuízo. Assim, por esse entendimento, a carga probatória recairia sobre a parte supostamente lesada, sendo certo que a ausência ou a impossibilidade da comprovação efetiva do prejuízo geraria o reconhecimento do ato como válido^[nota 225].

Entretanto, essa conformação de distribuição do ônus da prova do prejuízo carece de legitimação quando se pensa no processo penal constitucional. Tal ideia, figura, em verdade,

como mais um fator impeditivo do reconhecimento das nulidades, que visa a qualquer custo evitar a concretização das balizas garantidoras do processo penal.

De modo irresponsável, transportou-se a lógica do artigo 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbe a quem o fizer, para a seara das nulidades, gerando a conclusão insólita de que quem alega a nulidade há de comprovar o prejuízo. Entretanto, mesmo essa distribuição do ônus da prova em sentido lato, isto é, não necessariamente relacionando à prova do prejuízo, já é alvo de contundentes críticas doutrinárias, que veem no mencionado artigo 156 do código processual uma afronta à lógica do processo penal democrático, notadamente no seu núcleo rígido relativo à presunção de inocência.

Já houve oportunidade de se enfrentar neste escrito que essa concepção de divisão do ônus da prova é inservível ao processo penal, sendo mais uma das heranças do processo civil, cuja ponte de inserção no âmbito criminal deu-se a partir da Teoria Geral do Processo^[nota 226]. Quando se passa a ler o fenômeno processual penal a partir de suas categorias próprias, nota-se que para o denunciado não é possível atribuir nenhum ônus probatório, uma vez que este é presumidamente inocente. No processo penal, repise-se, não há distribuição do ônus probatório; há atribuição do ônus probatório à parte acusadora, unicamente.

No corte temático específico das nulidades, Ricardo Gloeckner vai além e explora as raízes dessa inapropriada distribuição do ônus da prova do prejuízo. Para o autor o princípio do prejuízo encontra sustentáculo, do modo como ainda é aplicado, nas formas dos atos jurídicos em geral e na noção de processo como quase-contrato^[nota 227]. Nota-se que a disciplina das nulidades, portanto, encontra contaminações do processo civil e, também, do direito civil. Nulidades processuais penais findam equiparadas à defeitos no negócio jurídico, como também diagnostica Binder^[nota 228]:

A tese majoritária, sobretudo em nosso país, continua aferrada à relação entre formas dos atos jurídicos e formas processuais. Este vínculo deve ser abandonado (sem prejuízo de que sempre se podem encontrar relações de afinidade entre as instituições jurídica, já que todas elas provêm afinal de um tronco comum) para permitir o desenvolvimento de novas formas explicativas e novas reflexões sobre as funções das formas processuais e os distintos modos de reagir diante do descumprimento dessas formas

Se essa concepção civilista dos atos processuais tem resposta certa para a questão do prejuízo (aquele que pretender ver reconhecido o vício deve provar o prejuízo), a visão autônoma do processo penal, por sua vez, não se satisfaz com esse postulado. O acusado não necessita provar absolutamente nada, pois sua inocência presumida já configura prova suficiente. A noção de igualdade entre as partes que lastreia todo pensamento privatista não se sustenta no âmbito penal, logo a distribuição de cargas probatórias não pode ser aceita sob pena de impor ao réu mais um gravame, ao invés de protegê-lo, como pretende fazer o processo penal moderno.

Impor a prova do prejuízo às partes, notadamente ao polo passivo do caso penal, que é o interessado maior no sistema de nulidades, uma vez que forma é garantia de sua proteção, é, ademais, exigir-lhe uma prova diabólica, impossível de ser produzida com atual conformação conceitual que recobre o prejuízo. Dizer que houve prejuízo, segundo os Tribunais, é provar que aquele ato influiu na decisão da causa ou no alcance da verdade substancial, o que é tarefa de todo ingloria afinal recairá nas armadilhas da influência do ato no inconsciente do magistrado (pois a ideia de decisão da causa vai muito além daquilo disponível na fundamentação da decisão) e no conceito maleável e impróprio de verdade substancial.

Essa tarefa hercúlea de provar o prejuízo se mostra ainda mais perversa quando se raciocina o procedimento do Tribunal do Júri. Dentre outros aspectos, o ritual do júri se caracteriza pelo julgamento levado a efeito por sujeitos do povo que não precisam sequer fundamentar suas decisões. Decidem, pois, conforme sua íntima convicção e suas razões, das mais técnicas às mais espúrias, não estão submetidas a qualquer controle externo^[nota 229]. No júri o terreno do inconsciente aflora e demonstra o quão difícil será delimitar o que foi determinante para o julgamento da causa. Demonstrar o prejuízo como sendo algo que afetou a decisão da causa é o mesmo que perquirir os motivos pelos quais ao menos quatro cidadãos, por qualquer rasgo voluntarista, escolheram votar sim pela condenação. É o puro terreno da indeterminação.

A exigência de demonstração do prejuízo pode ser confrontada, também, com a própria noção de devido processo legal, a partir da revalorização do procedimento enquanto garantia. Levada às últimas consequências, a ideia de prejuízo finda atribuindo ao modelo de ato previsto pelo legislador um caráter de mero aconselhamento, quando na verdade a forma se presta à garantia do acusado. Dinamarco, discorrendo sobre a instrumentalidade do

processo, chegar a afirmar que a ideia de prejuízo serve para que o juiz possa adequar o processo para cada realidade, como se as normas processuais estivessem à disposição do magistrado^[nota 230].

As formas dos atos processuais se inserem dentro do sistema criminal, conversando de perto com o poder punitivo. Sua existência, portanto, se legitima enquanto escudo protetor do acusado, o que confronta sobremaneira a necessidade deste sujeito protegido provar ter sofrido o prejuízo^[nota 231]. O descumprimento do ato, por si só, é prejudicial ao acusado, pois representa que o Estado desrespeitou uma garantia.

Exigir a demonstração do prejuízo é ato de descompromisso do Estado-juiz com o vetor do devido processo legal, que na lição de Walter Nunes, regula a jurisdição no âmbito criminal e torna a persecutio criminis juridicamente vinculada a padrões normativos, extraíveis da Constituição e das leis, que ao fim e ao cabo traduzem limitações ao dever-poder de punir.^[nota 232] De tal modo, o devido processo legal, donde se extrai o respeito às formas processuais (devido procedimento penal), é direito fundamental que limita a atuação estatal, por isso mesmo quando se rompe a tipicidade de determinado ato não é o denunciado que deverá alegar que inexistiu prejuízo, mas sim o Estado-juiz, que se via limitado por essa garantia e a violou. O ônus recai sobre quem tinha a obrigação de zelar pela forma do ato, ou seja, o magistrado^[nota 233].

O que se tem, em parcial conclusão, é que o princípio *pas de nullité sans grief* deve sofrer uma filtragem constitucional. Para tanto é essencial extirpar as vinculações entre prejuízo e os conceitos de “verdade substancial e decisão da causa”, bem como se realinhar o ônus probatório, para que a demonstração do prejuízo não seja uma exigência simbólica apta a oferecer ao Poder Judiciário um espaço de discricionariedade para escolher o que quer e o que não quer declarar nulo.

O caminho para a adequação constitucional do princípio do prejuízo é categorizá-lo não mais como elemento necessário para declaração da nulidade, mas sim como elemento cuja ausência indica a inexistência de nulidade. Inverte-se os sinais, rumo à presunção de lesão às partes pela inobservância do ordenamento processual. Retoma-se, com isso, o caráter garantístico da forma.

Decorrendo a violação de uma norma, em regra, haverá nulidade do ato. É que se assim não for, se estará dizendo que algumas formas processuais penais são inúteis. Como ensina Jorge Paschoal, presume-se o que ordinariamente acontece, logo a presunção deverá ser de prejuízo^{[[nota 234](#)]}. Se há um modelo previsto em lei, o normal é que o processo penal dele necessite para dar corpo à sua função garantista. O normal, portanto, é que a atipicidade gere prejuízo^{[[nota 235](#)]}.

O desrespeito aos guias normativos do processo penal consubstancia-se numa presunção de lesão, que poderá ser rompida caso o magistrado desincumbasse do ônus argumentativo para manter a eficácia do ato, eventualmente ouvindo a parte contrária. A simples manifestação de vontade do acusado na declaração judicial de nulidade, feita a partir da demonstração objetiva que houve um descumprimento da norma, remete à demonstração, por parte do Ministério Público, sobre a inexistência de prejuízo. O juiz, então, deverá fundamentar o não reconhecimento da nulidade amparado em elementos que autorizem a conclusão de prejuízo não sofrido por parte do acusado^{[[nota 236](#)]}.

Em arremate final, essa presunção até agora defendida, contudo, não milita em prol do Parquet. Como se pode perceber ao longo da explanação dos fatores que deslegitimam o ônus

da prova do prejuízo, há sempre uma relação de proteção entre a forma e o acusado. Todo o raciocínio construído para infirmar esse ônus argumentativo que hoje recai sobre as partes se faz a partir de uma visão das formas como escudo protetivo do acusado. Por isso mesmo, não é a mera alegação de atipicidade do ato que fará militar em prol da acusação uma presunção de prejuízo. Esse tema, palpitante que é, será melhor tratado no tópico seguinte.

4.3. PARA ALÉM DO PRINCÍPIO DO INTERESSE: REVISITAÇÃO CRÍTICA SOBRE O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS FRENTE À NULIDADE

Outro pilar da disciplina de nulidades que merece uma revisitação crítica consiste no denominado princípio do interesse, normatizado que está no artigo 565 do CPP, in verbis: “Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular deve estar sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que tal providencia representará para quem invoca a irregularidade^[nota 237].

Tal construção padece, contudo, de uma maior reflexão sobre as partes no direito processual penal, notadamente acerca do papel que o ministério público desempenha quando inserido no paradigma de processo penal democrático.

Historicamente discutiu-se sobre a condição do Ministério Público, ora dando-lhe tons mais próximos ao de parte, ora mais próximos ao da jurisdição. Longe de encerrar tal celeuma, parece que há, hodiernamente, um mínimo consenso quanto à necessidade de o processo penal moderno despontar como um processo de partes, conceito no qual se incluiria o Ministério Público.

Não se nega, portanto, que o Ministério Público no processo penal atue como parte. Entretanto, e parece que aí reside o ponto nevrálgico, não se satisfaz na conceituação de parte própria do direito civil e processual civil. O Ministério público ao mesmo tempo em que é parte na persecução penal, caracteriza-se também por não apresentar interesse pessoal na causa, sendo por isso mesmo uma parte desapaixonada^[nota 238].

Deve-se ressaltar que a instituição Ministério Público surge no cenário das ciências criminais como verdadeiro “salto qualitativo”[\[nota 239\]](#), com vistas a romper de vez com o fenômeno aglutinador gerado pelo processo inquisitivo, que atribuía ao julgador as funções de acusar e decidir[\[nota 240\]](#).

Se o princípio inquisitivo convida o juiz a sentar em outro local que não o de julgador, o Ministério Público surge justamente para tomar de volta o assento da acusação, pondo o magistrado no seu lugar de equidistância, de imparcialidade[\[nota 241\]](#). O Parquet é, portanto, elemento essencial para a reafirmação do modelo acusatório de processo penal. Há um nítido caráter de resposta e limite aos abusos inquisitoriais[\[nota 242\]](#).

No contexto democrático, o processo penal brasileiro se estrutura em partes e com base em um Ministério Público que propicia o duelo intelectual entre sua pretensão e a resistência defensiva, de maneira desapassionada. Portanto, o Ministério Público substitui a vingança privada[\[nota 243\]](#), submete a pretensão acusatória ao princípio da legalidade e da impessoalidade (pois é um acusador público[\[nota 244\]](#)) e afasta o magistrado dos impulsos inquisitoriais. A parcialidade do Ministério Público garante, em suma, a imparcialidade do juiz, de modo que podemos considera-lo, ao fim e ao cabo, uma garantia do sujeito que figura no polo passivo do caso penal.

Se não se nega que o Ministério Público seja parte; não há que se negar que seja também uma parte qualificada; uma parte especial^[nota 245].

É bem por isso que a conformação privatista que o ordenamento processual penal ofereceu às partes quando do disciplinamento das nulidades deve ser revista^[nota 246]. Um cerceamento à atuação do Ministério Público pode, indubitavelmente, influenciar negativamente na órbita de garantias do acusado; e um ato irregular praticado em desfavor do acusado não significará lesão aos interesses privados do acusado, aos quais o Ministério Público se põe indiferente. Essa construção é deveras equivocada.

Vê-se na jurisprudência um caso clássico que demonstra o risco de se contrapor Ministério Público e defesa de forma acrítica, como se frente ao ato irregular praticado em desfavor de um o outro não tivesse nenhum interesse na declaração de nulidade. Sedimentou-se que na ausência do parquet durante a audiência de instrução e julgamento, a defesa não teria legitimidade para arguir nulidade.

O próprio Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento remansoso no sentido de que a defesa não tem interesse na declaração de nulidade em virtude da realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença do membro do Ministério Público. Exemplificativamente, no habeas corpus 312.668/RS o mencionado Tribunal Superior consignou que:

No caso dos autos, além de não ter havido a impugnação oportuna da defesa quanto à ausência do Ministério Público em algumas das audiências de instrução, seja porque o referido órgão estava atuando em outro processo, seja porque estava em substituição em outra comarca, tem-se que o próprio Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelos acusados^[nota 247]

No caso em tela nota-se a congregação de valores contrários à perspectiva de processo penal defendida ao longo deste escrito. Como já adiantado, o Ministério Público é, per si, uma garantia para o sujeito estruturalmente débil, pois o seu munus de acusação fornece o distanciamento necessário para a concretização de um juiz alinhado ao modelo acusatório.

Quando há um desprestígio para com o Ministério Público, ignorando sua condição de sujeito processual essencial para o processo penal democrático e, nesta senda, tornando-o dispensável no processo, o que a jurisprudência pátria faz é reviver o fantasma do modelo inquisitivo. Lá, no modelo inquisitivo, até há registros dando conta da presença de um sujeito, que não o juiz, responsável pela acusação; ocorre que esse sujeito era disponível, e sua atuação era coadjuvante ao grande acusador, o julgador.

O que faz a postura jurisprudencial em comento é reafirmar que nosso processo penal é pensado por mentes inquisitoriais, e lido a partir de lentes constitucionalmente atrasadas.

Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal^{[[nota 248](#)]} assim se posicionou:

Nesse contexto, destaco que a ausência do representante do Ministério Público ao ato, se prejuízo acarretasse, seria ao próprio órgão acusatório, jamais à defesa, e, portanto, não poderia ser por esta invocado, porquanto, segundo o que dispõe o art. 565 do Código de Processo Penal, nenhuma das partes poderá arguir nulidade [...] referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse. (...)

As modificações introduzidas pela Lei n. 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumba o dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório.

A influência de paradigmas típicos do modelo inquisitorial é flagrante. É reiterada a utilização da busca da verdade real como elemento norteador da atividade do magistrado, de forma que tal missão justificaria a pontual desnecessidade do Ministério Público. Como já discutido por diversas vezes ao longo desse trabalho, o dogma da verdade real constitui claro artifício retórico legitimador de arbitrariedades, o que salta aos olhos na situação em comento. Um juiz imbuído da missão de encontrar a verdade real não sentirá a ausência do órgão de acusação, uma vez que ele próprio arvorar-se-á de tal mister. O Tribunal encontrou a saída

perfeita para a ausência do Ministério Público, entretanto ignorou a Constituição e um forte arcabouço doutrinário que reivindica a adoção do modelo acusatório^[nota 249].

O discurso sobre modelos de processo penal e sobre seus princípios informadores é de aplicabilidade concreta e cotidiana. Uma reflexão mais acurada do modelo acusatório, guiado pelo princípio dispositivo, e a verdadeira função do magistrado nesse contexto teórico é suficiente para nortear a resolução dos casos em análise para outro caminho. Afirmar que não houve violação ao modelo acusatório com fundamento na possibilidade (no dever, acrescentam) do julgador perquirir uma verdade real é uma contradição epistemológica, pois une dois mundos, distintos e excludentes: verdade real não é objetivo funcional de um juiz do modelo acusatório.

No excerto acima transcrito percebe-se, ademais, um detalhe deveras representativo. Utiliza-se com naturalidade a expressão “diploma adjetivo” em referência ao código de processo penal. As palavras dizem coisas, e os limites da linguagem traçam os limites do mundo do sujeito que dela faz uso^[nota 250]. Há, com essa adoção conceitual, um discurso velado que remete à noção de processo penal como instrumento serviente ao poder punitivo, o que já foi objeto de enfrentamento no início deste texto^[nota 251].

É nesse contexto que o princípio do interesse vem se consolidando como mais um locus de manifestação da mentalidade inquisitória reinante no processo penal brasileiro. Sob o falso pretexto civilista que entende a ausência de uma parte como condição favorável à outra, os Tribunais desconsideram o Ministério Público como sujeito processual essencial para a concretização de garantias da própria defesa^[nota 252], notadamente quanto à garantia mor da

jurisdição, que é sua imparcialidade. Abrir mão do Ministério Público significa, por outro lado, anuir com um judiciário protagonista, algo demasiadamente danoso para o projeto de processo penal democrático.

Firmar um posicionamento segundo o qual “a ausência do representante do Ministério Público ao ato, se prejuízo acarretasse, seria ao próprio órgão acusatório, jamais à defesa” é desconhecer os caminhos percorridos pelo processo penal através de sua pretensa evolução civilizatória. Mais uma vez o pensamento civilista se funde à mentalidade inquisitória, fazendo germinar decisões danosas aos direitos fundamentais. A ideia de partes concebida no processo civil une-se à busca da verdade real e gera um juiz que facilmente poderá substituir o Ministério Público^[nota 253]. Não há como dizer que frente a isso a defesa não tem interesse.

Entretanto, por outro lado, o interesse do Ministério Público não pode ser entendido de maneira ampla. É dizer, sem rodeios: o Ministério Público deve ter um espaço de legitimidade para arguição de nulidades menor quando comparado ao da defesa. E o fundamento dessa constrição das possibilidades de nulidades levantadas pelo parquet se encontra justamente na ontologia das nulidades, isto é, na sua caracterização como escudo protetivo do sujeito estruturalmente vulnerável: o acusado.

Esclarecedor é o ensinamento de Ricardo Gloeckner^[nota 254]:

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 aceção 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 arguição 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.

Esse posicionamento do professor citado se relaciona com o que já restou abordado no início deste trabalho: a depender de como seja manejado, o formalismo pode ser veículo propulsor do poder punitivo, e não sua contenção. Eis aí a pedra-de-toque para entender, sem espantos, a limitação para o reconhecimento de nulidades arguidas pelo parquet.

Não é viável que se dê tratamento igual a sujeitos ontologicamente desiguais. É justamente em virtude de tal desigualdade entre o Ministério Público e a defesa que o ordenamento prevê, por exemplo, a possibilidade de revisão criminal e habeas corpus como instrumentos destinados exclusivamente a tutelar os direitos e garantias fundamentais do acusado^[nota 255]. Sustentar que as hipóteses de nulidades arguidas pelo Ministério Público em desfavor do denunciado só devem ser assim reconhecidas em casos extremos é trazer para o campo da disciplina do ato irregular essa ideia de desigualdade que limita o exercício do poder punitivo e garante a defesa de forma ampla^[nota 256].

Acusação e defesa não estão em pé de igualdade no processo penal, por conseguinte a ambos não pode ser dispensado o mesmo tratamento em matéria de nulidades. A instrumentalidade constitucional do processo penal guia-se pela hipossuficiência do acusado ante o poderio estatal, sendo imperioso conceder determinadas vantagens processuais que deem ao processo penal uma conotação protetiva.

Não pode ser dada ao parquet a mesma possibilidade de se valer do formalismo para arguir nulidades que é dada à defesa, afinal o valor da forma é exatamente conter o aparato estatal usado na justiça criminal e não o armar ainda mais, sujeitando o acusado às armadilhas de um culto à forma de condão não protetivo.

É bem por isso que para se reconhecer a nulidade em desfavor do acusado não basta que o interesse do Ministério Público esteja claro, isto é, não basta que tenha havido prejuízo para a acusação. É preciso que o dano causado ao parquet seja de tal monta que inviabilize a conformação acusatória do processo penal^[nota 257]. Não serão, pois, irregularidades pontuais que

possibilitarão o reconhecimento de nulidades pro accusationis, sob pena de colocar o cidadão em um processo kafkiano, inseguro e imprevisível.

O busílis de tal diferenciação consiste justamente na instrumentalidade constitucional do processo, que se alinha a uma postura de redução de danos naturalmente causados pelo poder punitivo. Assim, caso violado o modelo acusatório, o Ministério Público deverá arguir e ter reconhecida a nulidade, pois um vício de tal jaez rompe a instrumentalidade constitucional do processo, revivendo o modelo inquisitório, conforme discutido mais acima.

Essa, contudo, não é a única limitação. É, em verdade, tão somente a primeira a ser avaliada. Se o vetor interpretativo que deve guiar a disciplina de nulidades é a ideia de redução de danos no processo penal, somente será possível declarar nulidade em desfavor do acusado em casos extremos (afronta ao princípio acusatório) e desde que inexistam elementos hábeis para uma sentença absolutória. É o que Ricardo Gloeckner nomeia de princípio da escusa absolutória^{[[nota 258](#)]}.

Diante do édito absolutório a nulidade, se declarada, desponta como verdadeira contra-garantia, sendo prejudicial ao acusado. Finda-se legitimando uma interpretação perversa, pro societate, da disciplina das nulidades, dando-lhe tons punitivos ou revés de tons garantidores.

A liberdade do acusado é a significante que deve guiar o processo penal, muito em virtude da inocência presumida. Assim, a regra basilar para o deslinde do caso penal é a da absolvição, sendo a condenação um revés, pois contrária a uma presunção constitucionalmente estabelecida. A absolvição do acusado, portanto, é preferível frente, inclusive, às hipóteses de nulidade. Entre a absolvição e a nulidade de atos processuais, a instrumentalidade constitucional impõe a adoção da primeira solução.

Essa concepção de escusa absolutória também serve para revelar outra postura equivocada que permeia o modelo de nulidades conforme compreendido atualmente. A nulidade não é, necessariamente, uma matéria preliminar ao mérito. Justamente por ser sempre preferível a absolvição, a nulidade não pode servir de impedimento para tal resolução do caso penal. É preciso dar conta que a nulidade do processo não pode ser entendida como uma saída tecnicista que supre o possível ônus político de uma sentença absolutória, afinal o caráter contramajoritário é fundante para atuação constitucional do poder judiciário.

Por tudo quanto o exposto, o princípio do interesse merece revisão crítica, não sendo mais cabível o viés civilista que informa as nulidades processuais. A defesa tem interesse para arguir nulidades mesmo que aparentemente só prejudiquem ao Ministério Público, ao contrário do que vem decidindo os Tribunais Superiores. Por seu turno, o Ministério Público tem um âmbito de legitimidade para nulidades bem mais restrito, justamente pela concepção das nulidades como limite ao poder punitivo.

4.4. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: UM TERRENO ALHEIO ÀS GARANTIAS?

Indiscutivelmente, no atual cenário brasileiro há um sem números de falhas estruturais que assolam o modelo de justiça criminal. Toma-se como exemplo a carência generalizada de defensorias públicas suficientemente aparelhadas; um modelo de poder judiciário contraproducente (pois burocratizado) e que torna o juiz mais próximo da figura de um gestor de unidade jurisdicional, distanciando-o da função de julgador; o colapso prisional com reflexos diretos no cotidiano forense etc. Mas além de todos esses, via de regra bem denunciados, há outra fratura no modelo de persecução penal: a crise da investigação preliminar[\[nota 259\]](#).

Poucos são os estudiosos que se dedicaram, com afincamento acadêmico, a estudar e, com isso, aprimorar o modelo de persecução penal na sua fase pré-processual. Em verdade, o vazio literário envolvendo a investigação preliminar aproxima-se do menoscabo ao mencionado nicho teórico[\[nota 260\]](#).

Como aponta Gustavo Noronha de Ávila e Vera Guilherme, a desatenção em comento perpassa um sem número de fatores, que principia no fato de nos cursos de graduação em direito a figura do policial passar quase despercebida. Atentam os mencionados autores que “o grande frisson da maioria dos alunos e dos professores está a partir do artigo 24, quando começam a ser estabelecidas as regras de ações penais”, uma vez que ali “estaria o ‘filé mignon’ para o advogado, além de estar a maior concentração do conteúdo que aparecerá nas questões dos exames da Ordem”[\[nota 261\]](#).

Houve, portanto, uma subvalorização da investigação preliminar, o que contribuiu sobremaneira para que esse cenário se revestisse de um ilegalismo congênito^[nota 262], estimulado em muito pela cultura policialesca que vige em terrae brasilis.

Entretanto, em um passado recente, o professor Aury Lopes Júnior lançou luzes novas acerca da falência do modelo de investigação preliminar praticado no Brasil, o que fez a partir de sua tese de doutoramento defendida na Universidad Complutense de Madrid, cujo título é “sistema de instrucción preliminar em los derechos espanol y brasileno - com especial referencia a la situación del sujeto pasivo del proceso penal”.

Os contornos conceituais historicamente atribuídos à investigação preliminar são uníssonos na doutrina e na jurisprudência tradicional. Há uma reafirmação da fase pré-processual como um terreno alheio às garantias e, por isso, imunizado das influências democráticas do processo penal constitucional.

Analisando o inquérito policial, Romeu de Almeida Salles Jr. é enfático ao dizer que tal fase da persecução penal representa “mera peça de informação”^[nota 263], não se sujeitando ao princípio do contraditório por ser eminentemente inquisitiva. Acrescenta o autor que a autoridade policial comanda as investigações como melhor lhe aprouver, uma vez que o inquérito representa “simples informação”^[nota 264].

Mais modernamente, Tourinho Filho reafirma o menoscabo histórico ao inquérito, imputando-lhe a característica de “simples informação sobre o fato infringente”^[nota 265].

As palavras dizem coisas, e não estão ao acaso preciosista de quem as profere. Adjetivações do tipo “simples” e “mera” só evidenciam a subvalorização científica dada à investigação preliminar. E quando se deixa de sujeitar os atos da justiça criminal ao crivo de uma crítica dogmática, o terreno se torna fértil para os influxos autoritários do poder punitivo.

Como já se adiantou, a desimportância do inquérito policial o afastou da evolução democrática experimentada pelo processo penal, e o fez parar no tempo, reproduzindo hodiernamente dogmas constitucionalmente desalinhados. Tourinho Filho chega ao ponto de

dizer que a autoridade policial “dirige as investigações como bem quiser”, arrematando, ainda, que nesse ambiente o indiciado não é um sujeito de direitos, mas sim um objeto de investigação^[nota 266].

Aqui não se pretende negar toda a construção teórica sobre a investigação preliminar no processo penal. É indiscutível que o inquérito ou a investigação criminal presidida pelo Ministério Público se propõe a arregimentar elementos para construir a *opini delicti* do acusador, lastreando a pretensão acusatória. Não se nega, também, que por vezes será sigiloso, característica essencial em casos pontuais^[nota 267].

Nesta senda, é preciso oxigenar a fase pré-processual, alinhando-a com os cânones constitucionais. A força normativa da constituição e sua matriz principiológica devem informar e penetrar a persecução penal, e não somente o processo penal, como se a investigação preliminar fosse um terreno alheio às garantias. Toda a persecução penal deve convergir para o atual modelo de Estado Democrático de Direito, zelando pela concretização e maximização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, buscando a limitação do poder do Estado.

Portanto, o viés repressivo, antigarantista, ligado ao ideal de eficiência punitiva e que encontra terreno fértil no ambiente policial, deve ser rechaçado justamente por contrastar com a perspectiva democrática da Constituição.

O paradigma de processo penal pensado na atual quadra histórica não mais comporta os cânones interpretativos que informaram a investigação preliminar até hoje, os mesmos desde a década de 40, frise-se. Deve-se compreender que a dinâmica do direito altera a compreensão dos institutos, e hoje é inegável que o terreno pré-processual tem realce diferenciado quando comparado àquela ambiência originária.

O palco da persecução penal foi deslocado para as tratativas pré-processuais, e a instrução probatória na fase processual não raro finda tendo caráter eminentemente confirmatório. Esse fenômeno pode ser entendido sob duas facetas: uma, sob a ótica da macrocriminalidade, e outra referente à criminalidade clássica.

Quando voltado à criminalidade dita organizada, o direito processual penal munuiu-se de novos elementos, ampliando o protagonismo da investigação preliminar. É nela onde ocorrem as negociações fruto da ampliação dos espaços de consenso (colaboração premiada)^[nota 268] bem como onde se insere, via de regra, o amplo rol de medidas cautelares patrimoniais ou de prova.

Sob a ótica da criminalidade clássica, há uma conveniência instrutória que gera basicamente a repetição de testemunhas ouvidas no inquérito^[nota 269], pontualmente acrescidas do auto de prisão em flagrante.

Em suma, quando chamado a tratar da sua clientela ordinária, o processo penal não produz provas, mas tende a reafirmar os elementos de informação colhidos na investigação preliminar; frente à sua clientela vip, a persecução penal se desenvolve a partir de outros paradigmas (justiça negocial e sofisticados meios de prova, vide interceptação telefônica, agente infiltrado, etc), estes inseridos no locus da investigação preliminar^[nota 270]. Ambos os caminhos levam à conclusão que a fase pré-processual tem suas potencialidades subestimadas.

O fenômeno de ampliação de espaço das investigações preliminares gerou reflexos de ordem legal, notadamente com dois diplomas: as leis 12.830, de 10 de julho de 2013 e 13.245, de 12 de janeiro de 2016.

A primeira inovação, isto é, a lei 12.830, dispõe sobre a investigação criminal dirigida pelo Delegado de Polícia, normatizando situações já conhecidas por meio de entendimentos

doutrinários e jurisprudenciais^[nota 271]. Sem veicular maiores inovações, o que fez o aludido diploma legal foi realçar o caráter jurídico da atividade do delegado de polícia, numa aparente tentativa de aproximá-lo das demais carreiras forenses e afastá-lo da condição policial^[nota 272].

Talvez o escopo legislativo tenha razões mais pragmáticas que as aqui ventiladas, objetivando igualdades mais palpáveis como remuneração e condições de trabalho^[nota 273]. Entretanto, essa reafirmação da atividade do delegado como atividade técnico-jurídica^[nota 274] dá o tom de renovação dos ares da investigação preliminar, direcionando-a por caminhos tendentes a afastá-la do paradigma beligerante típico das carreiras policiais e geralmente avesso às garantias fundamentais.

A lei 13.245/16, por sua vez, trouxe à baila uma mudança sensível na disciplina da investigação preliminar e reafirmou o movimento de aproximação dessa etapa da persecução penal com alguns vetores democráticos de processo penal, a dizer, a ampla defesa, o contraditório e a publicidade.

A mencionada lei trata de dois assuntos, interligados, porém distintos. O primeiro versa sobre a regulamentação legal do que já havia sido tratado pela súmula vinculante 14 sobre o acesso do advogado aos autos da investigação. Ao que já se tinha em virtude da súmula acresceu-se a possibilidade de responsabilização criminal e funcional para quem impedir o acesso objetivando prejudicar a defesa.

O segundo ponto, a seu modo, é o que merece maiores reflexões, pois consubstancia uma inovação e traz disciplinamento até então inédito sobre nulidades no corpo do inquérito policial. Vejamos a redação do inciso XIX:

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

Nota-se de plano uma oxigenação democrática da investigação preliminar, agora acrescida de um elemento fulcral na concretização das garantias fundamentais: o respeito a forma dos atos. A legislação em comento não se contentou em prever a ampliação da atuação da defesa no inquérito policial, mas atrelou a desobediência a esse mandamento à nulidade absoluta.

Em virtude do pouco tempo desde sua edição, a alteração gerada pela lei 13.245/06 ainda não foi objeto de maiores reflexões por parte dos Tribunais Superiores e sequer por parte da doutrina. Em uma das poucas manifestações jurisprudenciais acerca do tema, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça^[nota 275], julgando o agravo regimental no mandado de segurança nº 22.771/GO, se posicionou no sentido de que “tais dispositivos legais asseguram ao réu apenas o direito de ser acompanhado por advogado de defesa em seu próprio depoimento” e concluiu afirmando que “o simples fato de o advogado de um dos réus não ter comparecido ao interrogatório dos demais corréus não se presta a macular de nulidade todo um procedimento investigatório”.

Observa-se que o dito Tribunal Superior assinalou entendimento no sentido da indispensabilidade se refer tão somente ao interrogatório, o que encontra ressonância na parca literatura encontrada sobre o tema^[nota 276].

A exigência da presença do advogado também deverá sofrer com os contornos -geralmente constritivos - da realidade. A plena efetivação do mandamento legal só seria

possível caso as defensorias públicas dispusessem de material humano suficiente para atuar na investigação preliminar e, assim, prestar assistência jurídica no interrogatório policial^[nota 277]. Essa realidade está distante daquela experimentada na atual conformação dessa instituição, porém “sonhar é também um aspecto próprio do ato de ‘defensorar’”^[nota 278].

Mas não só em virtude da inovação legislativa é que merece retoque o tratamento das nulidades em sede de inquérito policial. As mencionadas leis são, tão somente, reflexos de uma percepção, ainda incipiente, de protagonismo da fase pré-processual^[nota 279]. Os efeitos dos elementos colhidos na investigação vão muito além da mera formação da opinião do acusador, como quis a doutrina clássica.

Além da opinião do acusador, e do protagonismo da fase preliminar em virtude da nova conformação processual, o inquérito policial também serve à formação da opinio delicti do magistrado^[nota 280], se não referente ao juízo positivo, mas negavelmente quanto ao juízo de absolvição sumária. Considerando que para essa postura absolutória fundada no artigo 397, CPP, o juiz deve alcançar um juízo de certeza; e que essa hipótese se dá anteriormente à instrução processual, conclui-se que os elementos que fundamentarão a absolvição sumária são contidos exclusivamente no inquérito^[nota 281].

Soma-se ao exposto o fato de o atual ordenamento jurídico legitimar normativamente a utilização de elementos de informação colhidos no inquérito para fundamentação da sentença penal. É que o artigo 155, CPP proíbe que se profira uma sentença condenatória fundada “exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”, isto é, a

partir de uma interpretação a contrario sensu, a sentença penal poderá conter elementos do inquérito policial, desde que estes não sejam os únicos pilares da fundamentação.

O deslinde da questão está justamente no advérbio exclusivamente, que, como assinala Rui Cunha Martins, gera uma brecha na avaliação da prova^[nota 282]. A permissão legal para que o magistrado fundamente sua decisão, mesmo que subsidiariamente, em atos de investigação, reconheceu o que vinha ocorrendo no cotidiano forense, isto é, a valoração dos elementos amealhados na fase preliminar para fins de condenação^[nota 283].

Há, portanto, uma permeabilidade dos atos do inquérito policial no corpo do processo penal, culminando na permeabilidade sentida na própria sentença criminal. Incorporam-se elementos de informação como se provas fossem ao passo que as provas, ou seja, aquilo produzido em contraditório perante autoridade judicial toma, não raro, caráter coadjuvante^[nota 284] na formação do convencimento do magistrado.

Ademais, um último elemento que demonstra a premência de se regular estritamente as regras do pré-jogo processual^[nota 285] se revela a partir do disciplinamento de competência ao qual está submetido o processo penal brasileiro.

Como é sabido, nos casos em que mesmo percorrido o trajeto constitucional e processual definidor da competência jurisdicional, buscando-se o juiz natural daquela causa, pode, ainda assim, ocorrer de dois ou mais juízes serem competentes^[nota 286]. Surge então a hipótese de aplicação da regra contida no artigo 83 do Código de Processo Penal, veiculadora da prevenção como critério definidor de competência. Assim, o processo será instruído e

julgado pelo juiz que primeiro tiver praticado algum ato decisório, ainda que antes do recebimento da denúncia ou queixa, isto é, ainda que no curso da investigação preliminar.

A opção legislativa, portanto, escolhe para juiz natural o magistrado que primeiro foi instado a se manifestar e, por isso, o primeiro que teve contato com o arsenal informativo da investigação preliminar. Desponta aí mais uma tenaz influência endoprocessual do que é produzido durante a fase pré-processual: o juiz que mais tem contato com o produzido no inquérito será aquele constitucionalmente e legalmente apto a julgar o caso penal.

Os nefastos efeitos dessa escolha legislativa^[nota 287] são bem explicados pelo que se cunhou de teoria da dissonância cognitiva, responsável por demonstrar que o sujeito tende a se contaminar com a primeira hipótese lançada (hipótese investigativa da autoridade policial), de forma que no segundo momento (no curso do processo, quando se espera um juiz imparcial) tenderá a diminuir as dissonâncias de informações, repelindo as teses defensivas e reafirmando a hipótese primária, ou seja, a hipótese lançada na investigação^[nota 288].

Por tudo, a dissonância cognitiva atuante no processo penal ocorrerá com base nos elementos indiciários extraídos do inquérito policial, pois é esta a fonte informacional que norteia o recebimento da denúncia. Contrastam com tal fonte informacional primeiramente os elementos cognitivos que vizem construir a inocência do acusado^[nota 289]. Ao ter contato com a plenitude dos atos de investigação, a tese acusatória adere à cognição do julgador, fazendo com que ele decida antes e depois saia em busca de elementos que justifiquem sua decisão^[nota 290].

Bernd Schünemann em estudo sobre o tema revela que:

O processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de

formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processo de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais.^[nota 291]

Por todos esses elementos reluz a impossibilidade de se manter a compreensão vetusta de que irregularidades no inquérito não contaminam a ação penal uma vez que a investigação preliminar gera efeitos em todo o processo penal^[nota 292]. Esse deslocamento tendente a valorizar o que se faz na etapa pré-processual só reafirma a importância de espriar os vetores axiológicos do processo penal moderno (instrumentalidade constitucional, forma como garantia a partir de uma ideia de devido processo penal) para um palco até então negligenciado.

Afigura-se certo que não só o processo penal, mas a persecução penal como um todo, deve convergir para o atual modelo de Estado Democrático de Direito^[nota 293] e todas as instituições pertencentes ao sistema criminal devem se adequar o modelo jurídico delineado pela constituição^[nota 294], realizando uma “acoplagem constitucional e convencional do inquérito policial”^[nota 295].

A inadequação do dogma aqui enfrentado, que entende inexistirem nulidades no inquérito e que possíveis irregularidades não contaminariam o processo penal pode ser melhor entendida a partir de um exemplo jurisprudencial. No habeas corpus 207.461/PR^[nota 296], o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o não haveria nulidade na denúncia que se valeu

dos elementos de informação colhidos no inquérito, detidamente no depoimento do réu. No caso em comento, o vindouro denunciado foi ouvido em sede preliminar na condição de testemunha, e de suas informações extraiu-se um conteúdo incriminatório. A defesa se insurgiu, alegando que houve burla ao direito ao silêncio, uma vez que escamoteando a condição de investigado do paciente, a polícia extraiu informações em desfavor do futuro acusado.

Toda a manifestação do Tribunal Superior, contudo, limita-se a reproduzir que irregularidades no inquérito não contaminam a ação penal, sem que haja um mínimo enfrentamento na questão de fundo, substancial, que é a violação de um direito fundamental.

Portanto, a construção confortável de que as nulidades do inquérito, se existentes, não contaminam a ação penal pode ser enfrentada por várias frentes.

Inicialmente no sentido do inquérito ser arma autônoma do poder punitivo, e não mero elemento de informação para a opinio delicti, uma vez que a partir dele se cerceia bens, direitos e a própria liberdade do cidadão. Independentemente da vinculação com uma posterior ação penal, os atos do inquérito merecem tratamento rigoroso por parte das balizas da legalidade/constitucionalidade, sob pena de se manter vivo um culto inquisitorial nessa fase da persecução [\[nota 297\]](#).

Os atos do inquérito contaminam sim a ação penal, seja sob o ponto de vista legal, com fulcro no artigo 156 do CPP que possibilita a utilização de elementos pré-processuais no corpo da sentença condenatória; seja sob a ótica do subconsciente do julgador, através da dissonância cognitiva tratada.

Parece claro que os atos da persecução são concatenados e encadeados, e isso faz com que as nulidades ocorridas no inquérito policial se sujeitem, também, ao princípio da causalidade maculando os atos dependentes, o que poderá alcançar inclusive a fase processual, afinal - reitere-se - há uma inegável permeabilidade do inquérito no processo penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão das nulidades no processo desponta como tema capaz de aglutinar as mais diversas reflexões. É mesmo um assunto catalizador de inúmeras problemáticas que envolvem o direito processual penal como um todo. Ocorre que, em que pese essa potencialidade do tema, seu tratamento pacífico sofre de verdadeira anemia conceitual.

O processo penal moderno tem como núcleo legitimador a sua instrumentalidade constitucional. A partir dela, o processo consegue alcançar a maximização dos direitos fundamentais e fazer frente ao poder punitivo, sempre tendente a ser arbitrário e ilimitado. Para que se alcance a dita instrumentalidade constitucional impõe despir-se de dogmas seculares, a saber: a instrumentalidade das formas e a instrumentalidade inquisitória.

O paradigma da instrumentalidade das formas é inservível ao processo penal, pois conflita com o sistema acusatório ao defender o protagonismo do magistrado e certa maleabilidade das formas. Essa matriz teórica quando aplicada ao processo penal carece também de originalidade, uma vez que sua construção se dá a partir de premissas do processo civil, ontologicamente distintas daquelas cultivadas nas ciências criminais.

A instrumentalidade inquisitória é uma constante na cultura processual brasileira, se revelando a partir do conceito de “verdade real” como objetivo do processo penal e da utilização do processo penal para alcançar a paz e o bem-estar social. A verdade real, inicialmente, é um engodo retórico que gera uma lacuna conceitual apta a legitimar práticas autoritárias. Sua origem inquisitorial e seu culto em regimes totalitários demonstram a inadequação constitucional de sua utilização, sem falar na insubsistência frente aos novos paradigmas da filosofia da linguagem e da psicanálise. O processo penal também não pode ser compreendido como destinado a tutelar interesses públicos, promovendo a paz social. Essa concepção bifurca os interesses envolvidos no processo em público vs. privado, estando nessa segunda categoria os interesses do acusado, não raro subjugados frente ao suposto interesse da coletividade. Tal postura é imprópria uma vez que tutelar o mais fraco, o débil, ou seja, o acusado é a missão do processo penal democrático.

Na ambiência da instrumentalidade constitucional do processo penal, a forma desponta como garantia, verdadeiro escudo protetor do acusado frente à constante tentativa de expansão do poder punitivo. Por isso, a legalidade exigida no direito penal também deve ser vetor guia no processo penal, no qual também há uma dose de pena em virtude do caráter degradante advindo da simbologia processual. Para além da privação da liberdade, o processo penal atinge, desde o seu início, ou mesmo antes dele, na investigação criminal, valores como

a honra e a imagem, sem que essa lesão esteja condicionada a qualquer declaração de culpabilidade ou pressuposto cautelar.

A forma no processo penal serve para traçar as posições subjetivas, oferecendo limites funcionais que, por exemplo, guarneçam o sistema acusatório. Servem, ainda, de anteparo contra o imediatismo pungente na sociedade imediatista. O conceito de tipo, conhecido e reconhecido no direito penal, deve dar contribuições para o processo penal, a fim de limitar a persecução penal de maneira objetiva e clara.

A ideia de tipo, contudo, não encerra a discussão relacionando a nulidade à mera violação da forma. Entender nulidade como atipicidade processual, portanto, não acrescenta contribuição significativa à disciplina. A teoria do tipo constitucional, por sua vez, também se mostra insuficiente já que vincula as nulidades aos dizeres constitucionais, o que enfraquece sobremaneira o caráter garantista das formas previstas na legislação ordinária.

A violação da forma, podendo também ser denominada de atipicidade processual, deve servir como um elemento indicativo, semeador de uma presunção, de que houve violação de um direito do acusado. A violação da forma, unicamente, não é suficiente para que se alcance a nulidade. Essa atipicidade processual gera, em verdade, uma presunção em favor da nulidade, que tanto pode ser mantida - levando à nulidade; ou rompida, mantendo-se os efeitos do ato. A forma é, pois, uma microestrutura de garantia. Sua violação acende um alerta de abuso do poder estatal, gerando uma presunção de violação de direito fundamental. A atipicidade processual há de ser valorada com tal presunção em virtude da salutar desconfiança que se deve nutrir entorno dos atos do poder de punir.

A temática das formas no processo penal, e consequentemente das nulidades, é um termômetro eficiente para se aferir os níveis de acusatoriedade e inquisitorialidade de determinado modelo de justiça criminal.

O sistema inquisitivo caracteriza-se, primordialmente, pela concentração de poderes na figura do julgador. Tal característica tem influência direta nas nulidades processuais, haja vista que o juiz inquisidor, buscando a verdade real, terá as formas e as consequentes nulidades como um embaraço à sua missão. Surge uma grande possibilidade de se relativizar as formas.

O sistema acusatório, por sua vez, norteado por um juiz imparcial e cuja missão não é buscar a verdade real, mas sim garantir direitos, finda gerando um ambiente de conforto para as formas processuais. O julgador do processo acusatório não vê a forma como um embaraço às suas atividades, mas sim como a essência de sua atividade

A Teoria Geral do Processo exsurge como ponto nevrálgico na discussão sobre nulidades. Toda a carga informacional herdada do processo civil, quando trazida acriticamente para o processo penal, desnatura a forma como garantia, dando espaço para a relativização de direitos fundamentais. A categoria do ato processual inexistente insere-se como herança inadequada, desprezando-se a necessidade de judicialização de qualquer discussão sobre invalidade de atos processuais. A própria a concepção civilista de partes, também de todo inadequada para o processo penal, trata Ministério Público e defesa como se estivessem em igualdade de condições e sempre de forma contraposta, quando na verdade há uma desigualdade ontológica entre elas bem como um caráter garantidor do Ministério Público em relação ao réu. Ademais, a visão do ato processual com as lentes conceituais do negócio jurídico, de caráter puramente privatista, é outro erro severo que repercute na distribuição do ônus da prova do prejuízo.

Especificamente quanto ao regime de nulidade, é preciso realçar o valor da forma, sem que haja necessidade de mostrar vínculos com a “verdade substancial” ou com “a decisão da causa” para que se cassem os efeitos do ato irregular. Como está, o artigo 566 do Código de Processo Penal dá margem para manobras decisionistas, ignorando a necessidade de controle da decisão e as possíveis influências psíquicas dos atos irregularmente praticados.

Ao seu tempo, o princípio do prejuízo aparece como viga mestra do regime de nulidades, estruturando toda a disciplina e, conseqüentemente, boa parte da crise que envolve o tema. O pas de nullité sans grief, fruto de um modelo inquisitorial, e com bases fundadas na ideia de processo como quase contrato, traz forte influência civilista para dentro do processo penal.

Ainda que problemática, a ideia de prejuízo é válida para a discussão sobre nulidades. Por meio dela se alcança uma valorização do ato para além do culto à burocracia judicial. O busílis é o rearranjo interpretativo pelo qual tal princípio deve passar.

Deve-se extrair as vinculações entre prejuízo e os conceitos de “verdade substancial e decisão da causa”, bem como se realinhar o ônus probatório, para que a demonstração do prejuízo não seja uma exigência simbólica apta a oferecer ao Poder Judiciário um espaço de discricionariedade para escolher o que quer e o que não quer declarar nulo.

O caminho para a adequação constitucional do princípio do prejuízo é categorizá-lo não mais como elemento necessário para declaração da nulidade, mas sim como elemento cuja ausência indica a inexistência de nulidade. Invertem-se os sinais, rumo à presunção de lesão às partes pela inobservância do ordenamento processual. Retoma-se, com isso, o caráter garantístico da forma. O desrespeito aos guias normativos do processo penal consubstancia-

se, doravante, numa presunção de lesão. Essa presunção poderá ser rompida caso o magistrado se desincumba do ônus argumentativo para manter a eficácia do ato, eventualmente ouvindo a parte contrária.

Quanto ao princípio do interesse, uma revisão sobre as posturas subjetivas no regime de nulidade é essencial. A herança civilista não é suficiente para oferecer o contorno que o Ministério Público detém. A ideia de parte do direito processual civil, aqui, na área criminal, é insuficiente. Por isso mesmo colocar Ministério Público e defesa como partes adversas em todas as situações, sendo o prejuízo de um sinônimo de benefício do outro, é desconhecer as particularidades do processo penal.

Deve existir uma ampliação da concepção de interesse no que se refere à defesa, pois ao denunciado é essencial que se preserve um Ministério Público atuante como garantia de um juiz imparcial. Por outro lado, o Ministério Público deve sofrer uma dupla limitação para arguição de nulidades. O princípio do interesse só restará demonstrado para o parquet quando o ato processual penal irregularmente praticado vulnerar a separação das funções de acusar e julgar, bem como desde que inexistam elementos suficientes para absolver o acusado. Diante do édito absolutório, a nulidade, se declarada, desponta como verdadeira contra-garantia, sendo prejudicial ao acusado e subvertendo sua natureza.

Por fim, o caráter garantista que reveste as formas processuais impõe a derrocada do dogma que afirma inexistir nulidades na investigação preliminar e, muito menos, contaminação do processo com possíveis irregularidades da fase preliminar.

Aquilo produzido na fase pré-processual da persecução penal gera efeitos endoprocessuais inegáveis e, por isso, deve ser criteriosamente atingido pelo regime de nulidades. Admitir nulidades na investigação é espraiar para tal cenário um viés garantidor dos direitos do investigado.

Essa importância de tutela garantista da investigação ganha destaque na atual quadra histórica, em que se nota um empoderamento dessa etapa da persecução penal. Colaborações premiadas, medidas cautelares de prova, prisões e medidas cautelares patrimoniais abundantes estão inseridas e não raro têm por fundamento elementos produzidos na fase antecedente à ação penal.

A própria legislação admite a influencia processual dos atos pré-processuais, seja quando possibilita a utilização de elementos de informação na sentença condenatória ou, indiretamente, quando aponta a prevenção como critério de competência, sujeitando o magistrado ao contato direto com os atos praticados na investigação.

Relacionando as nulidades à ciência médica, percebe-se que o corpo - processual penal - mudou, e agora se vê informado por uma instrumentalidade constitucional. Mudando o corpo, o estudo da patologia deve ser revisto, readequado, e, muito provavelmente, modificado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JR., João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4a ed. Vol. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

AROCA, Juan Montero. **El Derecho Procesal en el Siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. P. 107.

ATAÍDE, Fábio. **Colisão entre poder punitivo do Estado e Garantia Constitucional da Defesa**. Curitiba: Juruá, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Gustavo Henrique R. I. **Processo penal**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah H. **Sistema Penal e Poder Punitivo: Estudos em Homenagem do Prof. Aury Lopes Jr.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAYER, Diego Augusto; AQUINO, Bel. **Julgamentos históricos: casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

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.

BLACKHURST, Rod; MCGINN, Brian. **Amanda Knox**. Nova Iorque, EUA: Netflix, 2016. P&B

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

BRASIL. **Lei 12.830, de 20 de junho de 2013**. Brasília: Presidência da República. 2013.

Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **AgReg em EResp 279.889-AL**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Data de Julgamento: 14/08/2002, Data de Publicação: DJe 07/04/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_25_capSumula316.pdf>. Acesso em: 22/10/2016.

Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. **AgRg no AG 899.778/SC**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia, Data de Julgamento: 28/02/2008, Data de Publicação: DJe 17/03/2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/>>

componente=ATC&sequencial=3689243&num_registro=200701234580&data=20080317&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29/10/2016.

Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. **Habeas Corpus 106.742/SP**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia, Data de Julgamento: 27/05/2008, Data de Publicação: DJe 23/06/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22NAPOLE%C3O+NUNES+MAIA+FILHO%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20080526+e+%40DTDE+%3C%3D+20080528&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=33>>. Acesso em: 15/10/2016

Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. **Habeas Corpus Nº 166.172 - SP**. Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 26/06/2012, Data de Publicação: DJe 01/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17715594&num_registro=201000500133&data=20120801&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 29/10/2016.

Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC: 312.668 - RS**. Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 28/04/2015, Data de Publicação: DJe 07/05/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403409737&dt_publicacao=07/05/2015>. Acesso em: 22/10/2016.

Superior Tribunal de Justiça. Sexta turma. **Habeas Corpus 95.853/RJ**. Relator: Og Fernandes, Data de Julgamento: 11/09/2012, Data de Publicação: DJe 04/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22OG+FERNANDES%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20120910+e+%40DTDE+%3C%3D+20120912&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=35>>. Acesso em: 15/10/2016

Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Habeas Corpus 207.461/PR**, Relator: Gilson Dipp, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de Publicação: DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101165270&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 27/10/2016.

Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC: 295.979 - RS**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 14/06/2016, Data de Publicação: DJe 22/06/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401305814&dt_publicacao=22/06/2016>. Acesso em: 22/10/2016.

Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **AgRg no MS 22.771/GO**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 24/08/2016. Data de publicação: DJe: 30/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=AgRg+no+MS+22.771&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20/10/2016.

Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RHC 126885/RJ**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 15/12/2005, Data de Publicação: DJe 01/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10139701>>. Acesso em: 27/10/2016.

CARNELUTTI, Francesco. **La Cenicienta**. In: CARNELUTTI, Francesco. Cuestiones sobre el proceso penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.

CAROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas**. Trad.: Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Salo de. Antimanual de criminologia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Salo de; LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades no Processo Penal e Constituição:: Estudo de Casos a partir do Referencial Garantista. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). **Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONDE, Francisco Munos. **La búsqueda de la verdade em el proceso penal**. 3a ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.

CORREIA, João Conde. **Contributo para análise da inexistência e das nulidades processuais penais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1999

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: **Revista de Estudos Criminais** [S.1], a. 1., n. 1, p. 26(27)-51, 2001.

Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 23.

Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O mercador de Veneza”, de William Shakespeare**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Millennium, 2008. P. 5

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6a ed, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão Judicial nos crimes sexuais**: o julgador e o réu interior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Elmir. **Por uma teoria do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

DUSSEL, Enrique D. **Caminhos de libertação latino-americana**: histórica, colonialismo e libertação. V. 2. São Paulo: Paulinas, 1984.

FAVERI, Fernando de; MACHADO, Leonardo Marcondes; Ensino policial de alteridade: um ensaio crítico pela superação do paradigma da guerra. In: SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). **Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 7a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. P. 23.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FURMAN, Brad. **O Poder e A Lei**. [Filme] Nova Iorque, EUA: Lionsgate, Sony Pictures, 2011

GABRIEL, Anderson de Paiva; SOUZA, David Tarciso Queiroz de. Um indiciamento para quê? In: SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno. **Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2016.

GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**: crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Nereu José. **Reformas (?) do processo penal:** considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 226.

Nereu José. **O devido processo penal:** abordagens conforme a constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Nereu José; MAYA, André Machado. **Processo Penal Contemporâneo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades:** processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2010.

Ricardo Jacobsen. **Anticorrupção ou corruptibilidade das formas?** In: Boletim do IBCCRIM. n. 277, 2015.

Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 31.

Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal:** uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GOÉS, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição:** A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermans. Curitiba: Juruá, 2013

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos** del Proceso Penal. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal:** as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual:** de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encontrando Bakunin ou garantindo o ilegalismo estatal. In: SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). **Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 13a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 14a ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KHALED JR., Salah. **Ambição de verdade no processo penal**. Salvador: JusPodvum, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, mar. 2013. ISSN 22385177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529/6043>>. Acesso em: 02/11/16.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury; KLEIN, Roberta Coelho. **O indiciamento e a Lei 12.830/2013: um avanço, mas não o suficiente**. Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 21, nº 249, agosto/2013.

Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7a ed, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II., Rio de Janeiro: 2009.

Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em 09/10/16.

Aury. **Prisões cautelares**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 24.

Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em 10/10/2016

Aury. **Direito Processual Penal**. 11a ed. São Paulo: Saraiva, 2014

Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014

Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **A dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-tudo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/limite-penal-dispensabilidade-ministerio-publico-diante-juiz-faz-tudo>>. Acesso em 24/10/2016

LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades e limitação do poder de punir**: Análise do Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MALAN, Diogo. Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira [1937-1941]. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 3a ed, v. 2. Campinas: Millenium, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the Brazilian Lessons. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MIRABETE, Julio Fabrrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no **Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica a teoria geral do processo**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no Direito Processual Penal**. 3a ed. Barueri: Manole, 2005.

NEWTON, Eduardo Januário. **A defesa intransitiva de direitos: ácidos inconformismo de um Defensor Público**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Tese (Doutorado) apresentada perante a faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1996.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. **O prejuízo e as nulidades processuais penais**: Um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PASSOS, Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense.

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

PEREIRA, Flávio Cardoso. **El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal.** Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAWLINGS, Helen. **The Spanish Inquisition.** Malden, MA: Blackwell pub, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão No Processo Penal Como Bricolage De Significantes.** 2004. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004.

Alexandre Morais da. **A investigação criminal é o noco palco do Processo Penal.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-30/limite-penal-investigacao-criminal-palco-processo-penal>>. Acesso em 09/10/2016.

Alexandre Morais da. **Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a utilidade.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limtte-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em 20/10/2016.

Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Inocência Borges da. **Nulidades do Processo.** Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Ne Bis In Idem Limites Jurídico-Constitucionais à Persecução Penal.** 2006. Dissertação [Mestrado] - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte. 2006.

Keity Mara Ferreira de Souza e. **Ne bis in Idem: história, teoria e perspectivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SALLES JR., Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal.** 7a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra:** uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Rosivaldo Toscano dos. **Controle Remoto e Decisão Judicial:** quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. **Direito Processual Penal & a insuficiência metodológica:** a alternativa da mecânica quântica. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHIMIDT, Eberhard. **Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal.** Trad.: Jose Manuel Nunez. Buenos Aires: Lerner, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança.** In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta.** Adaptação e tradução Marilise Rezende Bertin e John Milton. São Paulo: Disal, 2016.

SILVA JR., Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal:** Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015.

Walter Nunes da. **Reforma Tópica do Processo Penal:** inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime de provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Defensoria Pública: da justiça aos direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 2015.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e constituição:** outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOARES, Luís Alfredo Macedo. **A insurreição constitucional da cinderela:** ensaio de uma crítica à teoria geral do processo sob a ótica dos direitos fundamentais. Trabalho de conclusão de curso - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte. 2016.

SOUZA, David Tarciso Queiroz de. **A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar.** Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PUCRS. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual.** Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set. 2011 - dez. 2011.

Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Lênio Luiz. **Tribunal do Júri:** Símbolos & rituais. 4a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Lênio Luiz. **Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempr-foram-assim-aqui>>. Acesso em 10/10/2016.

TARUFFO, Michele. **A prova.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Michelle. **Simplemente la verdade:** el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11a ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. **A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: Estudos dos Sistema Brasileiro, Americano e Italiano**. Curitiba: Juruá, 2011.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

Hélio Bastos. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1977.

Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34a ed, v.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 35a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VALE, Ionilton Pereira do. **Teoria geral do processo penal: o processo interpretado pelos tribunais superiores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

Youtube. "Perspecução Penal e Impobridade Administrativa: Relação e Efeitos (Marcelo Navarro)". **Youtube**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7UbrLcpoNeY>>. Acesso em 01/09/2016.

ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo**. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

Página notas de rodapé

Nota 1, página 11: Disse Alice: “poderia me dizer, por favor, que caminho deve tomar para ir embora daqui?”, no que respondeu o Gato: “ Depende bastante de para onde quer ir”. “Não importa muito para onde”, afirmou Alice, no que ouviu do gato: “Então não importa que caminho tome” (CAROLL, Lewis. Aventuras de Alice no País das Maravilhas. Trad.: Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. P. 76-77).

[RETORNO NOTA 1 PÁGINA 11](#)

Nota 2, página 12: PEREIRA, Flávio Cardoso. El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal. Curitiba: Juruá, 2013. P. 54.

[RETORNO NOTA 2 PÁGINA 12](#)

Nota 3, página 12: FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal constitucional. 7a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. P. 23.

[RETORNO NOTA 3 PÁGINA 12](#)

Nota 4, página 12: GOLDSCHMITD, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona: Bosch, 1935. P. 67.

[RETORNO NOTA 4 PÁGINA 12](#)

Nota 5, página 12: A tendência autoritária aqui tratada contrasta frontalmente com o mito da cordialidade brasileira. Ao contrário do que parte da historiografia se dispôs a defender, a história brasileira, assim como seus sujeitos - os brasileiros -, não é cordial. Em verdade, a marcha histórica de nossa sociedade é marcada por uma gênese autoritária (com uma colonização de exploração), o que repercutiu na criação de estamentos e na posterior manutenção de poder por tais estamentos, a qualquer custo, numa forma de exercício autoritário do poder. Não por acaso que incontáveis marcos históricos se encontram atrelados ao militarismo, em um sufocamento das massas que nada protagonizavam. A opção por um modelo autoritário foi uma constante na história brasileira.

[RETORNO NOTA 5 PÁGINA 12](#)

Nota 6, página 12: ROSA, Inocêncio Borges da. Nulidades do Processo. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935. P. 54.

[RETORNO NOTA 6 PÁGINA 12](#)

Nota 7, página 13: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 31.

[RETORNO NOTA 7 PÁGINA 13](#)

Nota 8, página 13: De igual forma já se perguntava James Goldschmidt: “Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o ius puniendi corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo? ” (GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Barcelona: Bosch, 1935. P. 7)

[RETORNO NOTA 8 PÁGINA 13](#)

Nota 9, página 13: Não se descuida que o processo penal é o caminho necessário para a aplicação da pena. Contudo, essa necessidade de existência de um processo para que haja pena não implica na concepção do processo como serventário do sistema punitivo. Não é essa característica (de ser necessário à pena) que justifica o processo. Sua legitimidade somente surge quando se associa à preservação dos direitos fundamentais do acusado. O poder punitivo é tendente à expansão, cabendo ao processo penal democrático limitá-lo, e não o viabilizar.

[RETORNO NOTA 9 PÁGINA 13](#)

Nota 10, página 13: VALE, Ionilton Pereira do. Teoria geral do processo penal: o processo interpretado pelos tribunais superiores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 23.

[RETORNO NOTA 10 PÁGINA 13](#)

Nota 11, página 13: Em posição diametralmente oposta àquelas que atribuem o processo a função de garantia da ordem pública, assim expõe Ricardo Jacobsen Gloeckner: “comumente a doutrina destaca como uma espécie de finalidade do

processo a manutenção da paz social. Eis aqui travestida uma ordem de raciocínio jurídico que consolida uma espécie de primado do público sobre o privado, bem ao gosto dos Estados autoritários.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 50)

[RETORNO NOTA 11 PÁGINA 13](#)

Nota 12, página 14: Comentando a envergadura da Escola Paulista de Processo, Ada Pellegrini Grinover afirma que “no Brasil, a nova escola processual de São Paulo concilia e funde as duas tendências, aglutinando processualistas civis e penais, a partir de uma teoria geral praticamente construída nesta Casa. É a essa nova Escola que Candido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra trazem agora, como professores titulares, a contribuição notável de seus talentos. ”. E continua, dizendo que “foi entorno dessa unidade de pensamento que aqui se iniciou o movimento científico de renovação do direito processual, o qual se espraiaria depois para todos os Rincões do Brasil” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas Tendências do Direito Processual: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. P. 448-449)

[RETORNO NOTA 12 PÁGINA 14](#)

Nota 13, página 14: Item 3, infra.

[RETORNO NOTA 13 PÁGINA 14](#)

Nota 14, página 14: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 40

[RETORNO NOTA 14 PÁGINA 14](#)

Nota 15, página 15: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6a ed, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 63.

[RETORNO NOTA 15 PÁGINA 15](#)

Nota 16, página 15: Id. A instrumentalidade do processo. 12a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 156.

[RETORNO NOTA 16 PÁGINA 15](#)

Nota 17, página 15: Alexandre Moraes da Rosa é enfático ao desconstruir a instrumentalidade proposta por Dinamarco, discorrendo que: “A pretensão de Dinamarco de que o juiz deve aspirar os anseios sociais ou mesmo o espírito das leis, tendo em vista uma vinculação axiológica, moralizante do jurídico, com o objetivo de realizar o sentimento de justiça do seu tempo, não mais pode ser acolhida democraticamente. ” (ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão No Processo Penal Como Bricolage De Significantes. 2004. Tese [Doutorado] - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004. P. 277)

[RETORNO NOTA 17 PÁGINA 15](#)

Nota 18, página 16: Termo utilizado por Daniel Zaclis, em ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 19.

[RETORNO NOTA 18 PÁGINA 16](#)

Nota 19, página 16: O marco legal do processo penal brasileiro é um monumento ao autoritarismo. Formulado na década de 40, no seio de um regime ditatorial, o Código de Processo Penal foi gestado por um teórico, de nome Francisco campos, declaradamente antidemocrático. A matriz inspiradora do diploma adjetivo (nomeação cabível, uma vez que originariamente servira apenas como motor de punição), foi o Código Rocco, instrumentalizado pelo Fascismo de Mussolini. O modelo antidemocrático de Estado fertilizou um Código igualmente avesso à democracia e, mesmo com a derrocada do então regime, o breve suspiro democrático (1945-1964) não foi suficiente para expurgar as raízes autoritárias do processo. Novamente assolado por um golpe militar (1964), o Brasil continuou sem forças para superar o modelo inquisitivo de processo. A Constituição da República de 1988 reinaugura a democracia e lança as bases de um, ainda em curso, realinhamento do processo penal.

[RETORNO NOTA 19 PÁGINA 16](#)

Nota 20, página 16: Luis Alberto Warat assevera que “(...) a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do

Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. Nas atividades cotidianas - teóricas, práticas e acadêmicas - os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens e pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. (...) A expressão serve para chamar atenção sobre o fato de que, nas atividades efetuadas pelos diversos juristas de ofício, existe também uma relação imaginária com as mesmas". (WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao Direito. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. P. 13-14)

[RETORNO NOTA 20 PÁGINA 16](#)

Nota 21, página 16: MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2002. P. 256; MARQUES, José Frederico. Elementos do direito processual penal. 3a ed, v. 2. Campinas: Millenium, 2009. P. 274.

[RETORNO NOTA 21 PÁGINA 16](#)

Nota 22, página 16: Manifestações jurisprudenciais recentes demonstram a reprodução acrítica desse postulado medieval, como nota-se no HABEAS CORPUS N° 95.853 - RJ, Rel. Min. Og Fernandes, que afirmou: "Tendo em vista a necessidade de se facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem como garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real, a competência pode ser fixada no local de início dos atos executórios". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta turma. Habeas Corpus 95.853/RJ. Relator: Og Fernandes, Data de Julgamento: 11/09/2012, Data de Publicação: DJe 04/10/2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22OG+FERNANDES%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20120910+e+%40DTDE+%3C%3D+20120912&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=35>>. Acesso em: 15/10/2016)

[RETORNO NOTA 22 PÁGINA 16](#)

Nota 23, página 17: Tópico 4.1, infra.

[RETORNO NOTA 23 PÁGINA 17](#)

Nota 24, página 17: A perseguição à hipótese primária é cristalina quando se observa o rumoroso caso Amanda Knox, cinematograficamente reproduzido recentemente. Nota-se, em tal documentário, que o investigador se afeiçoa pessoalmente à sua hipótese primária, responsável por incriminar Amanda Knox. Pessoalmente contaminado com o quadro mental paranoico, o investigador do caso ignora todos os elementos hábeis a por em dúvida sua certeza inicial, e age unicamente buscando a confirmação de sua teoria. Posteriormente, a Suprema Corte Italiana, distanciada dos efeitos elucinógenos sofridos pelo investigador, apontou os inúmeros erros, grotescos -frise-se - que informam a instrução originária do caso. (BLACKHURST, Rod; MCGINN, Brian. Amanda Knox. [Filme] Nova Iorque, EUA: Netflix, 2016. P&B.)

[RETORNO NOTA 24 PÁGINA 17](#)

Nota 25, página 17: LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 7a ed, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 551.

[RETORNO NOTA 25 PÁGINA 17](#)

Nota 26, página 17: GIOACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). Sistema penal e violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 226.

[RETORNO NOTA 26 PÁGINA 17](#)

Nota 27, página 17: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 22.

[RETORNO NOTA 27 PÁGINA 17](#)

Nota 28, página 17: KHALED JR., Salah. Ambição de verdade no processo penal. Salvador: JusPodvum, 2009. P. 182.

[RETORNO NOTA 28 PÁGINA 17](#)

Nota 29, página 18: Nesse mesmo sentido, Keity Saboya ensina que: “Contudo, a idéia de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, dividida com o realismo

gnosiológico vulgar” (SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. Ne Bis In Idem Limites Jurídico-Constitucionais à Persecução Penal. 2006. Dissertação [Mestrado] - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte. 2006. P. 27)

[RETORNO NOTA 29](#)

Nota 30, página 18: TARUFFO, Michele. A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 26. O autor, contudo, permanece adstrito à concepção de verdade, ainda que critique a ideia de verdade absoluta. Em outro escrito, o processualista italiano entende ser cabível a busca pela verdade, sendo tal missão um elemento norteador da imparcialidade do juiz, postura esta da qual discordamos (TARUFFO, Michelle. Simplesmente la verdade: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. P. 201.)

[RETORNO NOTA 30 PÁGINA 18](#)

Nota 31, página 18: A questão da verdade se tornou imprópria não só para o direito. As ciências exatas, as quais sofreram evolução científica muito anterior àquela experimentada pelo direito (?), desde o o conceito de probabilidade de Heisenberg refundaram suas percepções sobre tal dogma. Justamente em virtude da ideia de probabilidade levar à conclusão da verdade ser inatingível. Nesse mesmo sentido: SANTOS, Pedro Sérgio dos. Direito Processual Penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica. Curitiba: Juruá, 2008. P. 166.

[RETORNO NOTA 31 PÁGINA 18](#)

Nota 32 página 18: SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 189.

[RETORNO NOTA 32 PÁGINA 18](#)

Nota 33, página 18: Explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que com a predomínio da filosofia da linguagem sobre a filosofia da consciência importa em “admitir - em definitivo - a impossibilidade de, a partir de tal relação (sujeito-objeto) chegar-se em uma verdade Toda (e única) e sim tão-só em uma parte dela. A parte (daí a parcialidade que move a dita relação, sempre), todavia, não é o Todo e, portanto, é de outra coisa que se trata. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: COUTINHO,

Jacinto Nelson de Miranda (Org). Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O mercador de Veneza”, de William Shakespeare. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 155)

[RETORNO NOTA 33 PÁGINA 18](#)

Nota 34, página 18: Expressão utilizada por Francisco Munos Conde (CONDE, Francisco Munos. La búsqueda de la verdade em el proceso penal. 3a ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007. P. 115).

[RETORNO NOTA 34 PÁGINA 18](#)

Nota 35, página 19: A garantia do devido processo legal, a proibição das provas obtidas ilicitamente, o direito ao silêncio e à ampla defesa são garantias que distanciam o processo de uma mitológica verdade.

[RETORNO NOTA 35 PÁGINA 19](#)

Nota 36, página 19: Saliente-se que não coadunamos com a vertente teórica que entende o Direito Penal como instrumento a serviço da paz social. Em virtude do presente corte metodológico e dos limites materiais deste trabalho, não nos debruçaremos sobre isso, porém válida e adequada é a fala de Nilo Batista, que leciona “com propriedade, Cirino dos Santos observa que o sistema penal, segundo ele constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais, pretende afirmar-se como sistema garantidor de uma ordem social justa, mas seu desempenho real constradiz essa aparecencia. (BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990. P. 25)

[RETORNO NOTA 36 PÁGINA 19](#)

Nota 37, página 19: TORNAGHI, Hélio. Compêndio de processo penal. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t.1. P. 15.

[RETORNO NOTA 37 PÁGINA 19](#)

Nota 38, página 19: CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias. 3aed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 95.

[RETORNO NOTA 38 PÁGINA 19](#)

Nota 39, página 19: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. Habeas Corpus 106.742/SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia, Data de Julgamento: 27/05/2008, Data de Publicação: DJe 23/06/2008. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22NAPOLE%C3O+NUNES+MAIA+FILHO%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20080526+e+%40DTDE+%3C%3D+20080528&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=33>>. Acesso em: 15/10/2016.

[RETORNO NOTA 39 PÁGINA 19](#)

Nota 40. Página 19: Conforme leciona Aury Lopes JR., “nesse contexto político-processual, estão superadas as considerações do estilo ‘a supremacia do interesse público sobre o privado’. As regras do devido processo penal são verdadeiras garantias democráticas (e, obviamente, constitucionais), muito além dessa dimensão reducionista de público/privado. Trata-se de direitos fundamentais - obviamente de natureza pública, se quisermos utilizar essa categoria - limitares da intervenção penal” (LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 39)

[RETORNO NOTA 40 PÁGINA 19](#)

Nota 41, página 20: Semelhantemente, Aury Lopes Jr. consigna que “a ciência do processo já chegou a um ponto de evolução que lhe permite deixar para trás todos os medos e preocupações de ser absorvida pelo direito material, assumindo sua função instrumental sem qualquer menosprezo”. (LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 67)

[RETORNO NOTA 41 PÁGINA 20](#)

Nota 42, página 20: CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 235

[RETORNO NOTA 42 PÁGINA 20](#)

Nota 43, página 20: LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 64.

[RETORNO NOTA 43 PÁGINA 20](#)

Nota 44, página 21: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a Ed Salvador: Juspodivm, 2015. P. 33.

[RETORNO NOTA 44 PÁGINA 21](#)

Nota 45, página 21: LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 68.

[RETORNO NOTA 45 PÁGINA 21](#)

Nota 46, página 21: GIOCOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagens conforme a constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 84.

[RETORNO NOTA 46 PÁGINA 21](#)

Nota 47, página 21: Entende o ilustre professor que “ mesmo em relação aos dispositivos que, por não terem sido objeto de alteração, permanecem com a sua redação originária, o Código deve ser enxergado sob uma nova perspectiva, a democrática, perquirida, principalmente, com a compreensão dos valores que alicerçam os direitos fundamentais”. E arremata, dizendo que “ o Código de Processo Penal, portanto, precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático efetivamente inaugurado com base na Constituição de 1988 (...)”. (SILVA JR., Walter Nunes da. Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime de provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 48-49)

[RETORNO NOTA 47 PÁGINA 21](#)

Nota 48, página 22: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 22.

[RETORNO NOTA 48 PÁGINA 22](#)

Nota 49, página 22: À guisa de conceituação, o termo “forma” é aqui tratado se identifica com as características sensíveis externalizadas por cada ato que compõe o procedimento. É, na didática lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o invólucro que envolve o ato (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo

civil. Tese [Doutorado] apresentada perante a faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1996. P. 3).

[RETORNO NOTA 49 PÁGINA 22](#)

Nota 50, página 22: Como afirma Schmidt “todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos” (SCHIMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Trad.: Jose Manuel Nunez. Buenos Aires: Lerner, 2006. P. 26.)

[RETORNO NOTA 50 PÁGINA 22](#)

Nota 51, página 22: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 35

[RETORNO NOTA 51 PÁGINA 22](#)

Nota 52, página 22: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 40.

[RETORNO NOTA 52 PÁGINA 22](#)

Nota 53, página 23: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 517

[RETORNO NOTA 53 PÁGINA 23](#)

Nota 54, página 23: Lúcida é a lição de João Mendes de Almeida Júnior, para quem “... as formas do processo asseguram a liberdade dos indivíduos, porque garantem a defesa; dão força aos julgamentos e aos juízes, porque são o penhor da sua imparcialidade; revestem a justiça de toda a majestade porque dão testemunho da prudência de seus agentes”. (ALMEIDA JR., João Mendes de. O processo criminal brasileiro. 4a ed. Vol. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. P. 14.)

[RETORNO NOTA 54 PÁGINA 23](#)

Nota 55, página 23: Exemplo claro é a exposição de motivos do Código de Processo Penal: “ O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de

certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”.

[RETORNO NOTA 55 PÁGINA 23](#)

Nota 56, página 23: FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 352.

[RETORNO NOTA 56 PÁGINA 23](#)

Nota 57, página 23: “As ideias insculpidas por ele ainda hoje são contempladas como verdades para o ordenamento jurídico democrático contemporâneo e, consolidadas na Constituição dos Estados Unidos e na Declaração de Direitos do Homem e do cidadão pela Revolução Francesa, estão plasmadas nas constituições vigentes dos mais diversos países, na categoria de direitos fundamentais.” (SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 64).

[RETORNO NOTA 57 PÁGINA 23](#)

Nota 58, página 23: Com razão, salienta Walter Nunes da Silva Júnior que “ não restam dúvidas de que a contribuição de Beccaria, no âmbito do Direito Processual Penal, foi de dimensão incomensurável e não é desapropriado dizer que foi mais incisiva até mesmo do que a que foi dada ao Direito Penal” (SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 64.)

[RETORNO NOTA 58 PÁGINA 23](#)

Nota 59, página 24: PASCHOAL, Jorge Coutinho. O prejuízo e as nulidades processuais penais: Um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 34.

[RETORNO NOTA 59 PÁGINA 24](#)

Nota 60 página 24: Ibid. P. 35.

[RETORNO NOTA 60 PÁGINA 24](#)

Nota 61, PÁGINA 24: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres. 13a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 356.

[RETORNO NOTA 61 PÁGINA 24](#)

Nota 62, página 24: A construção Carneluttiana, em que pese didática para demonstrar o caráter punitivo do processo penal, é problemática, uma vez que finda estabelecendo um dissabor pela absolvição, atrelando a tal desfecho processual uma carga axiológica negativa. É preciso deixar claro que a absolvição é categoricamente igual a condenação no que se refere ao cumprimento integral do dever jurisdicional. Deve-se, com isso, afastar aquilo pregado na exposição de motivos do CPP, de onde se colhe que “Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o in dubio pro reo ou o non liquet”, igualando a absolvição por ausência de provas ao “non liquet”, como se a dúvida no processo penal fosse algo sem valoração. A dúvida tem valoração clara, devendo servir à absolvição do acusado, postura que não deve ser evitada.

[RETORNO NOTA 62 PÁGINA 24](#)

Nota 63, página 24: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. Tese (Doutorado) apresentada perante a faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1996. P. 6.

[RETORNO NOTA 63 PÁGINA 24](#)

Nota 64, página 25: GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976. P. 75 .

[RETORNO NOTA 64 PÁGINA 25](#)

Nota 65, página 25: Como acentua Jacobsen, no processo penal atual, a exemplo do que ocorre em outros setores da sociedade, a espera é deixada de lado. Em seu lugar se reproduzem a impaciência e antecipação. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 197).

[RETORNO NOTA 65 PÁGINA 25](#)

Nota 66, página 25: Dentre outros aspectos, a maturação numa persecução penal é essencial para dirimir os riscos do reinado absoluto da evidência, conceitualmente delineada por Rui Cunha Martins como “simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um desamor do contraditório.”. E prossegue o autor Lusitano ao dizer que é possível constranger a evidência, o que ocorre por meio da prova, da convicção e principalmente do próprio processo. (MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito: the Brazilian Lessons. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 2-3).

[RETORNO NOTA 66 PÁGINA 25](#)

Nota 67, página 25: Youtube. “ Perspecução Penal e Impobridade Administrativa: Relação e Efeitos (Marcelo Navarro”. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7UbrLcpoNeY>>. Acesso em 01/09/2016.

[RETORNO NOTA 67 PÁGINA 25](#)

Nota 68, página 26: DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008. P. 5

[RETORNO NOTA 68 PÁGINA 26](#)

Nota 69, página 26: Ibid. P. 30.

[RETORNO NOTA 69 PÁGINA 26](#)

Nota 70, página 26: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 19.

[RETORNO NOTA 70 PÁGINA 26](#)

Nota 71, página 26: A ideia de tipicidade pode ser entendida de forma estática e atomizada, analisando-se o tipo regulamentando o ato isoladamente; ou de forma dinâmica e conjuntural, analisando-se o procedimento.

[RETORNO NOTA 71 PÁGINA 26](#)

Nota 72, página 26: DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008. P. 55

[RETORNO NOTA 72 PÁGINA 26](#)

Nota 73, página 27: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 399.

[RETORNO NOTA 73 PÁGINA 27](#)

Nota 74, página 27: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 1497.

[RETORNO NOTA 74 PÁGINA 27](#)

Nota 75, página 27: Antonio Tovo Loureiro arremata que “Esta concepção é o retrato de uma perspectiva formalista de aplicação das nulidades, porquanto sua lógica é simplista, não importando o caso concreto, tampouco as consequências da resposta que se está a proferir” (LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades e limitação do poder de punir: Análise do Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 33).

[RETORNO NOTA 75 PÁGINA 27](#)

Nota 76, página: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 400

[RETORNO NOTA 76 PÁGINA 27](#)

Nota 77, página 27: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 23-24.

[RETORNO NOTA 77 PÁGINA 27](#)

Nota 78, página 27: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 402.

[RETORNO NOTA 78 PÁGINA 27](#)

Nota 79, página 27: Ibid. P. 403.

[RETORNO NOTA 79 PÁGINA 27](#)

Nota 80, página 28: Comentando a doutrina do tipo constitucional, critica Binder que “neste caso se constrói um conceito tão aberto que deixa de cumprir a função assinalada” (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. 8)

[RETORNO NOTA 80 PÁGINA 28](#)

Nota 81, página 28: GLOECKNER, op. cit. P. 404.

[RETORNO NOTA 81 PÁGINA 28](#)

Nota 82, página 28: Ibid. P. 403.

[RETORNO NOTA 82 PÁGINA 28](#)

Nota 83, página 28: Ainda com Binder, a teoria do tipo processual “só tem sentido se está vinculada a alguma forma de interpretação restritiva, o que de modo algum é aceitável como critério geral neste campo, em especial quando se protege o sistema de garantias já que aí se requer precisamente o contrário, o seja, uma interpretação extensiva e progressiva” (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. 9)

[RETORNO NOTA 83 PÁGINA 28](#)

Nota 84, página 28: DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008. P. 42.

[RETORNO NOTA 84 PÁGINA 28](#)

Nota 85, página 30: Ítem 4.2, infra.

[RETORNO NOTA 85 PÁGINA 30](#)

Nota 86, página 30: O poder punitivo exerce uma força centrípeta frente às formas garantidoras dos direitos fundamentais, de modo que é natural a existência da tensão entre garantias fundamentais e punitivismo. Não à toa em momentos históricos de fôlego punitivo ocorra fortes relativizações da forma, à exemplo do que tem ocorrido com as 10 propostas do MPF, dentre as quais destaca-se a ampliação de marcos de preclusão para a arguição de nulidades e a relativização da proibição das provas obtidas por meios ilícitos. Nesse sentido, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Anticorrupção ou corruptibilidade das formas? In: Boletim do IBCCRIM. n. 277, 2015. P. 19.

[RETORNO NOTA 86 PÁGINA 30](#)

Nota 87, página 32: GOLDSCHMITD, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona: Bosch, 1935.

[RETORNO NOTA 87 PÁGINA 32](#)

Nota 88, página 32: MONTERO AROCA, Juan. El Derecho Procesal en el Siglo XX. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. P. 107.

[RETORNO NOTA 88 PÁGINA 32](#)

Nota 89, página 32: CARVALHO, Salo de; LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades no Processo Penal e Constituição:: Estudo de Casos a partir do Referencial Garantista. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 511.

[RETORNO NOTA 89 PÁGINA 32](#)

Nota 90, página 32: DUSSEL, Enrique D. Caminhos de libertação latino-americana: histórica, colonialismo e libertação. V. 2. São Paulo: Paulinas, 1984. P. 225.

[RETORNO NOTA 90 PÁGINA 32](#)

Nota 91, página 33: Alexandre Morais da Rosa doutrina que “na origem está um mito, dado que é impossível dizer, apontar, de fato, como tudo começou. Atribui-se um princípio para dar conta da largada de significantes. A essência da essência da linguagem é da ordem do impossível” (ROSA, Alexandre Morais da. Decisão No

Processo Penal Como Bricolage De Significantes. 2004. Tese [Doutorado] - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004. P. 112)

[RETORNO NOTA 91 PÁGINA 33](#)

Nota 92, página 33: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais [S.1], a. 1., n. 1, p. 26(27)-51, 2001.

[RETORNO NOTA 92 PÁGINA 33](#)

Nota 93, página 33: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2010. P. 125.

[RETORNO NOTA 93 PÁGINA 33](#)

Nota 94, página 33: Desde já, acentue-se que parece inadequado delimitar o sistema inquisitório como modelo ligado à Inquisição historicamente conhecida. O perfil inquisitorial permanece vivo, no máximo com nova roupagem, em ordenamentos políticos de inspiração totalitarista, como o fascismo italiano ou o nacional-socialismo alemão, e, mais proximamente, Varguismo Brasileiro, que informou a elaboração do Código de Processo Penal.

[RETORNO NOTA 94 PÁGINA 33](#)

Nota 95, página 33: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 144.

[RETORNO NOTA 95 PÁGINA 33](#)

Nota 96, página 33: TENÓRIO, Rodrigo Antonio. A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: Estudos dos Sistema Brasileiro, Americano e Italiano. Curitiba: Juruá, 2011. P. 20.

[RETORNO NOTA 96 PÁGINA 33](#)

Nota 97, página 34: Ibid. P. 20.

[RETORNO NOTA 97 PÁGINA 34](#)

Nota 98, página 34: RAWLINGS, Helen. The Spanish Inquisition. Malden, MA: Blackwell pub, 2006. P.32.

[RETORNO NOTA 98 PÁGINA 34](#)

Nota 99, página 34: TENÓRIO, Rodrigo Antonio. A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: Estudos dos Sistema Brasileiro, Americano e Italiano. Curitiba: Juruá, 2011. P. 20.

[RETORNO NOTA 99 PÁGINA 34](#)

Nota 100, página 34: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 23.

[RETORNO NOTA 100 PÁGINA 34](#)

Nota 101, página 34: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 149.

[RETORNO NOTA 101 PÁGINA 34](#)

Nota 102, página 34: Ibid. P. 150.

[RETORNO NOTA 102 PÁGINA 34](#)

Nota 103, página 34: MINAGÉ, Thiago. Prisões e medidas cautelares à luz da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 33.

[RETORNO NOTA 103 PÁGINA 34](#)

Nota 104, página 34: Ibid.; TENÓRIO, Rodrigo Antonio. A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: Estudos dos Sistema Brasileiro, Americano e Italiano. Curitiba: Juruá, 2011. P. 21.

[RETORNO NOTA 104 PÁGINA 34](#)

Nota 105, página 34: MINAGÉ, Thiago. Prisões e medidas cautelares à luz da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 33.

[RETORNO NOTA 105 PÁGINA 34](#)

Nota 106, página 34: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 144.

[RETORNO NOTA 106 PÁGINA 34](#)

Nota 107, página 34: Ibid. P. 147; TENÓRIO, Rodrigo Antonio. A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: Estudos dos Sistema Brasileiro, Americano e Italiano. Curitiba: Juruá, 2011. P. 23.

[RETORNO NOTA 107 PÁGINA 34](#)

Nota 108, página 34: MINAGÉ, Thiago. Prisões e medidas cautelares à luz da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 33; ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 51; SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 388; TENÓRIO, Rodrigo Antonio. A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: Estudos dos Sistema Brasileiro, Americano e Italiano. Curitiba: Juruá, 2011. P. 21.

[RETORNO NOTA 108 PÁGINA 34](#)

Nota 109, página 35: MINAGÉ, Thiago. Prisões e medidas cautelares à luz da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 34; LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 139; SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 392.

[RETORNO NOTA 109 PÁGINA 35](#)

Nota 110, página 35: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 139.

[RETORNO NOTA 110 PÁGINA 35](#)

Nota 111, página 35: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 37; SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 392.

[RETORNO NOTA 111 PÁGINA 35](#)

Nota 112, página 35: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 140; SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 392.

[RETORNO NOTA 112 PÁGINA 35](#)

Nota 113, página 35: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2010. P. 126.

[RETORNO NOTA 113 PÁGINA 35](#)

Nota 114, página 35: Ibid. 201

[RETORNO NOTA 114 PÁGINA 35](#)

Nota 115, página 36: CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 77.

[RETORNO NOTA 115 PÁGINA 36](#)

Nota 116, página 36: LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades e limitação do poder de punir: Análise do Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 23.

[RETORNO NOTA 116 PÁGINA 36](#)

Nota 117, página 37: CARVALHO, Salo de; LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a partir do Referencial Garantista. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 513-514

[RETORNO NOTA 117 PÁGINA 37](#)

Nota 118, página 37: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2010.

[RETORNO NOTA 118 PÁGINA 37](#)

Nota 119, página 37: Antonio Loureiro atenta que o formalismo não pode ser sacralizado, lecionando que “O discurso formalista possui grande prestígio em um Estado autoritário, precisamente pelo afastamento que proporciona entre a burocracia judicial e os subordinados, aqueles que não possuem o domínio da técnica, dando uma veste pseudo-jurídica e proposições vazias, impregnadas do mais pungente repressivismo. E aí encontra perfeita harmonia com a escrituralização, típica do inquisitório. ” (LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades e limitação do poder de punir: Análise do Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 22-23.)

[RETORNO NOTA 119 PÁGINA 37](#)

Nota 120, página 37: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2010.

[RETORNO NOTA 120 PÁGINA 37](#)

Nota 121, página 37: CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 168.

[RETORNO NOTA 121 PÁGINA 37](#)

Nota 122, página 38: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2010.

[RETORNO NOTA 122 PÁGINA 38](#)

Nota 123, página 38: CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 168.

[RETORNO NOTA 123 PÁGINA 38](#)

Nota 124, página 39: LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 24.

[RETORNO NOTA 124 PÁGINA 39](#)

Nota 125, página 39: CARNELUTTI, Francesco. La Cenicienta. In: CARNELUTTI, Francesco. Cuestiones sobre el processo penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961. P. 15-21.

[RETORNO NOTA 125 PÁGINA 39](#)

Nota 126, página 40: CARNELUTTI, Francesco. La Cenicienta. In: CARNELUTTI, Francesco. Cuestiones sobre el processo penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961. P. 17.

[RETORNO NOTA 126 PÁGINA 40](#)

Nota 127, página 40: DUCLERC, Elmir. Por uma teoria do processo penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 11.

[RETORNO NOTA 127 PÁGINA 40](#)

Nota 128, página 40: SOARES, Luís Alfredo Macedo. A insurreição constitucional da cinderela: ensaio de uma crítica à teoria geral do processo sob a ótica dos direitos fundamentais. Trabalho de conclusão de curso - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte. 2016.

[RETORNO NOTA 129 PÁGINA 40](#)

Nota 129, página 40: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 57.

[RETORNO NOTA 129 PÁGINA 40](#)

Nota 130, página 40: Como ensina-nos Marco Aurélio Nunes da Silveira, referindo-se à Teoria Geral do processo, “ o remédio criou uma espécie de dependência: embora livre, em tese, da teoria do direito penal, o processo penal agora se vê envolvido numa gramática ainda mais estrangeira. O patrimônio linguístico processual civil, à toda evidência, não se adapta (SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes

da. A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 7)

[RETORNO NOTA 130 PÁGINA 40](#)

Nota 131, página 41: Pensamento semelhante ao exposto por Tucci, IBCCRIM. Existe uma teoria geral do processo?

[RETORNO NOTA 131 PÁGINA 41](#)

Nota 132, página 41: DUCLERC, Elmir. Por uma teoria do processo penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 12.

[RETORNO NOTA 132 PÁGINA 41](#)

Nota 133, página 41: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 285.

[RETORNO NOTA 133 PÁGINA 41](#)

Nota 134, página 41: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 34a ed, v.1. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 355-356.

[RETORNO NOTA 134 PÁGINA 41](#)

Nota 135, página 42: Em sentido semelhante: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 73.

[RETORNO NOTA 135 PÁGINA 42](#)

Nota 136, página 42: TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal. v. I. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 272

[RETORNO NOTA 136 PÁGINA 42](#)

Nota 137, página 42: Como alerta Jacinto Coutinho “o dia a dia do fórum ensina o quanto um processo penal faz o réu sofrer. É necessário não esquecer esse detalhe” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1998. P. 151.)

[RETORNO NOTA 137 PÁGINA 42](#)

Nota 138, página 42: Segundo a Teoria Geral do Processo, “ o estudo da natureza jurídica da ação, com as conclusões a que chegamos, aplica-se não somente ao processo civil, como também ao processo penal. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 286.).

[RETORNO NOTA 138 PÁGINA 42](#)

Nota 139, página 43: CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 391.

[RETORNO NOTA 139 PÁGINA 43](#)

Nota 140, página 43: BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro: AIDE, 2002. P. 22.

[RETORNO NOTA 140 PÁGINA 43](#)

Nota 141, página 43: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 289.

[RETORNO NOTA 141 PÁGINA 43](#)

Nota 142, página 43: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 72.

[RETORNO NOTA 142 PÁGINA 43](#)

Nota 143, página 43: Ibid. P. 232.

[RETORNO NOTA 143 PÁGINA 43](#)

Nota 144, página 43: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28a ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 288.

[RETORNO NOTA 144 PÁGINA 43](#)

Nota 145, página 44: “No processo penal o exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é, na doutrina dominante, a ausência de tipicidade” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 289.).

[RETORNO NOTA 145 PÁGINA 44](#)

Nota 146, página 44: CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 442.

[RETORNO NOTA 146 PÁGINA 44](#)

Nota 147, página 44: Aury Lopes é preciso ao, comentando a inadequação da condição da ação referente à possibilidade jurídica do pedido ao processo penal, afirmar que “o que se verifica é uma indevida expansão dos conceitos do processo civil para (ilusoriamente) atender à especificidade do processo penal”. (LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 234.)

[RETORNO NOTA 147 PÁGINA 44](#)

Nota 148, página 44: Ibid. P. 74.

[RETORNO NOTA 148 PÁGINA 44](#)

Nota 149: página 45: CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 227. O mencionado autor arremata dizendo que “a natureza relativa da competência territorial não subsiste a um modelo processual acusatório. Com efeito, pode ser tida a ‘relativização da competência’ como fruto de uma aproximação indevida dos postulados do processo civil ao processo penal, o que acabou sendo solidificado por meio de uma ponte denominada ‘teoria geral do processo’ que impõe a natural aproximação de ‘ramos’ processuais absolutamente distintos.”.

[RETORNO NOTA 149 PÁGINA 45](#)

Nota 150, página 45: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.

251, p. 77-85, mar. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529/6043>>. Acesso em: 02/11/16.

[RETORNO NOTA 150 PÁGINA 45](#)

Nota 151, página 45: Sobre a influência probatória da presunção de inocência, em magistral trabalho sobre o tema leciona Maurício Zanoide de Moraes “O primeiro aspecto apontado da presunção de inocência como norma probatória (quem deve provar) refere-se ao ônus probatório no processo penal. A matéria é por demais extensa e já conta com significativo consenso doutrinário em todos os países nos quais o princípio está inserido em nível constitucional. Para todos eles, o ônus de provar no processo penal é da acusação, uma vez que, partindo o órgão acusador do pressuposto juspolítico do ‘estado de inocência’ do cidadão, é a ele que caberá demonstrar a sua tese pela culpa do indivíduo e, portanto, caberá a ele o ônus de demonstrar essa tese não pressuposta pela Constituição” (MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 462).

[RETORNO NOTA 151 PÁGINA 45](#)

Nota 152, página 46: Entende Pacelli que “cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente de ilicitude ou mesmo da culpabilidade.” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18a ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 336.).

[RETORNO NOTA 152 PÁGINA 46](#)

Nota 153, página 46: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 75.

[RETORNO NOTA 153 PÁGINA 46](#)

Nota 154, página 46: Ensina-nos Alexandre da Rosa que, “diante da presunção de inocência, pressuposto do processo penal democrático, a saber, o acusado larga absolvido, a função do jogador-defesa é evitar a tomada do forte, como nos jogos de

guerra, ou seja, impedir a tomada dos domínios da presunção de inocência.”. (ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 180).

[RETORNO NOTA 154 PÁGINA 46](#)

Nota 155, página 47: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 239

[RETORNO NOTA 155 PÁGINA 47](#)

Nota 156, página 47: LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 563.

[RETORNO NOTA 156 PÁGINA 47](#)

Nota 157, página 47: KARAM, Maria Lúcia. Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 15.

[RETORNO NOTA 157 PÁGINA 47](#)

Nota 158, página 47: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 237.

[RETORNO NOTA 158 PÁGINA 47](#)

Nota 159, página 47: DUCLERC apud MOREIRA, Rômulo de Andrade. Uma crítica a teoria geral do processo. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. P. 17.

[RETORNO NOTA 159 PÁGINA 47](#)

Nota 160, página 48: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 5.

[RETORNO NOTA 160 PÁGINA 48](#)

Nota 161, página 49: LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 78.

[RETORNO NOTA 161 PÁGINA 49](#)

Nota 162, página 49: PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18a ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 900.

[RETORNO NOTA 162 PÁGINA 49](#)

Nota 163, página 49: José Bedaque faz distinção entre a inexistência factual do ato processual e a inexistência jurídica. Entende que a primeira se refere ao ato materialmente não praticado, como é exemplo a ausência de citação. A segunda categoria, por sua vez, se refere ao ato factualmente praticado mas que faltando-lhe os requisitos essenciais, o que o impede de sobreviver juridicamente (Bedaque apud ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 66.).

[RETORNO NOTA 163 PÁGINA 49](#)

Nota 164, página 49: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 67.

[RETORNO NOTA 164 PÁGINA 49](#)

Nota 165, página 49: PASSOS, Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense. P. 99.

[RETORNO NOTA 165 PÁGINA 49](#)

Nota 166, página 49: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 342.

[RETORNO NOTA 166 PÁGINA 49](#)

Nota 167, página 50: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11a ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 1505

[RETORNO NOTA 167 PÁGINA 50](#)

Nota 168, página: O princípio do interesse será melhor explorado adiante (tópico 4.3 infra)

[RETORNO NOTA 168 PÁGINA 50](#)

Nota 169, página 50: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 353.

[RETORNO NOTA 169 PÁGINA 50](#)

Nota 170, página 50: 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. 90.

[RETORNO NOTA 170 PÁGINA 50](#)

Nota 171, página 51: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 357.

[RETORNO NOTA 171 PÁGINA 51](#)

Nota 172, página 52: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

[RETORNO NOTA 172 PÁGINA 52](#)

Nota 173, página 52: Como retratado na célebra frase de Shakespeare, na voz de Julieta, “O que chamamos de rosa teria o mesmo perfume se nós a chamássemos de outro nome. ” (SHAKESPEARE, William. Romeu e Julieta. Adaptação e tradução Marilise Rezende Bertin e John Milton. São Paulo: Disal, 2016. P. 70). Verdade real, verdade material ou verdade substancial são designações para uma mesma rosa de perfume pouco democrático.

[RETORNO NOTA 173 PÁGINA 52](#)

Nota 174, página 52: Nesse mesmo sentido caminham as lições de Ricardo Gloeckner: “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. ” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015).

[RETORNO NOTA 174 PÁGINA 52](#)

Nota 175, página 53: Nota-se a mesma preocupação na doutrina, in verbis: “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” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.)

[RETORNO NOTA 175 PÁGINA 53](#)

Nota 176, página 53: Esmiuçando essa relação, por todos, apregoa Lênio Streck: “Sabemos muito bem - por tudo que já foi dito -que o sistema inquisitório é um corolário da filosofia da consciência (não vejo a doutrina processual penal reconhecer isso): representa uma profissão de fé na ideia de que o sujeito é senhor dos sentidos, de modo que é esse sujeito - e não a sociedade - que deve se convencer, ter certeza de seu julgamento, etc. (lembro aqui, já de pronto, do vetusto “princípio” do livre convencimento, agora repristinado no projeto do novo CPP).”(STRECK, Lênio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set. 2011 - dez. 2011. P. 220)

[RETORNO NOTA 176 PÁGINA 53](#)

Nota 177, página 53: Com acuidade, Fábio Ataíde leciona: “Apoiado numa filosofia da consciência, que admite a dualidade entre sujeito e objeto, o jurista desta hermenêutica [tradicional] recorre às ferramentas interpretativas por acreditar que pode descobrir o significado da lei como previamente depositado pelo legislador e, mais ainda, por supor que este processo permite-lhe obter a verdade” (ATAÍDE, Fábio. Colisão entre poder punitivo do Estado e Garantia Constitucional da Defesa. Curitiba: Juruá, 2010. P. 357.).

[RETORNO NOTA 177 PÁGINA 53](#)

Nota 178, página 54: STRECK, Lênio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? 4a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 13

[RETORNO NOTA 178 PÁGINA 54](#)

Nota 179, página 54: SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 36

[RETORNO NOTA 179 PÁGINA 54](#)

Nota 180, página 54: Ilustra Alexandre da Rosa: “Especificamente quanto à verdade, esta não possui mais o caráter fundante, próprio da Filosofia da Consciência. Destacável neste momento e antecipando os vindouros, que há um rompimento com o essencialismo, trazendo-se a linguagem para o centro da compreensão” (ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão No Processo Penal Como Bricolage De Significantes. 2004. Tese [Doutorado] -Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004. P. 52, grifo no original.)

[RETORNO NOTA 180 PÁGINA 54](#)

Nota 181, página 54: A abordagem crítica sobre o ônus da prova do prejuízo tem lugar no tópico a seguir, 4.2, infra.

[RETORNO NOTA 181 PÁGINA 54](#)

Nota 182, página 54: Demonstrando a subjetividade ínsita à filosofia da consciência e seu resultado no processo, leciona Alexandre da Rosa “Ao se desvelar o sentido e a verdade do ser-aí, toda a pretensão da hermenêutica informada pela Filosofia da Consciência de chegar ao significado primevo dos entes somente pode ser feita singularmente e não mais de maneira universal: a verdade é relativa ao ser-aí”, ou seja, essa singularidade impede que a “verdade real” seja um critério aceitável para a disciplina das nulidades, justamente por vagar conforme a consciência de cada “ser-aí”, ou seja, cada julgador. (ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão No Processo Penal Como Bricolage De Significantes. 2004. Tese [Doutorado] - Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004. P. 198, grifo no original).

[RETORNO NOTA 182 PÁGINA 54](#)

Nota 183, página 54: Conforme ensina-nos Gabriel Divan “se o discurso cartesiano é fundado na soberania da Razão, e com ela se foca na busca pela evidência, sua

construção filosófica e epistemológica passa obrigatoriamente pela afirmação de que a racionalidade atua enquanto filtro efetivo. ” (DIVAN, Gabriel Antinolfi. Decisão Judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 32).

[RETORNO NOTA 183 PÁGINA 54](#)

Nota 184, página 55: No mesmo sentido, Ricardo Gloeckner “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. ” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.) de igual forma, ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 153.

[RETORNO NOTA 184 PÁGINA 55](#)

Nota 185, página 55: PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18a ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 675.

[RETORNO NOTA 185 PÁGINA 55](#)

Nota 186, página 55: Utiliza-se a mito no sentido dado por Rubens Casara, para quem “ o princípio do livre convencimento motivado é um mito, que ocupa espaço teórico destinado a colocar um véu na tradição e no inconsciente na valoração judicial das provas no processo penal”. (CASARA, Rubens R. R.. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 180).

[RETORNO NOTA 186 PÁGINA 55](#)

Nota 187, página 55: Nesse sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que “ao exigir que o juiz expresse na motivação os fundamentos de sua deliberação, a lei

não visa outra coisa senão fazer com que as razões sejam consideradas na decisão” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 114.)

[RETORNO NOTA 187 PÁGINA 55](#)

Nota 188, página 56: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 153

[RETORNO NOTA 188 PÁGINA 56](#)

Nota 189, página 57: A própria matemática mudou “e mudou também em função dos novos avanços da física e no terreno da pesquisa cósmica (teoria da relatividade) e da investigação subatômica (mecânica quântica). Daí os critérios de verdade, até então rigidamente vigiados pelos postulados físico-matemáticos vigorantes até o século XIX, serem flexibilizados no século XX.” (SANTOS, Pedro Sérgio dos. Direito Processual Penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica. Curitiba: Juruá, 2008. P. 156). Exemplo claro dessa viragem da filosofia matemática são os teoremas da incompletude de Teorema da incompletude de Godel, um dos quais assevera que qualquer teoria efetivamente gerada capaz de expressar a aritmética elementar não pode ser tanto consistente quanto completa. Em particular, para qualquer teoria formal consistente e efetivamente gerada que prova certa verdade da aritmética básica, existe uma afirmação aritmética que é verdade, mas não demonstrável na teoria.

[RETORNO NOTA 189 PÁGINA 57](#)

Nota 190 página 57: CASARA, Rubens R. R.. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 182.

[RETORNO NOTA 190 PÁGINA 57](#)

Nota 191, página 57: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 153.

[RETORNO NOTA 191 PÁGINA 57](#)

Nota 192, página 58: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

[RETORNO NOTA 192 PÁGINA 58](#)

Nota 193, página 58: Compartilhando da mesma inquietação, pontua Alexandre da Rosa: “Se as regras do jogo podem ser desconsideradas em nome do resultado, qual o sentido delas? Nenhum. Se o jogador, mesmo ciente da ilicitude, vai adiante no ato irregular por saber que os efeitos podem seduzir o julgador, não se pode mais falar, nem mesmo, de processo penal, mas sim de jogo cínico. Contorna-se o descumprimento das regras procedimentais porque no jogo não há mais juiz, mas sim coadjuvante dos jogadores, diretamente: um juiz interessado no resultado (...). Do ponto de vista das táticas, muitas vezes, mesmo com jogo sujo, doping, se o juiz não reconhecer, os efeitos da ação permanecem. Daí muitos arriscarem blefes, trunfos e jogadas dúbias que contam com leniência do julgador”(ROSA, Alexandre Moraes da. Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em 20/10/2016).

[RETORNO NOTA 193 PÁGINA 58](#)

Nota 194, página 58: O arcabouço normativo é encontrado no artigo 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

[RETORNO NOTA 194 PÁGINA 58](#)

Nota 195, página 58: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 31.

[RETORNO NOTA 195 PÁGINA 58](#)

Nota 196, página 58: MOSSIN, Heráclito Antônio. Nulidades no Direito Processual Penal. 3a ed. Barueri: Manole, 2005. P. 79

[RETORNO NOTA 196 PÁGINA 58](#)

Nota 197 página 59: A histórica é movida por homens, e na história do processo penal brasileiro Francisco Campos deve(ria) ocupar lugar de destaque, para que a partir da análise de suas posições ideológicas se pudesse revelar, com maior clareza, qual a ambiência sócio-política que informou a elaboração do CPP. O artífice do Código notabilizou-se por ser um ferrenho defensor da centralização dos poderes na figura do chefe do executivo em detrimento da implosão dos mecanismos de jaez liberal, como o voto secreto e os partidos políticos. Em que pese nunca ter se declarado fascista, Francisco Campos nutria verdadeira adoração pelo modelo processual instituído por Mussolini, a partir do Código Rocco, o que se confirma a partir das inúmeras referências à legislação alienígena na exposição de motivos de nosso código. Nesse sentido, e por todos: (MALAN, Diogo. Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira [1937-1941]. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). Autoritarismo e processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 187.)

[RETORNO NOTA 197 PÁGINA 59](#)

Nota 198, página 59: Observa-se: “As nulidades absolutas não exigem demonstração de prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 33); “enquanto o prejuízo é presumido na nulidade absoluta, deve ser comprovado na nulidade relativa (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 1513)

[RETORNO NOTA 198 PÁGINA 59](#)

Nota 199, página 60: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC 126885/RJ. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 15/12/2005, Data de Publicação: DJe 01/02/2016. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10139701>>. Acesso em: 27/10/2016.

[RETORNO NOTA 199 PÁGINA 60](#)

Nota 200, página 60: SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. A guerra ao crime e os crimes da guerra: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 372.

[RETORNO NOTA 200 PÁGINA 60](#)

Nota 201, página 60: Item 2.2, supra.

[RETORNO NOTA 201 PÁGINA 60](#)

Nota 202, página 60: SABOYA, Keity. Ne bis in Idem: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 5.

[RETORNO NOTA 202 PÁGINA 60](#)

Nota 203, página 61: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 247

[RETORNO NOTA 203 PÁGINA 61](#)

Nota 204, página 61: PAULA, Leonardo Costa de. As nulidades no processo penal: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir. Curitiba: Juruá, 2013. P. 44.

[RETORNO NOTA 204 PÁGINA 61](#)

Nota 205, página 61: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 25.

[RETORNO NOTA 205 PÁGINA 61](#)

Nota 206, página 61: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 100

[RETORNO NOTA 206 PÁGINA 61](#)

Nota 207, página 61: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 243; há quem denomine também de sistema

formular: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 101.

[RETORNO NOTA 207 PÁGINA 61](#)

Nota 208, página 61: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 101.

[RETORNO NOTA 208 PÁGINA 61](#)

Nota 209, página 61: A literatura especializada adverte que o advento da revolução francesa, e o contemporâneo movimento codificador que tomou a Europa entre o fim do século XVIII e o início do século XIX lançaram as bases de uma regulamentação mínima sobre as nulidades. (CORREIA, João Conde. Contributo para análise da inexistência e das nulidades processuais penais. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. P. 37).

[RETORNO NOTA 209 PÁGINA 61](#)

Nota 210, página 62: LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades e limitação do poder de punir: Análise do Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 13.

[RETORNO NOTA 210 PÁGINA 62](#)

Nota 211, página 62: CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de história do direito. 3a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

[RETORNO NOTA 211 PÁGINA 62](#)

Nota 212, página 62: LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades e limitação do poder de punir: Análise do Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 14.

[RETORNO NOTA 212 PÁGINA 62](#)

Nota 213, página 62: Item 2.1, supra.

[RETORNO NOTA 213 PÁGINA 62](#)

Nota 214, página 63: CARVALHO, Salo de; LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades no Processo Penal e Constituição:: Estudo de Casos a partir do Referencial Garantista. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 530.

[RETORNO NOTA 214 PÁGINA 63](#)

Nota 215, página 63: CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 1036.

[RETORNO NOTA 215 PÁGINA 63](#)

Nota 216, página 63: Daniel Zaclis acrescenta que uma possível derrocada do prejuízo seria automaticamente sobreposta por outras construções conceituais de igual conteúdo, como ofensividade concreta, consecução do ato, que serviriam, também, de ponte entre os vícios e a instrumentalidade do processo. (ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 149).

[RETORNO NOTA 216 PÁGINA 63](#)

Nota 217, página 64: Fauzi Choukr, em sentido semelhante, ensina que “a exposição da relevância do ato rotulado de nulo para a ‘apuração da verdade substancial’ ou na ‘decisão da causa’ em certa medida é o reverso da medalha do tem do ‘prejuízo’”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 1046)

[RETORNO NOTA 217 PÁGINA 64](#)

Nota 218, página 64: Incorre nesse erro, por exemplo Pacelli, que diz “Prejuízos relevantes são aqueles que derivam de atos processuais nulos, mas com aptidão para influir na apuração da verdade ou no convencimento judicial” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18a ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 914)

[RETORNO NOTA 218 PÁGINA 64](#)

Nota 219, página 64: PASCHOAL, Jorge Coutinho. O prejuízo e as nulidades processuais penais: Um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 366

[RETORNO NOTA 219 PÁGINA 64](#)

Nota 220, página 64: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma . AgRg no AG 899.778/SC. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia, Data de Julgamento: 28/02/2008, Data de Publicação: DJe 17/03/2008. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3689243&num_registro=200701234580&data=20080317&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29/10/2016.

[RETORNO NOTA 220 PÁGINA 64](#)

Nota 221, página 64: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 302. O autor complementa, precisamente: “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 efficientismo persecutório, possam ser tratadas como meras sugestões endereçadas pelo legislador ao juiz.”.

[RETORNO NOTA 221 PÁGINA 64](#)

Nota 222, página 65: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. HABEAS CORPUS N° 166.172 - SP. Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 26/06/2012, Data de Publicação: DJe 01/08/2012. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17715594&num_registro=201000500133&data=20120801&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 29/10/2016.

[RETORNO NOTA 222 PÁGINA 65](#)

Nota 223, página 65: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 235

[RETORNO NOTA 223 PÁGINA 65](#)

Nota 224, página 65: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 34

[RETORNO NOTA 224 PÁGINA 65](#)

Nota 225, página 65: ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 170

[RETORNO NOTA 225 PÁGINA 65](#)

Nota 226, página 66: Item 3.1. supra

[RETORNO NOTA 226 PÁGINA 66](#)

Nota 227, página 66: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 239.

[RETORNO NOTA 227 PÁGINA 66](#)

Nota 228, página 66: 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. 28.

[RETORNO NOTA 228 PÁGINA 66](#)

Nota 229, página 67: Como salienta Lênio Streck, o fato de o jurado decidir por íntima convicção, sem a necessidade de justificar seu voto, poder ser tido como o calcanhar de Aquiles do Tribunal do Júri, isto é, por onde tal instituto mais sofra críticas densas (STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do Júri: Símbolos & rituais. 4a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 173).

[RETORNO NOTA 229 PÁGINA 67](#)

Nota 230, página 68: Essa aplicação dos espaços impróprios de discricionariedade é, inclusive, reconhecido por parte da doutrina como algo benéfico. Observa-se: “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, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 165).

[RETORNO NOTA 230 PÁGINA 68](#)

Nota 231, página 68: A angustia de Daniel Zaclis resume bem o caos que envolve o modelo de nulidades: “Como, então, diante dessa esteira de pensamento, admitir que às partes seja atribuído o ônus de demonstrar o prejuízo decorrente do vício? Ou seja, o Estado cria leis; o Estado processa o cidadão; o Estado comete um erro na aplicação dessas leis durante o processo; e é o cidadão que deve comprovar o prejuízo? Não faz nenhum sentido! Trata-se de um ônus despropositado e irracional que apenas encontra campo fértil em um modelo de processo penal inquisitório, em que as formas se amoldam - tudo a depender do caso - ao alvedrio do magistrado, sendo o acusado mero objeto desprovido de direitos. (ZACLIS, Daniel. As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 171).

[RETORNO NOTA 231 PÁGINA 68](#)

Nota 232, página 68: SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 284.

[RETORNO NOTA 232 PÁGINA 68](#)

Nota 233, página 68: E aqui se fala não só de ônus probatório, ônus argumentativo. O próprio ônus político que recai sobre a nulidade precisa ser reinterpretado. Processos criminais que venha a ruir em virtude de alguma nulidade não pode ser sinônimo de malabarismo ou malandragem defensiva. Nesse sentido, ilustrativamente, no filme “O Poder e A Lei” o protagonista Michael Haller é um reconhecido advogado criminalista. Em determinado momento, quando encontra o investigador do caso no qual atua, Haller afirma: “uma vez eu tive um cliente que decapitou a ex-mulher e guardou a cabeça dela na geladeira. O promotor foi ganancioso, juntando dois casos que não foram resolvidos. Falsificaram provas como se em tais casos também tivesse sido meu cliente. ”, revoltado com a narrativa, o investigador pergunta: “mas então você o salvou e ele está livre agora?”,

no que fora respondido “a culpa é do promotor e da polícia que o ajudou. Isso se chama justiça. Não é assim que deve funcionar”. É esse o ponto, não é o réu, através da voz de sua defesa, que deve se resignar. Essa não é a função da defesa. Muito antes pelo contrário, é ínsita ao papel do defensor a característica da irresignação. Por outro lado, é exigível do Ministério Público e do Judiciário o mais absoluto respeito ao devido processo legal, valor que quando desrespeitado deve ensejar a nulidade, responsabilidade não de quem denuncia a ilegalidade, mas de quem a comete ou legitima. (FURMAN, Brad. O Poder e A Lei. [Filme] Nova Iorque, EUA: Lionsgate, Sony Pictures, 2011)

[RETORNO NOTA 233 PÁGINA 68](#)

Nota 234, página 69 PASCHOAL, Jorge Coutinho. O prejuízo e as nulidades processuais penais: Um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 343

[RETORNO NOTA 234 PÁGINA 69](#)

Nota 235, página 69: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 578.

[RETORNO NOTA 235 PÁGINA 69](#)

Nota 236, página 69: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 240.

[RETORNO NOTA 236 PÁGINA 69](#)

Nota 237, página 70: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 36.

[RETORNO NOTA 237 PÁGINA 70](#)

Nota 238, página 70: Como afirma Elmir Duclerc “o Ministério Público, exatamente porque é responsável por levar a pretensão punitiva a juízo, deve se comportar como parte. Por outro lado, exatamente porque é parte artificial, que postula em nome do interesse público, não se deve estar movido por interesses pessoais nem

influenciado por sentimentos como amizade, ódio, medo, ganância, etc. (DUCLERC, Elmir. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 437).

[RETORNO NOTA 238 PÁGINA 70](#)

Nota 239, página 71: Expressão utilizada por Rubens Casara e Antônio Pedro em CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 374.

[RETORNO NOTA 239 PÁGINA 71](#)

Nota 240, página 71: A evolução publicista da estrutura do sistema acusatório somente foi possível com a criação da instituição Ministério Público, que permitiu a acusação pública (processo de partes), resguardando a imparcialidade do juiz, comprometida no sistema inquisitório (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres. 14a ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 124)

[RETORNO NOTA 240 PÁGINA 71](#)

Nota 241, página 71: Em sentido parecido, lecionam Casara e Melchior “ a inquisitorialidade vai, portanto, muito além da mera convolação procedimental; ela exprime um paradigma que afeta a própria mentalidade judicial. O princípio inquisitivo convida o julgador a sentar em outro lugar: por ele, o juiz não é mais um tertius tanto quanto possível neutro perante o conflito; ele se transforma no Grande Acusador” (CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 371)

[RETORNO NOTA 241 PÁGINA 71](#)

Nota 242, página 71: CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 374.

[RETORNO NOTA 242 PÁGINA 71](#)

Nota 243, página 71: A valorização do Ministério Público tanto se relaciona com a substituição da vingança privada que, na atual quadra histórica, respeitadas vozes doutrinárias já se manifestam pela inconstitucionalidade da ação penal de iniciativa privada. Como leciona Walter Nunes, a acusação privada retira do réu o direito de ser acusado por um sujeito que não tem interesse pessoal na causa (SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 424.). Recobre-se de razão o mencionado professor. A ação penal de iniciativa privada está sujeita aos influxos emocionais que rememoram a vingança privada; destituem, outrossim, a garantia de uma acusação estatal, fazendo ruir uma fulcral garantia do acusado.

[RETORNO NOTA 243 PÁGINA 71](#)

Nota 244, página 71: “Mesmo na qualidade de parte, a justificativa para a titularidade da ação recair em órgão estatal dotado de independência funcional é para que os interesses legítimos da sociedade sejam defendidos, o que compreende o pedido de absolvição ou outros pronunciamentos em favor do acusado” (SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. P. 391).

[RETORNO NOTA 244 PÁGINA 71](#)

Nota 245, página 72: FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 331.

[RETORNO NOTA 245 PÁGINA 72](#)

Nota 246, página 72: Com lucidez acentua Luciano Feldens “O ministério Público é parte quando oferece a denúncia, quando requer o arquivamento do inquérito policial ou de outras peças de informação, quando apela da sentença, quando se pronuncia, positiva ou negativamente, pela adoção de uma medida cautelar, quando impetra habeas corpus (...) Logicamente, para aceitarmos uma tal concepção, torna-se necessário superar o dogma manualesco das partes ex adverso, esquema muito afeito ao processo civil, mas que não pode ser transposto, sem mais, ao processo penal. (FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. Processo penal e

democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 328-329)

[RETORNO NOTA 246 PÁGINA 72](#)

Nota 247, página 72: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC: 312.668 - RS. Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 28/04/2015, Data de Publicação: DJe07/05/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403409737&dt_publicacao=07/05/2015>. Acesso em: 22/10/2016.

[RETORNO NOTA 247 PÁGINA 72](#)

Nota 248, página 73: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC: 295.979 - RS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 14/06/2016, Data de Publicação: DJe 22/06/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401305814&dt_publicacao=22/06/2016>. Acesso em: 22/10/2016.

[RETORNO NOTA 248 PÁGINA 73](#)

Nota 249, página 74: Tem sido lugar comum na praxis forense a subutilização da contribuição doutrinária para a construção do direito nos Tribunais. Exemplo disso é um julgado paradigmático e sintomático do próprio STJ, donde se colhe em um dos votos a seguinte manifestação: “não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. (...) esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. AgReg em EResp 279.889-AL. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Data de Julgamento: 14/08/2002, Data de Publicação: DJe07/04/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas_2011_25_capSumula316.pdf>. Acesso em: 22/10/2016.)

[RETORNO NOTA 249 PÁGINA 74](#)

Nota 250, página 74: Não à toa é a assertiva do professor Ricardo Tinoco de Góes: “Da consciência do ser racional autorreferente e isoladamente concebido, parte-se agora para o conhecimento da multiplicidade de situações vivenciadas em função da linguagem” (GOÉS, Ricardo Tinoco de. Democracia Deliberativa e Jurisdição: A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermans. Curitiba: Juruá, 2013. P. 66)

[RETORNO NOTA 250 PÁGINA 74](#)

Nota 251, página 74: Sobre a imprecisão conceitual acerca do caráter adjetivo do processo penal, item 2.1, supra.

[RETORNO NOTA 251 PÁGINA 74](#)

Nota 252, página 74: Como ressalta Geraldo Prado: “a perspectiva histórica há de por acento no fato de o Ministério Público ter nascido, com a sua conformação próxima à atual, como fruto do processo de revisão crítica do exercício do poder, provocada pela Revolução Francesa, objetivando desempenhar decisivo papel na persecução penal, mas inserido em um projeto orgânico de vigência real do conjunto de garantias indispensáveis à dignidade da pessoa humana (PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 127)

[RETORNO NOTA 252 PÁGINA 74](#)

Nota 253, página 75: Nesse mesmo sentido caminha a crítica de abalizada doutrina, como nota-se: “Não precisamos mais sequer de acusadores, já temos um juiz-faz-tudo. Resta perguntar: ele faz-tudo para quê? Não poderíamos acabar com o Ministério Público e gastar somente com um personagem no processo, afinal de contas, ele pode tudo. Os limites democráticos não aceitam, mas quem deveria controlar, simplesmente faz ouvidos moucos.” (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-tudo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/limite-penal-dispensabilidade-ministerio-publico-diante-juiz-faz-tudo>>. Acesso em 24/10/2016)

[RETORNO NOTA 253 PÁGINA 75](#)

Nota 254, página 75: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 662.

[RETORNO NOTA 254 PÁGINA 75](#)

Nota 255, página 76: Com maestria afirmou Hélio Tornaghi: “Levando em conta que o acusado é parte no processo e exatamente a parte fraca, contra a qual se pede a aplicação da lei, as ordenações amantes da justiça procuram cercá-lo de todas as garantias. Não se trata apenas de liberalismo e muito menos de liberalidades; por isso não falei em ordenações liberais e sim em ordenações que prezam a justiça, porque o Estado não poderá estar certo de haver feito justiça e, por isso mesmo, não tranquilizara o homem de bem, se não der ao acusado a maior e mais ampla, a mais ilimitada possibilidade de defender-se. Entre as grandes conquistas da humanidade, inscritas nas Constituições modernas figura essa”. (TORNAGHI, Hélio. A relação processual penal. São Paulo: Saraiva, 1987. P. 47)

[RETORNO NOTA 255 PÁGINA 76](#)

Nota 256, página 76: Constitucionalmente, no processo penal, ampla é tão somente a defesa. A acusação, ou “a defesa do direito (exercício do dever-poder de punir) do autor, no processo penal” é limitada. É da ontologia do processo penal essa limitação do poder e ampliação da defesa. Nesse mesmo sentido, com mais profundidade, SILVA JR., Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 2a ed. Natal: Owl, 2015. p. 486.

[RETORNO NOTA 256 PÁGINA 76](#)

Nota 257, página 76: Em pensamento semelhante, Aury Lopes Júnior consigna que “Excepcionalmente, quando a violação de princípio constitucional afetar gravemente ao acusador, estará legitimado o ministério público a pleitear o reconhecimento judicial da invalidade” (LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. v. II., Rio de Janeiro: 2009. P. 394)

[RETORNO NOTA 257 PÁGINA 76](#)

Nota 258, página 77: “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. Há uma segunda barreira processual a ensejar a aludida limitação. Aqui entra em cena o já comentado princípio da escusa absolutória.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 664)

[RETORNO NOTA 258 PÁGINA 77](#)

Nota 259, página 78: Optou-se pela terminologia investigação preliminar por se coadunar, em gênero, às atividades prévias ao processo, com clara conotação instrumental. Em que pese abalizada doutrina entenda preferível o termo instrução preliminar, há sérios riscos interpretativos da expressão, uma vez que tradicionalmente a cultura jurídica brasileira relaciona instrução à fase processual, do que aqui não se trata.

[RETORNO NOTA 259 PÁGINA 78](#)

Nota 260, página 78: GIACOMOLLI, Nereu José. A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 21.

[RETORNO NOTA 260 PÁGINA 78](#)

Nota 261, página 78: GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encontrando Bakunin ou garantindo o ilegalismo estatal. In: SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 119.

[RETORNO NOTA 261 PÁGINA 78](#)

Nota 262, página 79: É importante observar que existe, por parte da atividade policial brasileira, uma dificuldade cultural de obedecer às regras do jogo quando há pressão popular ou pressão política entorno do caso sujeito à investigação. Casos notáveis podem ser facilmente pinçados, à exemplo do crime do restaurante chinês; a Escola Base e o Caso do suspeito Bakunin. Seguem essa mesma linha o caso dos Irmãos Naves e, mais recentemente, os casos de Héberson Lima e André Biazucc. Para mais informações sobre casos criminais assolados pela violação às regras do

jogo recomenda-se: BAYER, Diego Augusto; AQUINO, Bel. Julgamentos históricos: casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 e DOTTI, René Ariel. Casos criminais célebres. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

[RETORNO NOTA 262 PÁGINA 79](#)

Nota 263, página 79: SALLES JR., Romeu de Almeida. Inquérito policial e ação penal. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 72.

[RETORNO NOTA 263 PÁGINA 79](#)

Nota 264, página 79: Ibid. P. 7.

[RETORNO NOTA 264 PÁGINA 79](#)

Nota 265, página 79: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal. 35a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 27.

[RETORNO NOTA 265 PÁGINA 79](#)

Nota 266, página 80: Ibid. p. 27-28. O contraste é evidente com aquilo que apregoa Aury Lopes Júnior, para quem “fortalecer o sujeito dentro e fora do processo é uma marca indelével do modelo democrático, que não pactua com a ‘coisificação do ser” (LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 120).

[RETORNO NOTA 266 PÁGINA 80](#)

Nota 267, página 80: Na definição de Aury Lopes Jr., investigação preliminar é o “conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de uma fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo) ”. (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 92)

[RETORNO NOTA 267 PÁGINA 80](#)

Nota 268, página 81: Nesse mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa é cirúrgico ao dizer que “Com a ampliação dos mecanismos de consenso, via delação premiada e leniência, o processo penal cada vez será mais excepcional. Teremos, em breve, compra e venda em face dos titulares dos direitos (liberdade disponível?) que poderão ser negociados amplamente, já que se acolheu o “direito ao processo” como renunciável. O Supremo Tribunal Federal validou o mecanismo da colaboração/delação premiada em que Ministério Público e defesa negociam a qualificação jurídica, pena e regime, tornando a investigação preliminar a nova arena de importância. ” (ROSA, Alexandre Morais da. A investigação criminal é o novo palco do Processo Penal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-30/limite-penal-investigacao-criminal-palco-processo-penal>>. Acesso em 09/10/2016)

[RETORNO NOTA 268 PÁGINA 81](#)

Nota 269, página 81: Talvez pelas restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira - em regra - tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do processo criminal e a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas (SOUZA, David Tarciso Queiroz de. A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. PUCRS. 2016. P. 66)

[RETORNO NOTA 269 PÁGINA 81](#)

Nota 270, página 81: Gustavo Badaró afirma que “ eu nunca tive coragem de dizer para meus alunos que o inquérito policial é um ‘mero’ procedimento administrativo porque hoje com base nesse ‘mero’ procedimento prende-se a pessoa; com base nesse ‘mero’ procedimento administrativo tira-se todo o patrimônio de uma pessoa. E em muitos desses casos, depois de tudo isso já feito vem algo como uma ‘teoria do fato consumado’. Quantas e quantas vezes nós não participamos de um processo penal que a instrução não serve para nada além de ser uma chancela ou um mero carimbo de tudo aquilo que já foi decidido na fase da investigação preliminar?” em Palestra disponível em <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/395-Medidas-cautelares-reais-e-seus-recursos-no-ambito-do-processo-penal>, acesso em 05/10/2016.

[RETORNO NOTA 270 PÁGINA 81](#)

Nota 271, página 82: LOPES JR., Aury e KLEIN, Roberta Coelho. O indiciamento e a Lei 12.830/2013: um avanço, mas não o suficiente. Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 21, nº 249, agosto/2013.

[RETORNO NOTA 271 PÁGINA 82](#)

Nota 272, página 272: Vê-se que o distanciamento do delegado de polícia das demais carreiras policiais aparenta ter um caráter mais pragmático que cultural; mais material que filosófico. Sabe-se que uma mudança legislativa não servirá para romper o paradigma beligerante, típico das carreiras policiais, que informa a investigação preliminar. Contudo, a mudança legal pode servir de ponte para que se desmilitarize o ensino do delegado de polícia. Nesse sentido: FAVERI, Fernando de; MACHADO, Leonardo Marcondes; Ensino policial de alteridade: um ensaio crítico pela superação do paradigma da guerra. In: SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 90.

[RETORNO NOTA 272 PÁGINA 82](#)

Nota 273, página 82: O artigo 3º da Lei 12.830/13 expõe bem o desiderato da lei ao afirmar que “O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados”.

[RETORNO NOTA 273 PÁGINA 82](#)

Nota 274, página 82: Em seu artigo 2º a Lei 12.830/13 assevera “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.”. No seu artigo 2, §6º afirma que “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato (...)”.

[RETORNO NOTA 274 PÁGINA 82](#)

Nota 275, página 83: “ Se o próprio impetrante admite ter sido acompanhado por seu advogado em todos os depoimentos por ele prestados ao longo do procedimento

investigatório criminal que precedeu a ação penal, não constitui nulidade capaz de macular toda a investigação e justificar o trancamento da ação penal o simples fato de seu advogado não ter comparecido ao interrogatório dos demais corréus, desde que lhe tenha sido facultado o acesso à transcrição de tais depoimentos.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. AgRg no MS 22.771/GO. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 24/08/2016. Data de publicação: Dje: 30/08/2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=AgRg+no+MS+22.771&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO &l=10&i=1>>. Acesso em 20/10/2016)

[RETORNO NOTA 275 PÁGINA 83](#)

Nota 276, página 83: Esclarece Aury Lopes Júnior: “Mas esse direito de assistir o investigado significa que o advogado deva estar presente em todas as oitivas de testemunhas? Entendo que essa seria uma interpretação excessivamente elástica e incompatível com a própria natureza da investigação. O que a lei assegura é a prerrogativa do advogado (tanto que altera a Lei 8.906 e não o CPP) de assistir ao cliente em sua oitiva. Em momento algum estabelece que a presença do advogado é imprescindível na oitiva de todas as testemunhas e vítima(s), até porque isso seria incompatível com a natureza, objeto e finalidade da investigação preliminar.” (LOPES JR., Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em 09/10/16).

[RETORNO NOTA 276 PÁGINA 83](#)

Nota 277, página 84: Como destaca Paulo Maycon “ de todas as instituições da República, repousa sobre a Defensoria Pública a legitimidade precípua à tutela jurídica dos direitos humanos. Para proteger os direitos humanos, considerando que a maioria das suas violações são perpetradas pelo próprio Estado, convém a existência de uma instituição como a Defensoria Pública, com autonomia e independência perante os demais poderes”. (SILVA, Paulo Maycon Costa da. Defensoria Pública: da justiça aos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2015. P. 203)

[RETORNO NOTA 277 PÁGINA 84](#)

Nota 278, página 84: NEWTON, Eduardo Januário. A defesa intransitiva de direitos: ácidos inconformismo de um Defensor Público. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 21.

[RETORNO NOTA 278 PÁGINA 84](#)

Nota 279, página 84: Assevera Baldan que “Causa-nos espanto e desalento que a doutrina brasileira contemporânea não tenha, ainda, procedido à releitura das questões relacionadas às novas finalidades do inquérito policial, preferindo-se o decantar de clichês extraídos de avelhantados compêndios (...)” (BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah H. Sistema Penal e Poder Punitivo: Estudos em Homenagem do Prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 159)

[RETORNO NOTA 279 PÁGINA 84](#)

Nota 280, página 84: A própria noção de justa causa para a ação penal, no juízo de admissibilidade, se nutre dos elementos do inquérito policial. Nesse sentido leciona Aury Lopes e Ricardo Gloeckner: “torna-se inconcebível e teratológico impedir o juiz de examinar a validade daqueles elementos de informação que justamente delimitam o juízo de admissibilidade da inicial acusatória” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 341.)

[RETORNO NOTA 280 PÁGINA 84](#)

Nota 281, página 84: BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah H. Sistema Penal e Poder Punitivo: Estudos em Homenagem do Prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 158.

[RETORNO NOTA 281 PÁGINA 84](#)

Nota 282, página 85: MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito: the brazilian lessons. São Paulo: Atlas, 2013. P. 23.

[RETORNO NOTA 282 PÁGINA 85](#)

Nota 283, página 85: GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do processo penal: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 22.

[RETORNO NOTA 283 PÁGINA 85](#)

Nota 284, página 85: Basta citar a figura jurídica do reconhecimento. O reconhecimento feito na investigação preliminar comumente desobedece aos parâmetros legais exigidos pelo texto processual. Ignora-se tal fato e, na audiência de instrução e julgamento, o magistrado indaga o ofendido se aquele que senta no banco dos réus é o autor do fato delituoso em apreço. Escancara-se o protagonismo do inquérito e a submissão da fase instrutória. O segundo reconhecimento, na fase judicial, atua como mera confirmação do primeiro ato - praticado no inquérito e não raro de forma irregular. Essa postura é por demais danosa pois o segundo reconhecimento, em sede judicial, já está viciado pelo primeiro, que - por sua vez - desobedeceu às balizas procedimentais que buscam minorar a falibilidade da memória humana. Esse segundo reconhecimento, realizado frente ao juiz, é o típico arremedo que busca dar tons de legitimidade ao que não é legítimo. Nele a vítima está submetida ao efeito confirmatório, já que anteriormente satisfizera as expectativas da autoridade policial; está ainda mergulhada no simbolismo do processo penal que faz daquele sentado no banco dos réus um sujeito provavelmente culpado. Todo o desastre das falsas memórias, cujos frutos se colhe na sentença condenatória, foi plantado na fase pré-processual. Eis a preponderância que aqui se fala. Quanto às problemáticas do reconhecimento, por todos GESU, Cristina di. Prova Penal e Falsas Memórias. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. P. 155.

[RETORNO NOTA 284 PÁGINA 85](#)

Nota 285, página 85: ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 101.

[RETORNO NOTA 285 PÁGINA 85](#)

Nota 286, página 85: GIOCOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. Processo Penal Contemporâneo. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. P. 50.

[RETORNO NOTA 286 PÁGINA 85](#)

Nota 287, página 86: Para crítica mais acurada à prevenção como critério de fixação da competência: MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

[RETORNO NOTA 287 PÁGINA 86](#)

Nota 288, página 86: Como aponta Aury Lopes Jr., “Pode-se afirmar que o indivíduo busca - como mecanismo de defesa do ego -encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas” (LOPES JR., Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em 10/10/2016)

[RETORNO NOTA 288 PÁGINA 86](#)

Nota 289, página 86: No mundo ideal a inocência não precisa ser construída, afinal ela é presumida. Entretanto aqui se utilizou a ideia de “construção da inocência” pois é exatamente o que finda sendo necessário em virtude do fenômeno da dissonância cognitiva. O julgador tende a aderir à hipótese primária, que é acusatória, obrigando a construção da hipótese de inocência.

[RETORNO NOTA 289 PÁGINA 86](#)

Nota 290, página 86: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 25.

[RETORNO NOTA 290 PÁGINA 86](#)

Nota 291, página 87: SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 221.

[RETORNO NOTA 291 PÁGINA 87](#)

Nota 292, página 87: O apego à tradição e a reprodução acrítica de dogmas é bem ilustrada por Lênio Streck, que com a perspicácia de sempre diz: “É como na

alegoria do hermeneuta que chega a uma ilha e lá constata que as pessoas desprezam a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da escassez de alimentos. Intrigado, revolveu o chão linguístico em que estava assentada a tradição e reconstruiu a história institucional daquele “instituto”, descobrindo que, no início do povoamento da ilha, os peixes eram grandes e abundantes, não cabendo nas frigideiras. Consequentemente, cortavam a cabeça e o rabo. Hoje, mesmo que os peixes sejam menores que as panelas, ainda assim continuam a cortar a cabeça e o rabo. Perguntado, um dos moradores o porquê de assim agirem: “Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui!”. (STRECK, Lênio. Não sei...mas as coisas sempre foram assim por aqui. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>>. Acesso em 10/10/2016). A conformação do direito processual mudou, seja em virtude de um maior protagonismo da investigação preliminar ou mesmo pelo avanço científico que já admite e comprova as influências psíquicas que os atos ali praticados geram no julgador, os dogmas precisam de uma releitura.

[RETORNO NOTA 292 PÁGINA 87](#)

Nota 293, página 87: LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 32.

[RETORNO NOTA 293 PÁGINA 87](#)

Nota 294, página 87: GIACOMOLLI, Nereu José. A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 6

[RETORNO NOTA 294 PÁGINA 87](#)

Nota 295, página 87: GABRIEL, Anderson de Paiva; SOUZA, David Tarciso Queiroz de. Um indiciamento para quê? In: SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno. Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2016. P. 51.

[RETORNO NOTA 295 PÁGINA 87](#)

Nota 296, página 87: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma . Habeas Corpus 207.461/PR, Relator: Gilson Dipp, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de

Publicação: DJe 10/05/2012. Disponível em
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101165270&dt_publicacao=10/05/2012 >. acesso em: 27/10/2016.

[RETORNO NOTA 296 PÁGINA 87](#)

Nota 297, página 88: Aury Lopes Júnior e Ricardo Gloeckner, com brilhantismo, arrematam: “quando uma sentença condenatória se nutre dos elementos contidos na fase de investigação preliminar para sustentar a decisão, esses elementos se incorporam a um ato cuja natureza concessiva da prestação jurisdicional é inequívoca e absolutamente de natureza processual. Não se pode negar que a sentença judicial que admitisse a culpabilidade do acusado, tomando-se por fundamento ato de investigação preliminar irregular se revestiria de ilegalidade. Isso porque o inquérito policial, ao ingressar no plano processual, adquire as qualidades de ato submetido às mesmas exigências que aqueles atos processuais” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 341.)

[RETORNO NOTA 297 PÁGINA 88](#)