



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ÍTALO WESLEY PAZ DE OLIVEIRA LIMA

A MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO COMO REFORÇO AO
PROCESSO ACUSATÓRIO

SOUSA - PB
2010

ÍTALO WESLEY PAZ DE OLIVEIRA LIMA

A MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO COMO REFORÇO AO
PROCESSO ACUSATÓRIO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

SOUSA - PB
2010

ÍTALO WESLEY PAZ DE OLIVEIRA LIMA

A MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO COMO REFORÇO AO PROCESSO
ACUSATÓRIO.

Trabalho monográfico apresentado ao curso de graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Especialista Carla Pedrosa de Figueiredo.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Professora Especialista Carla Pedrosa de Figueiredo

Examinador interno

Examinador externo

Ao Nosso Pai Eterno,
Senhor de Tudo e de Todos.
À meus Pais, pelo Amor Incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, este grande arquiteto do universo que sempre foi a força de minha vida, idealizador de meus atos e realizador de meus sonhos.

Aos meus pais Moizés Alves de Lima e Guardalupe Paz de Oliveira Lima por terem sido, ao lado do grande Deus, o sustentáculo de tudo em minha vida. A eles devo toda a motivação, toda a garra e todo o desejo de sempre seguir em frente na realização de sonhos, independente do que aconteça.

Ao meu irmão mais novo Moizés Segundo, por ser um grande amigo e companheiro.

Aos tios que sempre foram companheiros nessa caminhada: Regina e Glêdson, José Wilson e Marineide, Manassés e Aldirene, Marineide e Heriberto, Moseneide e Francisco, Glória e José Mendes, Mosenir e José Pedra, Maurílio e José Paz.

Aos primos que tanto acreditaram em mim e que me deram força no decorrer dessa caminhada.

Aos professores que passaram por minha vida nos ensinamentos fundamental e médio, meu eterno agradecimento, a exemplo de Socorro e Graça Félix, Fátima Cabral, Guiomar, Socorro Aragão, Paulo Tibúrcio, Valdise, Hedilberto, Jr Negreiros, Rosinaldo, Rômulo, entre outros.

A minha professora orientadora Carla Pedrosa de Figueiredo, que me aceitou como orientando e me ajudou nessa monografia de tema novo e polêmico.

Aos professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais por minha formação acadêmica e por terem me auxiliado a formar um pensamento crítico em relação ao Direito e ao mundo, em especial aos mestres Epifânio e Mário (que me fizeram ter um pensamento mais científico em relação à realidade); Toinho, mestre de caris e um grande amigo fraterno que guardo no peito; os professores Jacyara, Monnizia Nóbrega, João de Deus Filho, Gracinha, Maria dos Remédios Barbosa, Anrafael Lustosa, Leonardo Figueiredo, Zelinha, Graziela, Ozael Fernandes, Manuel Pereira, Trajano e João Estrela.

Aos amigos que fiz na UFCG, que nada mais são do que uma extensão da minha família que eu pude escolher para serem meus familiares Paulo Henrique, Tiago Salviano, Fernando Marney (o eterno presidente do DAAM), Lucas Macário, Felipe Cardozo, Milena Duarte, Júlio Cesar Monteiro, Ricardo Víctor, Juninho de Bananeiras, Miquéias, Crisdaiane, Vitinho, Mauro Leonardo, Caio, Bárbara Birney,

Tiago Rodovalho, Pastor Eugênio, Plínio Almino, Viviane Cohen, Chico, Nathanael, Álvaro Agmo, Maíra Germano, Layane, Diana, Ariadnée, Chicão de Lauro, Anderson Maia e Noan.

Aos meus amigos Marcelo Fernandes, Murilo Arcoverde e Railma Fernandes, por quem possuo grande consideração e principalmente respeito.

Aos funcionários do CCJS Tico do RU, Paulinho Motorista, Paulinho Abrantes, Sílvio Macedo, Rosielly da Biblioteca, Carlinhos, Seu Raimundo Lucas, Edmilson, ao Capitão Lôô e Dona Cosuelo Barreto.

Aos amigos do Ministério Público Federal pelo aprendizado que tive nesse Parquet Federal e pelos bons momentos que tive nessa convivência de aproximadamente um ano: André Fernandes (o Batman), Joabson, Dayson Almeida, Luiz Tadeu (o velho Lulão), Thiago Coutinho e sua esposa Wassely, Bertônio (o técnico mais safado que existe), Simone, Chico Coió, José Correia, Rubinha, Rovilânio, Messias, Juninho, Nargelton e Dr.^a Livia Maria de Sousa, grande sustentáculo de saber jurídico.

A todos que me ajudaram nessa caminhada, mas porque a memória falha diante de tantos nomes, meus sinceros agradecimentos.

“Conheceis a verdade e a verdade vos libertará”

João 8:32.

RESUMO

A presente pesquisa científica centra o seu objeto de estudo na necessidade de mitigação do princípio do prejuízo na matéria das nulidades no direito processual penal. A investigação do presente trabalho de conclusão de curso foi norteadada pelos seguintes objetivos: demonstrar a inadequação da aplicação do princípio do prejuízo na realidade das nulidades de natureza absoluta; constatar a lesividade trazidas pela aplicação do princípio do prejuízo para a declaração de nulidades de cunho absoluto, que independem de demonstração de prejuízo; e provar a necessidade de modificação do sistema de nulidades do processo penal brasileiro, ante as novas garantias do processo penal de natureza acusatória que foram trazidas pela ordem constitucional de 1988. A pesquisa compõe-se, em termos de referencial teórico, nas obras de renomados doutrinadores nacionais. Ao alcance da atividade proposta, apresentou-se cabível a utilização dos métodos bibliográfico e exegetico-jurídico. Cumpre se mencionar que o tema que será discutido no decorrer desse trabalho possui grande relevância na medida em que o presente Código de Processo Penal passa por relevantes mudanças e a jurisprudência vem dando a entender que continuará a aplicar a necessidade de demonstração de prejuízo para decretar a nulidade dos atos processuais, ainda que tal nulidade seja absoluta. Por fim, se contemplará ao final desse trabalho algumas breves considerações acerca de possíveis efeitos extraprocessuais que podem ocorrer em virtude da aplicação do princípio do prejuízo, centrando argumentos na responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance.

Palavras-chave: Nulidades. Processo Penal Acusatório. Princípio do Prejuízo.

ABSTRACT

This research focuses its scientific object of study in the need to mitigate the loss on the principle of nullity in respect of criminal procedural law. The investigation of the completion of course work was guided by the following objectives: to demonstrate the inadequacy of applying the principle of injury in the reality of absolute nullity of nature, noting the harmfulness brought about by the application of the injury to the declaration of nullity of matrix absolute, which depend on demonstration of prejudice, and demonstrate the need for changing the system of criminal justice process annulments, before the new guarantees of criminal proceedings that were accusatory in nature brought about by the 1988 constitutional order. The research consists in theoretical terms, the works of renowned national scholars. The scope of the proposed activity, appeared to use appropriate methods of bibliographic and legal-exegetical. It should be mentioned that the issue will be discussed in the course of this work has great relevance to the extent that this Code of Criminal Procedure is relevant for changes and case law is hinting that it will continue to apply the need to demonstrate injury to declare the nullity of procedural acts, even if this is an absolute nullity. Finally, if you contemplate the end of this paper briefly discusses the possible effects that may occurring extra processuals through the application of the principle of the injury, focusing on the arguments of lawyer liability for loss of a chance.

Keywords: Nullities. Criminal indictment. Principle of injury.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SISTEMAS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	12
2.1 SISTEMA PROCESSUAL INQUISITIVO	12
2.2 O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO	15
2.3 O SISTEMA PROCESSUAL MISTO	18
2.4 O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL	21
3 AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL	25
3.1 ASPECTOS GERAIS	25
3.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS NULIDADES	27
3.3 ESPÉCIES DE NULIDADES	31
3.4 O PRINCÍPIO DO PREJUÍZO NO CPP	35
4 AS NULIDADES DIANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO	39
4.1 CRÍTICA DAS NULIDADES NO CPP	39
4.2 DAS CONSEQUÊNCIAS FORA DO PROCESSO PENAL	47
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, o mundo vive uma nova perspectiva com relação ao Direito. Com o advento do pós-positivismo e do fenômeno da constitucionalização do direito, é cada vez mais o reflexo da Constituição nos demais ramos do direito, sejam esses de direito material ou de direito processual. A realidade do período posterior à Segunda Guerra Mundial revelou a todo o mundo dois fatos que modificaram para sempre o modo de viver da sociedade mundial: as barbáries cometidas pelo regime nacional-socialista contra diversos povos e etnias; e a necessidade de mudança do modo como o ser humano vinha regendo suas relações sociais, em especial o Direito. Nessa realidade histórica, fundou-se a concepção que a nova ordem jurídica necessitava de maiores freios à autoridade absoluta do Estado, ao mesmo tempo que deveria ser promovida a humanização do Direito com fulcro de evitar a repetição dos horrores contemplados na primeira metade do século XX.

Diante dessa realidade histórica, o direito processual penal veio adquirindo feições novas com o decorrer do tempo, abandonando o modelo inquisitivo até então vigente para adotar o processo penal de natureza acusatória, que está materialmente e cronologicamente mais avançado por contemplar a influência dos direitos e garantias fundamentais, bem como a dignidade da pessoa humana que foram dispostos na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas no ano de 1948.

Nesse particular, o texto da Constituição Federal de 1988 trouxe em seu arcabouço inúmeras garantias jurídicas de direito material e de direito processual, além de uma grande quantidade de direitos e garantias fundamentais que se encontram distribuídos de forma dispersa ao longo de todo esse diploma legislativo. E dentre esses direitos e garantias fundamentais, o legislador constituinte originário contemplou o processo penal de natureza acusatória como sendo direitos fundamentais da pessoa humana

Sabe-se que, apesar do reforço ao sistema do processo penal acusatório trazido pela atual Constituição e pelas leis nº 11.690/2008, 11.719/2008 e 11.900/2009, as nulidades ainda continuam a ser vistas sob a ótica do processo

penal anterior à CF/88, que tinha por primazia a obtenção de resultados em detrimento das garantias fundamentais e da busca da verdade real dos fatos.

Portanto, não restam dúvidas que a necessidade para a mudança nessa sistemática, profundamente interligada a um período histórico fascista, que em nenhum momento se preocupava com os efeitos nefastos que um processo inquisitivo pode trazer à dignidade da pessoa humana.

Justifica-se esta pesquisa, pela indagação da problemática ligada à aplicação do princípio do prejuízo na práxis processual penal, visto que esta possibilita que as nulidades que podem ser prejudiciais ao esclarecimento dos fatos possam ser mantidas no processo caso a parte não possua a diligência de argui-la em tempo hábil e demonstrar a existência do nexo de causalidade entre o ato imperfeito e o prejuízo sofrido pela parte.

Perfunctoriamente, o presente trabalho visa apresentar toda a extensão dos problemas advindos desse sistema arcaico e arbitrário para as partes do processo (seja para a defesa, seja para a acusação), bem como demonstrar a afronta promovida pelo princípio do prejuízo à busca pela verdade real dos fatos e dos direitos e garantias de cunho processual que estão dispostas ao longo da norma, em tratados internacionais, ou mesmo que são apontadas pela moderna doutrina.

A ótica aplicada pelos aplicadores do direito à matéria das nulidades continua a ser regida por um posicionamento puramente instrumentalista, extremamente comum no processo penal de natureza inquisitiva, que vigorava no ordenamento jurídico anterior ao texto da Carta Magna de 1988, onde vigora de forma explícita o processo penal acusatório.

Dessa maneira, o sistema processual penal pátrio, no que é pertinente às nulidades, ainda é guiado por uma práxis extremamente mecânica e despreocupada com os males que podem advir de não serem anulados atos imperfeitos. Frise-se a forte possibilidade de que a prática desses atos pode culminar com a condenação indevida do acusado, situação repudiada sob a ótica do direito material.

2 SISTEMAS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 SISTEMA PROCESSUAL INQUISITIVO

Uma convivência social harmônica pressupõe a existência de regras jurídicas de direito material penal que, a par de seu caráter eminentemente repressivo, podem ser intencionalmente desrespeitadas pelos indivíduos componentes do tecido social. Tal premissa constitui a causa legitimadora para que o Estado, detentor constitucional do *ius puniendi*, possa exercer *in concreto* a sanção *in abstracto* estabelecida pela lei penal. Para executar esse poder-dever de aplicar a sanção do direito material, o legislador instituiu um conjunto de regras que têm por objetivo a formação de um lastro probatório suficiente e capaz de elucidar, de forma eficiente e imparcial, o fato delituoso com todas as suas circunstâncias. Diante de tal necessidade, o Código de Processo Penal surgiu para possibilitar a aplicação da lei penal.

À semelhança de qualquer legislação, o Código de Processo Penal brasileiro é guiado por determinados princípios informadores que classificam o processo penal nas demais legislações processuais penais alienígenas. A depender desses princípios informadores, o processo penal pode ser classificado como: processo inquisitivo, processo acusatório e processo misto, tendo cada um desses com suas particularidades.

O processo penal inquisitivo constitui uma espécie de processo que historicamente se encontra ultrapassado. O processo inquisitório é o processo característico da Idade Média. Num arremedo de apanhado histórico, a doutrina aponta a gênese do processo penal inquisitivo em Roma, nos fins da Antiguidade e começo da Alta Idade Média. Nessa etapa, já se permitia ao magistrado iniciar de ofício a persecução para a apuração de fatos criminosos. Porém, apenas após a instituição do Tribunal do Santo Ofício, popularmente conhecido como Santa Inquisição é que o processo inquisitivo passou a ser regra na realidade dos tribunais. Conforme esclarece Tourinho Filho (2010, p. 35):

O processo inquisitivo despontou em Roma, quando já se permitia ao juiz iniciar o processo de ofício, e, ao atingir a Idade Média, por influência da Igreja, o processo *per inquisitionem* passou a dominar toda ou quase toda a Europa continental, a partir do Concílio Lateranense, de 1215. Foi introduzido, na verdade, pelo Direito Canônico, mas, em seguida, viram os soberanos, nesse tipo de processo, uma arma poderosa, e por isso espalhou-se pelos tribunais seculares.

O processo inquisitivo é marcado por determinadas características que lhe dão configuração única, mas igualmente serviram para que esta espécie fosse abandonada no decorrer do tempo. Nessa esteira, se pode apontar como uma das principais características do processo inquisitivo a ausência de contraditório e ampla defesa, inexistindo por via oblíqua, a igualdade entre as partes litigantes e da liberdade processual. Perante esta modalidade, a parte possui direito de se defender ou de constituir defensor para a persecução penal. Porém, tal sistema impossibilita à pessoa do acusado amplo acesso aos meios de prova para que possa elaborar sua defesa, impossibilitando igualmente que o pólo passivo possa argüir suspeição do juízo, suspeição do órgão de acusação, requeira a ilegalidade das provas e presunções contra ele apresentadas.

Outra característica marcante para o sistema inquisitivo consiste na convergência de dois sujeitos processuais em uma única pessoa. Nesse processo, as funções do órgão acusatório e do órgão julgador se encontra indevidamente enfeixadas numa só pessoa, que consiste na pessoa do magistrado. É o componente do órgão judicante que inicia o processo de ofício para apurar a ocorrência da infração penal, recolhendo as provas que foram pertinentes ao caso e, ao final da instrução criminal, profere a sentença.

Fator importante diz respeito à apreciação das provas adotada pelo sistema acusatório. Duas características eram marcantes nessa espécie de processo. A primeira diz respeito ao fato da presença do sistema de apreciação tabelada da prova ou também denominado de sistema da íntima convicção ou da prova livre. Esse sistema consiste na premissa de que o julgador não é obrigado a exteriorizar (leia-se motivar) as razões ou as provas que o levaram a proferir determinada decisão. Nesse aspecto, a aceitação e a apreciação das provas constantes no processo ficavam ao arbítrio da pessoa do julgador, podendo inclusive se valer de conhecimento particular e presunções a respeito do caso, ainda que inexistam provas constantes nos autos.

Interessante característica própria do sistema processual inquisitivo diz respeito ao modo de obtenção das provas. Por ser o agente iniciador do processo, o juiz podia se valer de qualquer meio, inclusive de tortura e de outros meios atentatórios à dignidade humana, para obter aquela que era considerada a rainha de todas as provas: a confissão. Esta era considerada irretirável (uma vez proferida, o acusado não poderia desmentir eventual confissão), ao mesmo tempo que configurava prova de presunção *jure et de jure*, não se admitindo outras provas em contrário.

No que concerne às demais características do sistema inquisitivo, outro ponto marcante diz respeito a publicidade dos seus atos. Permeava um processo sigiloso e escrito, em que o acusado não tinha direito ou garantia a ele conferido. Nesse diapasão, a ausência de garantia e de publicidade dos atos do processo implicavam em sério cerceamento do direito de defesa. Balizando esse ensinamento, Tourinho Filho (2010, p. 122):

Às vezes, o processo inquisitório era levado a extremos tais que o segredo alcançava o lugar e a forma dele, a pessoa do julgador, o pronunciamento da própria sentença e, também, às vezes, era secreto o próprio momento da execução da condenação.

Interessante síntese é elaborada por Garcia-Velasco (apud Tourinho Filho, 2010, p. 123) para mencionar os traços básicos do processo inquisitivo. Segundo o mestre, os principais traços do processo inquisitivo são: a concentração das três funções, acusadora, defensora e julgadora na mão de uma única pessoa; a defesa constitui mera formalidade ou figura decorativa; a ausência de contraditório e de ampla defesa para o acusado; o processo de características sigilosas; o procedimento do processo é escrito; as provas são apreciadas de forma arbitrária, segundo a íntima convicção do magistrado, seguindo regras mais aritméticas do que processuais; a ausência de fundamentação das decisões pelo juiz; a confissão como rainha de todas as provas, servindo de elemento mais que suficiente para prolação de sentença condenatória; e a admissão de apelação contra a sentença prolatada.

Diante do apontamento dessas características, o processo penal de índole inquisitiva não encontra mais justificativa de subsistência, levando-se em conta a evolução jurídica proporcionada pela evolução dos tempos, ministrando especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e demais inovações

trazidas à baila pelo pós-positivismo jurídico. Este movimento de revisão valorativa contribuiu para o abandono de uma concepção mais instrumentalista do direito e uma lenta e sucessiva humanização do processo penal, justificando o abandono do modelo inquisitivo e a adoção de outro sistema processual.

2.2 O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO

Após tecer as considerações cabíveis acerca do processo penal inquisitivo, a atenção agora deve ser voltada para outra espécie de processo, qual seja, o processo penal de natureza acusatória. Regido de forma diametralmente oposta ao processo inquisitivo, o processo penal acusatório se rege por princípios que vão de encontro aos princípios que regem o processo de natureza inquisitiva.

O processo penal acusatório tem repercussão histórica recente, se levado em consideração o fato de que somente a história moderna terminou por consagrá-lo na maioria das legislações. O processo acusatório tem origem na Índia, bem como foi largamente utilizados pela república ateniense e pelos romanos desde o fim do período republicano. Porém, com o surgimento do processo inquisitivo, o processo acusatório teve o seu desenvolvimento sustado no decorrer do desenvolvimento histórico da humanidade, sendo retomado apenas na França do século XVIII, após a ocorrência da Revolução Francesa. O desenvolvimento do processo acusatório na França se deveu a criação, no século XIV, de um novo sujeito para a relação processual, que passaria a figurar como a parte acusadora no processo penal: le *procureurs du roi*, os procuradores do rei que inicialmente tinha a função de proteção, em juízo, do tesouro do rei, efetuando a cobrança judicial dos impostos devido à coroa de Versalhes. Posteriormente, estes procuradores da corão seriam o embrião do que hoje corresponde aos membros do Ministério Público, conforme lição de Rangel (2009, p. 50):

No sistema acusatório, o juiz não mais inicia, *ex officio*, a persecução penal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para propositura da ação. Na França, em fins do século XIV, surgiram le *procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público.

As características do processo penal acusatório são diametralmente opostas àquelas apresentadas pelo processo penal inquisitivo. A primeira característica que a doutrina atribui para o processo penal acusatório consiste na separação das funções dentro do processo. Essa constitui a principal característica desse sistema processual. E essa premissa constitui a principal tecnologia jurídica trazida dentro do processo acusatório. A reserva das funções de acusação, defesa e jurisdicional a pessoas distintas contribuiu para que o processo acusatório se provasse mais eficiente e avançado historicamente. Coadunando com essa afirmativa, Verger Grau (apud Rangel, 2009, p. 50):

O importante é não encomendar ambas as tarefas (acusar e julgar) a mesma pessoa: o juiz. A separação inicial de ambas as funções é pressuposto necessário mesmo que não suficiente para configurar o caráter acusatório do processo.

No fundo a última razão do processo acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgador *supra partes*"

Outro ponto marcante no que diz respeito ao processo penal acusatório, consiste na publicidade de seus julgamentos. Diametralmente oposto ao sigilo característico do processo inquisitório, no modelo acusatório o acusado tem ampla cognição acerca dos fatos contra ele alegados, as provas produzidas contra ele, pode indicar provas a serem aceitas pelo magistrado, além do fato de que os atos praticados no processo são de amplo conhecimento de todos, ressalvados os atos que a lei atribui caráter sigiloso (que via de regra são atos de exceção).

Da separação das funções processuais e da publicidade dos atos processuais se aduz outra grande marca do processo penal de natureza acusatória, qual seja, a existência da ampla defesa e do contraditório. Ao contrário do processo de natureza inquisitiva, os princípios do contraditório e da ampla defesa são princípios informadores de todo o processo. Dessa forma, é garantido ao réu o status de sujeito de direitos, gozando das garantias constitucionais outorgadas. Dessas garantias constitucionais, o acusado pode utilizar de meios amplos para produzir a sua defesa. Nessa esteira, pode contraditar testemunhas e provas, argüir a suspeição ou a incompetência de juízo ou do membro do Ministério Público, argüir a ilegalidade de eventuais provas obtidas por meios ilícitos, entre outras.

Portanto pode-se afirmar que uma característica marcante do processo acusatório diz respeito à matéria das provas. Quanto a apreciação das provas, o

sistema acusatório não admite em seu bojo a presença de provas obtidas por meios ilícitos, imorais ou que afrontem o princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente os meios considerados cruéis, vexatórios ou que apresentem qualquer tipo de periculosidade para a pessoa humana.

No que concerne ao sistema de provas do processo penal acusatório, ao contrário daquele que regia o sistema inquisitivo, nele predomina o sistema da livre convicção ou da persuasão racional. Tal sistema permite à pessoa do julgador que se valha de qualquer meio de prova constante no processo para proferir o provimento jurisdicional, desde que explicita na sentença as razões que o levaram a adotar ou mesmo rejeitar determinada prova, apresentando de forma racional os seus motivos. Dessa forma, o juiz pode desprezar laudo científico elaborado por perito caso não se convença do que nele foi constatado; rejeitar a confissão do acusado caso a mesma não esteja em consonância com os demais elementos; proferir sua sentença com base em determinadas testemunhas; da maior valor de prova ao depoimento de um declarante. A liberdade do magistrado, nesse sistema de livre convicção é quase irrestrita, havendo como único freio o dever de motivar de forma racional a adoção e a quantificação do valor probatório dado à prova. Confirmando essa diretriz, Tourinho Filho (2009, p. 538) aduz:

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coarctar os movimentos do juiz no sentido de investigar a verdade como acontecia no sistema das provas legais, está o sistema da livre convicção ou do livre convencimento. De modo geral, admitem-se todos os meios de prova. O juiz pode desprezar a palavra de duas testemunhas e proferir sua decisão com base no depoimento de uma só. Inteira liberdade tem ele na valoração das provas.

A crítica tecida por Tourinho Filho diz respeito a outro sistema de provas que chegou a vigorar no processo penal pátrio, qual seja, o sistema das provas legais. Segundo esse sistema de apreciação das provas, apenas as provas que estavam expostas nos autos e que foram trazidas pelas partes eram válidas para o processo. Além disso, a própria lei previa os tipos de provas exclusivamente válidas, além de tabelar os valores pertinentes a cada prova. O próprio Tourinho Filho (2010, p. 590) faz singelas considerações acerca do tema:

O juiz devia decidir segundo as provas existentes nos autos, e a lei exigia que tais ou quais fatos se provassem dessa ou daquela maneira, sendo

que, às vezes, previa-se o valor dos meios probatórios se satisfeitas certas condições ou pressupostos. O conhecido brocardo *testis uno testis nullus* (um só testemunho não tem valor), tinha, no sistema das provas legais, inteira aplicação.

Dessa forma, o sistema de prova tabelada igualmente chegou a vigor no Brasil, tendo como momento histórico o final do século XIX e boa parte da primeira metade do século XX.

2.3 O SISTEMA PROCESSUAL MISTO

Segundo a doutrina, existe outra espécie de sistema processual penal, que constitui na fusão das duas espécies anteriormente apresentadas, mesclando as características pertinentes a cada um desses sistemas processuais. Trata-se do sistema processual penal misto, uma espécie de terceira via encontrada por alguns doutrinadores para fechar a fórmula de classificação dos sistemas processuais que não apresentam características exclusivas de um dos procedimentos outrora apresentados.

O sistema processual penal misto tem origens históricas no período imediatamente posterior à Revolução Francesa. Nessa época imediatamente posterior ao Terror espalhado pelo revolucionário Robespierre, passou-se a adotar um procedimento em que não se excluía as características do processo penal bem semelhante ao processo inquisitivo), porém o seu julgamento era realizado, perante as tribunas populares, nos moldes feitos no sistema penal acusatório.

O processo penal misto tem índole profundamente arraigada no pensamento liberal clássico. Tal tendência se identifica em virtude do aumento do número de garantias do réu presente nesse tipo de processo. Assim, a tendência foi a de manter os atos sigilosos ao mínimo possível, concernente apenas à fase pré-processual de investigação do fato, sendo na fase de julgamento conferidas ao réu toda uma gama de direitos e garantias concernentes ao processo. Atestando tais fatos, aduz Tourinho Filho (2010, p. 123):

Esse sistema misto, que se espalhou por toda Europa continental, no próprio século em que surgiu, começou a sofrer sérias modificações, dada a

tendência liberal da época, exigindo fossem aumentadas as garantias do réu. E, realmente, na própria França, a Lei Constans, de 8-12-1897, assegurava ao acusado o direito de defesa no curso da instrução preparatória. Antes mesmo daquela lei francesa, outros Códigos europeus, como o austríaco, o alemão e o norueguês, já haviam sido atingidos pela corrente liberal.

Segundo essa espécie de processo penal, o mesmo era dividido em duas grandes fases: uma fase de índole inquisitorial, feita perante a esfera policial; e outra fase de índole acusatória, feita perante a autoridade judicial, instruído com todas as garantias pertinentes ao processo penal acusatório. Com relação aos princípios informadores desse tipo de processo penal, cumpre fazer determinadas considerações.

Na primeira fase do processo penal de natureza mista, os princípios informadores constituem, em sua maioria, os que caracterizam o processo penal de natureza inquisitiva. Dessa forma, nele vigoram boa parte das características do processo penal inquisitivo. Nesse diapasão, vigora o sigilo um procedimento escrito, de natureza sigilosa, escrito, desprovido de contraditório e de ampla defesa. Nesse aspecto, as provas apreciadas são exclusivamente aquelas colhidas e escolhidas pela autoridade policial.

Mas uma ressalva deve ser mencionada aqui. No que diz respeito à matéria de obtenção das provas constantes nessa fase do processo. No processo inquisitivo clássico, sendo considerado aquele que predominou durante a Idade Média, o inquisitor poderia se valer de todos os meios possíveis para que pudesse obter as provas que o mesmo julgasse necessário para a instrução do processo. Dessa premissa, boa parte das provas constantes no processo eram obtidas por meios imorais, cruéis, vexatórios e que batiam de frente com o princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo da obtenção da confissão do acusado por meio de tortura. Com relação ao processo misto, não existe essa inteira liberdade na obtenção das provas. Aqui, a lei processual veda que constem nos processos qualquer tipo de provas ilegais (assim entendidas aquelas que contrariam dispositivos da lei), provas imorais, vexatórias ou qualquer tipo de prova que tipifique em violação do princípio a dignidade da pessoa humana. Exemplo disso constitui o mandamento expresso no artigo 7º do Código de Processo Penal, que assim o dispõe:

Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder a reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade e a ordem pública.

Com relação à fase procedimental pertinente ao processo acusatório, o processo penal de natureza mista pouco ou mesmo em nada se difere do processo acusatório atualmente vigente. Afinal, todas as garantias constitucionais outorgadas e pertinentes ao processo são mantidas de forma a se poder afirmar, que nessa fase ocorre verdadeira sinonímia entre essas duas espécies de processo penal. Sintetizando esta espécie de processo penal, Nucci (2008, p.116) afirma que o mesmo:

Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.

Em outra síntese elaborada por Tourinho Filho (2009, p. 36) o mesmo aduz que tal processo:

Desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar, a cargo da Polícia Judiciária, sob a orientação do Ministério Público; b) instrução preparatória, a cargo do Juiz instrutor; e c) fase do julgamento. Das duas primeiras não participa a Defesa. Na fase do julgamento, o processo se desenvolve *contradictoirement*.

Atualmente, esse tipo de procedimento constitui o mais comum, inclusive na própria França, onde o mesmo surgiu. Mas, é importante mencionar que essa espécie de processo penal adquiriu uma índole mais instrumental e autoritária, sendo que a atualidade terminou por consagrar esse processo penal não apenas na França, mas em outros países europeus e até mesmo na América Latina. Exemplo disso se faz no *Código de Enjuiciamiento Criminal* da Venezuela.

2.4 O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL

Diante dos sistemas processuais penais que foram apresentados, surge a dúvida acerca de qual das três espécies de processo é adotada no Brasil. E dentre os sistemas anteriormente apresentados, apenas dois deles são objeto de celeuma quanto à classificação do sistema processual pátrio: o sistema processual penal acusatório e o sistema processual penal misto. O sistema inquisitivo se encontra historicamente ultrapassado, não mais vigorando em nenhuma legislação atualmente aplicada.

Duas correntes doutrinárias se digladiam para convencer acerca do sistema processual vigente no Brasil, segundo os ditames da legislação constitucional, infraconstitucional e segundo os princípios jurídicos vigentes. Nesse aspecto, a doutrina faz a escolha do sistema processual segundo dois focos: pelo foco da legislação constitucional e pelo foco da legislação infraconstitucional. A depender da análise da legislação, o estudo levará o hermeneuta a opções diferentes. Nesta esteira, os principais doutrinadores são Tourinho Filho e Nucci.

A corrente doutrinária majoritária, encabeçada por Tourinho Filho afirma que o processo penal brasileiro é um processo penal de natureza acusatória. Tal afirmação decorre dos princípios, direitos e garantias processuais trazidos pelo legislador constituinte de 1988. Para essa corrente majoritária, o legislador constituinte foi peremptório na escolha do sistema acusatório devido o fato de ter mencionado, a longo do texto da constituição diversos dispositivos que somente podem ser consagrados em um sistema de índole acusatória, a exemplo da proibição de juiz ou tribunal de exceção; da ampla defesa e do contraditório; a proibição de sigilo dos atos processuais; a proibição de provas ilícitas no processo penal; entre outros.

Outro ponto que reforça a opinião daqueles que defendem diz respeito às garantias igualmente trazidas pelas recentes reformas do Código de Processo Penal advindas das leis nºs 11.690/2008, 11.719/2008 e 11.900/2009, que traz importantes novidades, a exemplo da proibição de provas lícitas provenientes de provas ilícitas; a possibilidade que tem o réu de acompanhar a oitivas de todos os depoimentos na audiência de instrução e julgamento; a inexistência de revisão *pro societate*; entre

outros institutos que já existiam e aqueles que foram posteriormente incorporados ao diploma ritualístico repressor.

Nesse diapasão, a Carta Constitucional de 1988 trouxe à baila uma série de direitos e garantias fundamentais com o objetivo de empregarem ao processo penal um sistema que tenha como elemento justificador a dignidade da pessoa humana em toda a sua extensão.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu arcabouço normativo inúmeras diretrizes que se propuseram a humanizar o processo penal, havendo a adoção expressa do texto constitucional pelo sistema processual penal de natureza acusatória, mais voltado às garantias contemporâneas do processo. Por conseqüência, inúmeros institutos do Código de Processo Penal passam a merecer uma nova reflexão, no sentido de se estabelecer uma compatibilidade vertical entre tais institutos e a escolha política do legislador constituinte. Tal necessidade advém, precipuamente, da forte irradiação normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil.

Em virtude da ascensão do pós-positivismo e do fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do direito, a Constituição Federal de 1988 também irradiou sua influência (principalmente no que refere aos direitos e garantias processuais) à processualística penal, modificando a sistemática que até então regente do processo penal pátrio. Com a Carta Magna vigente, foi projetado não mais um processo penal de natureza inquisitiva, um processo penal de natureza acusatória, de índole garantista e mais comprometido com o atual espírito da Constituição.

Igualmente aduz tal corrente doutrinária que, apesar de sua natureza acusatória, o processo penal pátrio não é um processo penal puro, com características exclusivamente pertinentes ao processo acusatório. No decorrer do processo diversos atos a serem praticados pelo magistrado configuram como sendo próprios do processo penal inquisitivo. Esse constitui o pensamento de Tourinho Filho (2010, p. 125):

Diga-se de passagem, contudo, que o nosso processo penal não é um processo penal acusatório ortodoxo. Há uma gama de atos conferidos ao juiz que em rigor deveriam competir às partes: requisitar inquérito, ser destinatário da representação, decretar, de ofício, prisão preventiva,

conceder *habeas corpus* sem provocação da parte, determinar aprova que bem quiser e entender, ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes, quebrando, assim, o princípio acusatório...

A outra corrente doutrinária, esta minoritária, encabeçada por Guilherme Nucci, defende que o processo penal brasileiro não é um processo penal de natureza acusatória, mas sim um processo penal de natureza mista. Defendem tais autores que a afirmativa de que o processo penal pátrio possui natureza acusatória advém unicamente da adoção de um enfoque puramente constitucional. Ou seja, da leitura pura e simples da Constituição Federal se tem a percepção que o processo brasileiro tem natureza acusatória. Porém esses autores afirmam que além do foco a ser dado ao texto constitucional, o hermenêuta não pode se olvidar de mirar atenção nos princípios formadores da legislação processual penal, em que ainda se encontram diversos dispositivos que se arraigam no processo penal inquisitivo.

Dessa forma, essa corrente doutrinária diz que não se pode negar a presença de duas faces nessa medalha. Afinal, a presença da fase pré-processual no Código de Processo Penal exclui boa parte das garantias constitucionais presentes e no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa fase inicial, que é dirigida pela autoridade de polícia, as garantias constitucionais de maior vulto são postergadas para a fase judicial ou processual. Afirmam tais juristas que se o processo penal fosse acusatório de forma genuína as provas que fossem colhidas na fase do inquérito (que não passam pelo crivo do contraditório e da ampla defesa) deveriam ser simplesmente ignoradas, fato que não ocorre na realidade do processo. Dentre os defensores desse sistema processual, Nucci (2008, p. 117) afirma com veemência que:

É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Contudo, baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, etc). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através de inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, concursado, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor das investigações, etc). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório.

Complementando as lições de Guilherme de Souza Nucci, Feitoza (2008, p. 49) afirma que:

No cotidiano forense, é comum se afirmar que o sistema brasileiro é acusatório, primeiro, pelo simples fato de o juiz ou tribunal não poder começar o processo penal de ofício, ou seja, o juiz ou tribunal depende de um pedido do acusador (propositura da ação penal ou oferecimento de denúncia ou queixa) para poder iniciar o procedimento que leva a julgamento (sentença condenatória ou absolutória), que é a fase da persecução penal que, no Brasil, é denominado processo penal (propriamente dito); segundo, porque as partes debatem durante o processo, em contraditório, e se afirma a ampla defesa.

Entretanto, um "observador externo" ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo. Além disso, diria que se encontra numa espécie de 'fase embrionária' do sistema misto, ainda no século XIX.

Apesar dos brilhantes argumentos trazidos à baila pelos processualistas Guilherme de Souza Nucci (2008) e Denilson Feitoza (2009), não há como negar que o sistema processual brasileiro, à semelhança do que afirma a maioria da doutrina processualística pátria, é um sistema de natureza acusatória visto a opção expressa do legislador constitucional por esse modelo. Somado a tudo isso, vemos que somente o processo penal acusatório tem o condão de impregnar de humanismo o processo penal, complementando o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual o processo acusatório busca a sua justificativa para existir.

3 AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

3.1 ASPECTOS GERAIS

Antes de examinar o mérito acerca das nulidades pertinentes ao processo penal, cabe preliminarmente adentrar um pouco na própria conceituação do termo processo. O processo constitui no instrumento utilizado pelo Estado, na qualidade de prestador da atividade jurisdicional, para exercer a pretensão punitiva *ius puniendi in concreto* advinda da lei penal de natureza material. Dessa premissa, infere-se que o processo consiste em verdadeira tecnologia jurídica. É o verdadeiro meio hábil para se possibilitar ao órgão judicante a cognição completa e imparcial acerca da matéria ocorrida no plano fático e que gera, por via direta, conseqüências ao plano jurídico (este entendido como um dever ser). Acrescente-se que além de possibilitar o conhecimento dos fatos ao magistrado, o processo deve igualmente balizar as garantias próprias pertinentes ao ser humano, rechaçando a prática de qualquer tipo de ato jurídico que possa ocasionar prejuízo a qualquer das partes litigantes.

Sendo instrumento de materialização do poder punitivo através da aplicação da sanção penal abstratamente cominada pode se inferir que, pela sua importância, os atos componentes do processo devem guardar o mais absoluto respeito à fórmula garantista que a Constituição Federal quis imprimir em seu espírito.

Assim, para elucidar os fatos de maneira clara, imparcial e garantista, o Código de Processo Penal dispõe os atos processuais que devem ser praticados no decorrer de toda a fase processual, desde a fase cognitiva até a fase de execução. Dessa forma constitui verdadeiro imperativo de ordem pública que os atos praticados em toda a instrução criminal sejam aqueles que estão tipificados, seja na lei processual penal, seja nos procedimentos especiais trazidos em legislações esparsas. Nesse diapasão, é assentado na doutrina que os atos que seguem as formas prescritas na lei processual penal são hábeis e perfeitos juridicamente para gerarem os seus efeitos no processo penal. Coadunando desse entendimento Grinover (2008, p. 120):

O ato jurídico, no seu nascedouro, deve estar perfeito para que possa gerar os devidos efeitos. Isto é, a perfeição a que se quer chegar decorre da conformidade do ato jurídico com as normas legais. Nesta linha, verifica-se que o processo, instrumento pelo qual se dá a jurisdição, através de seus atos chamados processuais, que são espécies de atos jurídicos, devem, da mesma forma, desabrochar de forma típica e regulada.

Dessa forma, para que os atos processuais possam produzir seus efeitos dentro e fora do processo e para que a ordem jurídica não pereça, se faz necessário que os atos que são praticados dentro do processo sejam aqueles que o legislador ordinário estabeleceu como modelo e que devem ser praticados segundo os ditames traçados pelo legislador infraconstitucional. Isso, como pode ser inferido, é denominado como tipicidade dos atos processuais.

A tipicidade dos atos no processo penal provém não apenas das leis processuais, mas, principalmente, da Constituição Federal, visto que esta assegura todo um conjunto de garantias fundamentais pertinentes ao processo, a exemplo das garantias da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal. E sendo pautada no ideal de um processo de espírito garantista, a tipicidade das formas do ato processual se converteu em verdadeira garantia para as partes e como norte para uma correta prestação jurisdicional. Consiste a tipicidade das formas, numa definição mais prosaica, como a verdadeira bússola de ouro para os judicantes, sendo reforçada pelas garantias constitucionais próprias.

Diante do fato que a tipicidade dos atos processuais seja verdadeira necessidade na processualística pátria, os eventuais defeitos que incidam sobre esses atos devem ser invalidados da instrução processual por meio do instituto das nulidades. Segundo a doutrina tradicional, a nulidade consiste na sanção decretada pelo órgão jurisdicional em relação aos atos praticados sem a devida observância prescrita nos parâmetros traçados pela norma jurídica. Dessa forma, a nulidade possui um sentido duplo: ora pode ser considerado como o motivador da decretação de determinado ato como imperfeito, ora pode expressar a consequência jurídica que se deriva da sua imperfeição, nesta última se confundindo com o próprio conceito de ineficácia. Balizando ambos os sentidos, Mossin (2005, p. 61), afirma que:

Nessa linha de consideração, colhe-se do magistério de Eduardo Espínola que deve ser aceita a concepção de que a nulidade é o efeito específico da

falta de cumprimento das disposições legais, gerando como consequência para o ato a invalidade ou a possibilidade de invalidá-lo.

Essa concepção de nulidade extraída do pensamento de Eduardo Espínola vem sendo objeto de críticas por parte dos processualistas mais modernos. As críticas decorrem do fato de que essa concepção de Espínola se encontra muito atrelada à idéia de sanção. Para tais processualistas, não se justifica que as nulidades ainda sejam encaradas como uma sanção pela prática de atos atípicos na relação processual. Na verdade, as nulidades mereceriam ser encaradas como sendo hipóteses de ineficácia do ato processual, consistindo mais no efeito ou consequência da falta de cumprimento das disposições da lei. Explicando o pensamento de tais processualistas, Mossin (2005, p. 63) aduz:

Dessa forma, toda vez que não cumpridos os regramentos jurídicos previamente traçados pela norma processual penal, a consequência, como apenação, é o reconhecimento da ineficácia desse ato, que pode contaminar todo o processo ou a relação jurídico-processual.

Com isso, e segundo o pensamento de Mossin (2005), as nulidades não passam de um reconhecimento de ineficácia, que seria por si só a sanção necessária para o ato.

3.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS NULIDADES

De maneira similar a qualquer instituto jurídico, as nulidades no processo penal são regidas por um conjunto de princípios que têm como função servir de norte não apenas para a atividade do legislador infraconstitucional em disciplinar o procedimento, mas de maneira igual para orientar ao magistrado representante do Estado no modo de aplicação das nulidades à causuídica apresentada pela práxis.

Tal esforço foi encarado pela doutrina, que aponta como regentes da matéria das nulidades os seguintes princípios: o princípio da tipicidade das formas; *pas de nullité sans grief* (o princípio de que não existe nulidade sem a demonstração de prejuízo); o princípio da inexistência de nulidade praticada pela parte que a argúi; instrumentalidade das formas dos atos processuais; o princípio da permanência da

eficácia do ato; o princípio da conservação dos atos independentes; e, por último, o princípio de inexistência de nulidade de atos irrelevantes para o deslinde da causa.

Pela inteligência do princípio da tipicidade das formas, este supõe que os atos aptos a serem reconhecidos como atos processuais deverão ser aqueles que a lei expressamente elencou. Explicitando melhor esse princípio, Machado (2009, p. 432) afirma:

A começar pelo já mencionado princípio da tipicidade das formas, que supõe a previsão em lei a respeito de quais atos devem ser praticados no processo; de que forma deverão ser realizados e qual o momento processual oportuno para a sua prática. Trata-se, portanto, de uma previsão dos modelos, ou *standards*, que devem ser observados para a prática dos atos que compõem todo o procedimento.

O princípio da inexistência de nulidade sem a demonstração do prejuízo (igualmente reconhecido pelo brocardo francês *pas de nullité sans grief*) prescreve que o magistrado somente deve aplicar a nulidade ao ato processual caso seja demonstrado que tal ato ocasionou um prejuízo para qualquer das partes, seja a acusação ou a defesa. Dessa forma, toda a matéria que rege as nulidades devem se basear sob a ótica do prejuízo, em conformidade com o que descrito no artigo 563, do Código de Processo Penal, que prevê "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."

Entre as várias razões que justificam a adoção do referido princípio, se pode citar o Princípio da Economia Processual, dispondo que no desenvolver do processo, a alegação da nulidade sem poder se auferir empiricamente o prejuízo significaria dela decorrente, ocasionaria a paralisação desnecessária do desenvolvimento da marcha processual, havendo, portanto a necessidade de nova prática dos atos processuais o que implicaria em uma enorme perda de tempo e de gastos materiais com as partes. Some-se a tal fato o argumento de ocorrência de atos procrastinatórios a serem executados pela partes, com nítido escopo de fraude processual.

Por isso há necessidade de avaliar o prejuízo que pode acarretar a ambas as partes e ao processo, se nenhum prejuízo decorrer com o prosseguimento da execução, não há que se falar em nulidade.

O princípio da inexistência de nulidade provocada pela parte que a argúi visa evitar que qualquer das partes do processo venha a se beneficiar de sua própria

torpeza na condução do processo. Dessa forma, não poderão argüir nulidade as partes que houverem dado causa e concorrido com a mesma, conforme descrito no artigo 565, do mesmo diploma, qual seja "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa ou tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só a parte contrária interesse."

Pacelli (2010, 234) esclarece que o legislador procurou afastar qualquer método a ser utilizado pelas partes com a finalidade exclusiva de obter a declaração de nulidade processual, implicando no retrocesso da marcha processual, levando prejuízo a todos.

Cumpram-se mencionar um aspecto interessante relacionado à aplicação do referido princípio. A aplicação do mesmo não fica vinculada exclusivamente aos casos em que as nulidades são provocadas pela partes com o objetivo de turbação da marcha processual, hodiernamente denominada de dolo processual. Igualmente se aplica tal princípio nos casos em que a parte deu causa à nulidade por virtude de sua própria desídia. Tal premissa decorre devido à literalidade da lei. Para esta, tanto o dolo processual como a desídia da parte na prática dos atos processuais constituem meio idôneo para que se vede que, em momento posterior, a parte possa argüir a ocorrência da nulidade por ela mesma provocada ou para a qual ela concorreu para a que a nulidade ocorresse.

Cumpra-se agora mencionar o princípio da instrumentalidade das formas, como um dos princípios que regem as nulidades. Esta dispõe que todas as formas processuais, bem como as procedimentais existem para o benefício pleno dos litigantes e magistrados, tendo em que o processo se resume em uma seqüência de atos, com uma finalidade específica, afinal só existem em razão de um único meio e não o fim.

Assim, fala-se em Instrumentalidade das Formas (*pas de nullité sans grief*) para realçar exatamente a função que se lhe atribui a legislação: a função de meio, de instrumento, e não do próprio direito. Sendo os atos processuais o modo que possibilita o conhecimento dos fatos que podem se amoldar às condutas proibitivas da lei material penal (e sendo o conhecimento dos fatos ocorridos o fim proposto pelo processo de natureza cognitiva), por esse princípio não se justifica o emperramento da cognição devido a formalidades por vezes acessórias na elucidação a realidade fática.

Pelo princípio da permanência da eficácia, o ato defeituoso produzido no bojo do processo terá plena eficácia (produzindo, pois os seus efeitos normalmente) até que se sobrevenha o momento de manifestação judicial no sentido de reconhecer e declarar a invalidade deste ato. Dessa forma, e à semelhança do que ocorre na declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, há no processo a presunção de natureza *juris tantum* de que os atos processuais praticados estão de acordo com as exigências legais. Nesse ponto, igualmente sábia a lição de Machado (2009, p. 433), ao afirmar que:

Pelo princípio da permanência da eficácia do ato, diz-se que o ato processual viciado produz seus efeitos até o momento em que venha a ser declarado nulo. Assim, mesmo defeituoso, o ato segue no processo surtindo efeitos como se fosse válido, até que o juiz declare a sua invalidade, retirando-o do universo processual e determinando, quando for o caso, a nova realização dele.

Pela regra da conservação dos atos independentes, o magistrado que declarar a nulidade de determinado ato deverá preservar os atos independentes do ato nulo. Por conseqüência lógica, os atos que não guardam circunstância causal com o ato anulado deverão subsistir no corpo do processo pelo simples fato de não comungarem da mácula do ato nulo. Segundo a lição de Machado (2009, p. 433):

A regra da conservação dos atos independentes manda que se preservem os efeitos daqueles atos que foram praticados posteriormente ao ato declarado nulo, desde que aqueles efeitos não dependam nem sejam conseqüência deste último. A mesma regra se aplica aos atos complexos que poderão ser anulados apenas parcialmente, mantendo-se a parte o ato que não foi atingida pelo vício de forma (art.573, § 1º do CPP). Como contrapartida dessa regra, fala-se no princípio da causalidade ou da nulidade derivada, que determina a nulidade dos atos que, mesmo válidos, dependam do ato declarado nulo.

Por último, têm-se o princípio de que não existe nulidade pela ocorrência de ato que seja irrelevante para o deslinde da causa. É preciso esclarecer que há nulidades que geram diversos prejuízos importantes, que derivam de atos processuais nulos, com aptidão para influenciar no convencimento do juiz e na apuração da verdade; mas também há nulidades que não ultrapassam aquilo que a doutrina denomina de abstração legislativa. Consiste tal abstração na hipótese de o ato, a par de praticado, em nada contribuir para a cognição da verdade real dos fatos.

Reza o artigo 566, do Código de Processo Penal que "não será declarada nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

Assim, baseado no princípio geral de que, sem prejuízo, não há que se falar em nulidade, é possível haver um ato processual praticado sem as formalidades legais, que, no, entanto, foi irrelevante para chegar-se à verdade real no caso julgado. Assim, preserva-se o praticado e mantém-se a regularidade do processo.

3.3 ESPÉCIES DE NULIDADES

No que concerne à disposição das nulidades na sistemática do processo penal, a doutrina adotou como critério para classificar as nulidades a gravidade do defeito de forma apresentado pelo ato. Assim, conforme se possa aferir a gravidade do vício que o ato apresenta, as nulidades podem se apresentar perante duas espécies: a nulidade de cunho absoluto e a nulidade de cunho relativo.

A partir do critério de gravidade do defeito que macula o ato, pode se afirmar que as nulidades absolutas se identificam como sendo aquelas que apresentam um grave defeito e maculam indelevelmente algum dos princípios constitucionais que norteiam o devido processo penal, sendo, pois decorrente de violação de uma forma que a lei elegeu como essencial à elucidação dos fatos e à proteção de interesse social de ordem pública. É o caso da inobservância de formalidades que visam garantir a observância do devido processo legal e o respeito às liberdades públicas do réu. Tal nulidade sempre transgride norma constitucional norteadora do processo e podem ser reconhecidas e declaradas de ofício pelo magistrado. Nessas hipóteses, de violação das liberdades fundamentais, o ato ou até mesmo o processo serão sempre considerados nulos, independente da ocorrência de prejuízo para qualquer das partes. Dessa constatação se extrai o entendimento de que o prejuízo resultante de nulidades absolutas é sempre presumido. Assim, é desnecessário que a parte suscitante demonstre o prejuízo que sofreu, constituindo assim uma presunção *juris et de jure*, que o direito não admite que haja prova em contrário. Constitui assim autêntica presunção de natureza

absoluta. Dispondo acerca desse tipo de nulidade, Tourinho Filho (2009, p. 504) aduz:

Para o Código, haverá nulidade absoluta da relação processual se ausente uma daquelas circunstâncias referidas nos incisos I e II do artigo 564 ou uma das fórmulas ou termos elencados no inciso III do artigo 564 do CPP, ou se houver omissão de formalidade essencial de qualquer desses atos. Diz-se absoluta porque não admite sanatória.

Sendo tal nulidade uma afronta aos preceitos traçados pela Constituição e às garantias pertinentes ao processo justo, recheado de garantias e de índole acusatória, uma nulidade absoluta constitui mácula de interesses públicos e essenciais à ordem jurídica. Aprofundando os ensinamentos anteriormente citados, Machado (2009, p. 430) afirma de forma peremptória que:

Uma vez que a nulidade absoluta atinge o interesse público de maneira irreversível, chegando mesmo a afetar o devido processo legal, o juiz deverá decretar, de ofício, a nulidade do ato ou, em certos casos, até mesmo a nulidade de todo o processo.

Machado (2009) menciona um aspecto interessante e pertinente ao assunto das nulidades absolutas: o seu conhecimento de ofício. Esse fato se deriva da irreversibilidade do dano ao interesse público pertinente ao processo. Por afrontarem as formalidades que o ordenamento jurídico reporta como necessários para a Constituição ou mesmo a condução da relação processual, as nulidades absolutas poderão ser reconhecidas pelo magistrado havendo ou não diligência das partes em alegar em juízo a ocorrência daquelas, ocorrendo o fenômeno de sua cognição ampla por parte do órgão julgante.

Outro ponto que merece foco na análise da nulidade absoluta diz respeito ao seu momento de conhecimento. Tal nulidade pode ser conhecida pelo órgão jurisdicional a qualquer tempo e a qualquer grau de jurisdição, inclusive em sede de recurso ou mesmo de revisão criminal. Encontra-se nesse ponto, caracterizada uma espécie de imprescritibilidade da nulidade de natureza absoluta. Em virtude do prejuízo (presumido, diga-se de passagem) de grande gravidade que pode advir dessa espécie de nulidade, não pode esta ser sanada em virtude da ocorrência da preclusão temporal. A nulidade não se convalida no decorrer do processo. De tal forma que a sua declaração por parte do órgão jurisdicional (seja este juízo *a quo* ou

ad quem, seja nos casos de competência originária, de competência recursal ou mesmo de competência constitucional) pode assegurar a ocorrência de um processo justo.

Essa regra somente comporta uma exceção: a incidência da coisa julgada da sentença de natureza absolutória. Devido à força que o Código de Processo Penal emprestou à coisa julgada da sentença absolutória, ainda que a nulidade seja das mais gritantes possíveis, esta se encontra sanada pela força sanatória advinda dessa sentença (sempre lembrando que se trata de uma opção política do legislador infraconstitucional).

Em passo contrário, as nulidades relativas são conceituadas como sendo aquelas que apresentam defeito de intensidade mediana (descaracterizando, portanto a hipótese de mera irregularidade) e que não maculam nenhum dos princípios constitucionais norteadores do processo, nem violam qualquer forma que a lei tenha elegido como sendo essencial ao processo. A mesma advém, à semelhança da nulidade relativa, de violação de uma exigência imposta pela lei no interesse das partes. O caso também é de uma exigência de natureza cogente, mas que não interfere diretamente com o interesse público, senão apenas com o interesse dos envolvidos no processo. Logo a nulidade deverá ser decretada se houver efetivo prejuízo para qualquer dos interessados.

Quando ocorrem as nulidades relativas, estas promovem a violação de normas que tutelam o interesse privado das partes e que não podem ser declaradas de ofício, sendo necessário que a parte que a suscita demonstre o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a nulidade perpetrada na instrução criminal.

Outra característica marcante que diz respeito às nulidades relativas consiste na possibilidade de saneamento dessas nulidades em virtude de decurso de tempo, havendo assim a aplicação do instituto da preclusão temporal caso a nulidade não seja argüida pela parte em tempo hábil. Para a doutrina, o tempo hábil a se argüir a nulidade de natureza relativa consiste na primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar. Havendo desídia ou mesmo atraso da parte em dar ciência acerca da existência de ato processual defeituoso, não poderá a parte mais argüir, conforme leciona Machado (2009, p. 431):

Trata-se de nulidade sanável se não for argüida a tempo pela parte prejudicada, a quem caberá apontar o vício e demonstrar o prejuízo sofrido para que o juiz possa então declarar a nulidade e promover a renovação do

ato. Como exemplo, pode-se citar a falta de intimação de advogado para o interrogatório quando o réu comparece sozinho em juízo, mas protesta pelo direito ao silêncio;

Complementando a lição de Machado (2009), Tourinho Filho (2010, p. 165) igualmente leciona que:

Tratando-se de nulidade atinente a atos acidentais, ou não essenciais, sua preterição deverá ser argüida na oportunidade do artigo 571 do CPP. Mesmo argüida, indagar-se-á: sua omissão ou vício causou prejuízos à acusação ou à defesa? Implicou em prejuízo à apuração da verdade? Se negativas as respostas, não se anula o ato: *utile per inutile non vitiatur* (não se anula o útil pelo inútil).

A classificação das nulidades em absolutas e negativas decorre do princípio do *pas de nullité sans grief*. Como já mencionado anteriormente, por esse princípio, nenhuma nulidade será declarada sem que haja prejuízo para qualquer das partes litigantes. Também denominado de princípio do prejuízo, tal princípio é aplicável às nulidades relativas, visando aplicar à instrução penal os princípios da celeridade e economia processual. Balizando essa definição, Tourinho Filho (2000, p.235) ensina que:

Em matéria de nulidade, e para simplificar o rigorismo formal, foi adotado o princípio do *pas de nullité sans grief*. Não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso haja, entre sua imperfeição e o prejuízo às partes, um nexó efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há que cuidar-se de nulidade.

O ponto mais interessante com relação às nulidades relativas no processo penal diz respeito à sua proximidade com as nulidades relativas ao processo civil. A relação de intersecção entre elas diz respeito ao fato da necessidade de demonstração de prejuízo para que possa o magistrado declarar a nulidades e a aplicação de seus efeitos ao procedimento. Tal necessidade, inclusive já se encontra plenamente assentada, pelos tribunais e pela doutrina majoritária. Esta, inclusive toma como norte para a aplicação das nulidades pertinentes ao processo civil o disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal, que prescreve que: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento pelos princípios gerais do direito”. Assim, em virtude de permissivo legal, o magistrado fica autorizado a utilizar das nulidades processuais civis nas lides de natureza penal.

A necessidade de demonstração de prejuízo da parte constitui verdadeira espinha dorsal para a sistemática das nulidades. O Código de Processo Penal adotou de forma expressa tal princípio, positivando-o em seu artigo 563, aduzindo que: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Grande parte da doutrina processual brasileira se inclina para os benefícios práticos trazidos pela aplicação do princípio do prejuízo, quais sejam: a celeridade na instrução processual; a simplicidade no procedimento e a economia processual. Apesar de ser defendida por juristas de escol, a aplicação do princípio do prejuízo não se justifica mais diante das inovações trazidas ao processo, em especial às trazidas no bojo da Constituição e de leis infraconstitucionais mais recentes, sendo que o texto constitucional dispôs um processo penal de natureza eminentemente acusatório, cabendo às leis ordinárias o seu disciplinamento prático.

3.4 O PRINCÍPIO DO PREJUÍZO NO CPP

Como se afirmou no último tópico do capítulo anterior, o nosso Código de Processo Penal brasileiro adotou de forma expressa o princípio do prejuízo para servir de norte no que concerne à sistemática do instituto das nulidades. Prova disso consiste na leitura do disposto no retro citado artigo 563 do nosso diploma processualístico penal. Pela inteligência desse dispositivo, o legislador processual incorporou a lição adotada pela Ordenança Francesa de 1667, que dispunha que os atos atinentes ao processo somente seriam anulados caso tais atos resultassem em prejuízo, fossem para os advogados, fossem para os procuradores do rei (que exerciam a função que hoje é exercida pelos membros do Ministério Público). Daí a adoção expressa do princípio *pas de nulité sans grief*. Atinente a esse fato, leciona Mossin (2005, p. 79):

O preceito processual transcrito é a regra mestra que orienta o confuso e incongruente instituto das nulidades no direito processual pátrio. Segundo ele não há nulidade sem prejuízo: *Pas de nulité sans grief*., máxima de aplicação na Ordenança Francesa de 1667 e que foi incorporada à Jurisprudência pelo Parlamento de Toulouse.

Com efeito, essa regra se perfaz em verdadeiro dogma e de pilastra justificadora da atuação dos órgãos judicantes em proferirem decisões acerca das nulidades que venham a se configurar no decorrer do processo de cognição (e porque não afirmar que incide igualmente no processo de execução) do processo penal. O que quer dizer que não basta a ocorrência de fatos atípicos e em desconformidade com o modelo legal, mas de forma indeclinável que desses atos imperfeitos possam resultar em prejuízos.

Cumpra sempre lembrar um aspecto por demais importante concernente ao instituto das nulidades. Ainda que haja a ocorrência de atos processuais em desconformidade com a lei e que desses atos decorreram prejuízos para qualquer das partes litigantes, aqueles serão reputados como válidos até que se sobrevenha decisão do magistrado no sentido de declará-los nulos. Decorre, conforme lição de Mossin (2005) que a nulidade não é automática, estando condicionada ao reconhecimento pelo magistrado.

Nesse aspecto, o legislador processual de 1941 quis expurgar do processo penal qualquer vestígio de formalismos que ele considerou desnecessários, procrastinadores ou mesmo que configurassem em prática de má fé processual por parte dos litigantes, conforme se aduz da leitura da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.

Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído para a decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente nos casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.

Com efeito, o legislador processual pátrio seguiu as diretrizes francesas de não adotar um sistema processual que tenha exacerbado amor à técnica processual para fins de declaração de nulidades, mas sempre tendo em mira que a declaração de nulidade implica em se declarar a imprestabilidade do ato ou mesmo de todo o processo. Tendo em vista que por vezes o todo o processo decorre de um único ato processual (a exemplo da peça da denúncia, a citação válida do acusado para se defender, o interrogatório feito de acordo com o que ordena a lei), a imprestabilidade de um ato pode se transmutar em imprestabilidade de toda a

relação processual, o que culminaria na desconstrução da referida relação processual.

Dessa forma, pode-se nitidamente afirmar que o legislador imprimiu ao instituto das nulidades uma configuração nitidamente instrumentalista. Segundo essa lógica, correta diga-se, se o processo constitui um conjunto de atos jurídicos que culminarão no provimento jurisdicional proferido pelo magistrado, o processo é meio, e não fim em si da relação processual.

Diante dessa assertiva, o processo penal tinha de ser impresso com uma roupagem estritamente instrumentalista, como meio ao conhecimento dos fatos ocorridos e que são objeto de litígio entre as partes. Assim, as formas processuais representam tão-somente um instrumento que tem como objetivo a correta aplicação do direito à causuística apresentada perante o órgão do Poder Judiciário. Coadunando esse entendimento, assevera Mossin (2005, p. 81):

Nessa ordem de consideração, havendo desobediências das formalidades estabelecidas pelo legislador, o ato somente pode ser tido como inválido quando a própria finalidade pela qual a forma constituída estiver comprometida com o vício. Portanto, sem ofensa ao "sentido teleológico da norma" inexistirá prejuízo.

Historicamente, as nulidades do processo penal sempre foram muito ligadas às nulidades pertinentes ao processo civil. Cumpre mencionar que, nesse diapasão, que durante um grande interregno de tempo, houve a concepção de que as nulidades processuais penais e processuais civis consistiam em sinonímias, com poucas particularidades pertinentes aos processos aos quais serviam. Exemplo dessa assertiva diz respeito à Ordenança Francesa de 1667, que serviu de base para o sistema de nulidades atualmente vigente. Tal ordenança seguia o modelo trazido pelo direito romano, ou seja, que possuía como diretriz apenas a sanção a ato que não observasse uma formalidade qualquer. Nesse sentido, nos esclarece Mossin (2005, p. 5):

A Ordenança Francesa de 1667, responsável pela disseminação das nulidades no processo civil, que acabou também por influir no processo penal, mesmo porque os princípios que informam um e outro são bastante semelhantes, seguiu aquelas diretrizes do direito romano...

À luz da legislação francesa, que serviu de base para a formação do instituto das nulidades do direito brasileiro, utilizava como parâmetro para a anulação dos atos e mesmo de julgamentos caso estes violassem ou omitissem qualquer formalidade essencial para a instrução do processo. Entendia-se como formalidade essencial ao processo qualquer forma a qual a lei apontou como típica, mas que ao mesmo tempo seja considerada como útil para a elucidação do pretense fato criminoso. À semelhança da atualidade, somente eram considerados como formalidades essenciais os atos que influem no conhecimento da causa. Se com a omissão ou violação do ato que a lei processual tipificou não se puder prejudicar a cognição do ocorrido no mundo dos fatos (entendendo este no mundo de ser, segundo uma concepção kelseniana da realidade), deve aquele ser considerada irregularidade de somenos importância para o processo e, em virtude de sua irrelevância, subsistir no bojo da instrução processual.

4 AS NULIDADES DIANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO

4.1 CRÍTICA DAS NULIDADES NO CPP

A par do que outrora foi anteriormente exposto, pode se aduzir críticas acerca do modo como o legislador pátrio agiu ao dispor acerca da matéria das nulidades no decorrer do Código de Processo Penal. Pela forma como foram tratadas e sistematizadas, as nulidades no Código de Processo Penal se encontra profundamente distante da concepção humanista e garantista trazidas pelos recentes fenômenos do direito trazidos pela ordem constitucional da Carta Política de 1988.

Alguns aspectos devem ser trazidos à baila para esclarecer acerca das mudanças trazidas pela nova ordem constitucional que vigora no Brasil após 1988. A carta constitucional de 1988, de forma oposta à Constituição anterior, se propôs a adotar, ainda de forma não sistemática, acerca de determinados princípios que passaram a ser considerados como princípios informadores do sistema jurídico pátrio.

A ordem constitucional vislumbrou diversos institutos e princípios visando formar um sistema jurídico voltado para a dignidade da pessoa humana, para os direitos fundamentais da pessoa humana e as garantias individuais que devem ser resguardadas pelo ordenamento jurídico moderno. Nesse diapasão, ao longo de todo o texto constitucional, estão dispostos toda uma série de princípios que visam garantir a execução dos direitos disposto na Constituição da República.

Ao adotar um modelo de constituição analítica, o legislador constituinte originário efetuou a escolha por esse modelo de constituição por querer dispor acerca de inúmeros assuntos pertinentes não apenas à estrutura do Estado e proteção aos direitos fundamentais. A presente carta constitucional se preocupou igualmente em humanizar a justiça, seu acesso e as garantias pertinentes aos litigantes do processo. Diante disso, adotou o sistema acusatório como via a proteger o acusado no processo penal de toda uma sorte de arbitrariedades presentes no antigo sistema inquisitivo.

Destes fatos outrora apresentados, se faz de forma urgente e necessária que seja adotada e aplicada uma nova sistemática no que concerne à matéria das nulidades. A atual sistemática das nulidades do processo penal não se justifica mais diante da própria evolução da ciência jurídica penal. Findou-se a época em que o processo penal constituía instrumento de punição para a pessoa do acusado. Afinal, durante grande parte da história judiciária, o processo penal serviu não como meio de garantia da responsabilização dos autores de fato típico, ilícito e culpável, mas sim como meio de atuação do arbítrio de governantes.

O processo penal acusatório foi o modelo processual penal adotado de forma expressa pela Constituição Federal de 1988. E não apenas adotou de forma expresse esse modelo de processo penal como o erigiu essa espécie de processo ao *status* de direito fundamental, ou seja, aqueles que são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis por sua própria natureza. Além desse fato, por ser um direito fundamental da pessoa humana, o processo penal acusatório não pode ser abolido de nosso sistema jurídico constitucional nem mesmo mediante atuação do legislador constituinte derivado reformador. Dessa forma, nem mesmo emendas ao texto da Constituição da República podem abolir do sistema o direito a um processo penal de natureza acusatória. Assim dispõe o artigo 60, § 4º da Constituição Federal:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos poderes;
IV – os direitos e garantias fundamentais. (grifo do autor)

Ao decidir pelo processo penal acusatório, o legislador constituinte pretendeu estender a todos os institutos do processo penal as garantias características dessa espécie de processo para o atual Código de Processo Penal. Dessa forma, ao erigir o processo penal acusatório a direito fundamental, o texto da constituição expurgou qualquer tipo de dúvida acerca das mudanças pelas quais o diploma processual penal deveria passar para se ajustar à nova escolha realizada pelo legislador constituinte originário. Coadunado desse entendimento, Cunha Júnior (2008, p. 682), afirma que:

Tais garantias completam e dão sentido e conteúdo à garantia do devido processo legal, pois seria demasiado desatino garantir a regular instrução formal de processo e não se assegurar contraditório e ampla defesa àquele que pode ter a sua liberdade ou bem cerceado; ademais, também não haveria qualquer indício de razoabilidade e justiça numa decisão quando não se permitiu ao indivíduo às mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa.

O vigente Código de Processo Penal foi elaborado e promulgado em um momento histórico muito peculiar. O referido diploma legislativo foi produzido em 1941, época histórica em que os regimes do nazismo e do fascismo se encontravam em franca ascensão, em especial nos países da Europa Central, da Península Ibérica e em diversos países da América Latina. Diante desse momento histórico de adesão ao modelo de governo fascista, o Brasil figurava na lista de países latino americanos em que tal regime havia florescido. Dessa forma, o Código de Processo Penal é fruto direto da mentalidade de um governo fascista, em que os pilares da segurança do Estado, manutenção da ordem social e combate a ideologias de esquerda justificavam que as legislações simplesmente fizessem dos direitos e garantias fundamentais, bem como a dignidade da pessoa humana fossem sacrificadas em nome de uma pretensa manutenção da ordem social e para evitar a ocorrência de tumultos e revoluções. E, nessa seara, o instituto das nulidades foi concebido com a mentalidade vigente à época do Estado Novo fascista.

Nessa esteira, a primeira crítica pertinente ao atual sistema das nulidades processuais penais diz respeito ao caráter extremamente instrumental que o legislador atribuiu ao instituto das nulidades no processo penal pátrio. O legislador processual dispôs o instituto das nulidades de forma a se preocupar quase que exclusivamente em moldar tal instituto de forma a adaptá-lo aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, pouco ou nada se importando com as conseqüências que essa escolha pode afetar na instrução do processo e na busca da verdade real dos fatos.

As nulidades constituem uma segurança que a lei conferiu às partes para evitar a prática de atos que atentem contra a regularidade da relação processual e, por via oblíqua, que atentem contra a justiça e a prestação do serviço jurisdicional. Segundo a doutrina clássica, as nulidades são uma sanção que a lei impõe em caso de prática de atos processuais contrários às formas estabelecidas na lei. Dessa forma a lei tipifica a prática de determinados atos a serem praticados pelas partes e pelo magistrado visando evitar que a prática de atos disformes e arbitrários sejam

praticados no bojo da relação processual, ameaçando, dessa forma, o conhecimento dos fatos ocorridos na relação de direito material. É o que a doutrina costuma denominar de sistema da legalidade das formas dos atos processuais. É o que se extrai da lição de Grinover, Cintra e Dinamarco (2008, p. 365) que ponderam que:

Como foi dito em capítulo anterior, a eficácia dos atos do processo depende, em princípio, de sua celebração segundo os cânones da lei (sistema da legalidade formal). A consequência natural da inobservância da forma estabelecida é que o ato fique privado dos efeitos que ordinariamente haveria de ter.

Não se pode negar que o excesso de apego às formas dos atos processuais pode constituir verdadeiro impedimento para o regular trâmite da marcha da relação processual. Porém, o legislador processual penal pecou, com relação às nulidades em ter feito uma excessiva aproximação entre as nulidades do processo penal com as nulidades do processo civil no que concerne à instrumentalidade das formas.

No direito processual civil, o princípio da instrumentalidade das formas constitui não apenas um princípio informador desse ramo do direito, mas como verdadeiro guia da atuação do magistrado quando este conduz, mediante impulso oficial, os atos do processo. Porém, na seara do processo civil os fatos que constituem objeto de litígio são aqueles que repercutem no plano patrimonial, nas relações envolvendo o estado das pessoas e na intimidade dos litigantes. Dessa forma, em caso de má condução dos atos do processo pelo magistrado ou mesmo a prática de atos defeituosos pelas partes, as consequências advindas repercutirão apenas no âmbito do patrimônio do autor e do réu. Daí que a preocupação com a formalidade dos atos ser menor, justamente em virtude da menor potencialidade lesiva do prejuízo advindo do ato defeituoso.

A ocorrência de nulidades nos processos de natureza civil comportam uma maior aplicação da instrumentalidade das formas em virtude do interesse que se põe em jogo dentro da realidade dessa espécie de processo. Como anteriormente mencionado, os interesses objeto de litígio no processo civil, são aqueles que afetam quase que exclusivamente o patrimônio dos litigantes. Nesse caso, a presença de atos atípicos afeta de maneira direta os bens das partes e somente por via oblíqua afeta ao interesse coletivo. Este somente é afetado porque a existência de um processo em que não haja formas causa insegurança social na

medida em que põe em risco a credibilidade do Estado prestador da função jurisdicional e de todas as demais instituições pertencentes ao mesmo.

Igual realidade não ocorre no âmbito do processo penal. Nesse processo, não se estão sendo litigados direitos relacionados ao patrimônio, ao estado ou à intimidade das pessoas. No processo penal se litiga acerca de um dos principais e mais elementares direitos do ser humano, qual seja, o direito à liberdade. Nesse aspecto, o prejuízo advindo da ocorrência de atos que deveriam ter sido anulados é bem maior do que o prejuízo que ocorre no processo civil.

Fazendo um paralelo com o processo civil, os interesses resguardados no processo penal não são aqueles em que há primazia para particulares e que somente de forma oblíqua atinge os interesses do corpo social. No caso das nulidades no processo penal, o seu caráter eminentemente publicista denota que a devida instrução penal constitui interesse primordial ao Estado, visto que o crime é um dos maiores motivos causadores de alarma no meio do corpo social. Dessa forma, o órgão estatal deve pautar a sua atuação quanto ao instituto das nulidades

Outro erro em que o legislador processual penal incorreu ao dispor acerca das nulidades foi o fato de ter enumerado as nulidades no decorrer do artigo 564 do Código de Processo Penal, onde da interpretação literal do texto da lei o exegeta pode imaginar que o rol ali presente se trata de um rol taxativo, em que somente as hipóteses enumeradas na lei processual são as válidas para a nulidade dos atos processuais. Tal fato denota a ambição que o legislador processual teve em querer abarcar em um diploma legislativo todas as hipóteses fáticas que podem ocorrer no bojo de uma relação processual e no seio da sociedade. Criticando esse posicionamento do legislador pátrio, Grinover (2008, p. 367/368) diz que:

O sistema do Código de Processo Penal vem do direito francês: *'aucun exploit ou acte de procédure ne será déclaré nul, si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi'* (codé de procédure civile, art. 1030). Nosso Código introduz alguma racionalização (art. 563), mas, tanto quanto o dispositivo francês citado, expõe-se ao risco de omitir irregularidades gravíssimas, que não podem deixar de condenar à nulidade do ato ou mesmo o processo. Por isso mesmo, aliás, a doutrina e a jurisprudência moderna remontam freqüentemente às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório para a identificação das nulidades não expressamente cominadas.

Assim, não se pode o reducionismo e a simplificação do rol de nulidades elencados no artigo 564, sendo fundamental que a tipicidade ou a atipicidade do ato

processual seja visto sob o aspecto dos princípios constitucionais, respeitando-se, portanto, o devido processo legal, a fim de que não se feche os olhos para situações de grave ilegalidade que, ao não estarem previstas em lei, permanecerão inalteradas no processo, comprometendo o mesmo.

A doutrina e a jurisprudência não vêm atuando, na matéria de nulidades, apenas para identificar as nulidades que a lei não enumerou no rol do artigo 564 e que configuram da mesma forma como nulidades. Aquelas também vem exercendo forte atuação no que se refere a aplicação do princípio do prejuízo, princípio este essencial para que o magistrado possa efetuar a decretação da nulidade de determinados atos processuais, predominando hoje a concepção de alargamento da aplicação do princípio do prejuízo nas nulidades.

Lamentavelmente, na seara processual penal, muitas vezes opera-se na lógica de que os fins justificam os meios, ou seja, cumprida a finalidade do ato praticado, independentemente de como se tenha procedido (com ou sem violação às normas cogentes), estará a ser um ato juridicamente válido. É assim dizer, segundo o princípio da instrumentalidade das formas, não se anula um ato se, embora praticado em desacordo com a forma prevista em lei, atingiu seu fim. A razão pela qual a forma foi instituída acabou sendo cumprida.

Segundo considerável parte da doutrina processualística e da jurisprudência dos tribunais superiores mesmos a nulidades absolutas, que devem ser decretadas independente de requerimento e da demonstração de prejuízo pela parte, devem ser consideradas como se relativas fossem porque mesmo em casos de prejuízo presumido, existe a necessidade de se comprovar a ocorrência de prejuízo sofrido ou que possa atingir a parte para que possa o magistrado se manifestar pela nulidade do ato processual. Nesse diapasão se encontra o pensamento de Nucci (2008, p. 826/827), afirmando que:

Na verdade, o que se vem alterando com o passar do tempo é a consideração de determinadas falhas processuais como sendo absolutas ou relativas. A tendência, hoje, é estreitar o campo das nulidades absolutas e alargar o das relativas. Embora na situação geradora de uma nulidade absoluta continue a ser presumido o prejuízo, sem admitir prova em contrário, o que se vem fazendo é transferir determinadas situações processuais, antes tidas como de prejuízos nítido, para o campo dos atos processuais, cujo prejuízo fica sujeito à comprovação(...) Muda-se, no entanto, a classificação do ato processual, transformando-o de absolutamente viciado em relativamente falho.

Há que se ter que, partindo-se da premissa de que forma é garantia no processo penal, um ato eivado de nulidade, seja absoluta ou relativa, irá ocasionar inevitavelmente um prejuízo, pois, desde logo, macula o princípio constitucional do devido processo legal, sem prejuízo de que outros princípios constitucionais e demais normas infraconstitucionais sejam também maculados. Ocorre que, em casos de nulidades absolutas e relativas haverá, como mencionado, inevitavelmente prejuízo às partes, mas não caberá a elas a demonstração do efetivo prejuízo

Não se pode negar que a doutrina e a jurisprudência passaram a adotar esse posicionamento tendo por base determinadas situações que justificam a restrição das nulidades absolutas e a conseqüente necessidade de demonstração da ocorrência de prejuízo. A primeira justificativa, e que foi exposta ao longo desse trabalho de conclusão de curso, consiste na opção do legislador processual pelo princípio do prejuízo. E, essa escolha do legislador pelo princípio em questão constitui a principal justificativa para que os teóricos e os aplicadores do direito aduzam que, se a escolha do legislador foi explícita, cumpre aqueles que põem o direito em prática executar os desejos do legislador. Afora esse fato, parcela considerável da doutrina cita determinados exemplos para justificar a aplicação do princípio do prejuízo na realidade das nulidades absolutas.

De fato, é correto que o órgão jurisdicional paute a sua atuação nos ditames que foram traçados pela lei processual. Porém, cumpre mencionar novamente a ocorrência de um aparente conflito de normas aqui presente. Por uma face da medalha, se apresenta o texto constitucional, repleto de direitos e garantias à pessoa do réu e que dispõe a formalidade moderada dos atos processuais como uma garantia contra possíveis atos arbitrários que possam ser praticados pelo magistrado ou mesmo pelas partes; de outra face, o vigente Código de Processo Penal, diploma legislativo calcado nos valores de um sistema fascista, que desprezava os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Entre estes exemplos, o mais ilustrativo consiste na seguinte situação hipotética: a falta de citação e conseqüente interrogatório do réu, mas o magistrado profere sentença de natureza absolutória.

A par dos exemplos trazidos pela doutrina, os mesmos não se justificam, em parte. A começar pelo segundo exemplo, consistente na falta de citação e interrogatório do réu, mas com posterior sentença penal absolutória. Os que criaram tal situação hipotética se equivocaram ao usar como exemplo a sentença absolutória

pelo motivo de ocorrer tal fato não devido à ausência de prejuízo para a pessoa do acusado. Ocorre devido ao fenômeno da força absoluta que a sentença absolutória possui. Segundo se tem de lições da melhor doutrina, a sentença absolutória tem força sanatória absoluta. Daí é que advém a conseqüência acima mencionada. Prova dessa força sanatória consiste na inexistência de revisão criminal *pro societate* no ordenamento jurídico brasileiro, sendo admitida exclusivamente a revisão criminal *pro reo*. Ora, se a força da sentença tivesse mesmo o condão de sanar as nulidades que ocorreram no decorrer da instrução criminal, então igual poder sanatório seria conferido à sentença penal de natureza condenatória, e não exclusivamente para a sentença absolutória.

Não se concebe nos dias atuais que, em um confronto aparente entre uma norma de natureza constitucional que constitui direito fundamental da pessoa humana e uma norma infraconstitucional de natureza processual, calcada nos ditames atentatórios a esses direitos fundamentais que a presente constituição protege, os órgãos prestadores da função jurisdicional continuem a simplesmente postergar a Lei Maior e mais benéfica para aplicar uma lei infraconstitucional. Além de ferir a lógica hermenêutica de resolução de conflitos de normas, a atuação dos magistrados fere o texto da Constituição Federal de 1988, além de ferir de forma implícita o processo penal de natureza acusatória. Somente esta espécie de processo é apta a resguardar os direitos e garantias fundamentais ao mesmo tempo em que possibilita o conhecimento da infração penal e a punição da pessoa do autor do crime.

Se os magistrados continuarem a pautar a sua atuação, no campo das nulidades, exclusivamente com base no princípio do *pas de nullité sans grief*, agigantando a necessidade de demonstração de prejuízo mesmo nos casos de nulidades absolutas, a prestação do serviço jurisdicional irá caminhar para o triunfo do argumento da força sobre a força dos argumentos. Passará assim vigorar dessa forma uma espécie de lógica puramente técnica e instrumentalista, em contraposição de um processo penal mais humanitário e voltado para a proteção dos direitos dos indivíduos.

Não se pode atribuir a determinado princípio ou instituto jurídico um *status* absoluto, como vem ocorrendo com a relativização das nulidades absolutas. Em um ordenamento tão complexo como o brasileiro, a aplicação pura e simples do princípio do prejuízo fere, de forma direta, os princípios implícitos da razoabilidade e

da proporcionalidade, princípios estes criados para guiar a atuação do Estado e dos indivíduos no decorrer das relações jurídicas que ocorrem no interior do corpo social.

4.2 DAS CONSEQUÊNCIAS FORA DO PROCESSO PENAL

O instituto das nulidades possui, à semelhança de considerável parcela dos institutos jurídicos do direito penal e do direito processual penal, não restringe os seus efeitos apenas ao processo penal. Atinge outros institutos do referido processo, além de irradiar seus efeitos para o direito civil mais especificamente para o instituto da responsabilidade civil.

Como se conhece acerca da responsabilidade civil, esta consiste no instituto do direito material civil que tem como objetivo principal a promoção do ressarcimento dos danos causados por determinada pessoa que, em razão de sua conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou mesmo omissiva), causou prejuízo a outra pessoa. A responsabilidade civil, a par de ter como função primordial o ressarcimento dos danos ocasionados, possui igualmente o objetivo de evitar a reiteração desses atos danosos por meio da condenação patrimonial da pessoa que praticou o ato lesivo. Dispondo acerca do tema, Gonçalves (2008, p.1/2) adiciona importante lição acerca da responsabilidade civil:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Pode-se afirmar, portanto, que a responsabilidade exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

Conforme essa lição de Gonçalves (2008), a responsabilidade civil abrange várias modalidades, várias espécies, cada uma delas com suas especificidades, diferenças e características que as tornam próprias e que são

regidas por regras e princípios pertinentes a cada uma das espécies de responsabilidade.

Dentre as espécies de responsabilidade civil existentes, uma se destaca não apenas por ser uma modalidade nova perante a nossa doutrina e a nossa jurisprudência, mas também por ser a mais pertinente ao assunto das nulidades. Trata-se da responsabilidade civil de um advogado por perda de uma chance, tendo o devido cuidado para amoldar para o caso das nulidades.

A responsabilidade civil do advogado é semelhante à responsabilidade civil de outros profissionais liberais, a exemplo dos médicos, odontólogos porque em todos esses casos, o profissional não assume uma obrigação de resultado, mas assume o que a doutrina se acostumou a chamar de obrigação de meio. Assim, far-se-á uma breve diferenciação entre estas duas modalidades de obrigação. Na obrigação de resultado, o profissional seja pelo contrato, seja pela natureza da obrigação, assume o compromisso de que haverá a ocorrência do resultado que foi estipulado na obrigação. Exemplo clássico se trata da obrigação da empresa transportadora, que se compromete em transportar pessoas ou objetos para determinado destino com segurança e integridade. De forma diferente, se tem a obrigação de meio, onde esta consiste na modalidade de obrigação em que o profissional se compromete a realizar a avença da melhor maneira possível, procedendo com diligência e utilizando dos melhores métodos disponíveis pela ciência para se buscar a ocorrência do resultado pretendido. Aqui o profissional não se compromete a conseguir o resultado pretendido, apenas em se utilizar dos modos científicos disponíveis à época. Para exemplificar essa modalidade de obrigação tem-se o profissional da advocacia, que não se compromete em ganhar a causa para o seu constituinte, mas em ser seu procurador para defendê-lo em juízo. Nas obrigações de meio, a responsabilidade do advogado é de natureza subjetiva.

Uma hipótese interessante trazida pela doutrina e já devidamente regulada pela jurisprudência é a responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance no que diz respeito à sua atuação em juízo. Essa responsabilidade simboliza a perda, pela parte, da oportunidade de obter, no Judiciário, a satisfação de forma completa de seus direitos, devido a conduta dolosa ou culposa por parte de seu procurador constituído ou dativo.

Nesse aspecto, já se encontra devidamente assentado a seguinte premissa que a responsabilidade civil de advogado por perda de uma chance é

plenamente possível no ordenamento jurídico brasileiro, porém esta responsabilidade deve ser aceita com certa reserva para a sua caracterização. Somente quando as provas dos autos forem conclusivas em afirmar que havia uma boa percentagem de a parte ter o provimento jurisdicional a seu favor e, pela desidiosa atuação de seu advogado, a parte perde a causa é que pode ser caracterizada efetivamente a responsabilidade do procurador. E nesse diapasão, o magistrado deve quantificar por arbitramento a indenização cabível. Apreciando a aceitação da responsabilidade por perda de chance, afirmam Gagliano e Pamplona (2005, v. III, p. 251):

Perda de uma chance, jamais se poderá saber qual seria o resultado do julgamento se o ato tivesse sido validamente realizado. Nessas situações, há hipóteses extremas que fatalmente se reconhecerá que a ação ajuizada é fadada à procedência ou à rejeição como uma aventura processual. Imensa gama de situações intermediárias, porém, impõe admitir que só há possibilidade de responsabilização se for sobejamente demonstrado o nexo de causalidade e a extensão do dano.

Trazendo essa realidade para o objeto do presente trabalho, pode-se passar a analisar as conseqüências no caso das nulidades no processo penal. Diante da ocorrência do fenômeno da hipertrofia da aplicação do princípio do prejuízo, além dos danos que foram anteriormente explicitados em momentos anteriores desse trabalho monográfico (o que por si só já deveriam constituir argumentos aptos para a mitigação do princípio do prejuízo na doutrina e na jurisprudência), implica em dificultar no plano cível a caracterização da responsabilidade civil do advogado. Tal fenômeno ocorre devido a uma simples linha de raciocínio: com o alargamento das hipóteses de nulidade relativa em detrimento das nulidades de natureza absoluta, tornou mais difícil o reconhecimento de uma conduta desidiosa por parte do advogado do litigante. Afinal, o mesmo deve argüir no primeiro instante a ocorrência da nulidade e demonstrar a ocorrência do prejuízo para o seu constituinte.

Ocorre que muitas vezes a demonstração de prejuízo não pode ocorrer no momento alegado pelo advogado, sendo que muitas vezes apenas o momento posterior acaba por revelar o dano ocasionado da falta de invalidação do ato atípico. Porém, pelo fato de a necessidade de demonstração de dano ter provocado a conversão da nulidade absoluta em relativa, também se contempla a existência do

fenômeno da preclusão, caso o advogado na demonstre o prejuízo na primeira oportunidade.

Ora, não sendo possível se demonstrar de forma empírica a ocorrência de prejuízo e se operando plenamente o fenômeno da preclusão, em caso de sentença desfavorável para a parte ré, esta não poderá provar no juízo cível que o seu procurador agiu de forma dolosa ou mesmo desidiosa no patrocínio de sua causa. Afinal, a responsabilidade de advogado por perda de uma chance constitui não uma regra, mas uma exceção no que concerne ao regime de responsabilidade. Dessa maneira, a parte prejudicada tem o seu direito de exigir posterior indenização decorrente dos danos causados pelo advogado castrado, pois aquela não poderá provar de forma empírica que seu causídico não atuou com a diligência que sua causa requeria, criando dessa forma um verdadeiro empecilho ao instituto da responsabilidade civil e, por conseqüência, à reparação do *status quo ante*.

Situação oposta ocorreria se ocorresse a mitigação da aplicação do princípio do prejuízo e a conseqüente separação entre as nulidades na doutrina e na jurisprudência. Ocorre que em se adotando a mitigação do princípio do prejuízo, fica mais clarividente para a parte em provar que a pessoa de seu patrono não agiu com a diligência requerida, já que em ocorrendo as nulidades absolutas estas continuarão a ter a devida presunção de prejuízo para a parte, além de inexistir nessa hipótese a ocorrência do fenômeno da preclusão temporal. Nesse caso, ocorrendo a nulidade de natureza absoluta, o advogado da parte que sofreu o prejuízo a ser direito de defesa terá até o trânsito em julgado da sentença para poder argui-la perante o órgão jurisdicional. Em caso de não argüição por parte do procurador e sendo a sentença proferida de natureza condenatória com o trânsito em julgado da mesma, se encontra cabalmente caracterizada a desídia do advogado e, por conseqüência, fica possibilitada para a parte de tentar reaver os prejuízos (ainda que menores do que o sofrido, se compararmos que houve o cerceamento do direito de liberdade de locomoção), ainda que na esfera cível.

Estando o sistema de nulidades ajustado de acordo com a natureza jurídica de cada uma das espécies de nulidades, fica devidamente comprovada a cautela do causídico na condução da relação processual. E, comprovada a sua diligência, constitui precaução para ambos os sujeitos: para o advogado, que comprovada que este agiu de forma correta fica obstada a posterior propositura de ação cível para o ressarcimento de danos; e para a parte onde, em caso de conduta

desidiosa por parte de seu patrono, fica demonstrada a culpa deste e possibilita a propositura de ação de ressarcimento de danos em momento posterior, no juízo cível.

5 CONCLUSÃO

Atualmente a ciência jurídica processual penal vive um momento único da sua história, em que se operou de forma gradual e definitiva a mudança do sistema penal de natureza inquisitiva, que releva para segundo plano os direitos e garantias fundamentais do cidadão, para o sistema penal de natureza acusatória, este sim pautado nas garantias acima mencionadas e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

E, a presente Constituição Federal acabou por adotar de forma explícita o processo penal de natureza acusatória, ao dispor em seu artigo 5º, LV o que fez com que o nosso sistema processual se transmudasse do processo penal inquisitivo, anterior ao texto constitucional, para o acusatório fazendo vincular a sua opção por todos os institutos do vigente Código de Processo Penal, inclusive no instituto das nulidades.

Porém indo de encontro ao sistema processual previsto no texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência ainda continuam a utilizar os pressupostos do sistema inquisitivo para a decretação das nulidades no direito processual penal, onde em especial se contemplou um alargamento das nulidades relativas em detrimento das nulidades de natureza absoluta. Igualmente se percebeu que a justificativa utilizada para essa prática arcaica e em desalinho com o espírito acusatório trazido pela Constituição Federal foi a necessidade de aplicação do princípio do prejuízo para se evitar não apenas a ocorrência de morosidade no decorrer da relação processual, como para se evitar a prática de dolo processual por parte dos litigantes.

Dessa forma, percebeu-se que além de ignorar direitos e garantias pertinentes ao processo, os hermeneutas do direito processual tampouco miraram atenção para os possíveis efeitos extra processuais que o agigantamento da necessidade de demonstração de prejuízo pra a decretação de qualquer espécie de nulidade trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse aspecto, os operadores do direito prejudicaram a parte que ficou com seu direito de pleitear ressarcimento dos danos experimentados em decorrência de conduta desidiosa de seu patrono mutilado, quando o seu procurador teve a oportunidade de arguir a

decretação de nulidade absoluta mas deixou precluir a oportunidade em virtude de sua desatenção.

Dessa forma ficou patentemente demonstrada (sem a pretensão de se dar a palavra final acerca do presente assunto) que a mitigação do princípio do prejuízo no processo penal e o tratamento das nulidades absolutas de acordo com suas características (de presunção de prejuízo pela sua simples ocorrência, de não se operar o fenômeno da preclusão e, principalmente, de não depender de demonstração de prejuízo para a decretação da nulidade do ato processual atípico), constituem medidas que se mostraram mais acertadas.

A defesa dos argumentos ora expostos ao longo desse trabalho se mostrou mais condizente não apenas com a própria natureza do instituto, mas igualmente se mostraram de acordo com os ditames do legislador constitucional originário, ávido por imprimir ao processo penal brasileiro os direitos e garantias fundamentais que foram os aspectos justificadores da mudança da ordem constitucional anterior para a presente ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2008.
- FEITOZA PACHECO, Denilson. **Direito Processual Penal**. Teoria, Críticas e Práxis. 5ª ed. Ver. e Atua. Niterói: Impetus, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3 ed. v. IV. São Paulo: Saraiva. 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3ª ed. Campinas: Manole, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. I
- _____. **Manual de Processo Penal**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.