

NULIDADES NO PROCESSO PENAL ENTRE GARANTISMO, INSTRUMENTALIDADE E BOA-FÉ: A VALIDADE PRIMA FACIE DOS ATOS PROCESSUAIS

ANTONIO DO PASSO CABRAL *

1. O quadro atual das nulidades no processo penal brasileiro.

Uma rápida olhadela na teoria das nulidades existente no Brasil – tanto a tinta das lições doutrinárias, quanto a liturgia aplicada pelos tribunais – faz o observador, estarrecido, verificar um anacronismo entre o que é vocalizado pela pena dos doutores e o que reverbera na prática do Judiciário, sobretudo nos Tribunais Superiores.

Sem embargo, enquanto os professores que trataram do tema pregam sua diminuição, vê-se uma enorme quantidade de acórdãos dando maior relevo às formalidades, pronunciando nulidades a todo tempo, por vezes sem critérios seguros e baseadas em fórmulas vagas e frases puramente retóricas.

E o fenômeno é excessivamente mais visível no processo penal. Mas por quê há tantas invalidades nos procedimentos criminais? Será um desrespeito generalizado às formas do processo penal, justamente a modalidade de processo onde as formalidades assumem tão nobres funções? Será o despreparo dos juízes, advogados, defensores e membros do MP que atuam na área criminal, se comparado com a capacidade dos mesmos sujeitos na área cível? Decerto que não.

Talvez as progressivas e constantes indagações a respeito do tema sejam fruto da patente banalização jurisprudencial das nulidades na esfera criminal, numa compreensão engessada das formas e das invalidades, a reboque da endência não adequadamente justificada de considerar muitas nulidades

* Professor-Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorando pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Membro da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Teuto-Brasileira de Juristas (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*). Procurador da República no Rio de Janeiro.

como “absolutas”,¹ alegáveis a qualquer tempo e mesmo após o trânsito em julgado, ou cujo prejuízo seria presumido. Mas o problema vai mais além.

O modelo atual das nulidades processuais no Brasil padece de vários desencontros doutrinários e jurisprudenciais. O esquema teórico tradicional demonstrou-se claramente insuficiente, separando as nulidades em critérios antitéticos entre si, fulcrados numa graduação dos vícios absolutamente imprecisa (nulidades absolutas, relativas, cominadas, não cominadas, anulabilidades).² A ele se somou um regime de legalidade temperada (pela instrumentalidade das formas), o qual, ao invés de “modernizar” a aplicação das nulidades, inflacionou os poderes do juiz,³ um sujeito imune às preclusões e que poderia decidir de ofício e quase livremente, desprezando as partes e sem qualquer necessidade de justificar racionalmente suas escolhas, decretadas com base em fórmulas fluidas e sem cientificidade, como o “prejuízo”, a mera afirmação de que “os meios devem servir aos fins”, ou um abstrato “cerceamento de defesa”.

A doutrina especializada também ignorou, por muitos anos, diversos temas muito relevantes, mas raramente trabalhados nas obras sobre nulidades, dentre eles: o estudo dos atos processuais omissivos e dos vícios de vontade nos atos do processo; uma maior análise das preclusões para o juiz, sejam temporais, consumativas ou lógicas; a aplicação dos princípios de cooperação e da boa-fé objetiva às nulidades processuais, justificando a invalidação na preservação das expectativas legítimas dos litigantes, forte em institutos como a preclusão lógica, a proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) e a proteção da confiança; a divisão dos atos processuais em atos estimulantes ou postulativos (*Erwirkungshandlungen*) e atos determinantes (*Bewirkungshandlungen*), com as consequentes diferenças na invalidação de uns e outros.

1 Assim, a respeito do processo penal, embora com algumas concessões no campo das preclusões, Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 1959, p.66; CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.307.

2 É fácil constatar que o legislador não é proporcional ao estabelecer vícios e sanções processuais: suas escolhas nem sempre derivam da gravidade do defeito. O exemplo lapidar é o vício de citação, certamente aquele que dez entre dez processualistas indicariam como o defeito mais grave da relação processual. Mesmo diante de sua evidente gravidade, pode ser convalidado pelo comparecimento espontâneo do réu (art.570 CPP, art.503 CPPM; no direito comparado, art.184 do *Codice di Procedura Penale* italiano). Ora, se as nulidades absolutas fossem insanáveis e decorrentes de “defeitos de maior relevo”, como podem ser convalidadas? Parece-nos evidente a inexistência de proporcionalidade entre os defeitos e as invalidades previstas em lei. Foi o que percebeu SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*. Zürich: Schultess, 4ª Ed., 2004, p.408.

3 Recentes estudos vêm no mesmo sentido. Cf. SANTORO, Antonio. “A ‘nova’ lacuna no sistema legal de nulidades causada pela reforma processual”, in *Boletim IBCCrim*, ano 16, n.194, janeiro, 2009, p.12.

Não é nosso objetivo abordar todos os aspectos que entendemos doutrinariamente equivocados na teorização atual das nulidades, permitindo-nos o leitor remetê-lo a outro texto de maior fôlego.⁴ Diante dos estreitos limites desse estudo, procuraremos focar três pontos a serem mais desenvolvidos: 1) a ideia vetora de que existe um princípio de validade *prima facie* dos atos do processo, com o consequente ônus argumentativo, que pesa sobre o juiz, toda vez que entender o magistrado que um determinado ato praticado no processo deva ser invalidado; e 2) a aplicabilidade de postulados de boa-fé ao processo penal, permitindo que sejam extraídas preclusões lógicas e que sejam convalidados certos defeitos formais; 3) a necessária revisão do conceito de “prejuízo”, a justificar a invalidação de atos do processo.

Antes disso, porém, uma observação metodológica. A teoria das nulidades elaboradas pela doutrina do processo civil, do processo penal, do processo do trabalho e do processo penal militar possui um núcleo comum que permite lançar mão da doutrina processual em todas estas áreas. A interpenetração de conceitos e classificações,⁵ notada também no direito comparado,⁶ respingou até nas codificações cíveis e criminais em matéria processual, continentes de regras muito assemelhadas.⁷ Portanto, salvo quando diversa a disciplina do processo criminal, faremos uso da doutrina no quadro de uma teoria geral do processo.

2. A suposta virada pelo princípio da instrumentalidade na concepção das formalidades processuais.

Segundo o denominado princípio da instrumentalidade das formas, os atos processuais não serão anulados por qualquer atipicidade formal quando, mesmo se praticados de outra maneira, atingirem suas finalidades (art.572, II do CPP). Para além do simples controle no campo da tipicidade dos atos

4 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

5 Note-se a similitude das classificações doutrinárias, todas baseadas no interesse em disputa. No processo penal, Cf. BARROS, Romeu Pires de Campos. “A nulidade no processo penal”, in *Revista de Processo*, nº 21, janeiro-março, 1981, p.209. Para a legislação processual penal militar, Cf. MIGUEL, Claudio Amin e COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.201 e ss.

6 FURNO, Carlo. “Nullità e rinnovazione degli atti processuali”, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, volume primo, 1951, p.415 e 430.

7 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.19-40; BARROS, Romeu Pires de Campos. “A nulidade no processo penal”, *Op.cit.*, p.200-201.

processuais, para haver análise da invalidade, deve-se proceder a outros exames, verificadores das finalidades do ato e do processo.⁸

Este princípio nutre justificação na ideia de que a forma não tem importância absoluta, e por vezes não se pode danificar a tramitação do processo por qualquer irregularidade formal sem antes examinar as “finalidades do ato”, ou seja, sua *função* no processo.⁹ Nestes casos, o respeito às formas cede espaço para seu sentido teleológico, o *modus faciendi* é suplantado pela *causa finalis*. Exemplo comum é a existência de irregularidade na citação: ainda que o ato citatório não contenha os elementos exigidos em lei, ainda assim será sanado o ato se o réu tomar ciência da imputação, pois a finalidade do ato era precisamente informá-lo das alegações do autor e lhe facultar a reação, escopo atingido com seu comparecimento (art.570 do CPP e art.503 do CPPM).

O juiz moderno, nesse cenário “instrumentalista”, realiza uma dupla operação ao analisar a necessidade de invalidação de um ato processual. Primeiramente, examina o binômio “perfeição-eficácia”: compara as formas previstas na lei (o modelo normativo) com aquelas observadas quando da prática do ato processual (o suporte fático). Se concluir pela perfeição formal, considera-se válido e eficaz o ato praticado.¹⁰ Se houver atipicidade, isto é, desrespeito à forma, não se segue automaticamente a decretação da invalidade, devendo o magistrado prosseguir à segunda etapa do raciocínio judicial: a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. A imperfeição do ato não é, portanto, suficiente para a invalidação.

Esta ideia de instrumentalidade já era defendida pela doutrina italiana mais antiga¹¹ e vem reafirmada por mais de um século e meio no país, da literatura clássica aos dias de hoje.¹² Quase a unanimidade da doutrina

8 MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. 2ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1ª reimpressão, 2001, p.42 e ss; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.775 e 789 e ss; PEYRANO, Jorge W. “Nulidades procesales con especial referencia a los distintos vicios que pueden generarlas”, in *Revista de Processo*, ano 21, nº 82, abr.-jun., 1996, p.163.

9 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 28ª Ed., 2007, p.516-520; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed., 1974, vol.I, p.300; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: RT, 6ª ed., 2007, p.168-169; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.45. Veja-se que a “finalidade do ato” não é o objetivo pretendido pelo sujeito que o pratica, mas deve ser buscado objetivamente no ordenamento a partir de um raciocínio funcional. Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.130; MONTESANO, Luigi. “Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XLIV, n.1, 1990, p.3.

10 É o esquema clássico perfeição formal-validade-eficácia. Cf. SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919, p.107.

11 Por todos, Cf. FURNO, Carlo. “Nullità e rinnovazione degli atti processuali”, *Op.cit.*, p.413 e 422.

12 Podemos ver referências à ideia de instrumentalidade, com a busca da finalidade dos atos processuais antes de invalidá-los, desde a clássica obra de BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russel, 2002 (Reedição da original de 1857), p.121.

afirmava e afirma que não se pode fazer prevalecer o “ritual” em detrimento dos objetivos do processo, e são comuns referências de que “a forma deve ser considerada um meio e não fim em si mesma”, ou seja, uma conclamação à preservação de atos processuais buscando a utilidade processual das formalidades.¹³ Então, se durante muitos anos, sob o rótulo “instrumentalidade das formas”, foi propalada uma “renovação” na teoria das nulidades, a tese não traduzia novidade alguma.

Todavia, o problema maior do princípio da instrumentalidade das formas não é seu modelo não atualizado, mas a ampliação desmedida dos poderes do juiz, que sua aplicação acarreta quando lhe permite relevar a observância das formas da lei. Com efeito, ao atenuar a legalidade, flexibilizando as formas e cometendo ao juiz a análise finalística das formalidades, inclusive de ofício e sem necessidade de requerimento (e, no processo penal, a lei autoriza o conhecimento oficioso de muitos vícios), a teoria atual das nulidades gerou um descompasso no equilíbrio de forças entre os sujeitos do processo. A perspectiva instrumentalista confere maiores poderes ao juiz,¹⁴ aumentando seus juízos discricionários,¹⁵ o que decerto seria operado por qualquer técnica de flexibilização do rigor normativo.¹⁶

E, em nosso entender, o crescimento dos poderes do juiz torna-se problemático, refletindo-se na prática das nulidades pelos tribunais, pela falta de cientificidade no preenchimento casuístico da “instrumentalidade”. Claro que, como os conceitos jurídicos indeterminados em geral, a ideia de instrumentalidade será aferida à luz de circunstâncias concretas; não obstante, como destacou Tércio Sampaio Ferraz Jr., “observa-se nas argumentações jurídicas, quando estas empregam conceitos como o de fins e meios, uma certa

13 CHIOVENDA, Giuseppe. “Le forme nella difesa giudiziale del diritto”, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, Reedição de 1993, vol. 1, p.374.

14 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”, in *Revista de Processo*, nº 60, out.-dez., 1990, p.35; FURNO, Carlo. “Nullità e rinnovazione degli atti processuali”, *Op.cit.*, p.435.

15 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. *Op.cit.*, p.71, onde se lê: “O reforço de sua autoridade, em razão do que ele deixa de ser o juiz neutro e assume a condição de diretor do processo, confere-lhe também o poder-dever de controlar a regularidade do instrumento e procurar, na medida do possível, adequar a forma às exigências concretas - mecanismo denominado de ‘elasticidade’ ou ‘flexibilidade’ das formas. Segundo esta concepção, mesmo diante de determinada exigência formal, sempre há certa margem de liberdade para o juiz na verificação do cumprimento da regra. Para esse exame ele leva em consideração, mais que o texto legal, o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o ato será sempre válido, independentemente de como foi praticado, se suficiente para atingir o fim”. Cf. BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 5a Ed., 1904, p.85 e ss.

16 O que já foi notado, na sua análise da evolução histórica do direito alemão, por BRÜGGEMANN, Dieter. *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richteramt und Parteifreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess*. Gieseking: Ernst und Werner, 1968, p.41-42.

ingenuidade se comparada com os refinamentos das teorias da decisão das outras ciências. O que se encontra, em geral, são afirmações do tipo: os meios devem estar adequadamente relacionados aos fins, submetidos, nesse sentido, a regras de decisão que mais parecem servir à manifestação de boas intenções do que instruções para tomada de decisão”.¹⁷ Ora, frases como “o processo serve para fazer justiça”, e “no processo, os meios devem servir às finalidades” não apresentam ao intérprete e aplicador da norma qualquer elemento de uma teoria que pretenda fornecer critérios racionais para a decisão.

É fato que o crescimento dos poderes do juiz no processo contemporâneo é uma tendência publicista que não deve ser entendida necessariamente como autoritária, mas somente se for compensada pela participação das partes, que não pode ser, de maneira alguma, desprezada.¹⁸ Deve haver, portanto, um contrapeso dos poderes do juiz com o reforço de prerrogativas das partes, permitindo um controle das opções do julgador pelos demais sujeitos do processo, como já advertia Chiovenda.¹⁹

Porém, não enxergamos qualquer compensação aos revigorados poderes atribuídos ao juiz na aplicação das nulidades. Como já tivemos oportunidade de afirmar, “ao revés, o que verificamos é um formato autoritário, em que o juiz despreza a participação de outros sujeitos: não há exigência de contraditório prévio à decretação da nulidade; ao magistrado é deferida a possibilidade de conhecer de ofício de vários vícios, pronunciando a nulidade absoluta independentemente de requerimento ou provocação; também não se veem preclusões para o juiz (lógicas, consumativas ou temporais), permitindo-se a decretação das invalidades até depois da sentença”, em segundo grau de jurisdição ou mesmo após o trânsito em julgado.²⁰

17 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. “A relação meio-fim na teoria geral do direito administrativo”, in *Revista de Direito Público*, ano XV, n.61, jan-mar, 1982, p.28.

18 HABSCHIED, Walther J. “*Richtermacht oder Parteifreiheit. Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts*”, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 81.Band, Heft 3-4, 1968, p.186 e ss; AROCA, Juan Montero. “*El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria*”, in AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valência: Tirant lo blanch, 2006, p.144 e ss; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol.49, janeiro-março, 1986, p.62-63.

19 CHIOVENDA, Giuseppe. “*Le forme nella difesa giudiziale del diritto*”, *Op.cit.*, p.356-357, onde se lê: “Quindi, e prima di tutto, la necessità che le forme giudiziali siano disposte in modo che il popolo senta il più possibile la loro opportunità e il meno possibile le limitazioni ch’esse portano alla libertà d’agire per la difesa del diritto. Tale è il compito singolarmente grave del legislatore. Vuolsi da un lato che le forme siano poche, semplici, rapide; vuolsi dall’altro che nulla esse tolgano all’ampia discussione delle ragioni delle parti: l’ideale e nel giusto equilibrio di queste due esigenze”.

20 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op.cit.*, p.102. E não podemos concordar com as tentativas de justificar, no quadro publicista do processo penal moderno, o aumento desregrado dos poderes do juiz. Como afirmava Salvatore Satta em estudo que já data de

A instrumentalidade, então, aumentou os poderes do juiz, sem compensações para que haja controle sobre suas opções. Além disso, sufocou a participação das partes porque foi combinada com as classificações tradicionais, permitindo cognição e decisão de ofício nas chamadas “nulidades absolutas”.

3. Formalismo-valorativo e princípio de validade apriorística dos atos processuais.

Para analisar adequadamente a aplicação das nulidades processuais e começar a propor uma mudança sistêmica, devemos examinar inicialmente o papel atual das formas no processo. A compreensão moderna do formalismo processual tenta contrabalançar as vantagens que o estabelecimento de formalidades traz para o processo (segurança, previsibilidade, isonomia, contenção do arbítrio), com o desprendimento das formas “tabelioas”, desnecessárias. O meio termo é procurarmos evitar os “falsos formalismos”, ilusórios, antieconômicos, ineficientes, e que não cumprem nenhuma função.²¹

mais de cinquenta anos, é errado pensar que o formalismo excessivo nasceu com o processo privado e foi sendo reduzido com a publicização da jurisdição até desaparecer com o caráter público do processo e a direção formal atribuída ao magistrado. Ora, o processo privado é essencialmente antiformalista, como se vê no procedimento arbitral. Temos que não é a publicização que torna o processo antiformalista, mas sim o dirigismo estatal, que fabrica e estimula a burocracia das formas. Cf. SATTÀ, Salvatore. “Il formalismo nel processo”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, p.1142-1143. Para Satta, quando se fala do processo primitivo romano, de caráter privatista e que tinha aspecto formal, não é correto afirmar que aquele processo era formalista, porque o rito era algo depreendido da experiência de então, e correspondia à essência do procedimento da época, ainda que nós não o compreendamos como tal atualmente. O formalismo seria algo diverso, referente ao estabelecimento de formalidades excessivas que não se justificam em nenhum momento, nem quando criadas e aplicadas, nem quando estudadas e analisadas.

21 Já há muito tempo, comentando as reformas da ZPO de 1877 na Alemanha, salientava Adolf Wach as vantagens da simplificação formal. É sua a expressão “*falsch Formalismus*”. Cf. WACH, Adolf. *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1914, p.16: “wir bedürfen ihrer Befreiung von falschem Formalismus”. No mesmo sentido, HUBER, Hans. “*Überspitzter Formalismus als Rechtsverweigerung*”, in MERZ, Hans e SCHLUEP, Walter R. (Orgs.). *Recht und Wirtschaft heute. Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*. Bern: Stämpfli, 1980, p.28-33; WALDER, Hans Ulrich. “*Überspitzter Formalismus?*”, in HABSCHIED, Walter, HOFFMANN-NOWOTNY, Hans-Joachim, LINDER, Willy, MEIER-HAYOZ, Arthur (Orgs.). *Freiheit und Zwang. Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte. Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Hans Giger*. Bern: Stämpfli, 1989, p.729-734; STALEV, Zhivko. “*Das Verfahren als dynamischer Tatbestand*”, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 88. Band, Heft 2, 1975, p.209-210; MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. Op.cit., p.4-5; ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, e LEVENE, R. Hijo. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, t. 2, 1945, p.191.

Se as formalidades têm um valor e importâncias próprios (forma-garantia), representam também a atuação prática de outros valores e princípios igualmente presentes no ordenamento (forma-função). Trata-se de uma reorientação funcional e axiológica das formalidades, que pode ser descrita na expressiva definição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “formalismo-valorativo”.²² Um formalismo virtuoso, que proteja os direitos processuais dos indivíduos e posicione as formalidades no contexto de organização do procedimento com a ampla participação de todos.

Nesse sentido, cabe dizer que a flexibilização das formalidades, cantada em prosa e verso pela processualística das últimas décadas, não significa “desprocessualizar” o sistema. Não podemos esquecer que o procedimento mantém importância²³ para reduzir as assimetrias de poder. No quadro do desenvolvimento do contraditório como direito de influência,²⁴ compreendido como o direito de condicionar eficazmente a decisão judicial, a organização estrutural das interações subjetivas que compõem o contraditório no processo reforça o papel das partes e demais sujeitos, repartindo equanimemente poder e influência. Assim, o formalismo atual é a “influência formalizada”,²⁵ a estruturação de um procedimento discursivo cujos arranjos permitam a organização democrática do conflito, em reflexividade e consideração de todos os sujeitos envolvidos.²⁶

Nesse contexto em que posicionadas as formalidades modernas, processualizadas e direcionadas funcionalmente, entendemos que deva ser alterado o raciocínio de invalidação e a compreensão das nulidades.

Vimos que, pelo adendo que representou o raciocínio da instrumentalidade das formas, a invalidação não é consequente necessária do vício, é apenas uma possibilidade aberta pelo ordenamento. Especialmente diante da valoração axiológica das formalidades, o “viciado” e o “nulo” não são conceitos superpostos. Esta constatação fez com que a doutrina, nacional e estrangeira, de algum tempo viesse afirmando que qualquer defeito processual

22 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”, in *Revista de Processo*, Ano 31, n.137, julho de 2006, p.7 e ss.

23 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001, p.187; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2001, p.268.

24 CABRAL, Antonio do Passo. “Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, n° 2, aprile-giugno, 2005, p. 450 e ss.

25 BAUR, Fritz. “Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht”, in GRUNSKY, Wolfgang, STÜRNER, Rolf, WALTER, Gerhard e WOLF, Manfred (Orgs.). *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983, p.121. Sobre a relação entre formalismo e contraditório, HUBER, Hans. “Überspitzter Formalismus als Rechtsverweigerung”, *Op.cit.*, p.22-24.

26 TEUBNER, Gunther. “Reflexives Recht”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° 68, 1982, p.22-23.

deva poder ser sanado e que qualquer ato do processo deva poder ser, por princípio, aproveitado.²⁷ Isso já era percebido por muitos autores ao notar que a imensa maioria das regras processuais, contidas nos Códigos de Processo, não disciplinam hipóteses de invalidação, mas mecanismos para o aproveitamento dos atos processuais, relativizando e reduzindo as nulidades.²⁸ Por conseguinte, qualquer vício formal deve ser compreendido como sanável ou sujeito a convalidação, e as nulidades insanáveis devem ser reservadas a “hipóteses raríssimas”.²⁹

Alguns autores chegam a mencionar um “princípio de conservação”,³⁰ ou “princípio de convalidação” dos atos processuais,³¹ outros denominam “princípio da proteção” ou “princípio da determinação racional do nulo”, que seria operado pelas regras relativizadoras das nulidades: só se pronuncia a invalidade se não se puder salvar o ato,³² e isso mesmo para os vícios que poderiam gerar as nulidades classicamente definidas como “absolutas”. A tendência doutrinária é de relevar os vícios, evitar as nulidades e aproveitar os atos processuais, sem qualquer distinção a respeito da gravidade de seus defeitos.³³

27 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. *Op.cit.*, p.145-146.

28 As lições do processo civil aplicam-se à toda evidência, ao processo criminal, até porque as regras dos códigos são quase idênticas. Cf. por todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. III, 2ª ed., 1979, p.449; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. *Op.cit.*, p.411.

29 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1974, vol. II, p.123.

30 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. *Op.cit.*, p.173; PEYRANO, Jorge W. “*Nulidades procesales con especial referencia a los distintos vicios que pueden generarlas*”, *Op.cit.*, p.167.

31 MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. *Op.cit.*, p.61 e ss.

32 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 8ª ed., 2007, p.234: “No direito processual, não há defeito que não possa ser sanado. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, todo defeito é sanável”; FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. Wien: Manz, 2ª ed., 1990, p.407-408, onde se lê: “Einer Hauptforderung an den Prozeß, die Rechtsverfolgung und -verteidigung möglichst zu erleichtern, entspricht das Prinzip, die Verbesserung und Heilung von Parteifehlern in möglichst großem Umfang zuzulassen. Das gilt auch für die Prozeßhandlungen, die als unselbständige Schritte im Prozeß der steten Weiterentwicklung des Rechtsstreits unterworfen sind, die ihrerseits wieder zurückliegende Fehler gegenstandslos macht und überholt. Das Gericht ist verpflichtet, die Sanierung und Heilung weitestmöglich zu fördern (...) und gegebenenfalls die fehlerhafte Prozeßhandlung in eine gültige Prozeßhandlung umzudeuten, wenn die fehlerhafte Handlung alle Elemente einer anderen Prozeßhandlung gültig enthält und die Umdeutung nicht dem eindeutigen Erklärungswillen der Partei widerspricht (Konversion)”. É o que dispõe expressamente o art.796 da CLT, que encontra interessantes paralelos no direito positivo estrangeiro, como p.ex. o CPC de Portugal, art. 199, e o Código nacional de processo civil argentino, art.34, V, b.

33 MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. *Op.cit.*, p.35-36; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. *Op.cit.*, p.170, 173 e 187.

Em nosso sentir, existe uma espécie de “meta legislativa” no sentido do máximo aproveitamento dos atos praticados no processo e de que sua anulação deva ser excepcional,³⁴ apenas aplicável como *ultima ratio*,³⁵ somente se não houver outra solução menos onerosa para o trâmite processual.³⁶ Tudo isso faz concluir que existe uma *preferência normativa pela validade dos atos do processo*, ou seja, uma diretiva do ordenamento que sugere ao aplicador que, em caso de dúvida, deve-se manter o ato e sua validade.³⁷ Revela-se um princípio de validade e eficácia *prima facie* dos atos processuais.

Assim, pensamos que a única classificação das invalidades racionalmente identificável e praticamente útil ao processo é aquela que pretende dividi-las em nulidades sanáveis e insanáveis.³⁸ Em verdade, a classificação seria melhor adequada se dissesse respeito aos defeitos, e não às invalidades. Como toda nulidade depende de decretação (o nulo processual só o é depois de assim proclamado pelo juiz), o que é sanável ou insanável é o defeito, o vício, e não a nulidade. Essa é sempre apenas uma situação potencial. De qualquer forma, a sanabilidade é o único dado útil que autoriza uma classificação na teoria das nulidades (não a espécie de norma ou a cognoscibilidade de ofício, etc, que geraram e geram confusões taxinômicas intermináveis: inexistência, nulidade absoluta, relativa, cominada, não cominada...).

34 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1984, p.260: “Uma outra limitação à declaração da nulidade de um ato é esta: em regra, as nulidades devem ser consideradas relativas”; MORELLO, Augusto Mario. “*Las nulidades procesales. Hacia una interpretación dinámica funcional*”, in MORELLO, Augusto Mario *et alii. Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980, p.157: “Não há nulidade de ordem pública”; MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales. Op.cit.*, p.31-32. Neste sentido vem a jurisprudência mais moderna: STJ - REsp 851090-SP - Rel.Min.Luiz Fux - DJ 31.03.2008.

35 Já o notara CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, vol. II, 1938, p.491; *Idem. Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª ed., 1941, p.304.

36 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual. Op.cit.*, p.501. Salienta o professor, com Alberto Luis Maurino, que a invalidação deve ser compreendida como a última consequência, aplicável somente se não houver outra solução menos gravosa.

37 CONDORELLI, Epifanio J. L. “*Presupuestos de la nulidad procesal*”, in MORELLO, Augusto Mario *et alii. Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980, p.113-114. Na mesma linha, para os atos do juiz, Cf.HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2ª ed., 1990, p.257: “Das Urteil ist ein Staatsakt. Unter den Staatsakten kommt ihm besondere Bedeutung zu: es wird in einem justizförmigen, mit allen Garantien ausgestatteten Verfahren durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfenen Richter erlassen. Urteile sind daher, auch wenn sie fehlerbehaftet sind, grundsätzlich gültig und wirksam”. Assim já vinha McNAMARA, Henry T.J. *A practical treatise on nullities & irregularities in law, their character, distinctions and consequences*. Littleton: Fred B.Rothman & Co, 1996, p.6.

38 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teorias das nulidades aplicada às nulidades processuais. Op.cit.*, p.101. Contra, recentemente, considerando que ainda subsiste a diferença entre nulidade absoluta e relativa, SANTORO, Antonio. “A ‘nova’ lacuna no sistema legal de nulidades causada pela reforma processual”, *Op.cit.*, p.13.

3.1. Ônus argumentativo

Conforme afirmamos em outra oportunidade,³⁹ podem ser identificadas, no ordenamento jurídico, preferências ou prioridades normativas em favor de certos bens, interesses e valores. Essas preferências “empurram” a solução de qualquer conflito para a vitória daquele interesse priorizado pelo legislador.

As preferências normativas fixadas pelo ordenamento são apenas primazias apriorísticas ou *prima facie*, vale dizer, não são absolutas ou inalteráveis, podendo ser invertidas no caso concreto pelo juiz. Todavia, posto que não definitivas, as prioridades normativas têm o efeito de impor o denominado ônus ou peso argumentativo (*Argumentationslast*) em prol do interesse aprioristicamente protegido ou priorizado pelo legislador. Se o magistrado desejar infirmar a prioridade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado. O juiz deve ter “razões mais fortes” para inverter, no caso concreto, a direção apontada pela norma.⁴⁰

E isso ocorre no campo das nulidades. O sistema dos atos processuais permite extrair uma preferência normativa pela sua validade. Como todas as regras referentes às nulidades revelam um complexo de normas que visam a impedir a sua invalidação, defendemos que o ordenamento consagra uma prioridade *prima facie* em favor da validez e eficácia dos atos do processo.

Pensar um “princípio de validez dos atos processuais” como uma prioridade normativa apriorística (que impõe um peso argumentativo para a invalidação), permite um aumento do controle da atividade jurisdicional pela fundamentação das decisões.⁴¹ Nesse formato, ao mesmo tempo em que, inevitavelmente, concedida está ao juiz a prerrogativa de avaliar a existência de nulidades, pesa sobre ele um controle maior, já que, para pronunciar a

39 CABRAL, Antonio do Passo. “Os efeitos processuais da audiência pública”, in *Boletim de Direito Administrativo*, ano XXII, n.7, julho, 2006, p.792 e ss.

40 A respeito deste tipo de prevalência e de seu efeito de gerar um ônus argumentativo, Cf. ALEXEY, Robert. “*Individuelle Rechte und kollektive Güter*”, in *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, p.260-261; *Idem*, *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª reimpressão, 2001, p.549; *Idem*, “*On balancing and subsumption. A structural comparison*”, in *Ratio Juris*, vol.16, n.4, dez. 2003, p.437; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.73-76 e 119-120; *Idem*, “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.109.

41 Sobre as relações entre argumentação e convicção, Cf. INOUE, Harunori. “*Der Zivilprozess als gleichberechtigtes Dialogverfahren. Zur neueren Prozessdiskussion im japanischen Zivilprozess*”, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 98. Band, Heft 4, 1985, p.387-388 e 391-393.

invalidade, terá que ter razões mais fortes em sua motivação. Reduz-se, portanto, o campo da discricionariedade, e, conseqüentemente, o risco de arbítrio na aplicação de juízos de conveniência e no preenchimento dos conceitos vagos.

O ônus argumentativo permite testar as conclusões judiciais na verificação das atipicidades, sua repercussão no processo e sua mácula ao debate, num controle operado pela motivação das decisões, primacial para assegurar o exame crítico da racionalidade das escolhas do juiz. Como se verá, trata-se de uma clara vantagem dogmática do princípio de validade *prima facie* sobre o raciocínio clássico da instrumentalidade, onde a análise meio-fim aparecia com afirmações tautológicas ou óbvias, com baixo grau de densidade teórica e sem cientificidade.

Além disso, a fundamentação das decisões judiciais realiza e assegura participação inclusiva das partes. A justificativa (as razões) para a prática dos atos processuais une os direitos de expressão e consideração (componentes do contraditório moderno),⁴² integrando os sujeitos do processo no debate, não mais compreendidos como destinatários calados de um esforço solitário e autoritariamente descontrolado.

Veja-se que, no conceito de ônus argumentativo, norma e fato se completam no *iudicium*. A norma que indica a tendência normativa *prima facie* não conclui sozinha, numa generalização que poderia vilipendiar as particularidades do debate processual, único e singular em cada caso. De outro lado, a prioridade normativa se une à força das razões judiciais, necessárias para confirmar ou inverter a validade apriorística. Nesse contexto, a teoria das nulidades passa a ser compreendida dentro de um formalismo pressionado para a validade, mas que equilibra a importância das formas (previsibilidade, estabilidade) com a necessidade de eficiência do procedimento. Empresta-se-lhe controle e legitimidade, constringendo o julgador na direção de certos interesses privilegiados *a priori*, sem contudo determinar o resultado, que poderá ser contrário se consideradas as específicas circunstâncias do caso.⁴³

Cabe diferenciar, então, a fundamentação quando o juiz se convencer da validade ou da invalidade. Para a manutenção da prioridade normativa, ou seja, para manter a validade do ato, considerando irrelevante a imperfeição formal verificada, o juiz não tem peso argumentativo. Ao contrário, sua motivação é relaxada, já que complementada pela força da primazia legal. De outra parte, caso seja convencido da relevância da atipicidade, e portanto sua

42 CABRAL, Antonio do Passo. "Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito", *Op.cit.*, p.456-457.

43 SCHAUER, Frederick. "Formalism", in *The Yale Law Journal*, vol. 97, nº 4, mar., 1988, p.546-547.

conclusão for pela invalidade, incide o ônus de argumentação e terá o magistrado que lançar mão de motivos mais fortes para nulificar o ato.

A prioridade normativa em favor da validade dos atos processuais empurra o convencimento judicial no sentido da manutenção ou aproveitamento do ato praticado. Se não concorrerem, no caso concreto, certos fatores e condições que justifiquem, em grau mais acentuado, que seja decretada a invalidação, mantém-se a validade e eficácia dos atos do processo. A preferência poderá, não obstante, ser infirmada, se motivos suficientes demonstrarem a necessidade da invalidade. Esta é a razão porque defendemos serem os atos processuais válidos *prima facie*, ou seja, válidos na ausência de circunstâncias especiais que justifiquem a conclusão oposta.

3.2. Diferenças do raciocínio da instrumentalidade para o princípio de validade apriorística.

Essa preferência normativa, existente no sistema processual brasileiro, que aponta para a relativização das regras referentes às invalidades, traz importantes consequências ao processo, algumas em termos de correção teórica e metodológica, e outras que aumentam o controle das opções do juiz e repartem de maneira mais igualitária o poder e a influência no processo. As vantagens desse formato são várias, e aqui nos limitamos a nomear três delas.

Em primeiro lugar, a necessidade de recorrer às circunstâncias peculiares de cada caso, para que se verifique se a prioridade *prima facie* deve ser mantida ou invertida, une norma e fato, a lei e a decisão judicial no juízo de invalidação. As normas são respeitadas na pressão sistêmica sobre o julgador para que prevaleça o sentido da preservação dos atos; e o caso não é desprezado, contribuindo para confirmar ou inverter a prioridade *prima facie*. Portanto, a teoria das nulidades deixa de ser organizada abstratamente na lei, fulcrada numa graduação de vícios e sanções que não é claramente estabelecida em nenhuma norma.

Outra diferença da aplicação clássica da instrumentalidade em relação à nossa proposta diz respeito à atividade do julgador na aplicação das invalidades. Nosso formato impõe maior controle e racionalidade à decisão judicial, fugindo das decisões com baixa profundidade teórica e sem justificação. A preferência apriorística pela validez dos atos do processo força o magistrado a superjustificar a invalidação, ou seja, o princípio de validade *prima facie* estabelece um peso em sentido contrário, contra o qual deve apontar a decisão judicial. A fundamentação da conclusão do juiz deve conter uma força oposta se pretender nulificar determinado ato e esse esforço de justificação para inverter a prioridade normativa decorre do ônus

argumentativo imposto pela preferência.⁴⁴ O reforço dos deveres de fundamentação, além de imprimir maior racionalidade à decisão, aumenta o controle sobre as escolhas do magistrado na aplicação das formalidades da lei. Nos modernos Estados de Direito, há um direito ao controle das decisões estatais, para que o legítimo exercício do poder não se transforme, na liberdade insita aos espaços de flexibilização da lei, em arbítrio.⁴⁵

Finalmente, queremos destacar um outro aspecto da utilização do princípio da validade *prima facie*, que revela um desacerto despercebido pela doutrina tradicional das nulidades no Brasil. Se o juízo de invalidação é empreendido no formato preceito-sanção (o esquema tradicional "defeito formal-nulidade"), o exame das formalidades é posicionado no antecedente (o suporte fático), que é o vício de forma verificado nos atos processuais praticados. Só então o magistrado realiza a segunda operação para concluir pela invalidação: após o exame tipicidade-eficácia, e se concluir que existe atipicidade (defeito formal), o juiz prossegue na análise do princípio da instrumentalidade das formas, a correlação meios-fins. Nota-se, portanto, que a aplicação da instrumentalidade é operada após o reconhecimento do defeito, ou seja, *depois do exame da imperfeição formal*. A consequência natural do vício seria, portanto, *excepcionada* pela instrumentalidade e o ato considerado válido.⁴⁶ Nesse cenário, vê-se uma *tendência normativa* à decretação da nulidade, apenas *evitada* pelo atingimento do escopo do ato. Ora, dessa maneira, se tivéssemos que reconhecer alguma preferência sistêmica, esta seria no sentido da observância estrita da forma legal, isto é, uma preferência pela nulidade (!!!), e não pela validade dos atos (que seria apenas excepcional).

Porém, como visto, a derrocada atual das nulidades faz com que seja enaltecida a sua excepcionalidade. Então, se a preferência normativa é pela validade do ato processual, a correlação meios-fins não pode ser empreendida *após* examinar a imperfeição formal, num momento em que a decisão *já tende à invalidação*. Trata-se de uma incoerência do raciocínio clássico da instrumentalidade.

44 Valendo-se da técnica da presunção, PEYRANO, Jorge W. "Nulidades procesales con especial referencia a los distintos vicios que pueden generarlas", *Op.cit.*, p.167. Pensamos que a questão fica melhor posta no campo do ônus argumentativo, e remetemos o leitor ao nosso livro sobre nulidades, cap.IV.

45 FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.12. Cf. KAMPER, Olaf. *Die Anfechtbarkeit richterlichen Entscheidungen nach dem Grundgesetz*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996, p.15 e ss; FURNO, Carlo. "Nullità e rinnovazione degli atti processuali", *Op.cit.*, p.438.

46 Em sentido semelhante, Cf. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", in *Revista dialética de direito processual*, nº 29, ago., 2005, p.49.

Entendemos ser mais coerente trabalhar com uma *qualificação normativa* dos efeitos do vício a partir da *relevância da atipicidade* na cadeia procedimental. Em razão da preferência *prima facie*, se não ficarem caracterizadas circunstâncias especiais que revelem uma repercussão deletéria daquele defeito formal, mantém-se a prioridade normativa pela validade do ato. Devemos partir da validade do ato, determinada aprioristicamente pelo ordenamento jurídico e que, nesse primeiro momento, é apenas uma prioridade *prima facie*. Verificam-se, então, as consequências dos defeitos, qualificando-as a partir de suas interferências no discurso que anima a relação processual.⁴⁷ E o raciocínio da invalidade será organizado em apenas um exame, unindo os defeitos e sua repercussão. Em nosso sentir, o juízo meios-fins típico da instrumentalidade das formas não deve atuar como um segundo exame a título de regra de exceção, mas deve inserir-se na análise normativa da relevância da atipicidade. Assim, o exame da invalidação é tendente à manutenção da validade dos atos, e não o contrário.

4.A equivocada compreensão individualista do “prejuízo” e sua necessária ligação com o contraditório.

O princípio do prejuízo, de inspiração privatista, é previsto na legislação dos processos civil, penal e trabalhista (parágrafos do art.249 e art.250 do CPC, art.794 CLT e art.499 do CPPM), e prega que o juiz deve relevar a nulidade quando não houver dano aos litigantes pela atipicidade de forma (*pas de nullité sans grief*).

A caracterização do prejuízo é muito debatida, sendo difícil encontrar algum consenso nos critérios identificadores da existência de dano às partes. Doutrina e jurisprudência ligam quase que indissociavelmente o prejuízo ao exercício da ampla defesa. Essa visão, expressa nas invalidações por “cerceamento de defesa”, é comum nos tribunais brasileiros.⁴⁸ Tentando propor algum norte para guiar a aplicação do princípio, alguns afirmam a “necessidade de provar o prejuízo”; ou que a violação à defesa só gera invalidação se for prejudicada “a ampla defesa como um todo”. Ora, essas cláusulas, com todas as vênias, não nos oferecem critério interpretativo seguro.

47 Confira-se o capítulo VII do nosso *Nulidades no processo moderno*. *Op.cit.*, p.277 e seguintes.

48 Cf.BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. *Op.cit.*, p.482-484; GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *As nulidades no processo penal*. *Op.cit.*, p.122-123. Também no direito comparado. Cf.CONDORELLI, Epifanio J. L. “*Presupuestos de la nulidad procesal*”, *Op.cit.*, p.119-120; MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. *Op.cit.*, p.37 e 56-57.

É frequentemente os tribunais identificam algum “prejuízo”, sem sequer atentar para a relação entre o dano apontado e os atos processuais em cadeia. Exemplo maior na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal foi a edição da súmula vinculante sobre o uso abusivo das algemas. No tribunal do júri, o ingresso ou permanência do preso com algemas pode realmente interferir no resultado do processo, já que os jurados leigos podem deixar-se impressionar pela suposta periculosidade do réu, intuída de um simples estereótipo. Mas o STF ampliou a discussão de um caso a todos os decretos prisionais (não apenas aqueles do tribunal do júri). Ora, se houver excesso ou abuso no cumprimento de um mandado de prisão, este fato não significa que a decisão que determinou a custódia prisional possua algum defeito formal. Se algum “prejuízo” houve, o dano poderia atingir a imagem do réu, merecendo reparação devida; mas certamente não há qualquer prejuízo processual à sua defesa quando o processo corre perante o juiz togado.

Pensamos que o prejuízo, na terminologia tradicional, ou a relevância das atipicidades formais, na técnica aqui proposta, ficariam melhor posicionados no campo do contraditório, o que já vem sendo defendido por muitos autores e tribunais, tanto no processo civil quanto no processo penal.⁴⁹ Aderimos ao que leciona Dinamarco, quando constata os múltiplos “casos em que se examinam alegações de cerceamento de defesa e então as regras do procedimento são invocadas, mas nem sempre com a consciência de que a solução há de ser buscada invariavelmente no modo como a conduta judicial criticada se projete sobre a garantia político-constitucional do contraditório. 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 ileso sai a garantia de participação, cercamento algum houve à ‘defesa’ da parte”.⁵⁰

No mais, é claro que, no quadro publicista do processo penal moderno, não é qualquer prejuízo alegado que ocasiona invalidação. Aliás, a própria Exposição de Motivos do CPP (item XVII) ressalta que “ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade”.⁵¹ Além do prejuízo dever ser

49 GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *As nulidades no processo penal*. *Op.cit.*, p.28-29. Cf.TJMG - Processo: 2.0000.00.473050-1/000(1) Rel. Valdez Leite Machado - julg.30/08/2007. No exterior, SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht*. *Op.cit.*, p.408.

50 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. *Op.cit.*, p.136.

51 Curioso notar que a Exposição de Motivos do CPP retratava, já à época de sua edição, um contexto de banalização das invalidades. Não obstante as advertências lá contidas, o quadro não se alterou até os dias atuais.

provado em cada caso (não sendo possível “presumi-lo”),⁵² é natural que qualquer busca de danos processuais às partes seja buscada em termos normativos, como um prejuízo para o correto desenvolvimento da relação processual e das posições jurídicas de vantagem que o processo assegura legitimamente aos sujeitos envolvidos. É, portanto, um “prejuízo normativo”, analisado casuísticamente na dinâmica da cadeia procedimental. Não podemos ficar atrelados a uma concepção privatista do “prejuízo”, concepção que foi, é verdade, o berço do princípio, mas que não cabe no processo contemporâneo. Assim, descabem presunções de prejuízo, geralmente baseadas na mera alegação da parte de que houve algum dano à defesa. Acertadamente, vemos alguns acórdãos nesse sentido.⁵³

Impende que a jurisprudência passe a identificar efetiva ofensa ao contraditório moderno,⁵⁴ no seu tríptico desdobramento a partir da ideia de influência: informação, expressão (ou reação) e consideração. Somente o dano a essas prerrogativas poderá significar uma repercussão dos defeitos formais na relação processual que seja comunicativamente relevante a ponto de fundamentar a inversão da validade *prima facie*.

5.As nulidades no processo penal: teoria geral e peculiaridades.

Entendemos que é possível teorizar um núcleo comum para as invalidades processuais que abarque também o processo penal.⁵⁵ Também no processo penal vige o princípio de validade *prima facie* dos atos do processo, porque

52 MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. *Op.cit.*, p.52-54; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.782; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 12ª Ed., 2007, p.695. Note-se a utilização, em nosso sentir incabível, de uma tal “presunção de prejuízo” em TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. *Op.cit.*, p.519; GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005, p.337; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, vol.III, 18ª Ed., 1997, p.122; SANTORO, Antonio. “A ‘nova’ lacuna no sistema legal de nulidades causada pela reforma processual”, *Op.cit.*, p.12.

53 Assim decidiu-se também no que tange a requerimento de realização de exame de insanidade mental. Entendeu o tribunal que, para que seja determinado o exame, deve haver fundada dúvida sobre a higidez mental do réu, não bastando que seja requerido pela defesa. Além disso, não houve qualquer prejuízo à defesa que tenha sido efetivamente demonstrado. HC 97.098-GO, Rel.Min.Joaquim Barbosa, j.28.04.2009.

54 Como afirma WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. *Op.cit.*, p.228, raramente a jurisprudência relaciona o “prejuízo” ao princípio do contraditório.

55 No ponto, é freqüente ver as leis do processo civil aplicadas por analogia ao processo penal, como acontece também com freqüência no estrangeiro e encontra permissivo normativo no art.3º do CPP brasileiro. Cf.MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal: fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2ª ed., 3ª reimpressão, 2004, p.170.

também na seara penal não é possível que se imaginem formalidades que sejam compreendidas apenas na sua dimensão de garantia. Ao contrário, devem ser combinadas no seu valor-em-si e na sua funcionalização valorativa, aplicadas a título excepcional e somente se houver razões suficientes para infirmar a preferência normativa pela validade dos atos processuais praticados. Porém, ainda que inserido no âmbito de uma “teoria geral do processo”, desse núcleo comum das nulidades podem ser destacadas as peculiaridades existentes no procedimento criminal.

A primeira diferença essencial diz respeito à importância política que o processo penal assume no Estado de Direito. Sobretudo nos processos em que exercidas pretensões condenatórias, as garantias processuais do réu consubstanciam relevante instrumento de contenção do poder estatal. O garantismo processual encontra no processo penal o maior campo de aplicação e sua mais premente necessidade, face a constante desigualdade que se verifica entre o réu e o aparato repressor do Estado.⁵⁶ Além disso, devemos reconhecer também a sensibilidade dos direitos envolvidos: o direito de liberdade, que pode ser violado no processo criminal, reclamaria maior relevo para as garantias.

É por esta razão que se pode inferir que, no processo penal, há traços de indisponibilidade em parte do arco de posições jurídicas de vantagem que o devido processo legal assegura. As formalidades, nesse quadro, devem ser mais uma garantia individual (forma-garantia) que um mecanismo para a realização do interesse público, reduzindo as hipóteses em que, por razões de eficiência, o interesse individual seja subordinado pelo poder do Estado.⁵⁷ Portanto, o procedimento penal tem uma importância política que outras modalidades de processo, como o processo civil, não possuem.⁵⁸

Todavia, se esse é o pano de fundo dentro do qual o processo criminal deve ser analisado, é igualmente importante ressaltar que não é correto apartar o processo civil do processo penal utilizando-se do argumento simplista e reducionista de que o processo criminal, porque interfere potencialmente na liberdade do indivíduo, trata de bens ou direitos mais relevantes do que aqueles disputados no processo civil ou trabalhista, p.ex. Ora, um rápido inventário de algumas demandas na litigância civil atual permitirá verificar que também o processo civil lida com inúmeros bens e interesses cuja importância é inquestionável: as ações coletivas talvez sejam o maior exemplo,

56 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. *Op.cit.*, p.78-79.

57 LOPES JR., Aury. “A instrumentalidade garantista do processo penal”, disponível para consulta no site http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_359.html, acessado em 12.09.2008, p.5 e ss.

58 MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. *Op.cit.*, p.541.

onde questões que tocam direitos de milhões de pessoas em matéria de meio ambiente, saúde, consumo, previdência, patrimônio público, etc. Isso sem contar as demandas individuais que buscam a internações hospitalares recusadas por planos de saúde ou a entrega de medicamentos pelo poder público. Alguém dirá aos requerentes que seus interesses não são relevantes, ou que são menos importantes?

Mas ainda queremos destacar outros aspectos da questão. Primeiramente, o processo penal moderno não ameaça sempre o direito de liberdade. Muitos tipos penais não são preventivos de penas privativas de liberdade como preceito secundário. Isso ocorre recorrentemente em relação aos delitos empresariais, em que pessoas jurídicas podem ser réus, e para as quais só podem ser impostas penas restritivas de direitos.

Além disso, não se pode concordar com o retrato frequente do processo penal sempre, e em qualquer caso, confrontando o indivíduo com uma situação desigual desfavorável. Como já afirmamos em outra sede, “temos que refletir, na atualidade, sobre se o processo criminal sempre confronta o Estado “avassalador” (o “rolo compressor” persecutório) a um indivíduo desamparado e desprotegido. Se esta até pode ser a realidade em muitos processos, sobretudo na Justiça Estadual, o mesmo não se adequa à realidade da criminalidade organizada, dos crimes tributários, dos crimes empresariais, daqueles ofensivos à ordem econômica e ao sistema financeiro. O que se constata na persecução a delitos como *insider trading*, formação de cartel, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, dentre outros, é um quadro bem diverso. Aqui, a atuação de órgãos estatais não especializados e de formação generalista, é muito inferiorizada se comparada à proficiência dos grandes escritórios de advocacia, profundos conhecedores da matéria em causa e assessorados por grupos de contadores, engenheiros, economistas, etc”.⁵⁹

Em suma, não se pode admitir que o maior rigor formal que o sistema de nulidades penal deveria ter seja justificado apenas nos “interesses mais relevantes” ou na “desigualdade intrínseca” em desfavor do réu no processo penal. Isso nem sempre ocorre, sobretudo na Justiça Federal.

Pensamos que, na prática de atos processuais pelo indivíduo, a grande diferença entre o processo civil e o processo criminal diz respeito à extensão das posições jurídicas de vantagem (opções estratégicas) que o contraditório permite aqui e ali. No que tange ao exercício da defesa, há mais restrições no processo penal, porque o juiz verifica não apenas se a defesa foi franqueada

59 FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p.111 e ss; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op.cit.*, p.352-353.

ao réu, mas se foi efetiva e adequadamente exercida por ele, inclusive em termos qualitativos.⁶⁰ A razão para isso é a máxima *nulla poena sine iudicio*, pois se o réu não pode abrir mão do processo, aceitando pela confissão a imposição da pena, a defesa é, em grande medida, obrigatória.⁶¹ Sem embargo, existem muitas limitações à liberdade processual da defesa, que não pode livremente dispor de todos os seus poderes e alternativas processuais.⁶²

Essa constatação será mais interessante na análise dos atos omissivos, porque a inércia do réu na prática de atos processuais penais não pode, em qualquer caso, ser interpretada como uma omissão conclusiva de um padrão de conduta transmitido comunicativamente aos demais e criador de uma expectativa legítima. Assim, frequentemente não se poderá imputar-lhe nenhuma invalidade ou preclusão.

Porém, existem espaços estratégicos onde o réu conserva liberdade de avaliação legítima, e onde de suas omissões podem ser extraídas consequências processuais relevantes no campo das invalidades e inadmissibilidades. Esse espaço é tanto maior a depender de vários fatores. Um deles é a natureza da pretensão. Quando a pretensão não for condenatória, e portanto nenhuma pena puder ser imposta, as opções do indivíduo tendem a ser totalmente disponíveis e seu campo de avaliação estratégico muito maior. É o caso das ações declaratórias, mandamentais (mandado de segurança, *habeas corpus*), ou constitutivas (reabilitação, revisão criminal), ou seja, aquelas em que o indivíduo não é réu. Nestas, pela sua liberdade, suas omissões poderão sim gerar expectativas por poderem ser compreendidas como uma adesão consciente àquele padrão de conduta.

E mesmo no processo penal condenatório situações similares podem ser observadas, como nas ações penais de iniciativa privada, pela deferência que o sistema presta à vontade da vítima.⁶³ Mas vamos ainda além: o contexto atual do processo criminal apresenta diversas opções consensuais das partes e da vítima, como a transação penal, a composição civil dos danos, e isto mesmo quando estivermos diante de ação penal pública incondicionada.⁶⁴ É o reflexo do surgimento de uma ordem jurídica colaborativa, da qual são sintomas uma certa privatização ou contratualização do processo penal.⁶⁵

60 MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. *Op.cit.*, p.542 e 594-595; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.24-25.

61 RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G.Giappichelli, 3ª ed., 2001, p.187-190.

62 LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 3ª ed., 1954, p.3-4.

63 MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. *Op.cit.*, p.172-176.

64 Confira-se o instituto da *plea bargaining* norte-americana, inspiração de nosso modelo, em LAFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., e KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. St. Paul: Thomson West, 4ª ed., 2004, p.994-1006.

65 PRADO, Geraldo. "Justiça penal consensual", in *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Portanto, nas ações em que o indivíduo é réu, a análise precisa verificar a extensão em que o *nulla poena sine iudicio* tolhe sua liberdade de ação. Entendemos que a exigência de um processo para que haja imposição de pena não tem o condão de vedar qualquer faculdade, comissiva ou omissiva, da defesa como um todo. Com efeito, no processo penal, é a defesa técnica que se demonstra imprescindível,⁶⁶ mas não se pode obrigar o próprio réu a exercer sua autodefesa. P.ex., o réu pode desejar não ser interrogado, pode não responder a algumas das perguntas que lhe forem formuladas (mantendo seu direito ao silêncio),⁶⁷ pode não aceitar a transação penal, pode não recorrer, dentre muitos outros exemplos de condutas omissivas que representam escolhas legítimas.⁶⁸ Nestes casos, suas ações e omissões podem ser processualmente valoradas como significativas de um padrão de conduta transmitido comunicativamente, mesmo na omissão, que não poderá depois ser contrariado por um ato incompatível.

Em suma, afirmar que todas as formalidades possuem, no processo penal, caráter de ordem pública, ou que sempre exista um “interesse público” na decretação das invalidades, é reduzir demasiadamente a análise, e descurar de aspectos específicos de cada caso, se efetivamente existe desigualdade entre os litigantes, ou se aquele ato praticado encontra-se no espaço de liberdade da defesa, etc.

5.1.Boa fé no processo penal

O processo criminal também apresenta peculiaridades no que se refere à aplicação dos postulados de boa-fé processual. Na esfera criminal, não há dever de completude ou integralidade para o réu, não só por não ser obrigado a produzir provas auto-incriminadoras.⁶⁹ Alguns autores, talvez com algum exagero, chegam inclusive a pregar que o réu pode legitimamente mentir no seu interrogatório.⁷⁰ Ainda que não se chegue a tal conclusão, deve-se admitir

66 MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. *Op.cit.*, p.542 e 549-550. Revela-se instigante controvérsia jurisprudencial norte-americana sobre a quem cabe o controle da estratégia de defesa, se ao réu ou a seu advogado e em que matérias a decisão tática caberia a cada um. Sobre o ponto, Cf.LAFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., e KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. *Op.cit.*, p.600-603.

67 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.216-217.

68 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.379-382.

69 Sobre o ponto, é paradigmático o *Miranda case* na jurisprudência norte-americana. Cf.LAFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., e KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. *Op.cit.*, p.337 e ss; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.385-393. Veja-se o julgado do STF no HC n.80.949, Rel.Min.Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001.

70 Embora a matéria seja polêmica no que se refere ao interrogatório de qualificação. Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª Ed., 2004, p.383-384.

que não há, no processo penal, um dever de veracidade tal qual aquele existente no processo civil.⁷¹

Ora, então a boa-fé não se aplica ao processo criminal? Certos setores doutrinários, adeptos de um posicionamento liberal, dizem que os cânones de boa-fé processual não se adequariam ao processo penal porque aqui estão contrapostos indivíduo e Estado, e como a boa-fé seria um “direito do adversário”, não poderia o Ministério Público invocá-la.⁷² Não é incomum, ainda, a referência de que o réu poderia livremente praticar ilegalidades processuais, pois isso se daria num quadro de “legítima defesa” ou “estado de necessidade processual”. Em decorrência disso, p.ex., seria impossível opor a preclusões lógicas ou a vedação de *venire contra factum proprium* ao réu no processo penal, porque a proteção da confiança, derivada da boa-fé, seria um direito fundamental, que não é titularizado pelo Estado-acusação. Outros afirmam que, no processo penal, nenhum dever de boa-fé poderia ser exigido, e também os advogados estariam imunes às sanções de má-fé, podendo até omitir fatos e distorcer provas.⁷³

Repudiamos tais posicionamentos. Se o réu não é obrigado a produzir prova contra si mesmo e não pode ser compelido a responder perguntas ou exibir documentos,⁷⁴ p.ex., não podemos enxergar um ordenamento jurídico que autorize um verdadeiro “vale tudo” para a defesa. Como imaginar que o réu e seu advogado possam violar provas sem fazer letra morta de diversos crimes contra a administração da justiça (p.ex., dentre outros, os arts.343, 344, 346, 347, 356, todos do CP)? A boa-fé não é alheia ao processo penal, ainda que aqui seja mais restrito seu âmbito de aplicação. O réu, p.ex., ainda que tenha o “dever moral” de dizer a verdade, apresenta-se como um “sujeito incoercível”, não sancionável por violação ao dever de veracidade.⁷⁵ Outro exemplo de inaplicabilidade da boa-fé é a instabilidade da demanda no processo penal, que possibilita omissões na fase postulatória (as antigas “defesas prévias” e a atual defesa preliminar nada ou pouco dizem sobre o mérito). Tais omissões não podem ser interpretadas como preclusivas em si mesmas, e até o final do procedimento (na primeira instância) poderá o réu aduzir seus argumentos de defesa. Não obstante, outros deveres podem ser exigidos. Não podemos concordar com o retrato do processo criminal como “um ambiente de vassalagem à defesa”.⁷⁶

71 MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. *Op.cit.*, p.542 e 595.

72 GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, in *Revista de Processo*, n.164, 2008, p.29 e ss; BAUMGÄRTEL, Gottfried. “Treu und Glauben im Zivilprozess”, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 86. Band, Heft 3, 1973, p.355-356.

73 Com apoio em Hazard, Cf. TARUFFO, Michele. “Narrazioni processuali”, in *Revista de Processo*, ano 33, nº 155, jan., 2008, p.89.

74 LAFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., e KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. *Op.cit.*, p.465.

75 MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. *Op.cit.*, p.564.

76 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op.cit.*, p.358-359.

No que se refere ao privilégio de não auto-incriminação (expressão do *nemo tenetur se detegere* latino),⁷⁷ discordamos frontalmente da extensão que parte da doutrina e jurisprudência brasileiras tem tentado atribuir a esse direito.⁷⁸ A jurisprudência do STF, p.ex., tem sido ampliativa demais no que se refere ao tema (proíbe, em qualquer situação, a extração de conclusões desfavoráveis do silêncio, admite a mentira e veda a produção coercitiva de toda prova não oral), e já foram vistas, aqui e ali, decisões que afirmam que tal direito impede a realização de medidas investigativas não invasivas, como a acareação, que contariam apenas com uma participação “passiva” do acusado.

No direito comparado não vemos uma tal extensão do direito a não se incriminar. A Suprema Corte norte-americana compreende o privilégio de não auto-incriminação somente no campo da prova oral, o que deflui do próprio texto da 5ª Emenda à Constituição americana. E, nesse sentido, a *Supreme Court* proíbe a extração, na ação penal, de conclusões desfavoráveis do silêncio do acusado. Nada além disso. A Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece o direito ao silêncio, mas permite a produção coercitiva da prova não oral cuja existência independa da vontade do sujeito passivo (e.g. seu DNA) e permite, em determinadas situações, a extração de conclusões desfavoráveis em situações que peçam “claramente” uma explicação do réu.⁷⁹

Ou seja, o conteúdo mínimo do privilégio contra a auto-incriminação no Estado Democrático de Direito é o direito ao silêncio e seus corolários, como p.ex. o direito que tem o acusado de ser informado sobre as consequências de suas alegações, justamente para que não venha a se incriminar (trata-se do §136 da StPO, que consagra o *Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht*).⁸⁰

77 Werner Beulke. *Strafprozessrecht. Op.cit.*, p.78.

78 Com razão, Vladimir Aras. “A mentira do réu e o art.59 do CP”, in Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pellela. (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.252-255; Augusto Vinícius Fonseca e Silva. “Direito ao silêncio, ampla defesa, mentira do réu e ética processual penal”, mimeografado, 2010, no prelo, p.12-15.

79 Nesta seara, vale destacar trechos das seguintes decisões, ambas do ano de 1996: *John Murray v. United Kingdom*: “On the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. On the other hand, the Court deems it equally obvious that these immunities cannot and should not prevent that the accused’s silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution”. Veja-se também o trecho de *Saunders v. United Kingdom*: “The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”.

80 Tanja Hartmann-Wergen. *Grundlagen zum Strafprozessrecht. Erläuterungen und Prüfungsaufbauten*. Verlag für Polizeiwissenschaft, 2a Ed., 2008, p.28: “Hierdurch soll gewährleistet sein, dass niemand verpflichtet ist, gegen sich selbst auszusagen”

Porém, qualquer extensão do direito à não auto-incriminação depende da formulação legal da garantia, isto é, dependem de texto constitucional expresse, e nossa Constituição é muito econômica a esse respeito. A lei ordinária por vezes já tornou mais denso esse conteúdo mínimo, o que é totalmente legítimo. No Brasil, isso ocorreu quando p.ex. previu a nossa legislação o direito do condutor de veículos de recusar-se ao exame de etilômetro (art. 277, §2º da Lei 11.275). Porém, para uma tal densificação daquele conteúdo mínimo, entendemos que a atividade do legislador é imprescindível. Outra diferenciação relevante nesse ponto é aquela existente no que tange ao papel do advogado ou defensor do réu no que se refere aos deveres de boa-fé. Quando o acusado for assistido por Defensor Público, tais deveres estariam presentes em grau maior ainda, porque os membros da Defensoria Pública, embora tenham que se empenhar ao máximo para fazer prevalecer os interesses dos assistidos, são em última análise agentes públicos e estão sujeitos a regramento legal específico, além dos diplomas referentes aos advogados.

No que tange aos advogados, aos deveres de ética disciplinados nas regras da OAB, somam-se outros deveres tipicamente processuais derivados da boa-fé e do princípio da cooperação. Mesmo em se entendendo que o réu, por sua especial posição no processo, poderia mentir, igual conclusão não pode subsistir para o seu advogado. Isso ocorre porque o advogado ou defensor têm, sem qualquer restrição que seria cabível ao réu, o dever de veracidade no processo. As únicas exceções ao dever de veracidade decorrem de outras obrigações que seu mandato exige, como deveres de confiança e deveres de preservação do sigilo (*Verschwiegenheitspflicht*) em relação ao cliente. Por isso, pode ser que, em determinadas hipóteses, seja dada ao patrono do acusado a possibilidade de conduta omissiva. Vale dizer, ao advogado ou defensor, às vezes é concedido omitir a verdade, mas não mentir,⁸¹ ou falsear provas.⁸²

Devemos diferenciar a boa-fé — que é um princípio, e portanto tem formato mais fluido — das consequências que se extraem da boa-fé. Klaus Tipke, no direributário, afirma que algumas das consequências da boa-fé, como a proteção da confiança, têm formato de garantia individual, mas outras de suas aplicações decorrem de valores como a segurança jurídica. A boa-fé,

81 Neste sentido, no direito alemão, além das disposições constantes dos §§ 53, I, 2 da *Strafprozessordnung* e 203 do *Strafgesetzbuch*, Cf. Klaus Volk. *Grundkurs StPO*. *Op.cit.*, p.96-97: “Der Verteidiger soll also vorbringen, was für den Mandanten spricht und sein Interesse an Geheimhaltung nicht verletzt. Er darf aber nur vortragen, was der Wahrheit entspricht. Der Mandant darf lügen, der Verteidiger nicht. Er hat eine Wahrheitspflicht. Sie erlaubt es ihm einerseits nicht, die Fürsorgepflicht oder die Verschwiegenheitspflicht zu verletzen. Sie verbietet es ihm andererseits, die Interessen seines Mandanten auf Kosten der Wahrheit durchzusetzen. Er muss also die Wahrheit manchmal verschweigen, immer aber darauf achten, dass alles wahr ist, was er sagt”. Cf. Tanja Hartmann-Wergen. *Grundlagen zum Strafprozessrecht*. *Op.cit.*, p.38; Werner Beulke. *Strafprozessrecht*. *Op.cit.*, p.97-98

82 Werner Beulke. *Strafprozessrecht*. *Op.cit.*, p.104.

nesse aspecto, é mais ampla que o princípio da proteção da confiança. Portanto, a ambos os litigantes, Estado e particular, é vedado contradizer condutas anteriores.⁸³ E a lição pode ser transposta para o processo. Já afirmamos que “se o princípio de proteção da confiança legítima é uma posição jurídica que só pode ser invocada pelo particular, outras consequências da boa-fé como o *venire contra factum proprium* aplicam-se também ao réu, protegendo a estabilidade daquela relação entre eles, pouco importando se estamos diante de relação entre particulares ou de uma relação pública como a relação processual. Tanto é verdadeiro que os cânones cooperativos e de boa-fé aplicam-se ao processo penal, que vemos inúmeros casos em que a colaboração entre acusação e defesa é estimulada mesmo na seara criminal. Ao redor do mundo, proliferam-se mecanismos como a delação premiada, com a concessão de incentivos, que variam de redução das penas ao perdão judicial, aos réus e investigados colaboradores”.⁸⁴

Alguns exemplos são ilustrativos. Em tendo o réu afirmado que não deseja a transação penal, não pode posteriormente arguir qualquer invalidade por não lhe ter sido formulada a proposta; quando, ao final da audiência, perguntados o réu e seu advogado se entendiam ter sido observado qualquer defeito formal, a resposta negativa torna logicamente preclusos (ou proibidos pelo *nemo potest venire contra factum proprium*) quaisquer recursos ou *habeas corpus* posteriormente manejados para atacar os vícios que eram observáveis até então, ainda que estejamos diante dos defeitos tradicionalmente qualificados como ‘de ordem pública’.

5.2. O processo penal entre garantismo e eficiência. Pela relativização das nulidades no processo penal e a inadmissibilidade das alegações tardias.

Já expusemos nossa ideia a respeito das formas e de sua funcionalização valorativa no processo moderno, e também a relevância das formalidades no processo criminal. Será que as formas no processo penal também não deveriam atender ao formalismo-valorativo?

A prática do processo penal tornou-se uma guerra em que a defesa tenta de qualquer maneira anular o processo ou um ato específico, na busca incessante de que o procedimento retorne a fases anteriores e, ao final, seja reconhecida a prescrição pela pena aplicada na sentença. Talvez a Lei n.12.234/2010 seja uma esperança de vermos outro panorama. A nova legislação altera o Código

83 TIPKE, Klaus e LANG, Joachim. *Steuerrecht*. Köln: Dr.Otto Schmidt, 18ª ed., 2005, p.825.

84 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. *Op.cit.*, p.358. Veja-se a Lei 9.807/99, de disciplina genérica, dentre outras disposições pontuais em legislação esparsa.

Penal para aumentar para três anos o prazo prescricional dos crimes cuja pena cominada seja inferior a um ano, e proibir a contagem da prescrição retroativa a partir de qualquer marco inicial anterior ao ajuizamento da denúncia. Em nosso sentir, trata-se de inovação louvável, que, somada ao novo procedimento criminal, com concentração dos atos processuais numa audiência una, desestimula a procrastinação como estratégia para beneficiar-se da prescrição.

Ora, o processo não pode ser um jogo desleal. Boa-fé, colaboração e relativização das nulidades importam que, se houver silêncio proposital em alegar um defeito formal, as alegações tardias devem ser consideradas inadmissíveis. Não podemos assistir às omissões conscientes e intencionais, aguardando fases posteriores e, muitos anos depois do ato praticado e quiçá depois do trânsito em julgado, arguir o vício através de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores. Como já dito, na teoria das nulidades, não há exceções no processo penal, em relação às preclusões para as partes, sob o argumento de que estaria ameaçada a liberdade.⁸⁵

Na atualidade, o devido processo legal deve forjar-se num “devido processo leal”,⁸⁶ e, se a ampla defesa deve ser enaltecida e preservada, de outro lado, como salientou Verde, o “sacrossanto direito de litigar” não pode se converter em abuso.⁸⁷ Entendemos, portanto, que, visualizando um vício, a defesa deve impugná-lo imediatamente, no máximo até a prática do seu próximo ato postulatório.⁸⁸ Em não o fazendo, pode ficar configurada omissão legítima que sinaliza para a vontade inequívoca de não recorrer, de conformar-se com o defeito e prosseguir na cadeia de atos processuais, tornando preclusas as alegações de nulidade posteriores.⁸⁹

85 McNAMARA, Henry T.J. *A practical treatise on nullities & irregularities in law*. *Op.cit.*, p.17.

86 PICÓ Y JUNOY, Joan. “El debido proceso leal. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal”, in *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol.9, 2006, p.331.

87 VERDE, Giovanni. “Le ideologie del processo in un recente saggio”, in *Rivista di Diritto Processuale*, n° 3, 2002, p.687.

88 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. *Op.cit.*, p.72-73, defende a preclusão ao final de cada fase do processo. Embora não com toda a extensão que aqui defendemos, Antonio Santoro afirma que as alegações finais poderiam representar o momento processual preclusivo para uma série de vícios formais. Cf.SANTORO, Antonio. “A ‘nova’ lacuna no sistema legal de nulidades causada pela reforma processual”, *Op.cit.*, p.13.

89 Expressamente a respeito da aplicação da boa-fé no sentido do texto, com apoio na jurisprudência, Cf.SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht*. *Op.cit.*, p.408-409: “Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben kann folgen, dass sich derjenige nicht auf einen Verfahrensmangel berufen kann, der sich vor der Vorinstanz mit einem dort gesetzten Fehler bewusst abfind und diesen dort nicht rügte. Mit diesen Einschränkungen steht im Zusammenhang, dass vor dem Kassationsgericht neue Behauptungen und Beweismittel zum Sachverhalt, also Nova, grundsätzlich unzulässig sind”.

Tampouco a obrigatoriedade da defesa no processo criminal convence como argumento contrário às preclusões para o réu. É fato que a o sistema processual penal, começando pela Constituição da República, confere especial relevo à defesa na seara criminal, até mesmo, como no júri, exigindo uma “plena defesa”. Mas se deve notar que, na investigação criminal, por vezes o contraditório é restringido e diferido, o que significa que não é um direito absoluto:⁹⁰ as prisões cautelares e interceptações telefônicas (deferidas *inaudita altera parte* e constantemente *ex parte*) são o exemplo maior.⁹¹ Ou seja, a ampla defesa e seus componentes não são direitos intocáveis, e alguns “arranhões” às prerrogativas defensivas não importam necessariamente em invalidades, como inclusive já sufragado pela libertária Corte Européia de Direitos Humanos⁹² e expressado no enunciado n. 523 da Súmula do STF. Igualmente foi louvável a decisão do STF que depurou a aplicação da Súmula Vinculante n.14. No caso, o réu pretendia ter acesso aos autos de inquérito policial em andamento antes de sua remessa ao Ministério Público Federal. Sem bem que seja assegurado ao réu o acesso aos autos do inquérito, afirmou a Corte Suprema que este acesso não pode ser irrestrito e absoluto, devendo respeitar o interesse público na manutenção da ordem e boa tramitação dos procedimentos estatais.⁹³

Assim, deve-se buscar alcançar um ponto de equilíbrio entre as garantias processuais do réu e a efetividade do processo penal, que não deve ser destinado a condenar ou absolver, senão a revelar a verdade dos fatos em tempo razoável e com respeito ao contraditório e à ampla defesa; mas com certeza o processo penal não pode se tornar uma feira de chicanas ou fábrica de nulidades.

Impõe-se balancear o interesse público no esclarecimento da verdade e a sanção às condutas criminosas com os direitos fundamentais do réu,⁹⁴ “preservando seu núcleo essencial mas sem revestir-lhes de um manto de impenetrável santidade”.⁹⁵ Trata-se de operar a instrumentalidade moderna,

90 BAUR, Fritz. “Der Anspruch auf rechtliches Gehör”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, nº 153, 1954, p.404-405.

91 Sobre o tema, é lapidar a obra de CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007, *passim*.

92 LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. “Jasper vs. The United Kingdom: controvérsia sobre as regras de sigilo e o direito à igualdade de armas no processo, sob a luz da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, in *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 6, n.22-23, jan-jun, 2007, p.240 e ss.

93 Assim se decidiu na Reclamação n.8173-SP, Rel.Min.Eros Grau, j.29.05.2009.

94 FERNANDES, Antonio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 70, jan-fev., 2008, p.231-233 e 238.1

95 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Op.cit., p.361.

preservando as formalidades mas evitando a anulação sem propósito, protetora de um formulismo ultrapassado e sem objetivos. Os deveres processuais constituem um *minimum* de limitações ao exercício da *actio*, e podem ser legitimamente exigidos pelo juiz,⁹⁶ e nem mesmo a ampla defesa impede que o magistrado conduza a marcha processual dentro dos padrões normativos da ética processual.⁹⁷ Trata-se das *faculdades processuais* do juiz na direção formal do processo, e dentre elas as *faculdades coercitivas*, que justificam a aplicação de consequências jurídicas (como a inadmissibilidade de atos incompatíveis) para comportamentos processuais antiéticos.⁹⁸ Assim, a eficiência processual e seu balanceamento com as garantias individuais são a tônica atual, tanto no processo civil quanto no processo penal,⁹⁹ na batuta do formalismo-valorativo.

5.3. Recentes exemplos jurisprudenciais. A correta aplicação do princípio da causalidade

No sentido aqui professado, da diminuição das nulidades e equilíbrio entre garantias e interesse público, o STJ, em recentes julgados, tem pioneiramente questionado o apego irrestrito às formalidades, demonstrando preocupação com outros valores e interesses também envolvidos no processo penal.¹⁰⁰

96 GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *La conducta en el proceso*. La Plata: LEP, 1988, p.41; BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p.256.

97 BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. *Op.cit.*, p.256-257: "Le rôle fonctionnel du juge, intégré au processus par le lien d'instance, consiste à contrôler non seulement formellement mais aussi intellectuellement, en un mot sunstantiellement et loyalement, le respect par les plaideurs de la loyauté processuelle."

98 AROCA, Juan Montero. "Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad", in BENABENTOS, Omar (Org.). *Teoría Unitaria del Proceso*. Rosário: Editorial Júris, 2001, p.228.

99 CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo", in DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2008, p.166-167.

100 HC 106742-SP, Rel.Min.Napoleão Nunes Maia Filho, quinta turma, DJ 23.06.2008, de cuja ementa se lê que: "omente sob a visão jurídica estritamente individualista e rigorosamente clássica do Processo Penal, se poderá afirmar que os macro-valores sociais devam ser subjugados a interesses individuais, sem dúvida legítimos, eis que se trata de elementos axiológicos estruturantes da própria vida social, a que o Direito tem que dar efetividade; o garantismo individual não há de chegar ao ponto de desproteger os superiores interesses coletivos".

Assim já decidia a jurisprudência ao apreciar o excesso de prazo da prisão cautelar, considerando a natureza da infração e a complexidade do caso, que muitas vezes importam dificuldades na instrução do processo, impedindo, assim, a fixação rígida de um prazo peremptório para seu término.¹⁰¹ Foi esta a *ratio* ocasionou a edição das súmulas n.21, 52, 64 do Superior Tribunal de Justiça, redutoras das nulidades processuais, tendência reafirmada pelo STF em várias vezes para evitar a pronúncia da invalidade.¹⁰²

Outro exemplo de discussão atual sobre o tema é a videoconferência no processo penal, aplicável não só à oitiva das testemunhas como também ao interrogatório do réu. Apesar de o contraditório compreender o direito de presença, de ter o seu *day in court* e confrontar pessoalmente o acusador e o juiz, temos que, por razões de eficiência, o contraditório pode ser restringido em algumas hipóteses, como ocorre nas medidas cautelares *inaudita altera parte*, inclusive no processo penal. Ora, se pode haver decreto de prisão, interceptação telefônica, bloqueio e indisponibilidade de bens, busca e apreensão, etc., tudo sem oitiva prévia do réu ou investigado, o direito de presença, como componente do contraditório, também não pode ser visto como um direito absoluto. As medidas de contato intersubjetivo por teleconferência são admitidas em muitos países e respeitam interesses de economia processual, redução de custos e eficiência (celeridade).¹⁰³ Após a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional o interrogatório por videoconferência,¹⁰⁴ foi dada nova dicção do art.185, §2º do CPP pela Lei 11.900/09, que veio prever o uso tecnológico de transmissão de som e imagem, atendendo aos reclamos de equilíbrio entre forma-garantia e forma-função, permitindo a videoconferência quando houver perigo para a segurança pública, dificuldade de acesso à sede do juízo (local da audiência), dentre outras hipóteses.

De fato, a melhor orientação deve ser a mínima restrição de direitos fundamentais pela utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais. Assim, se a videoconferência pode ser considerada excepcional no interrogatório do réu no processo penal, pode ser normalmente usada para as oitivas de testemunhas que residem longe da sede do juízo, em técnica que

101 Veja-se a tendência jurisprudencial em não se apegar a termos rígidos em FERNANDES, Antonio Scarance. "O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado", *Op.cit.*, p.259-260.

102 Veja-se, p.ex., o HC 95892/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j.31.3.2009.

103 FERNANDES, Antonio Scarance. "O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado", *Op.cit.*, p.255-256.

104 HC 88914-SP, Rel.Min.Cesar Peluso. O STF considerou a ausência de previsão legal como fundamento determinante para a pronúncia de invalidade, violadora do *due process of law*. Posteriormente, em outros *habeas corpus*, a Corte Suprema afirmou a inconstitucionalidade do interrogatório por videoconferência estabelecido por lei estadual.

impõe menos custos à testemunha e é muito mais vantajosa do que as cartas precatórias, pois permite contato direto do juiz do processo com as fontes de prova. Na nova sistemática legal, ressalta-se a excepcionalidade da medida e se busca preservar os direitos do acusado.¹⁰⁵ A tendência dos tribunais, após o advento da lei, foi de considerar legal a medida. O STJ já se pronunciou incidentalmente no sentido de que, com o advento da Lei 11.900/09, a realização da videoconferência é válida, muito embora não possa haver aplicação retroativa da lei aos fatos e atos processuais praticados antes da sua vigência.¹⁰⁶ Por outro lado, o próprio STJ, em mais de uma oportunidade, reafirmando o enunciado n.523 da Súmula do STF, assentou que a deficiência de defesa só gera nulidade se ficar demonstrado prejuízo concreto.¹⁰⁷ Assim, a realização do interrogatório sem a presença física do réu não gera invalidação em qualquer hipótese, pois impõe custos e dificuldades operacionais ao Estado, sobretudo quando a requisição e transporte do preso dá-se entre unidades da Federação diversas. Além disso, se o réu for efetivamente assistido, em todas as audiências, com qualidade e diligência por advogados constituídos ou defensores *ad hoc*, ou se o juízo, quando da sentença, nem sequer se referir aos depoimentos das testemunhas colhidos sem a sua presença, não seria demonstrado qualquer prejuízo ao contraditório-influência.¹⁰⁸

Outra aplicação importante dessa tendência de equilíbrio entre os interesses em jogo é a anulação parcial da sentença quando um de seus capítulos¹⁰⁹ puder ser aproveitado (*utile per inutile non vitiatur*). Trata-se de medida salutar, na esteira da perspectiva aqui proposta, das nulidades como solução excepcional, como vêm decidindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, anulando parcialmente fixação de penas para certos

105 Diz o dispositivo: “Art. 185. (...) §2º. Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.”

106 HC n.123218-SP, Rel.Min.Og Fernandes, j.10.11.2009.

107 HC 79080-SP, Rel.Min.Arnaldo Esteves Lima, j.21.02.2008;

108 STJ - HC 110.242-SC, Rel.Min.Og Fernandes, julgado em 23.4.2009; HC 78.188-MG, Rel.Min.Paulo Galotti, DJ 06.10.2008; HC 81.640-SP, Rel.Min.Jane Silva, DJ 22.10.2007; HC 51.263-SP, Rel.Min.Laurita Vaz, DJ 29.10.2007; HC 62.238-SP, Rel.Min.Gilson Dipp, DJ 12.3.2007.

109 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Op.cit., p.71; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2ª tiragem, 2004, especialmente p. 69 e ss e 84 e ss.

crimes, ou anulando a fixação da pena mas mantendo a prisão regularmente decretada, ou ainda anulando a pena fixada, mas mantendo o sentido condenatório.¹¹⁰

Por fim, queremos destacar a aplicação do chamado princípio da causalidade, segundo o qual a repercussão normativa da atipicidade projeta-se na cadeia dos atos do processo, nulificando os atos posteriores que sejam atingidos pelo defeito formal anterior.

Muitas decisões descuidam do fato de que nem todo ato processual, apenas por ser cronologicamente posterior ao ato anulado, deve também seguir o rumo da invalidação. Devemos verificar se o ato praticado gera acidentes em cadeia, como ocorre com os defeitos da denúncia ou queixa, que nulificam quase invariavelmente todo o restante do processo, não apenas por ser um ato inicial¹¹¹ mas por ser fonte originante à qual remete a prática de todos os outros atos. Todavia, certos vícios não atingem os atos intermédios mesmo se forem atipicidades presentes desde o início do processo, como defeitos de incompetência, que só importam na anulação dos atos decisórios.¹¹²

Neste sentido, os atos instrutórios são exemplos daqueles que não geram nulidade em cascata necessariamente, podendo ser anulados isoladamente sem prejudicar a validade dos atos anteriores ou dos posteriores. Claro que, mesmo nesses atos, em certos casos pode ser que haja repercussão da atipicidade em outros atos probatórios, podendo então gerar anulação da prova posterior, denominada comumente de “prova ilícita por derivação” por força da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*).¹¹³ Não obstante, a validade *prima facie* dos atos do processo impõe que, no juízo de invalidação e no escopo de redução das nulidades, o aplicador verifique a possibilidade de anulação isolada e aproveitamento dos demais atos probatórios, o que inclusive ganhou recentemente previsão legal no renovado art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, na redação dada pela Lei 11.690/2008.

110 Como se vê em vários acórdãos. STF: HC 73.987-RJ, Rel.Min.Mauricio Correa; HC 74424-GO, Rel.Min.Néri da Silveira; HC 80524-RJ, Rel.Min.Ilmар Galvão; STJ - REsp 275.882, Rel.Min.José Arnaldo da Fonseca e HC 34078-DF, Rel.Min.Gilson Dipp. Contra, em nosso entender sem razão, Cf.JORGE, Mário Helton. “A nulidade parcial da sentença penal como artifício para a manutenção do decreto condenatório: *error in judicando*”, in *Revista Jurídica*, n.342, abril, 2006.

111 Alberto Luis Maurino. *Nulidades procesales*. Op. cit., p. 99.

112 Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. Op. cit., p. 793.

113 Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel e Nancy J. King. *Criminal Procedure*. Op. cit., p. 509 e ss; Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. Op. cit., p. 792.

6. Conclusão.

Com a limitação proposta para a presente abordagem, esperamos ter podido registrar alguns dos problemas que podem ser identificados na teoria e prática das nulidades no direito brasileiro. Aqui desejamos apenas provocar à reflexão e propor um modelo diverso daquele hoje professado.

Oxalá que as próximas gerações possam refletir sobre a teorização pretérita, e a partir dela construir bases novas para o estudo do tema.

7. Bibliografia.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, e LEVENE, R. Hijo. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, t. 2, 1945, p.191.

ALEXY, Robert. "*Individuelle Rechte und kollektive Güter*", in *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª reimpressão, 2001.

_____. "*On balancing and subsumption. A structural comparison*", in *Ratio Juris*, vol.16, n.4, dez.

AROCA, Juan Montero. "*El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria*", in AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valência: Tirant lo blanch, 2006.

_____. "*Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad*", in BENABENTOS, Omar (Org.). *Teoría Unitaria del Proceso*. Rosário: Editorial Júris, 2001, p.228.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. "*Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*", in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BARROS, Romeu Pires de Campos. "*A nulidade no processo penal*", in *Revista de Processo*, nº 21, janeiro-março, 1981.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "*A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol.49, janeiro-março, 1986

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russel, 2002 (Reedição da original de 1857).

BAUMGÄRTEL, Gottfried. "*Treu und Glauben im Zivilprozeß*", in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 86. Band, Heft 3, 1973.

BAUR, Fritz. "*Der Anspruch auf rechtliches Gehör*", in *Archiv für die civilistische Praxis*, nº 153, 1954.

_____. "*Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht*", in GRUNSKY, Wolfgang, STÜRNER, Rolf, WALTER, Gerhard e WOLF, Manfred (Orgs.). *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", in *Revista de Processo*, nº 60, out.-dez., 1990.

BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 5a Ed., 1904.

BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003.

BRÜGGEMANN, Dieter. *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteifreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß*. Gieseking: Ernst und Werner, 1968.

CABRAL, Antonio do Passo. "Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito", in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, nº 2, aprile-giugno, 2005.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. "Os efeitos processuais da audiência pública", in *Boletim de Direito Administrativo*, ano XXII, n.7, julho, 2006.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teorias das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo", in DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, vol. II, 1938.

CHIOVENDA, Giuseppe. "Le forme nella difesa giudiziale del diritto", in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffré, Reedição de 1993, vol. 1.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CONDORELLI, Epifanio J. L. "Presupuestos de la nulidad procesal", in MORELLO, Augusto Mario et alii. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 8ª ed., 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2ª tiragem, 2004.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2001.

FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. Wien: Manz, 2ª ed., 1990.

FERNANDES, Antonio Scarance. "O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 70, jan.-fev., 2008.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. "A relação meio-fim na teoria geral do direito administrativo", in *Revista de Direito Público*, ano XV, n.61, jan-mar, 1982.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FURNO, Carlo. "Nullità e rinnovazione degli atti processuali", in *Studi in onore di Enrico Redenti nel anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, volume primo, 1951.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La conducta en el proceso*. La Plata: LEP, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2ª ed., 1990.

_____. "Richtermacht oder Parteifreiheit. Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts", in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 81.Band, Heft 3-4, 1968.

HUBER, Hans. "Überspitzter Formalismus als Rechtsverweigerung", in MERZ, Hans e SCHLUEP, Walter R. (Orgs.). *Recht und Wirtschaft heute. Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*. Bern: Stämpfli, 1980.

INOUE, Harunori. "Der Zivilprozess als gleichberechtigtes Dialogverfahren. Zur neueren Prozedurdiskussion im japanischen Zivilprozess", in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 98. Band, Heft 4, 1985.

JORGE, Mário Helton. "A nulidade parcial da sentença penal como artifício para a manutenção do decreto condenatório: *error in judicando*", in *Revista Jurídica*, n.342, abril, 2006.

KAMPER, Olaf. *Die Anfechtbarkeit richterlichen Entscheidungen nach dem Grundgesetz*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996.

LAFAYE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., e KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. St. Paul: Thomson West, 4ª ed., 2004.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 3ª ed., 1954.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. "Jasper vs. The United Kingdom: controvérsia sobre as regras de sigilo e o direito à igualdade de armas no processo, sob a luz da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais", in *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 6, n.22-23, jan-jun, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1984.

LOPES JR., Aury. "A instrumentalidade garantista do processo penal", disponível para consulta no site http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_359.html, acessado em 12.09.2008.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal: fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2ª ed., 3ª reimpressão, 2004.

MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. 2ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1ª reimpressão, 2001.

McNAMARA, Henry T.J. *A practical treatise on nullities & irregularities in law, their character, distinctions and consequences*. Littleton: Fred B. Rothman & Co, 1996.

MIGUEL, Claudio Amin e COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MONTESANO, Luigi. "Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XLIV, n.1, 1990.

MORELLO, Augusto Mario. "Las nulidades procesales. Hacia una interpretación dinámica funcional", in MORELLO, Augusto Mario et alii. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo", in *Revista de Processo*, Ano 31, n.137, julho de 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEYRANO, Jorge W. "Nulidades procesales con especial referencia a los distintos vicios que pueden generarlas", in *Revista de Processo*, ano 21, nº 82, abr.-jun., 1996.

PICÓ Y JUNOY, Joan. "El debido proceso leal. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal", in *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol.9, 2006.

PRADO, Geraldo. "Justiça penal consensual", in *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 12ª Ed., 2007.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G.Giappichelli, 3ª ed., 2001.

SANTORO, Antonio. "A 'nova' lacuna no sistema legal de nulidades causada pela reforma processual", in *Boletim IBCCrim*, ano 16, n.194, janeiro, 2009.

SATTA, Salvatore. "Il formalismo nel processo", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.

SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919.

SCHAUER, Frederick. "Formalism", in *The Yale Law Journal*, vol. 97, nº 4, mar., 1988.

SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*. Zürich: Schulthess, 4ª Ed., 2004.

STALEV, Zhivko. "Das Verfahren als dynamischer Tatbestand", in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 88. Band, Heft 2, 1975.

TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", in *Revista dialética de direito processual*, nº 29, ago., 2005.

TARUFFO, Michele. "Narrazioni processuali", in *Revista de Processo*, ano 33, nº 155, jan., 2008.

TEUBNER, Gunther. "Reflexives Recht", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nº 68, 1982.

TIPKE, Klaus e LANG, Joachim. *Steuerrecht*. Köln: Dr.Otto Schmidt, 18ª ed., 2005, p.825.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol.IV, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 28ª Ed., 2007.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, vol.III, 18ª Ed., 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VERDE, Giovanni. "Le ideologie del processo in un recente saggio", in *Rivista di Diritto Processuale*, nº 3, 2002.

WACH, Adolf. *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1914.

WALDER, Hans Ulrich. "Überspitzter Formalismus?", in HABSCHIED, Walter, HOFFMANN-NOWOTNY, Hans-Joachim, LINDER, Willy, MEIER-HAYOZ, Arthur (Orgs.). *Freiheit und Zwang. Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte. Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof.Hans Giger*. Bern: Stämpfli, 1989

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: RT, 6ª ed., 2007.