



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA: DIREITO PENAL E CIÊNCIAS
CRIMINAIS**

FELIPE KAZUO CATELAN YANO ISSAYAMA

**AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL: APLICAÇÃO DA REGRA DO PREJUÍZO
CONFORME A INSTRUMENTALIDADE PRÓPRIA DO PROCESSO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Orientador: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

**Lisboa
2024**

FELIPE KAZUO CATELAN YANO ISSAYAMA

**AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL: APLICAÇÃO DA REGRA DO PREJUÍZO
CONFORME A INSTRUMENTALIDADE PRÓPRIA DO PROCESSO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado e
Ciência Jurídica, especialidade de Direito Penal e
Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

**Lisboa
2024**

FELIPE KAZUO CATELAN YANO ISSAYAMA

**AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL: APLICAÇÃO DA REGRA DO PREJUÍZO
CONFORME A INSTRUMENTALIDADE PRÓPRIA DO PROCESSO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado e
Ciência Jurídica, especialidade de Direito Penal e
Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Aos meus pais, avós, namorada,
amigos, e a todos aqueles que me
apoiaram neste desafio em terras
portuguesas.

Resumo

Na esteira da exigência social por um processo penal menos formalista e mais flexível, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 adotou, como valor central do sistema de nulidades processuais, a regra *pas de nullité sans grief*, de inspiração francesa, segundo a qual a declaração da invalidade de ato processual depende de que o defeito tenha causado prejuízo para a acusação ou à defesa (artigo 563). Corolário da instrumentalidade das formas, a “regra do prejuízo” representou um avanço na construção de um processo civil mais célere e finalístico. Todavia, ao ser transportada para o processo penal no bojo da teoria geral, sem as devidas adaptações exigidas pelas funções desempenhadas por este direito processual singular, acabou por conferir demasiada discricionariedade ao julgador, permitindo-lhe declarar a invalidade de atos, ou convalidá-los, segundo suas convicções e o melhor interesse da marcha processual, ou seja, sem critérios claros e definidos. A insegurança jurídica se potencializa face a uma jurisprudência confusa sobre o tema. Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar a aplicação da regra do prejuízo no processo penal brasileiro, sob a compreensão de que o processo penal encerra valores próprios e singulares. Culminaremos com a formulação de propostas para a compatibilização da regra do prejuízo às funções desempenhadas pelo processo penal contemporâneo, de modo a viabilizar uma aplicação mais clara e segura do *pas de nullité sans grief* na seara das nulidades processuais penais.

Palavras-chave: nulidades; regra do prejuízo; *pas de nullité sans grief*; teoria geral do processo; instrumentalidade do processo penal.

Abstract

Following the social demands for a less formalistic and more flexible criminal procedure, the 1941's Brazilian Code of Criminal Procedure adopted, as a central value of the system of procedural nullities, the *pas de nullité sans grief* rule, of French inspiration, according to which the declaration of a procedural act's invalidity depends on whether the defect has caused damage to the prosecution or defense (article 563). A corollary of the instrumentality of the forms, the "impairment rule" represented an advance in the construction of a faster and more teleological civil procedure. However, when it was transferred to criminal proceedings within the framework of the general theory, without the necessary adaptations required by the functions performed by this singular procedural law, it ended up granting too much discretion to the judge, allowing him to declare the invalidity of procedural acts, or to validate them, according to his convictions and the best interest of the procedural march, that is, without clear and defined criteria. Legal uncertainty is heightened by a confusing jurisprudence on the subject. In this context, the main objective of the present work is to analyze the application of the impairment rule in Brazilian criminal procedure, under the understanding that the criminal procedure contains its own and singular values. We will culminate in the formulation of proposals for the compatibility of the prejudice rule with the functions performed by the contemporary criminal process, to enable a clearer and safer application of *pas de nullité sans grief* in criminal procedure's nullities.

Keywords: nullities; prejudice rule; *pas de nullité sans grief*; general theory of the process; instrumentality of the criminal procedure.

SUMÁRIO

Introdução.....	6
Capítulo 1. A regra do prejuízo como mecanismo de convalidação de atos processuais viciados: desenvolvimento histórico e estado atual da matéria.....	9
1.1. Desenvolvimento histórico da regra do prejuízo.....	9
1.2. A regra do prejuízo no Direito brasileiro e conclusões iniciais	17
1.3. A regra do prejuízo no Direito comparado.....	29
1.3.1. França	29
1.3.2. Itália.....	32
1.3.3. Portugal	36
1.3.4. Estados Unidos da América	43
Capítulo 2. A teoria geral do processo e a unidade funcional dos direitos processuais.....	49
2.1. Emancipação científica do direito processual e a teoria geral do processo.....	50
2.2. Teoria geral do processo e a lide de Francesco Carnelutti	52
2.3. O direito judicial formal de James Goldschmidt.....	58
2.4. A lide penal de Giovanni Leone.....	60
2.5. A lide penal no Direito brasileiro e conclusões parciais	66
Capítulo 3. As funções do processo penal contemporâneo	71
3.1. O processo penal nos Estados liberais e sociais: entre a solução de conflitos e a implementação de políticas públicas.....	74
3.2. Processo penal e economia capitalista: as funções reais e declaradas do sistema penal....	87
3.3. Processo penal, segurança pública e garantia individual	95
3.4. Processo penal, garantismo integral e tutela da vítima: um olhar para o futuro	112
Conclusões.....	118
BIBLIOGRAFIA	123
JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA	131
LEGISLAÇÃO CONSULTADA	133

Introdução

Desde a consolidação dos Estados modernos, o processo penal, enquanto instrumento concebido para a aplicação do direito penal, assumiu diversas feições e refletiu múltiplos valores, conforme circunstâncias de tempo e lugar.

Houve momentos na história, como a primeira fase do Direito Romano¹ e o Direito Canônico do século XII², em que o processo se imbuíu de exacerbada rigidez, de modo que a menor inobservância das formas dava ensejo à invalidade do ato. Há quem diga, inclusive, que quanto mais recuamos no tempo, mais o processo penal se apresenta deste modo: rígido e excessivamente formalista³.

Atualmente, contudo, inserido no contexto de uma sociedade dinâmica e globalizada, é natural que o processo penal assuma contornos de flexibilidade, visando a conferir soluções mais céleres e eficazes para os complexos conflitos sociais. Não por outra razão, há tempos, nota-se uma clara tendência nos países da Europa continental à adoção de regras procedimentais mais maleáveis⁴.

A “instrumentalidade processual”, enquanto compreensão de que a forma legal dos atos processuais é apenas o meio para a obtenção de um fim, foi erigida a patamar principiológico em diversos ordenamentos jurídicos⁵. A criação de mecanismos aptos a mitigar a rigidez procedimental tornou-se uma necessidade incontornável na sociedade moderna.

Neste contexto, o Direito brasileiro, já na primeira metade do século XX, buscando concretizar esse ideal teleológico de processo penal, adotou a “regra do prejuízo” – objeto central deste estudo – como viga mestra do sistema de nulidades. A ocorrência de prejuízo para a acusação ou à defesa, em razão da inobservância da forma prescrita para a prática do ato

¹ AZEVEDO, Luiz Carlos; TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 75.

² AZEVEDO, Luiz Carlos; TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

³ CORREIA, João Conde. *Contributo para análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 31.

⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 38.

⁵ Neste sentido, o Código de Processo Penal italiano de 1988, em seu artigo 183, alínea *b*, dispõe que “*salvo che sia diversamente stabilito, le nullità sono sanate se la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l’atto omesso o nullo è preordinato*”. Já no *common law*, verifica-se, nos Estados Unidos, o instituto do “harmless error”, a mitigar a invalidade decorrente de vícios constatados, por exemplo, na produção probatória: “*A party may claim error in a ruling to admit or exclude evidence only if the error affects a substantial right of the party [...]*” (artigo 103, alínea *a*, Federal Rules of Evidence).

processual, passou a ser condição indispensável à declaração de nulidade, qualquer que seja a sua espécie.

A utilização do “prejuízo” como instrumento para a convalidação de atos processuais viciados, como se verá no decorrer desta pesquisa, é técnica importada do processo civil que se insere no contexto do desenvolvimento da teoria geral do processo. Foi elaborada sob ótica liberal-civilista e transportada para o processo penal com fundamento na unidade funcional dos diversos processos, enquanto relações jurídicas estabelecidas para a solução de conflitos de interesses.

Ocorre que o processo penal, como é sabido, opera sob lógica própria, não constituindo um processo de partes livres e iguais, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com vistas à aplicação do direito penal⁶, permeada pelos valores e anseios próprios de cada sociedade. A particularidade dos valores em jogo funda a diferença substancial entre os direitos processuais, e impõe que o processo penal seja tratado com a necessária autonomia científica⁷.

Não é de se estranhar, portanto, que a reprodução arbitrária de conceitos processuais pensados para a aplicação do direito privado, resulte na sistematização caótica de institutos no processo penal. À Cinderela deve-se dar as suas próprias roupas⁸.

Neste contexto, há tempos a doutrina adverte que a “importação acrítica dos modelos civilistas clássicos de nulidade”, e sua transposição descuidada para a seara processual penal, é uma das principais causas da instabilidade legal e jurisprudencial da teoria das nulidades processuais penais⁹. Mirjan Damaška ensina que “em seu habitat natural, cada conjunto de práticas é parte de um todo processual maior, com sua própria coerência interna, camadas de horizontes motivacionais e hábitos arraigados aos atores principais”¹⁰. Não obstante o autor se refira ao intercâmbio de institutos jurídicos entre diferentes sistemas processuais, a colocação certamente se aplica à relação entre processo civil e penal, tendo em vista as distintas funções desempenhadas por ambos.

⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 683.

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 66.

⁸ Para aproveitar a analogia de Carnelutti, que já em 1946 apontava a existência de um “pancivilismo” decorrente da dependência teórica do processo penal ao processo civil. Conhecido defensor da teoria geral do processo, o autor reconheceu que “la ciencia del derecho procesal penal tiene últimamente recorrido un buen trayecto de camino; pero el progreso, en un noventa por ciento, consiste en la adaptación a sus fenómenos de los conceptos construídos para el estudio del proceso civil”. CARNELUTTI. *La ciencia del derecho procesal penal*. Em: Cuestiones sobre el proceso penal. Santiago: Olejnik, 2018, pp. 17-18.

⁹ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 15-16.

¹⁰ E o autor arremata: “Creating a successful mixture is not like shopping in a boutique of detachable procedural forms, in which one is free to purchase some and reject others”. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Epistemology and legal regulation of proof*. Em: Law, probability and risk, n.º 02. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 121.

Percebe-se que, desde a promulgação do vigente Código de Processo Penal brasileiro, no longínquo ano de 1941, a doutrina e a jurisprudência não chegaram a um consenso quanto à aplicação do prejuízo na convalidação de atos processuais viciados. Como aplicar a regra de modo consentâneo com as funções desempenhadas pelo processo penal (sua instrumentalidade própria), possibilitando a manutenção de uma jurisprudência estável sobre o tema? É uma questão que permanece sem resposta, diante de um emaranhado de proposições genéricas e decisões erráticas carregadas de subjetivismo.

O presente trabalho tem a pretensão de propor diretrizes para uma aplicação mais segura e objetiva do *pas de nullitè sans grief* na seara processual penal, partindo do pressuposto de que a regra tem recebido tratamento confuso pela doutrina e jurisprudência brasileiras, decorrente de sua transposição acrítica do processo civil para o penal, sem a consideração da instrumentalidade própria deste direito autônomo.

Principiaremos investigando as raízes históricas da utilização do *prejuízo* na seara das nulidades processuais, sua incorporação ao direito brasileiro e aplicação pelos tribunais pátrios, seu tratamento em ordenamentos jurídicos estrangeiros, entre outras questões que nos propiciem uma visão crítica sobre o estado atual da matéria. O estudo de direito comparado será de grande valia não apenas por revelar a origem da regra do prejuízo, mas também por indicar formas de compatibilizar sua aplicação às funções desempenhadas pelo processo penal. Desde já, se esclarece que a ausência de tópico específico para o direito alemão se deu pela inexistência de mecanismo análogo à regra do prejuízo no ordenamento jurídico do país.

Estabelecida a base do problema jurídico enfrentado, avançaremos na análise de suas *razões* determinantes, com a abordagem da problemática decorrente da construção de uma teoria geral unitária de processo fundada no conceito de *lide*, que viabiliza a importação acrítica, para o processo penal, de institutos desenvolvidos para o processo civil. Essa análise nos possibilitará constatar a necessidade da formulação de uma instrumentalidade própria do processo penal contemporâneo, baseada nas funções por ele desempenhadas, como forma de propiciar o saudável desenvolvimento, interpretação e aplicação de seus institutos.

O terceiro capítulo será dedicado justamente à investigação das *funções* do processo penal no Estado democrático de Direito. Com inspiração na doutrina penal funcionalista, nos afastaremos das conceituações tradicionais sobre a finalidade do processo penal, de modo a revelar uma leitura teleológica deste direito autônomo, baseada em valores que de fato exerçam e devam exercer influência sobre seus termos e fórmulas. Para tanto, nos apoiaremos em

modelos axiológicos apresentados pelas doutrinas tradicional e moderna, que consubstanciam as finalidades atribuídas ao instrumento processo penal de acordo com a formação política, econômica e cultural em que se insere.

Ao termo, espera-se evidenciar que o desenvolvimento de diretrizes seguras e objetivas para a aplicação da regra do prejuízo, com a consequente estabilização do sistema de nulidades processuais penais, só pode ser feito por meio da releitura do instituto com base na instrumentalidade própria do processo penal, consubstanciada nas distintas funções por ele desempenhadas. A racionalização do prejuízo na seara das nulidades processuais penais demanda, pois, a consideração da multiplicidade de valores que refletem o caráter multipolar do processo penal contemporâneo, voltado não somente à resolução de lides entre as partes, mas à reconstrução fática, à concretização da igualdade, à garantia da liberdade individual, à realização da segurança pública e à tutela da vítima.

Capítulo 1. A regra do prejuízo como mecanismo de convalidação de atos processuais viciados: desenvolvimento histórico e estado atual da matéria

1.1. Desenvolvimento histórico da regra do prejuízo

Em perspectiva histórica, podem ser vislumbradas as mais diversas consequências advindas da prática de um ato processual em contrariedade à lei. Isso porque a própria noção de formalismo e de instrumentalidade processual sofreram e sofrem os influxos dos valores hegemônicos em cada sociedade.

Nos estágios iniciais da civilização ocidental, a forma do ato processual se revestia de aura misteriosa, possuindo força compulsória absoluta, geralmente ligada à religião¹¹. Por exemplo, no sistema romano das *legis actiones*, eram os sacerdotes que definiam como a lei poderia ser aplicada por analogia a diferentes situações fáticas. O caráter estritamente formal de todo procedimento jurídico primitivo resultava justamente da intervenção da magia e da

¹¹ Oliveira cita exemplo desse formalismo exagerado no sistema romano das *legis actiones*: “Alguém buscou encontrar uma ação na provisão das XII Tábuas, com respeito ao corte de árvores (*de arboribus succisis*), e, ao formular sua pretensão, falou não em ‘árvores’ (*arborea*), mas em ‘vinhas’ (*vites*); Embora nas XII Tábuas esta última expressão fosse inquestionavelmente compreendida sob a palavra *arborea*, o autor perdeu a demanda simplesmente porque usou uma palavra diferente daquela prevista na lei”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 34 e 39.

religião na solução dos conflitos sociais e na criação de regras de conduta¹²; o processo consubstanciava um fim em si mesmo. Neste contexto, o menor equívoco das partes ao pronunciar as fórmulas solenes, implicava a perda do poder correspondente, e por vezes, até mesmo da própria causa¹³.

A transformação, no Direito Romano, do procedimento da *legis actio* no processo formulário típico do *jus gentium* e, posteriormente, no processo da *cognitio*, representou movimento primitivo no sentido de atenuar o estrito formalismo procedimental até então vigente. Buscando fomentar o desenvolvimento do comércio, passou-se a prever que os estrangeiros (*peregrini*) não se sujeitariam às fórmulas e solenidades próprias dos ritos reservados aos cidadãos romanos (*cives*), podendo expor livremente os pontos da controvérsia em instrução escrita (*formula*)¹⁴. Progressivamente, o processo formulário tornou-se o modo ordinário e mesmo compulsório de se conduzir a ação, transformando-se, posteriormente, no processo da *cognitio*, com o abandono da instrução escrita, que não mais conseguia abarcar todos os elementos necessários para a prolação da sentença. Essa evolução implicou o paulatino enfraquecimento da importância da forma no processo, conferindo-se maior influência aos magistrados¹⁵.

À medida que a civilização se desenvolveu e as relações sociais se tornaram mais complexas, cresceu a necessidade de ordenamentos jurídicos cujos processos consagrassem garantias em prol dos cidadãos. O Direito romano-canônico, por exemplo, se caracterizou pela presença de formas processuais bastante rígidas, em razão da desconfiança existente com relação à atuação do Judiciário da época, somada à forte influência da doutrina católica no pensamento dos juristas romanos¹⁶.

Esse movimento pendular entre maior e menor formalismo processual, tão antigo quanto o próprio processo, é determinado pelas vicissitudes político-ideológicas de cada sociedade.

¹² O mesmo se verificou, por exemplo, na Lusitânia, mantida até o século XVIII isolada da legislação romana, e no processo primitivo das populações germânicas, em vigor na Europa durante a Alta Idade Média. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, pp. 34-35 e 37.

¹³ Nesse estágio inicial de civilização, o formalismo exacerbado serve a duplo propósito: “De um lado, constitui meio efetivo de colocar freios às paixões dos litigantes, de prevenir sua conduta tumultuada e arengas desnecessárias, prestando-se ainda para compeli-los a olhar os fatos calmamente e emitir suas declarações com cuidado. De outro, atua como controle sobre a tendência prematura a se exercer o que parece ser uma espécie de justiça natural – uma tendência desfavorável para o desenvolvimento do direito como um todo orgânico. A rígida observância da forma oferece, nesse contexto, um meio de submeter o caso individual ao julgamento comum, visto como julgamento autoritativo e infalível, antes do que mera opinião de pessoas particulares”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, pp. 34-35.

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 40.

¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 44.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 47.

Oliveira observa que “à medida que cresce e se intensifica o poder e o arbítrio do juiz, enfraquece-se também o formalismo, correlativo elemento de contenção”¹⁷. Apesar da assertividade da constatação, que pôde ser vislumbrada em diversos momentos da história da humanidade, fato é que os influxos da ideologia hegemônica na construção de um processo mais ou menos rígido têm raízes muito mais profundas.

É nesse contexto de transformação político-ideológica e cultural que se encontra a gênese da “regra do prejuízo”. No período final do absolutismo francês, a ainda vigente *Ordonnance* de 1667, outorgada pelo Rei Luiz XIV, estabelecia que o monarca era o único legítimo intérprete da lei, sendo vedado aos Parlamentos – que no *ancien régime* exerciam o papel de tribunais de justiça – realizarem qualquer atividade de interpretação legal. As nulidades, portanto, constituíam instrumento do soberano para assegurar o cumprimento rigoroso de sua vontade, estampada no texto legal, afastando a menor margem de discricionariedade dos julgadores¹⁸. A legislação estabelecia que o *Conseil des Parties*, espécie de jurisdição pessoal do rei, podia anular (*casser*) a sentença que violava a lei, como forma de restaurar a vontade real¹⁹.

Insatisfeitos com a natureza puramente objetiva de sua atuação sob a égide do *Code Louis*, os membros do Parlamento de Toulouse firmaram jurisprudência no sentido de que se absteriam de declarar a nulidade de um ato processual quando não vislumbrassem qualquer

¹⁷ “Somente etapas posteriores de evolução, de exercício mais maduro da cidadania, de conscientização interna para o uso mais adequado do poder e da conquista de uma relativa independência do Poder Judiciário, poderão mudar essa escala entre um e outro fato, quase constante em épocas mais atrasadas”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 44.

¹⁸ “La legislación de Luis XIV fue dada con la intención de *apropriarse del proceso* y tener bajo estricto control la actuaciones de sus jueces, cortes y tribunales. Por esta razón, no es extraño que a través de la *Ordonnance*, Luis XIV se haya constituido como el único intérprete de la ley que él mismo emitió, prohibiendo a los Parlamentos la interpretación de sus leyes, estableciendo que su *Conseil des Parties*, finalmente, podía anular (*casser*) la sentencia que violaba la ley. Es precisamente esta fricción entre el Legislativo y el Judicial (aunque este último aún no existía como tal pues los jueces eran funcionarios del rey) y el deseo del primero de imponerse sobre el segundo por su negativa a acatar las leyes regias, lo que dio origen, en Francia, años más tarde, al instituto de la casación. BRAIN, Renzo Cavani. *Nulidad y forma en el proceso civil: perspectiva histórica de la función de la nulidad procesal en su camino hacia el modelo de la finalidad*. Em: *Derecho & Sociedad*, n.º 38. Lima: Pontificia Universidade Católica do Peru, 2012, p. 215.

¹⁹ “En efecto, eso es lo que disse expresamente el art. VIII del Título I – De *l’Observation des Ordonnances*: ‘Declarons tous Arrests & Jugemens qui seront donnez contre la disposition de nos Ordonnances, Edits & Declarations, nuls, & de nul effet & valeur; & les juges qui les auront rendus, responsables des dommages & interests des parties, ainsiqu’il fera par nous avisé’. BRAIN, Renzo Cavani. *Op. cit.*, 2012, p. 223.

prejuízo às partes²⁰, introduzindo em seus julgados o adágio *nullité sans grief n'opère rien* como forma de protesto contra a estrita vinculação de sua atuação à vontade soberana²¹.

A regra do prejuízo surge, portanto, como reação judicial à arbitrariedade do governante, em um contexto de transição que culminaria com a Queda da Bastilha. Não se pode negar que surge, desde logo, como instrumento de convalidação de atos processuais (supostamente) viciados. O que se altera, no decorrer da história, são os valores subjacentes ao saneamento operado pela regra. Se em um primeiro momento buscava-se uma maior autonomia ao Judiciário, a institucionalização da separação dos Poderes permitiu que a regra do prejuízo tutelasse outros interesses.

Com o triunfo da Revolução Francesa e o advento do liberalismo, disseminou-se em toda a Europa um movimento codificador influenciado pelo *Code de Procédure Civile* napoleônico (1806)²², que buscou romper com a ordem jurídica então vigente na França, privilegiando a simplicidade, a publicidade e a oralidade dos julgamentos, e deixando de lado formalidades processuais inúteis²³.

A doutrina aponta que, com *Code* napoleônico, “pela primeira vez pôde ser notada uma preocupação com o conteúdo da forma, superando o adágio prevalecente até então segundo o qual *la forme emport le fond*”²⁴. Exemplo disso é a previsão de que “*toute nullité d’exploit ou d’acte de procédure est couverte si elle n’est proposée toute défense ou exception autres que les exceptions d’incompétence*” (artigo 173).

²⁰ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 100.

²¹ BORDEAUX, Raymond. *Philosophie de la procédure civile – mémoire sur la réformation de la justice*. Paris: Hachette Livre, 2013, p. 386. “Los Parlamentos de Toulouse, en su actividad propia como tribunal de justicia, introdujeron un criterio mediante el cual se abstuvieron de declarar la nulidad si ésta no perjudicaba a la parte proponente: se trata, efectivamente, de la máxima *nullité sans grief n’opère rien* o, también, *pas de nullité sans grief*. Es curiosos observar cómo esta tendencia, cuya presencia es indiscutible en los códigos procesales modernos, era, al momento de su aparición, absolutamente contraria a las disposiciones de la *Ordonnance*, lo cual no es extraño teniendo en cuenta que los Parlamentos no eran escrupulosamente respetuosos de la ley sino que se arrogaban facultades legislativas; no obstante, la introducción de este nevedoso criterio, fue una manifestación de la equidad de los jueces en al ámbito de un ordenamiento que la proscribía absolutamente. A pesar de ello, los Parlamentos nunca se liberaron de un viejo y mordaz adagio que reflejaba el descontento con su forma de impartir justicia: ‘Dios nos preteja de la equidad de los Parlamentos’ (*Dieu nous garde de l’équité du parlement*)”. BRAIN, Renzo Cavani. *Op. cit.*, 2012, pp. 224-225.

²² CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 36-37.

²³ BRAIN, Renzo Cavani. *Op. cit.*, 2012, p. 225. No mesmo sentido, Oliveira afirma que os códigos processuais liberais franceses influenciaram as legislações de quase todos os Estados europeus, caracterizando-se pelo *antiformalismo* como forma de alcançar a celeridade processual, e pela valorização da autonomia das partes como meio de afastar a arbitrariedade judicial. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Op. cit.*, 2010, pp. 64-65.

²⁴ ZACLIS, Daniel. *Op. cit.*, 2015, pp. 100-101.

Imbuído do sentimento de desconfiança contra os julgadores, o Código de Napoleão, ao mesmo tempo em que reduziu o formalismo processual característico da *Ordennance*, manteve a análise das nulidades estritamente objetiva, não possibilitando qualquer margem de subjetivismo na atuação dos magistrados²⁵. As nulidades processuais eram apenas as expressamente previstas em lei (*pas de nullité sans texte*)²⁶.

Apesar disso, a doutrina da época conferiu à teoria das nulidades um conteúdo muito mais complexo do que aquele dado pela legislação, em especial pelo desenvolvimento dos conceitos de forma “substancial”, “essencial” ou “necessária”, e forma “acidental” ou “secundária”. A violação das primeiras, em razão de sua importância para o processo, implicava nulidade mesmo que a lei não cominasse essa sanção expressamente. Ainda que esta construção doutrinária estivesse em contrariedade à letra da lei, contava com a defesa até mesmo de alguns autores do *Code de Procédure Civile*, como Eustache-Nicolas Pigeau: “Les tribunaux doivent prononcer la nullité dans deux cas: 1. Lorsque la loi la prononce elle-même; 2. Lorsque, bien que la nullité ne soit pas expressément prononcée par la loi, l’acte est vicié par le défaut d’une forme substantielle [...]. Si néanmoins la forme omise était substantielle, il faudrait déclarer l’acte nul, lors même que la nullité n’en serait pas formellement prononcée par la loi”²⁷.

Como se vê, a tentativa inicial da codificação napoleônica de estabelecer um rol taxativo de nulidades em prol da eficiência processual, acabou frustrada pela prática jurídica, por ser impossível ao legislador prever, de antemão, todas as situações em que a omissão da forma importaria tratamento injusto à parte. Não obstante, a atuação da doutrina e da jurisprudência na seara das nulidades se deu a título complementar, uma vez que continuava incumbindo ao legislador, com preferência, estabelecer os casos em que a violação da forma importaria, obrigatoriamente, a invalidade do ato processual.

O subsequente *Code d’Instruction Criminelle* (1808) ouviu os reclamos da doutrina e jurisprudência francesas e, corajosamente, rompeu com o princípio *pas de nullité sans texte* do *Code de Procédure Civile*, prevendo a possibilidade de serem reconhecidas outras nulidades além das textuais. Inaugurava-se, no direito positivo, o tratamento dual das nulidades

²⁵ “La idea general que no se podía pronunciar otras nulidades que aquellas expresamente previstas en la ley, proveniente del esfuerzo de racionalización de las prácticas judiciales, que culmina en los Códigos de Napoleón y sus centralismo del Estado, pronto demostro ser un proyecto difícil de sostener”. BINDER, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2009, p. 26.

²⁶ “Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n’en pas formellement prononcée par la loi” (artigo 1.030 do *Code*).

²⁷ PIGEAU, Eustache-Nicolas. *Commentaire sur le Code de Procédure Civile*, vol. II. Paris: Beièrre, 1827, p. 740. BRAIN, Renzo Cavani. *Op. cit.*, 2012, p. 226.

processuais, com previsão de causas específicas em lei (v. g. artigo 163), somada à possibilidade do reconhecimento de outras, pela doutrina e jurisprudência²⁸. Neste sentido, o *Code d’Instruction Criminelle* previa que “la peine de nullité ne fut pas textuellement attachée à l’absence de la formalité dont l’exécution aura été demandée ou requise” (artigo 408).

Em Portugal, a influência do códigos napoleônicos se manifestou com a Novíssima Reforma Judiciária de 1841, que de igual modo trouxe dispositivos específicos prevendo, objetivamente, as diversas causas de nulidade²⁹. No entanto, de maneira inovadora, o diploma legal português tratou da matéria também em cláusulas gerais, dispondo que: “É nulo qualquer acto judicial: 1º quando a lei expressamente decretar a sua nulidade, de modo que não possa ser suprida; 2º quando, podendo ser suprida, o não tiver sido conforme a lei; 3º quando não for expressamente decretada a sua nulidade, mas for praticada contra determinação da lei, e alguma das partes tiver protestado em tempo pela observância desta; 4º quando nele faltar alguma formalidade substancial, *sem a qual se não preencha o fim da lei*”³⁰ (artigo 841).

A legislação lusitana teve o mérito de incorporar, ao tratamento das nulidades, a compreensão de instrumentalidade do processo, não como regra de saneamento, mas como critério para a própria identificação das nulidades. Deste modo, ainda que a lei não culminasse a sanção de invalidade, esta poderia ser declarada, se praticado o ato de forma diversa, não fosse atingida a finalidade da norma.

Voltando à regra do prejuízo, consta que o primeiro diploma legal que a positivou para o tratamento das nulidades foi a *Loi de la Procédure Civile du Canton de Genève*, Suíça (1819). Avesso ao informalismo exacerbado que caracterizou o apogeu da Revolução Francesa, o código se orientava pela compreensão de que “o flagelo das formalidades excessivas” não devia ser substituído pelo “flagelo ainda maior da arbitrariedade”³¹, de modo a conferir à forma certo caráter de garantia individual.

²⁸ “Esse binómio foi ganhando consistência, quer pelo aumento progressivo das nulidades textuais, quer pelo desenvolvimento das nulidades virtuais, convertendo-se num dogma irrefutável. A jurisprudência utilizou aquela possibilidade criadora, estendendo as nulidades aos casos não previstos em lei, mesmo durante a instrução preparatória” CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 65-66.

²⁹ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 37.

³⁰ Em Portugal, antes da Novíssima Reforma Judiciária (1841), o movimento codificador influenciado pela Revolução Francesa se manifestou com a Reforma Judiciária de 1832 e com a Nova Reforma Judiciária de 1837. No entanto, a curta vigência dessas legislações não permitiu que mostrassem suas virtudes e defeitos em matéria de formalismo processual e nulidades. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 37.

³¹ BELLOT, Pierre François. *Loi sur la Procédure Civile du Canton de Genève suivie de l’exposé des motifs*. Paris: Librairie A. Cherbuliez, 1870, p. 08.

A exposição de motivos da lei processual de Genebra deixa claro que a regra do prejuízo foi introduzida como viga-mestra do sistema de nulidades, a fim de equilibrar o culto supersticioso às formas com as garantias processuais asseguradas pela sua observância. “L’acte de procédure qui en sera entaché sera-t-il donc indistinctement maintenu, ou toujours annulé? Le maintenir indistinctement, serait rendre illusoires les précautions, les garanties de la Loi, réaliser, sanctionner le tort qu’elles étaient destinées à prévenir. L’annuler toujours, serait ouvrir à la chicane une effrayante latitude, sacrifier la bonne foi au culte superstitieux des formes. C’est en distinguant les cas, le genre de la contravention et du préjudice causé, que nous éviterons les inconvénients de ces deux partis extrêmes”³².

O sistema de nulidades da lei processual de Genebra previa a declaração da invalidade do ato processual em três hipóteses: incompetência do julgador, nulidade formalmente pronunciada por lei, ou quando “la contravention a causé à la partie qui l’oppose, un *préjudice* qui ne soit réparable qu’en annulant l’acte” (artigo 745).

Como se vê, a regra do prejuízo surge com o nobre propósito de equacionar valores caros ao processo, sob a compreensão de que a forma do ato exerce função de garantia individual e a atividade legislativa não é capaz de prever, em abstrato, todas as situações nas quais a prática do ato em contrariedade à lei gera prejuízo aos litigantes. Surge, portanto, como mecanismo de *abertura* do sistema, orientado ao reconhecimento de nulidades atípicas pela doutrina e jurisprudência.

Embora ocupasse lugar central no sistema de nulidades, a regra do prejuízo não foi introduzida com a pretensão de constituir cláusula geral apta a solucionar todas as questões envolvendo a invalidade de atos processuais. Nem poderia ter sido, afinal, colocá-la em tal posição significaria conferir aos julgadores demasiado poder, algo incompatível com o espírito de equilíbrio da lei e com a influência ideológica iluminista.

A regra do prejuízo, em verdade, foi consagrada no Código de Genebra como *cláusula de abertura residual*, complementar, que possibilitava aos julgadores certa margem de discricionariedade na declaração de nulidades não previstas em lei, mediante a constatação do prejuízo à parte. Mas essa liberdade só era exercida quando o prejuízo sofrido pela parte não fosse passível de reparação por ato superveniente e, mais importante, quando não houvesse lei determinando expressamente a declaração da nulidade. Isso porque, em um primeiro momento,

³² BELLOT, Pierre François. *Op. cit.*, 1870, p. 393.

cabia ao legislador a ponderação abstrata dos valores de garantia individual e efetividade processual, por meio da criação de mandamentos legais de nulidade.

Essa compreensão, esposada já há mais de dois séculos pelo Código de Genebra, parece ser a mais consentânea com o princípio democrático e a independência dos Poderes. Atribuir unicamente ao Judiciário a condição de guardião das formas processuais significa, em última instância, vulnerar a própria segurança objetivada pelo estabelecimento de um devido processo legal, uma vez que os julgadores, enquanto atores processuais, tendem a compreender a relevância das formas segundo seus próprios valores individuais, especialmente em ordenamentos jurídicos sem forte tradição na formação de precedentes. Se cabe ao parlamento fixar em lei o devido processo, com maior razão cabe a este Poder representativo a primeira palavra na ponderação de seus interesses mais relevantes.

Na legislação genebrina, incumbia ao Judiciário o exercício da equidade aristotélica, ou seja, a realização da Justiça no caso concreto, quando as peculiaridades do contexto fático não tivessem sido previstas pelo legislador, embora devessem ter sido. Desta forma, garantia-se a estabilidade do devido processo legal adjetivo, assim como a legitimidade popular na determinação das formas processuais cuja violação não seria passível de convalidação, dado o seu caráter fundamental. Não por outra razão, consta da exposição de motivos que “absolutamente todas as cominações de nulidade expressamente previstas na lei foram colocadas pela importância da nulidade ou pela evidência do prejuízo”³³.

Esta breve incursão no desenvolvimento histórico da regra do prejuízo no contexto do formalismo processual evidencia que esses conceitos jurídicos sofreram e sofrem os influxos dos valores hegemônicos em cada sociedade. Atualmente, o saneamento de atos processuais imperfeitos, com a mitigação da rigidez característica de tempos passados, é uma exigência da sociedade globalizada e dinâmica em que nos encontramos inseridos.

Na medida em que o processo intensifica sua frequência, apresentando-se como fenômeno de massa (*Massenerscheinung*), o Estado precisa nele se engajar de forma ativa, a fim de conduzi-lo a uma conclusão célere³⁴. Não por outro motivo, se diz que o capítulo mais importante de um Código de Processo é aquele referente às normas relativizadoras das

³³ BRAIN, Renzo Cavani. *Op. cit.*, 2012, p. 228.

³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 74.

nulidades, pois são elas que garantem ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em um fim em si mesmo³⁵.

Neste contexto, o desenvolvimento da teoria das nulidades no processo penal contemporâneo não deve se iniciar com a indagação sobre a viabilidade da previsão de mecanismos de flexibilização do sistema. Deve-se indagar, contudo, quais os *limites* do informalismo, tendo em vista a instrumentalidade *própria* do processo penal. O objetivo, portanto, deve ser o desenvolvimento de um raciocínio jurídico próprio, que leve em consideração a relevância da forma no processo penal, de acordo com as funções por ele desempenhadas, sem incidir na absolutização da função de garantia individual ou na busca desenfreada por eficácia processual.

1.2. A regra do prejuízo no Direito brasileiro e conclusões iniciais

No Brasil, mesmo após a independência o processo permaneceu regido pelas Ordenações Filipinas de Portugal (1603), acrescidas de normas extravagantes³⁶. Essa legislação de origem imperial estabelecia um tratamento às nulidades consentâneo com a tradição medieval; não refletia a renovação jurídica ocorrida na França por obra da monarquia e, posteriormente, da Revolução³⁷.

O processo penal era regulado juntamente com o direito material, e também pelas normas do processo civil, aplicáveis a ele subsidiariamente³⁸. O Título LXIII do Livro III das Ordenações, extensível ao processo penal por força do Título CXXIV do Livro V, estabelecia que: “Para que se *abreviem as demandas* com guarda do direito e da justiça das partes, mandamos que os Julgadores julguem, e determinem os feitos segundo a verdade, que pelos processos for provada e sabida... posto que o processo sejam mal ordenando, ou errado, ou falte nele alguma solemnidade, que para boa ordem ou substância do juízo se requeira... queremos, que *não seja o processo anullado*, nem se possa dizer a sentença nenhuma”.

³⁵ LACERDA, Galeno Velinho de. *O código e o formalismo processual*. Em: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris), n.º 28. Porto Alegre: Ajuris, 1983, p. 11.

³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 57.

³⁷ “E isso porque em Portugal, apesar de as *Ordenações* conferirem ao direito romano um lugar apenas subsidiário no quadro das fontes do direito (*Ord. fil.*, III, 64), na prática ele era o direito principal, sendo mesmo aplicado contra preceito expresso do direito local. Como o direito romano constituía a base da formação dos juristas e juizes de então e era o direito veiculado pela doutrina vigente e aceito nos tribunais, forma-se um costume doutrinário e judicial *contra legem*, mas dotado de verdadeira *opinio iuris*, com sentido obrigatório”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 57.

³⁸ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 34.

Apesar da rigidez do mandamento, que determinava a convalidação dos vícios processuais em geral, a legislação medieva previa, em artigos esparsos e taxativos, a existência de nulidades insanáveis, a exemplo da falta de citação (Título LXIII do Livro III), da incompetência do julgador (Título LXXV do Livro III) e da falta de indicação do local, da causa e do tempo do delito (Título CXXIV do Livro V).

Correia esclarece que a modernidade desse regramento das nulidades processuais não era senão aparente: “Ao impor a realização da justiça no caso concreto, independentemente da maneira de a lograr, o legislador esquecia que o processo penal também deve ter como finalidade a defesa dos direitos individuais e que, ao hipervalorizar a justiça, subvalorizava aqueles direitos, conduzindo ao seu aniquilamento [...]. Não sendo, pois, de admirar que o processo penal fosse orientado para a confissão, tivesse o réu cometido ou não o crime de que era acusado”³⁹.

O rígido sistema das Ordenações só veio a ser superado, no Brasil, com a promulgação do Código de Processo Criminal do império (1832), que na seara das nulidades, limitou-se a prever a sanção em caso de omissão de determinadas formas. Continuou vigente, portanto, o sistema de taxatividade das nulidades no processo penal.

No entanto, como mencionado, o movimento pendular entre maior e menor formalismo processual é determinado pelas vicissitudes político-ideológicas de cada sociedade. À medida que o processo penal assumia, com maior vigor, a função de garantia individual, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, em movimento semelhante ao verificado na França de Napoleão, tratavam de densificar a teoria das nulidades. Neste sentido, foram construídos os conceitos de “nulidades manifestas” e “fórmulas substanciais” do processo, a fim de albergar a nulidade em casos não previstos expressamente em lei⁴⁰. Fernandes identifica que essa “confusa construção doutrinária” gerou, em meados de 1870, cerca de 120 nulidades, enquanto em 1920 afirmava-se a existência de 624⁴¹.

³⁹ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 35.

⁴⁰ A construção doutrinária e jurisprudencial se deu com base na redação imprecisa dos artigos 301 e 302 do Código imperial: “Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de apelação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as *formulas substanciaes* do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuser a pena declarada na Lei”. “Julgando-se na Relação precedente o recurso por se não terem guardado as *formulas prescriptas*, formar-se-ha novo processo na sebssequente sessão com outros Jurados, remetendo-se para esse fim, os autos *ex-officio* ao Juiz de Direito, quando a accusação tiver sido por officio do Promotor, e entregando-se á parte interessada, quando fôr particular”.

⁴¹ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

Neste momento, o processo penal brasileiro sofria forte influência do Código Comercial (1850) e do respectivo regulamento (n.º 737), cuja aplicação foi posteriormente estendida ao processamento de causas cíveis (pelo Decreto n.º 763 de 1890). A legislação buscava simplificar as causas comerciais, a fim de fomentar o desenvolvimento das negociações no país. As nulidades eram elencadas em rol (artigo 673 do regulamento), mas havia a previsão de cláusula de abertura, possibilitando a declaração de nulidade em razão da falta de “alguma forma ou termo essencial” do processo (artigo 672, § 2º do regulamento), assim entendidos aqueles indispensáveis “para que as partes possam alegar o seu direito e produzir as suas provas” (artigo 22 do código).

As nulidades expressas no artigo 673 não se sujeitavam à preclusão e não podiam ser convalidadas pelo juiz, “mas somente ratificadas pelas partes” (artigo 674 do regulamento); as demais, reconhecidas por meio da cláusula de abertura, se sujeitavam à preclusão temporal, cabendo à parte interessada argui-las na primeira oportunidade de falar nos autos (artigo 675 do regulamento). Trata-se da primeira oportunidade em que a lei brasileira adotou a classificação das nulidades em categoriais distintas, concebendo o que viriam a ser as “nulidades absolutas” e as “nulidades relativas”. Além disso, o Código Comercial do império, no afã da celeridade e provavelmente inspirado na lei processual civil de Genebra, incorporou ao Direito pátrio a regra do prejuízo: “As nulidades arguidas não sendo supridas ou pronunciadas pelo Juiz, importam a anulação do processo na parte respectiva, si ellas causaram *prejuízo* áquelle que as arguiu” (artigo 677, *caput* e § 1º, do regulamento).

Com a Proclamação da República, a Constituição Federal de 1891 estabeleceu a competência residual das Justiças Estaduais e a atribuição dos Estados-membros para a elaboração de seus próprios códigos processuais⁴². Teve início a fase do “dualismo processual” brasileiro, em que diferentes procedimentos eram previstos no âmbito federal e de cada Estado.

A elaboração dos códigos estaduais de processo penal se mostrou bastante influenciada pelo Regulamento n.º 737 do Código Comercial, que na época, reitera-se, funcionava também como diploma processual civil⁴³. Com isso, diversos códigos estaduais adotaram a regra do prejuízo como mecanismo de convalidação de atos processuais penais imperfeitos. São exemplos o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul (“constituem nulidades insanáveis a preterição de alguma fórmula ou termo do processo, em *prejuízo* da acusação ou da defesa”

⁴² SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 81.

⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de Independência*. Ribeirão Preto: Migalhas de peso, 2022, p. 11.

– artigo 327), o Código de Processo Penal de Minas Gerais (“outrossim, [a nulidade] não pode ser pronunciada quando não houver *prejuízo* de nenhuma das partes, ou quando a falha tiver sido suprida proveitosamente no correr da ação” – artigo 476, parágrafo único) e o Código de Processo da Bahia (“ainda que concorra alguma das nulidades do artigo 1350, não poderá ser ella pronunciada, sinão quando houver prejuizo de alguma das partes” – artigo 1359, alínea a).

Com relação ao Código baiano (1915), cumpre destacar que, inspirado nas lições da doutrina italiana que propagava a *unidade funcional* dos processos, o autor do projeto Eduardo Espínola optou pela criação de diploma único, aplicável tanto ao processo civil quanto ao penal⁴⁴.

A promulgação da Constituição Federal de 1934 marcou o fim da “República Velha” e, com ela, do dualismo processual. A União passou a deter competência exclusiva em matéria processual, editando, em 1938, o Decreto-lei n.º 167 (“Lei do Júri”), que alterou sutilmente o tratamento das nulidades processuais penais no Brasil. O decreto estabelecia que “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na *apuração da verdade material*” (artigo 99). Apesar dessa nova cláusula, não houve o abandono da regra do prejuízo, apenas sutilmente modificada: “Nenhuma das partes pode arguir as nulidades a que haja dado causa ou referentes a dispositivos *cujas observâncias lhe seja indiferente*” (artigo 101).

A Carta de 1934 teve inspiração na Constituição de Weimar, estabelecendo a perspectiva de um Estado Social de Direito⁴⁵. Não coincidentemente, aflorou-se na legislação penal da época forte preocupação com a “busca da verdade” no processo, como é o caso do Decreto-lei n.º 167. A razão de ser da importância da busca da verdade no processo penal de Estados sociais será explorada no terceiro capítulo.

Em 1939, foi promulgada a primeira codificação de processo civil brasileiro com aplicação em todos os níveis da federação. Inspirada em leis como a Novíssima Reforma Judiciária portuguesa, o Código concretizou a instrumentalidade das formas no direito positivado, prevendo que a nulidade não seria declarada quando o ato, embora praticado de forma diversa da prevista em lei, tivesse “*atingido o seu fim*” (artigo 273, inciso I). Além disso, a regra do prejuízo foi eleita como mecanismo de convalidação de vícios processuais, passando

⁴⁴ PASSOS, Joaquim Calmon de. *Op. cit.*, 2009, p. 131.

⁴⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 137.

a legislação federal a prever que “não se repetirá o ato, nem se lhe suprirá a falta, quando não tiver havido *prejuízo* para as partes” (artigo 278, § 2º).

Em 1941, durante a ditadura de Getúlio Vargas (Estado Novo), entrou em vigência o atual Código de Processo Penal brasileiro, que seguindo a linha do Código de Processo Civil e inspirado no *Codice Rocco* italiano, adotou a regra do *prejuízo* como viga-mestra do sistema de nulidades. O diploma processual não alterou a sistemática estabelecida pelo Decreto-lei n.º 167 (“Lei do Júri”), no que previa a busca da “verdade substancial” como fator relevante para a declaração, ou não, da nulidade. O artigo inaugural do tema no Código de 1941 aduz que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar *prejuízo* para a acusação ou para a defesa” (artigo 563). Em seguida, são previstas diversas causas de nulidade, a exemplo da incompetência do juiz e da falta de citação (artigo 564). O artigo 566, por sua vez, prevê que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da *verdade substancial* ou na decisão da causa”. Por fim, o Código consagra o princípio da instrumentalidade adotado pela lei processual civil, ao dispor que determinadas nulidades arroladas no artigo 564 “considerar-se-ão sanadas se, praticado de outra forma, o ato tiver *atingido o seu fim*”⁴⁶.

O regramento inaugurado pelo Código de 1941 apresenta rol pretensamente taxativo de vícios processuais (artigo 564, *caput* e incisos), com cláusula de abertura consubstanciada na “omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato” (inciso IV). Esse dispositivo de abertura do sistema de nulidades peca pelo excesso de subjetivismo, não trazendo qualquer indicação do que se poderia entender por “formalidade essencial”, tarefa atribuída exclusivamente à doutrina e à jurisprudência. A mitigação da taxatividade, embora crucial para evitar o engessamento do sistema e possibilitar a adequada tutela dos direitos de liberdade, é mais bem realizada por meio de cláusulas de abertura indicativas dos valores essenciais do processo que permitem a subsunção de nulidade atípicas, como forma de orientar a discricionariedade judicial e conferir uniformidade ao tratamento da matéria. É o que se verifica, por exemplo, no processo penal italiano, que prestigiando o contraditório e a ampla defesa, prescreve cláusula geral de nulidade pela inobservância de formas que assegurem a “intervenção, assistência e representação do arguido”⁴⁷.

⁴⁶ O entendimento do legislador, consagrado na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 (ponto XVII), era de que “se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma”.

⁴⁷ artigo 178, inciso 1, alínea c, do *Codice di Procedura Penale*.

Além disso, o sistema de nulidades do Código brasileiro de 1941 não apresenta qualquer distinção entre vícios sanáveis e insanáveis – embora a Exposição de Motivos faça menção expressa à classificação⁴⁸ –, tarefa novamente atribuída à doutrina e à jurisprudência. Limita-se a lei a prover uma ampla gama de instrumentos de convalidação de atos viciados, como a mencionada regra do prejuízo, o atingimento da finalidade da norma, a não influência do vício na apuração da verdade substancial, além da preclusão temporal e da anuência do prejudicado.

Diante de toda essa indeterminação, as obras de Galeno Lacerda, conforme apontado pela doutrina, contribuíram decisivamente para o desenvolvimento teórico do sistema de nulidades processuais, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939 e do Código de Processo Penal de 1941. Em verdade, a base teórica concebida pelo jurista, até os dias atuais, influencia todo o ordenamento processual brasileiro⁴⁹.

Inspirado pela noção de instrumentalidade do processo, Lacerda desenvolveu, em meados de 1950, a diferenciação entre nulidades absolutas e relativas, gestada anteriormente pelo Código Comercial do império (artigo 675 do respectivo regulamento). A diferença entre as categorias, segundo o autor, reside na finalidade precípua da norma violada: se tutelar predominantemente o interesse público, a nulidade será absoluta, insanável; se tutelar predominantemente o interesse de parte, a nulidade será relativa, passível de saneamento por meio de regras de convalidação. Nas palavras de Lacerda, “o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico”⁵⁰.

A teoria inicialmente desenvolvida por Lacerda incorporou ao Direito brasileiro noção trabalhada pelos juristas franceses já nos primeiros anos de vigência dos códigos napoleônicos, qual seja, a de que existiriam formas processuais “substanciais”, “essenciais” ou “necessárias”, e formas processuais “acidentais” ou “secundárias”. Essa mesma lógica permeou diversos outros diplomas legais, que previam expressamente as causas de nulidade mais relevantes, mas não excluía a possibilidade do reconhecimento de outras; são exemplos o próprio Código

⁴⁸ “Somente em casos excepcionais é declarada *insanável* a nulidade”. CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Em: Revista Forense, vol. 38, n.º 88. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 635.

⁴⁹ COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. *A teoria das nulidades e o sobredireito processual*. Em: Revista de informação legislativa, vol. 34, n.º 136. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 41. Cabe destacar a existência, no Direito brasileiro, de posições minoritárias que distinguem as espécies de nulidade com base na natureza constitucional ou infraconstitucional da norma violada. Neste sentido: “A inobservância da norma constitucional acarreta a desconformidade com o modelo imposto pela Lei Maior, ocasionando o fenômeno da *atipicidade constitucional*”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

⁵⁰ LACERDA, Galeno Velinho de. *Despacho saneador*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990, p. 72.

Comercial do império (artigos 672 e 673 do respectivo regulamento) e o Código de Processo Penal português de 1929 (artigos 98 e 100).

Apesar da excessiva subjetividade do critério adotado para distinguir as nulidades absolutas das relativas (tutela precípua do interesse público ou do interesse particular), a teoria das nulidades processuais de Lacerda tinha o mérito de impor a elas tratamento diverso, consoante a gravidade da situação, concretizando o princípio da proporcionalidade⁵¹. Não há dúvidas de que o jurista avançou ao definir um critério, embora contestável por sua subjetividade, para a classificação das formas em substanciais ou secundárias no Direito brasileiro. Além disso, delimitou as consequências oriundas de tal classificação (possibilidade ou não de saneamento do vício), construção salutar para a previsibilidade da aplicação do direito.

Ocorre que, anos mais tarde, no exercício do cargo de desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Galeno Lacerda se deparou com um caso que o faria reformular a sua teoria, determinando o início de um novo momento evolutivo do sistema de nulidades processuais no Direito brasileiro. Tratava-se de um recurso que pleiteava o reconhecimento de nulidade absoluta em ação de cobrança, em razão da escolha do rito equivocado. O recorrente sustentava, com base na doutrina do próprio julgador, que a norma violada (relativa ao procedimento correto) tutelava o interesse público na melhor administração da justiça⁵².

Ponderando a necessidade de declarar a nulidade, solução acertada segundo sua teoria, com a noção de instrumentalidade do processo civil, Lacerda desenvolveu a compreensão de que mesmo as nulidades absolutas, que afetam o interesse público, poderiam ser sanadas. Isso porque, em razão do caráter instrumental do processo, o que determinaria o reconhecimento ou não da nulidade, no caso concreto, não seriam as regras processuais propriamente ditas, mas sim os *valores* e a *finalidade* da norma supostamente violada⁵³.

Segundo o autor, se embora praticado de maneira viciada, o ato processual atingisse a finalidade da norma, não causando *prejuízo* algum, deveria o ato ser reputado válido e legítimo. “Sabendo-se qual a verdadeira e única *finalidade do processo* [a realização do direito material], bem como valendo-se de uma visão sistemática de todo o ordenamento, eventual atentado

⁵¹ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 122-123.

⁵² COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. *Op. cit.*, 1997, p. 43.

⁵³ LACERDA, Galeno Velinho de. *Op. cit.*, 1983, p. 10. No mesmo sentido: “O equívoco que cometem os que enchem a boca com o interesse público reside principalmente no fato de que na compreensão desse conceito, altamente abstrato e genérico, daqueles tidos como indeterminados, não existe apenas um interesse – o público –, como poderia se supor, mas nela se situa, ao contrário, uma extensão enorme de interesses diferenciados, tão ampla quanto aquela que diversifica os interesses privados”. COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. *Op. cit.*, 1997, pp. 44-45.

contra as suas formas e seu procedimento, nenhum vício acarretará, uma vez alcançado o escopo último a que ele se destina”⁵⁴.

O novo raciocínio de Lacerda se funda na compreensão de que o processo constitui uma estrutura teleológica na qual os valores e a finalidade das normas são reconhecidos como supremos⁵⁵. Deste modo, todas as omissões de formas estabelecidas no interesse público poderiam ser sanadas, por meio de regras de *sobredireito processual*, a exemplo da própria regra do prejuízo, inculpada em ambos os Códigos processuais da época⁵⁶. Essas regras de *sobredireito* seriam estabelecidas no *interesse público superior* da concretização da ordem jurídica e realização da Justiça⁵⁷. Tratava-se, em suma, da construção de “barreiras” à simples declaração da nulidade “absoluta”, em prol da efetividade do processo.

Com o tempo, a nova teoria das nulidades processuais de Lacerda foi adotada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência dos tribunais superiores, passando a ter aplicação unânime no processo civil⁵⁸. Neste contexto, foi transportada, sem maiores empecilhos, para o processo penal, sob os auspícios da teoria geral do processo fundada no conceito carneluttiano de lide.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, seguidos pelos tribunais regionais e estaduais brasileiros, mantêm a firme compreensão de que, no processo penal, a declaração de nulidade, *qualquer que seja a sua espécie*, depende da demonstração do prejuízo sofrido por aquele que a alega. Neste sentido⁵⁹:

Juizado Especial Criminal: incompetência para o processo dos crimes descritos nos arts. 303, 306 e 308 do C. Trânsito: inteligência do art. 291 e parágrafo do CTB c/c art. 61 L. 9.099/95.

1. Embora o pudesse ter feito, o CTB não converteu em infrações penais de "menor potencial ofensivo", para o fim de incluí-los na competência dos Juizados Especiais, os crimes tipificados nos seus arts. 303 (lesão corporal no trânsito), 306 (embriaguez ao volante) e 308 (participação em competição não

⁵⁴ COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. *Op. cit.*, 1997, p. 45.

⁵⁵ COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. *Op. cit.*, 1997, p. 45.

⁵⁶ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, artigo 250, parágrafo único; Código de Processo Penal brasileiro de 1941, artigo 563.

⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: 1996, p. 179.

⁵⁸ Cabe destacar que os subsequentes Códigos de Processo Civil brasileiros, promulgados em 1973 e 2015, mantiveram o regramento das nulidades idêntico ao estabelecido pelo Código de 1939, com a consagração da instrumentalidade das formas e da regra do prejuízo (respectivamente, artigos 244 e 250, parágrafo único, e artigos 277 e 283, parágrafo único).

⁵⁹ Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Habeas corpus* n.º 81.510/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 11 de dezembro de 2001; Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Agravo regimental no agravo em recurso especial n.º 1.791.869/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 09 de março de 2021.

autorizada): no art. 291, caput, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais foi limitada pela cláusula "no que couber", bastante a excluí-la em relação aos delitos de trânsito cuja pena máxima cominada seja superior a um ano (L. 9.099/95, art. 61); no parágrafo único do mesmo artigo, cingiu-se o CTB a prescrever aos três crimes referidos - todos sujeitos a pena máxima superior a um ano - os arts. 74 (composição de danos civis no processo penal), 76 (transação penal) e 88 (exigência de representação para a persecução de lesões corporais).

2. Nulidade por incompetência do Juizado Especial: declaração sujeita à existência de prejuízo. 2. O âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas – qual, no caso, a incompetência do Juizado Especial – se a falta do inquérito policial - que não é garantia de defesa -, e a sequência do procedimento da L. 9.099/95, perante Juíza que, na comarca, era a titular exclusiva da jurisdição penal, nenhum prejuízo em concreto acarretou à defesa do paciente.

3. Declaração de nulidade restrita, em consequência, ao acórdão confirmatório da sentença condenatória exarado por Turma Recursal dos Juizados Especiais.

–

Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio. Conselho de Sentença. Empréstimo de jurados. Possibilidade. Nulidade. Inocorrência. *Prejuízo não comprovado*. Resolvimento fático-probatório. Enunciado n. 7 da súmula do STJ. Agravo regimental não provido.

1. No que diz respeito às nulidades apontadas pelo recorrente, registro, de plano, que prevalece no moderno sistema processual penal que eventual alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo. Não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, sob pena de a forma superar a essência. Vigora, portanto, o princípio *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal.

2. No presente caso, não se falar em nulidade, pois o aresto hostilizado é firme no sentido de que "não há qualquer nulidade absoluta no empréstimo de jurados do mesmo juízo para que se complete o número mínimo exigido em lei" estando tal entendimento em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior.

3. Não comprovado efetivo prejuízo ao réu, não há se falar em nulidade nem em ofensa à legislação. É imperativa a demonstração de efetivo prejuízo, situação que, no caso dos autos, demandaria o revolvimento dos fatos e das provas, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Não há dúvidas de que a compreensão adotada pela jurisprudência brasileira – no sentido de que tanto as nulidades absolutas quanto as relativas são passíveis de saneamento se não houver *demonstração do prejuízo* pelo interessado –, ofusca a distinção entre as duas espécies de vícios processuais, ao menos quanto às suas consequências principais. Atualmente, a única utilidade prática da classificação reside no entendimento de que as nulidades “absolutas” não se sujeitam à preclusão temporal e podem ser declaradas pelo juiz de ofício,

enquanto as relativas se sujeitam à preclusão temporal e só podem ser alegadas pela parte interessada⁶⁰. Quanto às consequências do reconhecimento do vício, contudo, não há distinção, uma vez que ambas as espécies de nulidade podem ser convalidadas no interesse superior da aplicação do direito e realização da Justiça.

A incidência indiscriminada da regra do prejuízo também torna inócua a previsão legal de vícios específicos de alta gravidade (nulidades textuais ou típicas), uma vez que tanto eles quanto as nulidades concebidas pela doutrina e jurisprudência (nulidades atípicas) geram os mesmos efeitos: invalidação do ato processual sujeita à efetiva demonstração de prejuízo, a critério do juiz.

Como consequência, o legislador se afasta do seu papel histórico de definir, com prioridade, os casos em que a violação da forma importa, obrigatoriamente, a invalidade do ato. O Judiciário assume o papel de único guardião das formas processuais, ostentando a primeira e a última palavras na identificação, convalidação e declaração das nulidades. Em ordenamentos jurídicos sem forte tradição na formação de precedentes, como é o caso do brasileiro, isso pode significar insegurança jurídica, em razão da impossibilidade de compreender as regras do jogo.

Como uma primeira concretização, é possível mencionar a indevida aplicação da regra do prejuízo na seara das *provas ilícitas*, que possuem regime jurídico próprio. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, em decisões recentes, condicionou a anulação do ato de interrogatório à prova do prejuízo decorrente da falta de prévia comunicação do acusado sobre seus direitos, em especial o de permanecer em silêncio⁶¹. Essa postura aumenta a margem de subjetivismo do julgador, ao possibilitar-lhe o arbitrário saneamento de provas ilícitas em desfavor do réu, mediante a atribuição do ônus da prova de circunstância não exigida por lei (o prejuízo). Cumpre destacar, contudo, que a aplicação da regra do prejuízo no âmbito das provas ilícitas não consubstancia o posicionamento da doutrina e jurisprudência majoritárias, que preferem fazer uso do critério da proporcionalidade.

Dessa breve digressão histórica, podemos identificar três *dimensões da teoria das nulidades no processo penal*, orientadas pelo *zeitgeist* das sociedades em que se inserem:

1. Legislações de viés autoritário tendem a consagrar as nulidades processuais em rol taxativo, como forma de reduzir ou eliminar a discricionariedade judicial e manter o monopólio

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 694-695.

⁶¹ Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Recurso em *habeas corpus* n.º 67.730/PE, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 26 de abril de 2016; Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Agravo regimental no *habeas corpus* n.º 798.225/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 12 de junho de 2023.

do governante na interpretação da lei. No Brasil, isso se verificou durante toda a vigência das Ordenações Filipinas e do Código de Processo Penal do império (1832); na França, foi o caso da *Ordonnance* de 1667 e, por breve período, do *Code de Procédure Civile* de 1806; na Itália, verificou-se com os *Codices di Procedura Penale* de 1865 (primeiro código da Itália unificada), 1913 e 1930 (*Codice Rocco*, do governo Mussolini).

2. Conforme o processo penal assume, com maior vigor, a função de garantia individual do acusado, doutrina e jurisprudência tendem a desafiar a enumeração das nulidades em rol taxativo, concebendo causas atípicas de invalidade dos atos processuais, com base em valores superiores ou expressões abertas da lei. É o que aconteceu no Brasil durante a vigência do Código de Processo Penal de 1832, até a Proclamação da República; na França, durante os primeiros anos de vigência do *Code de Procédure Civile*; e na Itália, em maior ou menor medida, durante toda a vigência das referidas codificações⁶². Em certos casos, este movimento doutrinário e jurisprudencial acarretou a incorporação, na legislação processual, de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados que possibilitassem a identificação casuística de outras causas de nulidade, *além* das previstas em lei. Foi o que aconteceu no Brasil, inicialmente com os códigos de processo estaduais pós-1891, e depois com o Código de Processo Penal de 1941; na França, com o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808; em Portugal, com a Novíssima Reforma Judiciária de 1841.

3. Com a constatação da necessidade de conferir maior efetividade ao processo, são incorporadas às legislações processuais penais regras de convalidação dos atos imperfeitos, a exemplo da preclusão temporal, do “atingimento da finalidade da norma” e da própria regra do prejuízo, que tem a sua finalidade inicial alterada para servir ao saneamento de vícios processuais. É o que se verificou na França, no decorrer da vigência do *Code de Procédure*

⁶² “O art. 849 do *código* de 1865, que foi o primeiro Código da Itália unificada, já formulava o princípio da taxatividade, pois a nulidade só podia ser declarada quando fosse expressamente prevista na lei. Porém, essa proibição foi ultrapassada pela criação de nulidades substanciais, como forma de superar as naturais lacunas legais. Também o artigo 135 do *Código di Procedura Penale* de 1913 consagrava inequivocamente o princípio da taxatividade das nulidades, dando origem a tentativas idênticas no sentido da sua superação”. Já na vigência do *Codice* de 1930, a tentativa de superação da taxatividade das nulidades se deu por meio do desenvolvimento da figura dogmática da *inexistência*. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 75-76.

Penale de 1959⁶³, e em Portugal, com a Reforma de 1855⁶⁴. Durante períodos de autoritarismo político-ideológico, a presença de mecanismos de convalidação na legislação processual penal tende a se proliferar de tal modo a excluir do processo penal sua função de garantia individual, privilegiando o arbítrio estatal. É o que se verificou no Brasil, com o Código de Processo Penal de 1941; na Itália, com o *Codice Rocco* de 1930; e em Portugal, com o Código de Processo Penal de 1929⁶⁵.

Cumprido destacar que as dimensões acima propostas não necessariamente se verificaram de maneira estanque na história dos países mencionados. Com efeito, mesmo durante períodos ditatoriais, setores da doutrina e da jurisprudência manifestaram resistência à taxatividade e à ampla saneabilidade das nulidades. Sendo assim, tendo em vista que um movimento não necessariamente exclui o outro, prefere-se o vocábulo “dimensões” à, por exemplo, “gerações” ou “momentos”.

Em sede de conclusão, pudemos aferir que o *pas de nullité sans grief* surgiu como regra positivada no Direito suíço, sob a compreensão de instrumentalidade do processo *civil*. Incorporada ao Direito brasileiro, foi transportada para o processo penal sob o manto da teoria geral, fundada na *unidade funcional* dos diversos processos. Posteriormente, teve a sua aplicação ampliada para incidir também sobre as nulidades “absolutas”, sob o fundamento de interesses públicos superiores do processo *civil*, sendo a tese naturalmente incorporada ao processo penal. A razão de ser da “transmissão mecânica” dessa categoria civilista ao processo penal será detalhada no segundo capítulo.

⁶³ Durante a vigência do *Code de Procédure Penale* de 1959, “por força de vicissitudes históricas, entre as quais se destaca a guerra da Argélia e a influência de Maurice Patin presente da *Chambre Criminelle*, a jurisprudência começou a fazer uma interpretação restritiva dos preceitos legais, manifestando grande hostilidade à declaração de nulidade e impondo, no caso das nulidades substanciais, a verificação de um prejuízo. Tal corrente restritiva que, muitas vezes, via nas nulidades meras manobras dilatórias, foi minando os alicerces do sistema, construindo as bases para uma nova alteração legislativa, desta vez de caráter limitativo”. Essa alteração foi concretizada pela Lei de 06 de agosto de 1975, que incluiu o artigo 802 no *Code*, consagrando a regra do prejuízo como elemento central do sistema de nulidades no processo penal francês. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 68-69

⁶⁴ As regras de abertura do sistema de nulidades processuais, consagradas pela Novíssima Reforma Judiciária de 1841, resultaram um processo penal pouco efetivo e facilmente manipulável pelas partes. Segundo Correia, “o modelo que temperava a rigidez dos sistemas taxativos, acalmando os espíritos mais liberalizantes, convictos da impossibilidade de prever todos os casos em que o processo devia ser invalidado, permitia a sua manipulação abusiva no intuito de atrasar uma eventual condenação”. Com a constatação de que o regime de nulidades processuais da Novíssima Reforma era inconveniente, a Reforma de 1855 incorporou ao processo penal português a possibilidade de saneamento da generalidade das nulidades. A título de exemplo, a lei previa que omissões de formalidades substanciais referentes ao corpo de delito eram sanadas quando já não pudessem ser praticadas, ou quando já não pudessem contribuir para o esclarecimento dos fatos. “Os vícios irreparáveis ficavam previstos na lei de forma taxativa e os restantes podiam ser sanados e, nessa medida, o seu poder destrutivo era menor”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 39-41.

⁶⁵ O Código de Processo Penal português de 1929 “sensível aos princípios da economia processual e da conservação dos actos inválidos”, restringiu ainda mais as possibilidades de anulação do processo e, simultaneamente, “aumentou os casos e as causas de sanabilidade das nulidades”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 42-44.

Ocorre que a indistinta aplicação de regras de convalidação a todas as espécies de nulidades – como ocorre no Direito brasileiro –, tende a conferir ao Judiciário o monopólio da tutela da forma, ofuscando a distinção entre formas substanciais e acidentais, nulidades absolutas e relativas, entre outros conceitos relativos à invalidade dos atos processuais. Essa confusão conceitual tende a gerar insegurança jurídica, instabilidade processual e enfraquecimento da função de garantia individual desempenhada pelo processo penal, como ficará mais bem evidenciado no decorrer desta pesquisa.

Neste contexto, torna-se imprescindível definirmos a instrumentalidade própria do processo penal, apta a permitir a identificação de critérios minimamente objetivos para a convalidação, ou não, de atos processuais viciados, por meio da concretização de conceitos indeterminados como a regra do prejuízo, que não mais podem ficar à mercê de construções civilistas. Esses critérios serão objeto do terceiro capítulo. Por ora, cumpre buscarmos inspiração no direito comparado.

1.3. A regra do prejuízo no Direito comparado

1.3.1. França:

Como visto, o Direito francês foi o berço da regra do prejuízo, concebida pela jurisprudência do Tribunal de Toulouse, no exercício da judicatura, como forma de protesto contra a estrita vinculação de sua atuação à vontade do soberano. Neste período histórico, as nulidades eram elencadas em rol taxativo na *Ordonnance* de 1667, e o *Conseil d'État privé*, vinculado ao rei, tinha competência para declará-las, determinando a anulação de sentenças do Parlamento. O *pas de nullité sans grief* surge como mecanismo de convalidação de (supostos) vícios processuais, tutelando os valores de autonomia do Judiciário e limitação dos poderes do governante.

Com a queda da monarquia absolutista e o desenvolvimento do processo penal como instrumento de defesa da liberdade dos cidadãos, o sistema de nulidades no processo penal francês transitou para a sua segunda dimensão, consubstanciada na promulgação do *Code d'Instruction Criminelle* napoleônico (1808). O diploma legal abandonou a taxatividade dos vícios de forma e adotou a possibilidade, já reconhecida pela doutrina e jurisprudência da época, de serem declaradas outras nulidades além das previstas em lei, identificadas em cada caso

concreto. Para tanto, previa que as nulidades não decorriam apenas da omissão de forma exigida por lei (artigo 408, *in fine*).

O sistema inaugurado pelo *Code* de 1808 levou ao aumento progressivo do número de nulidades reconhecidas pelo tribunais franceses. Segundo Correia, “a jurisprudência utilizou aquela possibilidade criadora, estendendo as nulidades aos casos não previstos na lei, mesmo durante a instrução preparatória [...]. Essa jurisprudência desenvolveu-se com as Leis de 08 de dezembro de 1897, de 07 de fevereiro de 1993 e de 25 de março de 1935, que alargaram o elenco das nulidades textuais, e evoluiu, passando de uma concepção inicial em que as formalidades substanciais representavam os interesses da justiça, para concepções mais arrojadas em que, cada vez mais, são associadas à salvaguarda dos direitos de defesa”⁶⁶.

O atual *Code de Procédure Pénale* francês (1959), em matéria de nulidades, manteve o “sistema duplo” introduzido pelo código napoleônico, prevendo a existência de nulidades específicas (textuais) e a possibilidade de serem reconhecidas outras pela jurisprudência – as chamadas nulidades virtuais, decorrentes da inobservância de “formalidades substanciais”⁶⁷. “No primeiro caso, a lei prevê, de forma expressa, a violação ou omissão de determinada formalidade como causa de nulidade, indicando aquilo que considera essencial no intuito de afastar eventuais *arbitrios interpretativos* do juiz. No segundo caso, a nulidade pode ser declarada, mesmo que não esteja expressamente prevista na lei, se forem violadas disposições substanciais, em particular os direitos de defesa”⁶⁸.

No decorrer da vigência do diploma processual francês, por força de vicissitudes político-ideológicas como a guerra da Argélia e a influência de Maurice Patin, presidente da *Chambre Criminelle*, a jurisprudência francesa começou a interpretar restritivamente os dispositivos legais referentes às nulidades⁶⁹, inclinando-se em favor da eficiência processual na tutela da segurança pública. Neste contexto, a regra do prejuízo ressurgiu no Direito francês, empregada pelos tribunais como mecanismo de convalidação das nulidades virtuais (que não possuíam previsão legal expressa).

Com essa inclinação doutrinária e jurisprudencial, teve início o terceiro movimento evolutivo do sistema de nulidades processuais penais na França, que culminou no advento da

⁶⁶ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 66.

⁶⁷ “Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne” (artigo 171 do *Code de Procédure Pénale* francês).

⁶⁸ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 66.

⁶⁹ PRADEL, Jean. *Procédure pénale*. Paris: Éditions cujas, 1995, p. 488; CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 68.

Lei de 06 de agosto de 1975, responsável pela inclusão definitiva da regra do prejuízo no *Code de Procédure Pénale*.

Atualmente, o artigo 802 do *Code* francês estabelece que: “En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d’inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour cassation, qui est saisie d’une demande d’annulation ou qui relève d’office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter *atteinte aux intérêts* de la partie qu’elle concerne”.

O ônus da prova do prejuízo, como no Direito brasileiro, recai sobre o interessado, sem prejuízo da possibilidade de o julgador reconhecer a sua existência de ofício, declarando a nulidade⁷⁰. Ocorre que, diferente do que se verifica no Código brasileiro, a regra do prejuízo do processo penal francês não se aplica indiscriminadamente a todas as espécies de nulidade. Ao contrário do que a literalidade do dispositivo legal pode indicar, a doutrina e a jurisprudência francesas se consolidaram no sentido de que *determinadas* nulidades, em razão da importância da forma que tutelam, não devem ter o seu reconhecimento sujeito à discricionariedade do julgador.

Explica-se. Entre as nulidades virtuais, decorrentes da omissão de formas substanciais, doutrina e jurisprudência distinguem as nulidades de “de ordem pública” das nulidades ligadas ao “interesse particular” (de determinada parte)⁷¹. Os vícios que atingem o interesse público, a exemplo da incompetência do órgão judicial, segundo o entendimento majoritário, são sancionados automaticamente, não se cogitando de convalidação pelo julgador; já os vícios que atingem o interesse de uma das partes podem ser sanados pela incidência de diversas regras, entre elas a do prejuízo⁷².

⁷⁰ GRELLIÈRE, Vincent. *Nullités de l’instruction préparatoire et bonne administration de la justice pénale*. Em: *Annales de l’université des sciences sociales de Toulouse*, tomo XXVIII. Toulouse: Université des sciences sociales, 1980, p. 175.

⁷¹ “Essa classificação não tem, seja em termos teóricos, seja em termos legais, a clareza e a evidência da anterior. Desde logo porque muitas das formalidades estabelecidas no interesses das partes, designadamente do arguido, não são irrelevantes para a ordem pública, constituindo mesmo a espinha dorsal do sistema de que fazem parte e concorrendo, em termos decisivos, para delinear e clarificar a sua estrutura essencial. Depois, porque é muito controvertida a definição de ordem pública, de tal forma que o legislador não arriscou qualquer solução, deixando essa tarefa para a doutrina e para a jurisprudência e contribuindo, assim, ainda mais, para o caráter vago e incerto do conceito. De todo modo, ela resulta da letra da própria lei e tem hoje, uma importância fundamental”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 67-68.

⁷² GRELLIÈRE, Vincent. *Op. cit.*, 1980, p. 188. No mesmo sentido: “O citado artigo [802], cujo caráter restritivo é óbvio, insere-se num capítulo final e autónomo intitulado disposições gerais, aplica-se de forma indistinta a todas as fases processuais e abrange as nulidades textuais e as nulidades substanciais; tendo inclusive contribuído para a reformulação de ambas as categorias ou, pelo menos, para o repensar do seu sentido e das suas fronteiras. Contudo, não abrange todas as nulidades substanciais, não se aplicando às de ordem pública. Neste sentido militam a *mens legislatoris* e, apesar da sua ambiguidade e aparente silêncio, o próprio elemento gramatical [...]. Quando está em causa a ordem pública não se aplica a restrição do art. 801 do *CPPénale*. Pois a norma violada, para além da protecção

Com base nessa compreensão, o plenário da *Chambre Criminelle* recentemente decidiu que a falta de comunicação do investigado a respeito da alteração da qualificação do crime a ele imputado, não resulta nulidade quando inexistir prejuízo concreto, como no caso em que o investigado, em seu interrogatório policial, não se autoincriminar⁷³. Isso porque a omissão da formalidade de comunicação da imputação ao investigado não consubstancia nulidade de ordem pública.

Apesar da grande subjetividade dos conceitos de “ordem pública” e “interesse particular”, que não são unânimes na doutrina⁷⁴, o sistema de nulidades do processo penal francês tem o mérito de permitir a identificação de causas de nulidades insanáveis, cuja declaração não se submete ao domínio da discricionariedade judicial. Com isso, confere-se maior estabilidade e previsibilidade ao sistema.

1.3.2. Itália:

Na Itália, o processo penal tradicionalmente consagra o princípio *pas de nullité sans texte*, oriundo do absolutismo francês, que marca a primeira dimensão das nulidades processuais. Mas isso não significa que o país não tenha vivenciado os demais estágios de desenvolvimento da matéria.

Com efeito, o *Codice di Procedura Penale* de 1865, primeiro código da Itália unificada (pós-*Risorgimento*), ainda sob a influência do absolutismo monárquico, estabelecia em seu artigo 849 que somente as nulidades previstas expressamente em lei seriam pronunciadas pelos juízes⁷⁵. O diploma foi elaborado ainda em 1859, antes da unificação italiana, para ser aplicado no Reino de Sardenha.

O regramento rígido do *Codice* de 1865 foi logo superado pela doutrina, que inspirada na experiência francesa, desenvolveu no processo penal italiano o conceito de “nulidades substanciais”, atípicas e insanáveis, como forma de integrar as naturais lacunas da lei⁷⁶. Mas mesmo antes da unificação, alguns códigos locais, de maneira paradigmática, já consagravam

que reflexamente confere aos intervenientes no processo, tutela o interesse geral, do próprio Estado, num processo penal tramitado de acordo comum mínimo indispensável de normas, que não estão na disponibilidade das partes e sem as quais, em bom rigor, não há processo”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 68-69.

⁷³Chambre Criminelle, Cour de Cassation, n.º de pourvoi 19-82.380, audience publique du mardi 15 octobre 2019.

⁷⁴ PRADEL Jean. *L'instruction préparatoire*. Paris: Éditions cujas, 1991, p. 771.

⁷⁵ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 75

⁷⁶ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 75

a possibilidade do reconhecimento de causas atípicas de nulidade. É o caso do *Codice di Procedura Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* (1820), que previa que “se in un atto sieno mancanti quelle forme, o quei requisiti che costituiscono, l’essenza, o la prova dell’atto stesso, allora quest’atto è sostanzialmente nullo, *ancorchè la legge non lo dica espressamente*” (artigo 153).

Os *Codices di Procedura Penale* de 1913 e 1930 (*Codice Rocco*, da Itália fascista) não trouxeram grandes avanços em matéria de nulidades, consagrando também o princípio da taxatividade (*pas de nullité sans texte*). O regramento resultou, igualmente, em desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais tendentes ao reconhecimento de causas atípicas de invalidade dos atos processuais⁷⁷.

O *Codice Rocco*, especificamente, outorgado em momento de grande autoritarismo político-ideológico, caracterizou-se pela tentativa de eliminar a categoria das “nulidades substanciais”, desenvolvida pela doutrina e jurisprudência como forma de mitigar a rigidez do sistema da taxatividade. Para tanto, além do rol exaustivo de nulidades, consagrou diversos mecanismos de convalidação dos atos viciados, voltados à máxima eficácia processual e mínima garantia individual. Não obstante, mesmo nesse período parte da doutrina e jurisprudência italianas buscaram estabelecer a existência de vícios atípicos e insanáveis, desenvolvendo a figura dogmática da *inexistência*⁷⁸.

O atual *Codice di Procedura Penale* italiano (1988) manteve a tradição centenária de taxatividade das nulidades processuais (artigo 177)⁷⁹, mas ciente da necessidade de ponderar a eficácia processual com a garantia de liberdade individual consubstanciada na observância das formas, consagrou dispositivos que permitem a abertura do sistema⁸⁰. Sem prejuízo das nulidades textuais esparsas na legislação, o artigo 178 prevê em cláusulas gerais hipóteses em que a inobservância da forma leva à nulidade do ato, possibilitando a *subsunção* dos inúmeros

⁷⁷ GALATI, Antonino. *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*. Milão: Giuffrè, 1980, pp. 914-915.

⁷⁸ Bellavista afirma que a eliminação da categoria das nulidades absolutas, operada pelo *Codice* de 1930, operou uma espécie de “estado de necessidade” para a ciência do processo penal, que resultou o desenvolvimento da categoria da inexistência. BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di diritto processuale penale*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 146.

⁷⁹ “L’inosseranza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità *soltanto nei casi previsti dalla legge*”.

⁸⁰ “O *Cod. Proc. Pen.* de 1988 não introduziu grandes alterações a este sistema. Antes pelo contrário, assenta na reelaboração crítica das posições que ao longo de quase 60 anos haviam sido amadurecidas pela doutrina e concretizadas pela jurisprudência, repensadas e revisitadas à luz de um processo penal de estrutura acusatória e com consciência da necessidade de harmonizar os interesses conflituantes latentes no processo penal, operando a sua “concordância prática” e não a sobreposição absoluta um deles ao restante. De forma sintética: o legislador limitou-se a afinar o sistema procurando reequilibrar as exigências de segurança e de eficácia da justiça penal, com a necessidade de garantir maior justiça processual”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 77.

casos concretos pela doutrina e jurisprudência⁸¹; é o caso da inobservância de disposições legais que assegurem a efetiva “intervenção, assistência e representação do arguido” (inciso 1, alínea c).

É possível vislumbrar que mesmo adotando expressamente o sistema da taxatividade, o *Codice* italiano de 1988 não ficou alheio à segunda dimensão da teoria das nulidades processuais penais, pois ciente da tendência histórica de mitigação da rigidez desse sistema pela doutrina e jurisprudência, possibilitou a identificação de nulidades atípicas que se subsumam aos amplos contornos das cláusulas gerais do artigo 178. Trata-se, sem dúvidas, de um sistema legal de *taxatividade mitigada*, que não objetiva impedir a todo o custo o reconhecimento de outras nulidades além das meticulosamente previstas em lei, mas apenas conferir certa uniformidade ao tratamento da matéria.

Versando sobre o referido artigo, Correia afirma que nele foi estabelecida “uma norma geral, com carácter global, prescrevendo a nulidade para um *número indeterminado, mas determinável*, de situações”. Compete ao julgador interpretar a lei para definir se o vício em debate está ou não incluído no enunciado. Apesar disso, segundo o autor, “ainda aqui, o princípio da taxatividade é respeitado, na medida em que o legislador aponta a inobservância de *certos e determinados* elementos como causa de nulidade dos actos processuais, fixando as condições em que *algumas espécies* de actos podem ser invalidadas”⁸².

No tocante aos mecanismos de convalidação de atos imperfeitos, o diploma italiano estabelece o saneamento das nulidades “de ordem geral” por preclusão temporal⁸³, se não alegadas antes da sentença ou do acórdão (artigo 180). Os mesmo ocorre com as nulidades relativas, se não alegadas no prazo previsto em lei (artigo 181)⁸⁴.

⁸¹ “E' sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: a) le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario ; b) l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e la sua partecipazione al procedimento; c) l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante”.

⁸² CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 80. No mesmo sentido: CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Varese: Giuffrè, 1995, p. 627.

⁸³ “As nulidades intermediárias ou relativamente absolutas apresentam, em simultâneo, características próprias das nulidades absolutas e das nulidades relativas, pelo que, em bom rigor, também podiam ser designadas por mistas ou híbridas. À semelhança das nulidades absolutas devem ser conhecidas oficiosamente, mesmo quando não tenham sido invocadas pelo interessado. À imagem das nulidades relativas ficam sanadas logo que sejam ultrapassados determinados limites temporais fixados na lei, sem que tenham sido invocadas pelo interessado ou declaradas pelo juiz [...]. Regime que torna a iniciativa do interessado muito importante”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 81-82.

⁸⁴ CORDERO, Franco. *Op. cit.*, 1995, p. 627. No mesmo sentido: “As nulidades relativas caracterizam-se por serem sanáveis, conhecidas apenas mediante excepção do interessado e dentro de apertados limites temporais. Ultrapassados estes limites, tal como acontece com as nulidades de regime intermédio, os interessados perdem a possibilidade de

Além disso, tanto as nulidades “de ordem geral” quanto as relativas podem ser sanadas, salvo disposição legal em contrário, pela renúncia expressa ou tácita do interessado em alegá-las ou pela ausência de *prejuízo* ao interessado (artigo 183, inciso 1, alíneas *a* e *b*)⁸⁵. A regra do *prejuízo*, no processo penal italiano, possui redação menos ampla e genérica do que a verificada, por exemplo, no Direito brasileiro. Isso porque a ausência de *prejuízo* só se verifica quando a parte tiver feito uso do direito cujo exercício é assegurado pelo ato omitido ou nulo (artigo 183)⁸⁶. Por fim, nenhum mecanismo de convalidação se aplica às nulidades absolutas, assim especificadas em lei (artigo 179)⁸⁷, bem como às causas de inexistência, desenvolvidas pontualmente pela doutrina e jurisprudência⁸⁸.

Como se vê, a regra do *prejuízo* no Direito italiano estabelece verdadeira *presunção* em favor da parte que, em razão do vício ou da omissão, não logrou êxito em exercer determinada faculdade processual. A redação da norma diminui consideravelmente a margem de discricionariedade do julgador, que não tem a atribuição de exercer juízo de probabilidade acerca da (ir)relevância causal de condutas hipotéticas da parte, que não foram possíveis em razão do vício ou da omissão do ato processual; se a faculdade não foi exercida, se o possibilidade de agir deixou de existir para o tutelado pela forma, o *prejuízo* estará presente, e a convalidação não será possível.

invocar o vício e este fica sanado [...]. Este regime, com efeitos mais limitados ao nível temporal e ao nível da sua intensidade, radica na menor relevância do interesse jurídico violado, reflectida no mecanismo utilizado pelo legislador para a sua tutela. Na formulação negativa e residual utilizada por aquele são relativas todas as nulidades específicas que não sejam absolutas”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 82-83.

⁸⁵ “As nulidades de regime intermédio e as nulidades relativas são sanáveis, manifestando em toda a sua plenitude os princípios da economia processual e da conservação dos actos inválidos. O legislador procura aproveitar ao máximo toda a actividade processual desenvolvida e, assim, evitar os *prejuízos* resultantes da declaração de nulidade, estabelecendo diversos eventos, cuja superveniência tem o condão de apagar os defeitos do acto inválido”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 83.

⁸⁶ O artigo 183, inciso 1, alínea *b*, do *Codice di Procedura Penale* italiano, consagra a regra do *prejuízo* como mecanismo de saneamento das nulidades: em razão da ausência de *prejuízo*, o interesse do tutelado na forma está satisfeito. LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. Turim: Giappichelli, 2023, pp. 165-167. No mesmo sentido: “O acto inválido considera-se sanado quando, apesar de viciado, conseguir o resultado que a lei pretendia, permitindo ao interessado o exercício de seus direitos, liberdades e garantias. É uma manifestação das teses que pretendiam submeter a declaração de nulidade à verificação, em concreto, de um *prejuízo* para os interesses jurídicos violados, agora entendido como um elemento posterior que vem curar o enfermo e não como um sintoma da própria nulidade”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 84.

⁸⁷ “As nulidades absolutas caracterizam-se por serem insanáveis, de conhecimento oficioso e arguíveis por todos os interessados, em qualquer estado ou grau do procedimento. O legislador associa-as aos vícios que considera mais graves, por forma a fulminar esses actos, retirando-lhes as suas consequências normais e inviabilizando a superveniência de causas de sanção”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 80.

⁸⁸ Embora não tenha previsão legal, a figura da inexistência, bem desenvolvida durante a vigência do *Codice Rocco*, ainda é consagrada pela doutrina italiana e sancionada por importantes decisões judiciais, constituindo, em verdade, “uma válvula de segurança, capaz de evitar os efeitos perniciosos, resultantes da natural incompletude dos sistemas taxativos”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 78.

A opção do Direito italiano pelo sistema da taxatividade, se por um lado pode representar óbice à declaração de nulidades na infinidade de casos concretos que se apresentam para julgamento – conclusão mitigada pela figura dogmática da inexistência e pelas cláusulas abertas do artigo 178 –, por outro, representa ganho de segurança jurídica e estabilidade no processo penal. Isso porque limita o subjetivismo tanto na identificação de vícios quanto na sua convalidação.

O Poder Legislativo, ponderando *in abstracto* os interesses representados pelo processo penal, elege vícios de forma insanáveis e permite que os julgadores subsumam à norma geral tantos outros quanto a realidade fática exigir, dentro de determinada moldura legal pré-estabelecida. Os mecanismos de saneamento de atos imperfeitos têm aplicação restrita e são construídos de forma a reduzir a margem de discricionariedade do julgador. A regra do prejuízo, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no Direito brasileiro, não é consubstanciada em conceito jurídico indeterminado, senão de modo a presumir o dano como decorrência da perda de uma faculdade processual, não cabendo o exercício de juízos de probabilidade na sua concretização.

1.3.3. Portugal:

Entre as diversas Ordenações do Reino de Portugal, as Filipinas foram as que trataram das nulidades processuais penais de maneira mais completa e longeva⁸⁹. Como já mencionado, o diploma regulamentava o tema de modo consentâneo com a tradição medial, não refletindo a renovação jurídica ocorrida na França por obra da monarquia e, posteriormente, da Revolução⁹⁰.

O processo penal era ordenado juntamente com o direito material, e também pelas normas processuais civis, extensíveis a ele de modo subsidiário⁹¹. O Título LXIII do Livro III das Ordenações, aplicável ao processo penal por força do Título CXXIV do Livro V, estabelecia que: “Para que se *abreviem as demandas* com guarda do direito e da justiça das partes,

⁸⁹ “A técnica das Ordenações Filipinas segue a linha da compilação, contudo procurando-se revisar as normas contidas nas Ordenações Manuelinas. Não se nega uma pequena influência castelhana, como as Leis de Toro, mas conserva-se o caráter português nas Ordenações Filipinas, que reuniu num único corpo os dispositivos manuelinos e vários preceitos subsequentes, como a coleção de Duarte Nunes do Lião”. DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *História do direito processual brasileiro – das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri: Manole, 2002, pp. 166-167.

⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 57.

⁹¹ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 34.

mandamos que os Julgadores julguem, e determinem os feitos segundo a verdade, que pelos processos for provada e sabida... posto que o processo sejam mal ordenando, ou errado, ou falte nele alguma solemnidade, que para boa ordem ou substância do juízo se requeira... queremos, que *não seja o processo anullado*, nem se possa dizer a sentença nenhuma”.

Além de estabelecer, como regra geral, o dever judicial de saneamento das nulidades⁹², as Ordenações Filipinas previam as hipóteses de vício em artigos esparsos e *taxativos*, característica típica da primeira dimensão das nulidades processuais penais⁹³. Não obstante, já preocupada com a importância fulcral de algumas formas, a legislação medieva estabelecia que a cláusula geral de saneamento não era a elas aplicável; são exemplos a falta de citação (Título LXIII do Livro III), a incompetência do julgador (Título LXXV do Livro III) e a falta de indicação do local, da causa e do tempo do delito (Título CXXIV do Livro V).

Com o triunfo da Revolução Francesa e o advento do liberalismo, o Direito português passou por uma série de transformações, influenciado pelo movimento codificador francês. Neste contexto surgiu a primeira regulamentação geral das nulidades processuais penais em solo lusitano, com a promulgação da Reforma Judiciária de 1832, sucedida pela Nova Reforma Judiciária de 1837 e, pouco tempo depois, pela Novíssima Reforma Judiciária de 1841.

Segundo Correia, “a Reforma Judiciária e a Nova Reforma Judiciária tiveram vida curta, tendo sido substituídas, poucos anos após a sua entrada em vigor, pelo que, em bom rigor, nem sequer tiveram tempo para mostrar as suas virtudes e os seus defeitos. Pelo contrário, a Novíssima Reforma Judiciária gozou de grande perenidade, mantendo-se em vigor até 1929, embora truncada por sucessivas alterações”⁹⁴.

A Novíssima Reforma previu de maneira esparsa diversas nulidades textuais e, em seu artigo 841, trouxe cláusulas gerais que possibilitavam a subsunção de nulidades atípicas pela doutrina e jurisprudência. Essa tentativa de evitar o “engessamento” do sistema de vícios processuais é típica da segunda dimensão da teoria das nulidades, consentânea com a

⁹² Correia ensina que a regra geral de convalidação, em alguns casos, era uma *faculdade* que podia ou não ser exercida pelo julgador, embora fosse encorajada. Em outros casos, porém, era uma *obrigação*, “devendo as nulidades ser supridas, desde que tivessem sido alegadas até a decisão final. Proferida a sentença já não podiam ser alegadas, nem supridas e os actos tornavam-se válidos”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 34-35.

⁹³ PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos – contribucion a una teoria de la ineficacia en el derecho publico*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1972, p. 60. No mesmo sentido: “O direito romano e, mesmo entre nós, as Ordenações limitavam-se a declarar os especiais casos de nulidade, sem preocupação de ordem geral ou sequer de unidade terminológica”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 37.

⁹⁴ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 37.

valorização da liberdade do acusado frente ao arbítrio estatal⁹⁵. Com efeito, o referido dispositivo afirmava que “é nulo qualquer acto judicial quando não for expressamente decretada a sua nulidade, mas for praticado contra determinação da lei, e alguma das partes tiver protestado em tempo pela observância desta”; e também quando “nele faltar alguma formalidade substancial, sem a qual se não preencha o fim da lei” (artigo 841, incisos 3 e 4).

Além disso, a Novíssima Reforma estabelecia a possibilidade de convalidação do ato imperfeito pelo *suprimento* da forma, nos termos da lei. Contudo, somente eram passíveis de convalidação os vícios assim previstos em lei, ou seja, havia diversas nulidades insanáveis, em razão da relevância das formas que tutelavam (artigo 841, parágrafo único).

Após pouco mais de uma década de vigência, o sistema de nulidades da Novíssima Reforma foi alterado, sob a compreensão de que dava ensejo a um grande número de anulações⁹⁶. Na busca por um processo penal mais célere e efetivo, a terceira dimensão das nulidades processuais penais no Direito português foi implementada com a Reforma de 1855, que limitou as nulidades insanáveis àquelas assim previstas em lei (artigo 13). Operou-se a inversão da presunção legal de saneabilidade do vício, pois antes somente poderiam ser convalidados aqueles que a lei permitisse. A Reforma, contudo, não retirou a possibilidade de reconhecimento de nulidades não textuais, adotando a “descoberta da verdade” e a “influência na decisão da causa” como critérios para a identificação de nulidades atípicas no caso concreto⁹⁷.

O Código de Processo Penal de 1929, outorgado durante o regime militar português, veio a substituir o regramento estabelecido pela Novíssima Reforma (1841), aprofundando o movimento gestado pela Reforma de 1855. Em momento de forte autoritarismo político-ideológico, o diploma português, tal como o *Codice Rocco* na Itália fascista, elegeu os valores de economia e eficácia processuais como viga-mestras do sistema de nulidades.

⁹⁵ “Fiel àquelas concepções inovadoras e revolucionárias [da Revolução Francesa], o legislador procurava agora conciliar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos com a repressão da criminalidade. Daí que o regime das nulidades também refletisse estas finalidades antagónicas, fosse pela alargamento das específicas causas de invalidade – como forma de proteger os direitos individuais e possibilitar uma defesa efectiva – fosse pela existência de mecanismos de prevenção e compensação, baseados na igualdade das partes. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 38.

⁹⁶ BÁTISTA, Luís Osório. *Comentário ao código de processo penal*, vol. II. Coimbra: Coimbra, 1932, pp. 179-180.

⁹⁷ O artigo 14 da Reforma de 1855 dispunha que constituía nulidade “toda a preterição ou ilegalidade de actos substanciais, para a defesa ou o *descobrimiento da verdade*, de modo que essa preterição *influisse no exame ou decisão da causa*”. O dispositivo consagrava “uma formulação tão lata que logo começou a discutir-se se este regime tinha ou não carácter taxativo; havendo decisões jurisprudenciais em ambos os sentidos, mas com evidente predominância, pelo menos em termos práticos, daqueles que defendiam o seu carácter não taxativo”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 39.

Neste sentido, restringiu ainda mais as possibilidades de anulação do processo e, simultaneamente, aumentou as hipóteses de convalidação dos atos viciados. A compreensão era de que, “se as nulidades podiam constituir uma importante garantia de defesa, também podiam conduzir ao entorpecimento processual e à inviabilização de uma condenação”. Segundo Correia, “no fundo, o legislador limitou-se a transpor para o campo processual penal a tendência já iniciada em matéria civil e comercial com o artigo 49º, do Decreto n.º 12.353, que impunha a anulação do processado apenas quando o vício prejudicasse a administração da justiça e a descoberta da verdade”⁹⁸.

Inicialmente, o Código de 1929 elencava, em rol taxativo, vícios passíveis de declaração oficiosa em qualquer estágio do processo, a exemplo da falta do corpo de delito (artigo 98). Em seguida, dispunha que qualquer outra “irregularidade do processo”, não compreendida no referido dispositivo, só poderia determinar a anulação do ato quando arguida tempestivamente pelo interessado (artigo 100). Com base na literalidade da lei, a doutrina classificava os vícios como nulidades e irregularidades⁹⁹.

A exemplo do que se verifica atualmente no Direito brasileiro, o Código de 1929 (artigo 99, *caput* e § 3º) permitia a convalidação tanto das nulidades (ou nulidades “absolutas”) quanto das irregularidades (ou nulidades relativas): “os tribunais superiores podiam sempre julgar suprida qualquer nulidade, que não afectasse a justa decisão da causa. Da mesma forma, quer os juízes de primeira instância, quer os juízes dos tribunais superiores, podiam suprir officiosamente qualquer irregularidade, quando o processo lhes fosse concluso pela primeira vez, após o vício”¹⁰⁰.

Assim como se verificou na Itália, mesmo durante o regime de exceção, parte da doutrina e jurisprudência se insurgiram contra a pretensa taxatividade das nulidades no artigo 98, defendendo a existência de vícios atípicos, assim como de causas de *inexistência* do ato processual¹⁰¹. Essa construção visava aumentar o espectro de proteção individual em um código que não tinha entre as suas principais preocupações a limitação do arbítrio estatal.

O sistema de nulidades implementado pelo Código de 1929 foi reflexo dos valores autoritários vigentes em Portugal durante o regime militar. Segundo Correia, vislumbrava-se “uma cedência nítida – até pela sua inusitada amplitude – aos princípios da economia

⁹⁸ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 42.

⁹⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de processo penal*. Lisboa: Gomes & Rodrigues, 1958, p. 266.

¹⁰⁰ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 45.

¹⁰¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Op. cit.*, 1958, p. 240. No mesmo sentido: CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 43.

processual, da conservação dos actos inválidos e da eficácia processual, que andavam associados a uma verdade histórica ou real, como finalidade fundamental e exclusiva do processo penal e, como tal, susceptível de pôr em risco os direitos, liberdades e garantias dos arguidos. Facto a que por certo não eram alheios o momento histórico que então se vivia, os valores que o consubstanciavam e a estrutura materialmente inquisitória deste código, imposta por aqueles”¹⁰². Esse sistema sofreu apenas pequenas alterações com as reformas de 1972 e 1982, permanecendo vigente até o advento do atual Código de Processo Penal português (1987), já sob a égide de uma nova Constituição (1976).

O atual Código de Processo Penal português, promulgado em 1987, alterou profundamente o sistema de nulidades processuais penais no país, estabelecendo regramento muito semelhante ao do *Codice* italiano de 1988. Inicialmente, o Código lusitano adota a taxatividade como princípio geral do sistema, afirmando que “a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do ato quando esta for *expressamente cominada na lei*” (artigo 118, inciso 1). Todavia, tal como no *Codice* italiano, trata-se de uma *taxatividade mitigada*, pois as hipóteses de nulidade são estabelecidas em cláusulas gerais a serem concretizadas por subsunção pela doutrina e jurisprudência; é o caso da nulidade decorrente da “falta de instrução, quando a lei determinar a sua obrigatoriedade” (artigo 119, alínea f).

As cláusulas gerais de nulidades do diploma português (artigos 110 e 120) são substancialmente menos abertas do que as do Código italiano, pelo que conferem aos operadores do direito uma menor margem de discricionariedade na identificação de vícios nos casos concretos. Para compensar esse aspecto, evitando o engessamento do sistema, o Código português prevê a figura das *irregularidades*, vícios sujeitos à célere preclusão temporal quando não arguidos pela parte interessada, e passíveis de amplo saneamento de ofício pelo julgador, “quando puderem afetar o valor do ato praticado” (artigo 123).

Entre as nulidades, o Código português diferencia as “insanáveis” (ou absolutas) das “dependentes de arguição” (ou relativas)¹⁰³. As primeiras, previstas no artigo 119 e em

¹⁰² CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 45.

¹⁰³ “O título V (Das nulidades) do livro II do CPP correlaciona o ato inválido com um sistema de nulidades e irregularidades: as infrações mais graves dão lugar às nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer estado do procedimento, mas que não obstam à formação de caso julgado (art. 119º); as infrações de gravidade média, digamos assim, originam as nulidades dependentes de arguição, que devem ser arguidas pelos interessados dentro de determinados prazos, ficando ainda sanadas pela intercessão de certos eventos previstos na lei (arts. 120.º e 121.º), e as infrações mais leves, quase sempre de carácter formal, são relegadas para a figura das irregularidades, que está sujeita a causas de sanção fulminantes (art. 123.º)”. MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 186-187.

dispositivos esparsos, são insanáveis e declaráveis de ofício em qualquer fase do processo. As segundas, elencadas principalmente no artigo 120, dependem de arguição tempestiva pela parte interessada, pois são passíveis de convalidação por preclusão temporal, nos termos da lei. Além disso, estas nulidades se sujeitam a outros mecanismos de saneamento previstos no artigo 121, sendo eles: renúncia expressa à arguição, pelo interessado (alínea *a*); aceitação expressa, pelo interessado, dos efeitos do ato viciado (alínea *b*); exercício, pelo interessado, das faculdades asseguradas pelo ato anulável (alínea *c*).

O mecanismo de convalidação consagrado no artigo 121, alínea *c*, consubstancia a versão portuguesa da regra do prejuízo, tal como constatado por Correia e Lozzi quando da análise da legislação italiana¹⁰⁴. Isso porque, de modo idêntico ao que se verifica nesta, o diploma português estabelece a possibilidade de saneamento de nulidades relativas quando não houverem causado *prejuízo* ao interessado; a redação da norma, contudo, assim como no *Codice*, estabelece uma *presunção* em favor do tutelado pela forma: se a faculdade processual não foi exercida, se o possibilidade de agir deixou de existir em razão da omissão ou da nulidade do ato, o prejuízo estará presente, e a convalidação não será possível. A fixação desta presunção diminui consideravelmente a margem de discricionariedade do julgador, que não tem a atribuição de exercer juízo de probabilidade acerca da (ir)relevância causal de condutas hipotéticas da parte, que não foram possíveis em razão do vício ou da omissão da forma.

Sousa Mendes esclarece que mesmo as nulidades insanáveis não obstam a formação de coisa julgada¹⁰⁵. Nestes casos a jurisprudência portuguesa tem se valido da figura da *inexistência*, como forma de evitar o saneamento de vícios mais graves com o trânsito em julgado, bem como de afastar a sua caracterização como meras irregularidades¹⁰⁶.

¹⁰⁴ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 84; LOZZI, Gilberto. *Op. cit.*, 2023, pp. 165-167.

¹⁰⁵ MENDES, Paulo de Sousa. *Op. cit.*, 2014, p. 186.

¹⁰⁶ “A formação de caso julgado precludia a declaração das nulidades, incluindo as insanáveis e as que tendo sido invocadas durante o processo não tivessem sido objecto de decisão. Mas, em situações mais radicais, apelava-se à figura da inexistência, com efeitos mesmo após o trânsito em julgado da decisão final. De tal forma que não era necessário alegá-la, nem declará-la, embora razões de segurança jurídica aconselhassem essa alegação e declaração”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 53. No mesmo sentido: “Ler e interpretar o n.º 2 do artigo 118.º do CPP no sentido de que só existem nulidades ou irregularidades e, especialmente, que tudo o que não está previsto como nulidade então terá necessariamente de configurar uma irregularidade reflete um tão errado entendimento do que seja a lei processual penal, a estrutura acusatória do processo penal e, em geral, todo o sistema adjetivo que não se julga possível defender tal interpretação, acrescentando que, como no exemplo suscitado supra – condenação pelo juiz de instrução sem julgado –, tal culminaria em soluções inequivocadamente absurdas. Como a que ocorre *in casu*: não realização de julgamento = não previsto como nulidade = mera irregularidade (!)”. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 318/2024, processo n.º 1.199/2023, Relator Conselheiro Carlos Medeiros de Carvalho, julgado em 11 de abril de 2024.

Por fim, o Código lusitano estabelece que “as disposições do presente título [das nulidades] não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de provas” (artigo 118, inciso c). A partir deste dispositivo, autorizada doutrina tem afirmado que, no atual sistema, podem coexistir regramentos distintos para as nulidades na seara probatória. Neste sentido, Sousa Mendes ensina que “das três, uma: ou bem que a lei estabelece tal (ou tais) regime(s) *sui generis* para (algumas d)as nulidades resultantes da violação das normas da prova, ou bem que a lei comina expressamente a nulidade insanável deste ou daquele ato em que se verificar a violação das normas da prova (atendendo à hipótese referida no corpo do art. 119.º, *in fine*), ou bem que não estabelece regime algum. Neste último caso, vigoraria então aí o regime supletivo das nulidades dependentes de arguição, nos termos do art. 120.º, n.º 1”¹⁰⁷.

A mesma conclusão merece aplicação no Direito brasileiro, com a ressalva de que a lei processual penal atualmente estabelece regime *sui generis* para as provas ilícitas em geral (artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro), não sendo o caso, portanto, de aplicação subsidiária da regra do prejuízo, por ausência de previsão legal.

Em sede conclusiva, o sistema português de nulidades processuais penais em muito se assemelha ao italiano. O engessamento característico dos sistemas taxativo-autoritários é afastado pelas cláusulas abertas dos artigos 119 e 120, bem como pelas figuras da *inexistência* e da *irregularidade*. Neste contexto, o arrolamento legal de vícios absolutos e relativos representa ganho de segurança jurídica e estabilidade, à medida que limita o subjetivismo na identificação e na convalidação das nulidades.

O Poder Legislativo, ponderando *in abstracto* os interesses representados pelo processo penal, fixa os contornos legais dos vícios de alta e média gravidade, sem esgotar em normas fechadas as suas hipóteses. Trata-se de sistema que privilegia a legitimidade popular na definição das formas mais relevantes do devido processo, enquanto garantias das liberdades individuais. O Judiciário ocupa papel secundário na tutela das formas. Essa posição de deferência às escolhas do parlamento é salutar porque os juízes, enquanto atores processuais incumbidos da boa condução do processo, podem se sentir pressionados a convalidar atos viciados como forma de aprovar a própria atuação, em detrimento da função de garantia do processo penal.

Por fim, os mecanismos de saneamento de atos imperfeitos, no Código português, têm aplicação restrita e são construídos de forma a reduzir a margem de discricionariedade dos

¹⁰⁷ MENDES, Paulo de Sousa. *Op. cit.*, 2014, p. 187.

juízes. A regra do prejuízo, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no Direito brasileiro, não é consubstanciada em conceito jurídico indeterminado, senão de modo a presumir o dano como decorrência da perda de uma faculdade processual, não cabendo o exercício de juízos de probabilidade na sua concretização.

1.3.4. Estados Unidos da América

Durante a maior parte do século XIX, orientado pelos valores de *liberdade* que marcaram a Declaração de Independência, o processo norte-americano foi caracterizado pela abundante presença de vícios processuais. O menor erro de forma levava à anulação do julgamento, chegando ao extremo de condenações serem revertidas em razão de erros de digitação¹⁰⁸. Justice Traynor esclarece que, em parte, essa rigidez procedimental que marcou as primeiras décadas de independência derivava do medo que as Cortes tinham de infringir a separação dos Poderes, o que as levava à obediência cega das regras estabelecidas pelo parlamento¹⁰⁹.

Naturalmente, a enorme quantidade de anulações no processo norte-americano gerou a insatisfação dos operadores do Direito, que paulatinamente passaram a sustentar a necessidade de mudanças sistemáticas, a fim de conferir maior *efetividade* ao processo¹¹⁰. Esse ambiente levou à providencial atuação do Congresso em 1919, com a promulgação do *Act of February 26*, estabelecendo que, na Justiça Federal, “the court shall give judgement after na examination of the entire record before the court, without regard to technical errors, defects, or exceptions which do not affect the substantial rights of the parties”¹¹¹.

¹⁰⁸ Em *People v. St. Chair* (1880), a Suprema Corte da Califórnia anulou condenação criminal em razão de o réu ter sido acusado de “larceny”, e não “larceny” (furto); em *People v. Vice* (1863), a Suprema Corte da Califórnia reverteu condenação por roubo porque o indiciamento do acusado não especificou que o bem subtraído não era de sua propriedade.

¹⁰⁹ TRAYNOR, Robert. *The riddle of harmless error*. Em: Ohio State University Press, vol. 03. Columbus: Ohio State University, 1970, p. 13.

¹¹⁰ “The worst feature of American procedure is the lavish granting of new trials”. POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*. Em: Annual Report of the American Bar Association, vol. 29, pt. 01. Washington: ABA, 1906, p. 321.

¹¹¹ Após mais de um século, a regra ainda é consagrada no Direito norte-americano sem alterações substanciais: “Any error, defect., irregularity, or variance that does not affect substantial rights must be disregarded” (rule 52-a, Federal Rules of Criminal Procedure, US).

Essa regra foi posteriormente adotada por todos os cinquenta estados da federação¹¹², consubstanciando o primeiro mecanismo de convalidação de atos imperfeitos aplicado uniformemente no Direito norte-americano. Trata-se, certamente, de uma versão de *common law* da nossa regra do prejuízo, o que é sugerido inclusive pelo nome dado a ela pela doutrina: *harmless error*.

Atualmente, o *harmless error* é a doutrina mais debatida em apelações criminais nos Estados Unidos¹¹³. Parte da ideia de que a simples violação de um direito não é suficiente para anular o ato ou reverter o julgamento, sendo preciso que ela tenha causado efetivo prejuízo à parte. Quando um erro ocorrido em instância inferior houver “afetado direito substancial” da parte, no sentido de lhe causar um *prejuízo processual*, poderá ela recorrer requerendo a anulação do ato ou a reversão do julgamento.

Fiel à tradição liberal, o *harmless error* não se funda na ideia de “busca da verdade”, nem mesmo nos processos criminais. Isso porque, como se verá melhor no terceiro capítulo, a administração da justiça nos Estados Unidos não tem como objetivo precípuo a reconstrução de fatos pretéritos, mas sim a resolução de conflitos sociais.

Em 1946, no julgamento de *Kotteakos v. United States*, a Suprema Corte fixou as *guidelines* para a aplicação da doutrina do *harmless error*, buscando diminuir a margem de subjetividade na interpretação do que seria a “violação de direitos substanciais das partes”¹¹⁴. Em primeiro lugar, definiu-se que a “tecnicidade” deve ser evitada a não ser que afete os direitos das partes, ou seja, o *resultado do julgamento*¹¹⁵. Segundo, a Corte deve analisar alegações de erro de maneira contextualizada, examinando o processo como um todo. Terceiro, a anulação não depende da análise da (in)suficiência da prova para fundamentar o resultado, mas apenas de o vício ter efetivamente afetado o julgamento. Quarto, em razão das peculiaridades dos casos concretos, os precedentes não são muito úteis no julgamento das alegações de erro; a Corte deve permanecer “tempered but not governed in any rigid sense” pelo que foi decidido em situações similares. Quinto, na análise da alegação de erro, não cabe à Corte especular sobre qual deveria

¹¹² HENDERSON, Zachary. *A comprehensive consideration of the structural-error doctrine*. Em: Missouri Law Review, vol. 85. Columbia: University of Missouri School of Law, 2020, p. 05.

¹¹³ EPPS, Daniel. *Harmless errors and substantial rights*. Em: Harvard Law Review, vol. 131, n.º 08. Austin: University of Texas School of Law, 2018, p. 2119.

¹¹⁴ MUELLER, Christopher; KIRKPATRICK, Laird; RICHTER, Liesa. *Evidence error*. Em: The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Paper, n.º 51. Washington: George Washington University, 2018, p. 02.

¹¹⁵ Neste ponto, a Suprema Corte adotou o que se convencionou chamar de “*result-based method of harmless error review*”. MURRAY, Justin. *A contextual approach to harmless error review*. Em: Harvard Law Review, vol. 130, n.º 07. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 2017, p. 1799.

ter sido o resultado ou sobre como seria um novo julgamento, mas apenas decidir se o vício foi ou não determinante¹¹⁶.

Até mesmo erros que atentem contra normas constitucionais estão sujeitos à convalidação pela *harmless error doctrine*. No julgamento de *Chapman v. California* (1967), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por maioria de votos¹¹⁷, que erros de estatura constitucional não deveriam importar a anulação *automática* de julgamentos, sendo preciso verificar, mesmo nesses casos, se os vícios causaram prejuízo processual ao recorrente. No caso, a nulidade decorria do fato de a acusação ter se manifestado aos jurados sobre o silêncio do acusado em seu interrogatório, prática tida por inconstitucional em *Griffin v. California* (1965). A Suprema Corte da Califórnia, aplicando a regra do *harmless error*, convalidou a condenação do réu sob o entendimento de que a menção do promotor não foi determinante para o resultado do julgamento. No recurso interposto pela defesa, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu de maneira diversa, consignando que, quando o erro em questão atentar contra a Constituição Federal, não basta para a sua convalidação mera *probabilidade* de não-influência no julgamento, sendo necessária *certeza além da dúvida razoável*¹¹⁸.

No que diz respeito aos standarts utilizados nos processos criminais para aferir se o erro afetou ou não o *resultado do julgamento* (conforme a primeira das *Kotteakos guidelines*), três critérios distintos são utilizados pela jurisprudência norte-americana. O critério mais favorável ao arguente exige, para a convalidação, “certeza além da dúvida razoável” de que o erro *não* afetou o julgamento¹¹⁹: “an error hurting the defense in criminal cases should lead to reversal of convictions *unless* it appears beyond a reasonable doubt that it not affect the judgment”¹²⁰. Este standart, concebido em *Chapman v. California*, é aplicado no julgamento de erros de estatura constitucional, e como se infere, o ônus de demonstrar a não-influência do vício recai sobre a parte contrária¹²¹.

¹¹⁶ *Kotteakos v. United States* (1946). No decorrer do julgamento, Justice Wiley Rutledge bem resumiu a intenção da doutrina do *harmless error*: “To substitute judgment for automatic application of rules; to preserve review as a check upon arbitrary action and essential unfairness in trials, but at the same time to make the process perform that function without giving men fairly convicted the multiplicity of loopholes which any highly rigid and minutely detailed scheme of errors, especially in relation to procedure, will engender and reflect in a printed record”.

¹¹⁷ “Justice Stewart concurred in the judgment, arguing in favor of a strict rule of automatic reversal for *Griffin* violations”. EPPS, Daniel. *Op. cit.*, 2018, p. 2135.

¹¹⁸ GREABE, John. *The riddle of harmless error revisited*. Em: Houston Law Review, vol. 54, n.º 01. Houston: University of Houston Law Center, 2016, pp. 71-73.

¹¹⁹ *Chapman v. California* (1967).

¹²⁰ MUELLER, Christopher; KIRKPATRICK, Laird; RICHTER, Liesa. *Op. cit.*, 2018, p. 02.

¹²¹ “For most *constitutional* claims preserved by a timely defense objection (and reviewed on direct appeal), *Chapman v. California* holds that courts may declare the error harmless only if the prosecution ‘proves beyond a reasonable doubt that the error did not contribute to the verdict’”. MURRAY, Justin. *Op. cit.*, 2017, p. 1799. “In the years since *Chapman*, the Supreme Court has flirted with three distinct techniques for determining whether and error is harmless

Um segundo standant, de natureza intermediária, é o da “alta probabilidade”¹²², “in which a judgment is reversed *unless* the court ‘believes it highly probable’ that the error had no effect”. Este critério, concebido junto das *Kotteakos guidelines*, é utilizado no julgamento de erros não-constitucionais, recaindo sobre a parte contrária o ônus de demonstrar a ausência de prejuízo¹²³.

Por fim, quando o erro em análise não atenta contra a Constituição e não foi arguido oportunamente pelo interessado nas instâncias inferiores (*unpreserved claim*), as Cortes têm se valido de critério similar ao usualmente aplicado no julgamento de casos cíveis, qual seja, o da “probabilidade”¹²⁴: “under it, error generates reversal or correction unless it ‘probably’ did not affect the judgment”. Neste caso, parte da jurisprudência tem adotado uma espécie de inversão do ônus da prova, cabendo ao interessado (na declaração da nulidade), e não à parte contrária, a demonstração da influência do erro no julgamento¹²⁵.

Como se percebe, os standarts são elaborados de modo a estabelecer *presunção de prejuízo* como decorrência do vício ou da omissão do ato, com exceção, em parte, do critério utilizado para o julgamento de erros *não preservados* (por arguição oportuna)¹²⁶. A convalidação só é possível se, de acordo com um dos três critérios, a Corte entender que o erro *não* foi determinante para o resultado, cabendo a demonstração dessa circunstância, em regra, à parte contrária. Deste modo, a regra norte-americana se aproxima das estabelecidas no Direito italiano e português, e difere, por exemplo, da regra do prejuízo brasileira, que confere ao interessado o ônus de *demonstrar o prejuízo*, embora a prova de tal circunstância seja, no mais das vezes, impossível.

No processo estadunidense, entende-se que, como regra, a parte arguente (tutelada pela forma) tem o ônus de demonstrar apenas que *o erro foi cometido*; não precisa, necessariamente,

beyond a reasonable doubt. The first, suggested by *Chapman* itself, examines only the extent to which the erroneously admitted material tends to be incriminating, without regard to the untainted evidence. The second looks to whether the error was ‘cumulative’ – i.e., duplicative of untainted evidence tending to establish the same fact or facts supported by the erroneously admitted material. The third analyzes whether the jury likely gave the erroneously admitted material significant weight in light of the entire record. The Court appears to have settled on the third technique as the one reviewing courts should employ”. GREABE, John. *Op. cit.*, 2016, pp. 73-74.

¹²² *Kotteakos v. United States* (1946); *United States v. Casoni* (1991); *United States v. Madden* (1994).

¹²³ “Federal courts reviewing preserved *nonconstitutional* claims, by contrast, ordinarily apply the standart set forth in *Kotteakos v. United States*, which asks whether the court can say with ‘fair assurance’ that the outcome ‘was not substantially swayed by the error’”. MURRAY, Justin. *Op. cit.*, 2017, pp. 1799-1800.

¹²⁴ *United States v. Olano* (1993); *United States v. Crosby* (1996).

¹²⁵ MURRAY, Justin. *Op. cit.*, 2017, p. 1800.

¹²⁶ MUELLER, Christopher; KIRKPATRICK, Laird; RICHTER, Liesa. *Op. cit.*, 2018, p. 03.

demonstrar a *relação de causa e efeito* entre o erro e o julgamento¹²⁷, circunstância que, reconhecidamente, reveste-se de forte viés psicológico, subjetivo¹²⁸. É a *ausência* dessa relação de causalidade que deve ser demonstrada, quando possível, pela parte privilegiada pelo vício ou omissão (em regra, a acusação), ressalvada a hipótese específica de erros não-constitucionais não preservados pelo interessado, caso em que parte da jurisprudência tem aplicado a inversão do ônus da prova.

A presunção de prejuízo adotada pela *harmless error doctrine* tem raízes profundas, remontando ao Direito inglês do início do século XIX. Pela *exchequer rule*, as Cortes de apelação inglesas estabeleceram que “a trial error as to the admission of evidence was *presumed* to have caused *prejudice* and therefore required a new trial”¹²⁹. Os julgadores entendiam, já em meados dos anos 1820, que examinar uma alegação de erro na admissão de prova sem partir da presunção de que ele causou um prejuízo, “allowed the underlying rights to be violated with impunity”¹³⁰. Anos depois, a *exchequer rule* inglesa veio a servir de inspiração para a *harmless error doctrine*¹³¹.

Em complemento, quando o erro recai sobre a atividade probatória (v. g. incorporação de prova ilícita ao processo), a jurisprudência norte-americana admite ainda outros mecanismos de convalidação além do *harmless error*. Em verdade, estes mecanismos atuam previamente à regra do prejuízo, de modo a caracterizar o erro como inofensivo. É o caso da “cura por instrução” (*cure by instruction*) e da “cura por veredicto” (*cure by verdict*), pelas quais o erro é convalidado, respectivamente, pela instrução dos jurados para que desconsiderem a prova e pela sentença favorável ao tutelado pela forma¹³².

No entanto, mesmo no processo criminal norte-americano, orientado precipuamente à solução de conflitos, existem erros que não se sujeitam à convalidação pelo julgador. Em *Chapman v. California*, a Suprema Corte consignou *obiter dictum* que, embora erros de natureza constitucional devam ser examinados sob a *harmless error doctrine*, “some

¹²⁷ SUNDERLAND, Edson. *The problem of appellate review*. Em: Texas Law Review, vol. 126, n.º 05. Austin: University of Texas School of Law, 1927, pp. 146-148.

¹²⁸ Sobre os aspectos psicológicos da *harmless error doctrine*: COLE, Lissette; ROBERTSON, Christopher; THOMPSON, Shelby; WINKELMAN, Alex; YOKUM, David. *An empirical method for harmless error*. Em: Arizona State Law Journal, vol. 46, n.º 01. Tempe: Arizona State University, 2014.

¹²⁹ LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold; KING, Nancy; KERR, Orin. *Criminal procedure*. Londres: West publishing, 2016, p. 146.

¹³⁰ GOLDBLATT, Craig. *Harmless error as constitutional common law: Congress’s power to reverse Arizona v. Fulminante*. Em: The University of Chicago Law Review, vol. 60. Chicago: University of Chicago Law School, 1993, p. 990.

¹³¹ EPPS, Daniel. *Op. cit.*, 2018, p. 2127.

¹³² MUELLER, Christopher; KIRKPATRICK, Laird; RICHTER, Liesa. *Op. cit.*, 2018, p. 02.

constitutional rights are so basic to a fair trial that their infraction can never be treated as harmless error”, mencionando como exemplos confissões forçadas, ausência de defesa e imparcialidade do julgador¹³³.

Sentindo a necessidade de densificar a construção dessa categoria de vícios insanáveis, em *Arizona v. Fulminante* (1991) a Suprema Corte voltou ao tema, estabelecendo a divisão dos erros constitucionais em duas categorias. Os *trial errors* são vícios que ocorrem, genericamente, durante a apresentação do caso para o júri, e que por isso podem ser “quantitatively assessed in the context of other evidence presented in order to determine whether their admission was harmless”¹³⁴. Esta espécie representa a maioria dos erros verificados no processo norte-americano, não havendo óbice ao seu saneamento pela *harmless error doctrine*, uma vez que podem ser isolados dos outros elementos processuais, e assim “avaliados quantitativamente” no contexto do processo como um todo, para determinar a sua real influência no resultado do julgamento. É o caso da menção, pela acusação, ao silêncio do acusado.

Por outro lado, certos erros constitucionais representam “defects in the constitution of the trial mechanism”¹³⁵, vícios que não podem ser avaliados contextualmente porque afetam a própria estrutura do processo, contaminando-o como um todo. A Suprema Corte os denominou *structural defects*, possivelmente inspirada pelo conceito de *structural reform* do paradigmático *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954). Estes erros, segundo a jurisprudência, “bear directly on the framework within which the trial proceeds”¹³⁶, ou seja, são inseparáveis dos demais atos processuais e, conseqüentemente, do resultado¹³⁷, razão pela qual não se sujeitam à *harmless error doctrine*, operando a automática anulação do ato ou reversão do julgamento¹³⁸.

É o caso da violação ao direito do acusado de ser representado por seu advogado *de escolha* (*right to counsel, Sixth Amendment*). Violado este direito, não há meio de avaliar como a defesa constituída teria performado, razão pela qual o erro é inseparável da estrutura processual, contaminando-a integralmente¹³⁹. Como bem apontado por *Justice Scalia*,

¹³³ *Chapman v. California* (1967), p. 386.

¹³⁴ *Arizona v. Fulminante* (1991), pp. 307-308.

¹³⁵ *Arizona v. Fulminante* (1991), p. 309.

¹³⁶ *United States v. Gonzalez-Lopez* (2006), p. 148.

¹³⁷ *Structural errors* se caracterizam por gerarem efeitos “necessariamente inquantificáveis e indeterminados” para o resultado do julgamento, segundo *Justice Scalia* em *Sullivan v. Louisiana* (1993), pp. 281-282.

¹³⁸ *United States v. Davila* (2013); *Weaver v. Massachusetts* (2017).

¹³⁹ Conforme reconhecido pela Suprema Corte em *United States v. Gonzalez-Lopez* (2006), pp. 142-150. Outro exemplo pode ser extraído de *Sullivan v. Louisiana* (1993): “*Justice Scalia* wrote for a unanimous Court that the denial of the right to a jury verdict of guilt beyond a reasonable doubt was ‘unquestionably’ a ‘structural error’, because the right reflects ‘a profound judgment about the way in which law should be enforced and justice administered’, and because the consequences of the deprivation of that right ‘are necessarily unquantifiable and indeterminate’”. HENDERSON, Zachary. *Op. cit.*, 2020, p. 07.

“harmless-error analysis in such a context would be a speculative inquiry into what might have occurred in an alternate universe”¹⁴⁰.

Esta conclusão, somada aos esforços da jurisprudência norte-americana para sedimentar critérios objetos de diferenciação e convalidação dos vícios processuais, certamente podem servir de inspiração aos ordenamentos de *civil law* no desenvolvimento de seus sistemas de nulidades processuais penais. A crescente valorização do sistema de precedentes no direito continental, verificada, por exemplo, no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (aplicável subsidiariamente ao processo penal), traz consigo a necessidade de que os tribunais uniformizem e mantenham estável a jurisprudência (artigo 926). Esta jornada de consagração da previsibilidade e segurança certamente passa pela racionalização da aplicação das nulidades processuais, responsáveis por assegurar o harmônico cumprimento das funções atribuídas ao processo.

Capítulo 2. A teoria geral do processo e a unidade funcional dos direitos processuais

O presente capítulo tem o objetivo de investigar as *razões* por trás da confusa aplicação da regra do prejuízo no processo penal brasileiro, fundando a base sobre a qual evidenciaremos a necessidade de superação do atual panorama, propondo critérios objetivos para tanto.

Como mencionado, o processo inserido no contexto de uma sociedade dinâmica e globalizada clama por mecanismos aptos a mitigar a rigidez dos procedimentos. A “instrumentalidade das formas”, neste contexto, ganha especial relevo à medida que nos aponta para a compreensão teleológica de que a forma do ato processual é apenas o meio para a obtenção de um fim.

A instrumentalidade do processo, assim, corresponde à característica que o torna uma peça dinâmica para a aplicação do direito material¹⁴¹, escapando à noção ultrapassada de formalismo exacerbado. Trata-se, como apontado por muitos, de evolução natural da sociedade moderna¹⁴².

¹⁴⁰ *United States v. Gonzalez-Lopez* (2006), p. 150.

¹⁴¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 13.

¹⁴² “Há de se compreender que a construção de fórmulas aptas a temperar um processo rígido – incluindo, aqui, o princípio do prejuízo – nasce como imposição decorrente do dinamismo da sociedade”. ZACLIS, Daniel. *Op. cit.*, 2015, p. 99.

O processo *penal*, ainda que tutele valores muitas vezes vistos como superiores, não foge à regra, ou seja, não deve ser entendido como um fim em si mesmo. No decorrer deste estudo, nos afastaremos de ideias tendentes a desvincular o processo penal do seu caráter teleológico.

Todavia, é pertinente indagarmos a quem (ou a quê) serve o instrumento processo penal. Haveria uma *identidade funcional* entre os diversos ramos do direito processual, como apregoa a teoria geral do processo? Em caso negativo, quais as *funções* desempenhadas pelo processo penal contemporâneo? Nas palavras de Dinamarco, “falar em instrumentalidade exige que se esclareça também qual a tarefa que se pretende através do instrumento considerado, ou seja, qual o fim, ou fins, a serem obtidos através do emprego do meio”¹⁴³.

Ao longo deste estudo, questionaremos o papel do processo penal como instrumento no Estado democrático de direito, apartando-nos do conceito de instrumentalidade amplamente difundido, de viés civilista, fundado na ideia de unidade funcional e justificador da relativização, no processo penal, das mais diversas formas jurídicas. A definição das funções desempenhadas pelo processo penal contemporâneo, ou seja, de sua instrumentalidade própria¹⁴⁴, é essencial para viabilizar o sadio desenvolvimento, na seara penal, de institutos fundamentais do processo, a exemplo dos conceitos de ação, competência e, para o que aqui nos interessa, de invalidade do ato processual.

Mas antes de nos debruçarmos no estudo das funções do processo penal contemporâneo, cumpre investigarmos a origem da noção de unidade funcional dos direitos processuais, as razões de sua inadequação, bem como as implicações da ideia no desenvolvimento do processo penal enquanto ciência jurídica autônoma.

2.1. Emancipação científica do direito processual e a teoria geral do processo

Historicamente, a construção da teoria geral do processo é ligada à própria emancipação científica do direito processual, com o advento de distintas teorias como a da relação jurídica

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 317.

¹⁴⁴ Em acurada síntese, Gloeckner esclarece que “o estudo do processo como um exame sobre a sua instrumentalidade diz respeito, sobretudo à reflexão que se faz sobre a sua legitimação. Em primeiro lugar, com isso afastamo-nos das perguntas pelo princípio, pela causa, pela origem. Em segundo, perquirir a sua legitimação é, nessa senda, questionar sobre a sua justificativa, como o desenrolar de um processo, nos quais seus elementos componentes dialogam, numa espiral a qual não se anuncia a chegada da síntese perfeita”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. cit.*, 2010, p. 09.

processual, dos pressupostos processuais e condições da ação, e dos conceitos de lide e pretensão¹⁴⁵.

Até a segunda metade do século XIX, o processo era visto como mera projeção do direito material, não havendo estabilidade na construção de seus institutos, que seguiam orientação meramente pragmática¹⁴⁶. Foi com a publicação de “Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen” (“A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”), por Oskar von Bülow na Alemanha de 1868, que as diretrizes para a autonomia do direito processual foram definidas¹⁴⁷.

Neste contexto de emancipação científica, como explica Pegoraro, “o processo era visto apenas como o campo onde os particulares duelavam acerca de seus interesses substanciais, e não como mecanismo de realização publicista dos direitos materiais”¹⁴⁸, visão condizente com os ideais liberais afluídos à época.

O reconhecimento da independência do direito processual representa uma segunda fase de sua história evolutiva, marcada pelo surgimento das grandes teorias processuais ao longo de quase um século, com o gradativo abandono da ideia de sincretismo. Nesta fase, foram traçados os conceitos estruturantes do sistema que até hoje são discutidos e amadurecidos¹⁴⁹.

No contexto desta segunda grande fase evolutiva do direito processual, pouco após a publicação da emblemática obra de Bülow, a construção de uma teoria geral unitária do

¹⁴⁵ SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. *Por uma teoria do direito processual penal: organização sistêmica*. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 67.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2009, p. 14.

¹⁴⁷ Dinamarco reconhece ser unanimidade entre os processualistas que a teoria da relação jurídica processual foi o marco inicial da independência do direito processual como ramo autônomo do direito. “Só a partir daí é que foi possível o desenvolvimento científico do direito processual e o encaminhamento da solução de suas questões fundamentais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2009, p. 15. Isso não significa, contudo, que Bülow tenha concebido a ideia de que no processo há uma relação jurídica entre as partes e o juiz, diversa da relação jurídica de direito material controvertida. “Antes dele, outros autores já haviam acenado a essa ideia, a qual, de resto, estava presente inclusive em antigo texto do direito comum italiano (Búlgaro): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*; e, segundo alguns, nas próprias Ordenações do Reino já se vislumbrava, ainda que sem muita nitidez, a intuição de uma relação jurídica ligando partes e Estado-juiz (trata-se da “instância” ou “juízo”, de que falam as Ordenações Filipinas)”. O grande mérito de Bülow, portanto, foi a sistematização dessa relação jurídica. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 250.

¹⁴⁸ PEGORARO JÚNIOR, Paulo Roberto. *A unidade processual e sua compreensão sistêmica*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Paranaense, Umuarama, 2010, pp. 42-43. Na seara penal, essa ideia individualista de processo remonta à primazia da finalidade retributiva da pena, voltada somente à satisfação da vítima (pena-vingança). Como não se vislumbrava um interesse público na punição do infrator, o processo era reduzido à resolução do conflito entre acusado e vítima, sendo exemplos o instituto romano *delicta privata* e o germânico *compositio*. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 51-52.

¹⁴⁹ De acordo com a autora, atualmente está em curso uma terceira fase da história evolutiva do direito processual, de caráter eminentemente crítico e caracterizada pelo reconhecimento da instrumentalidade do processo, bem como pelo exame de seus resultados práticos. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44.

processo ganhou força no Direito italiano, apontado como a principal fonte científica sobre o tema. Já no início do século XX, juristas italianos propuseram a existência de uma “unidade fundamental” entre o processo civil e o penal¹⁵⁰, que desempenhariam, ao fim e ao cabo, a mesma função.

2.2. Teoria geral do processo e a lide de Francesco Carnelutti

Dentre os autores da doutrina italiana, responsáveis pela popularização da teoria geral do processo, destacou-se Francesco Carnelutti, por mérito semelhante ao de Bülow, qual seja, o de sistematizar uma teoria estruturante do direito processual até então propugnada sem tanto entusiasmo. Carnelutti desenvolveu sua teoria geral a partir do famoso conceito civilista de *lide* enquanto “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”¹⁵¹. Para o autor, tanto o processo civil quanto o penal apresentavam como conteúdo uma lide¹⁵², sendo esta a razão de ser da atividade jurisdicional; sem a presença do conflito qualificado, se estaria diante de atividade meramente administrativa (“jurisdição voluntária”)¹⁵³.

Este objeto comum, segundo Carnelutti, justificava a construção de uma teoria unitária do processo, permeada por elementos lógico-jurídicos, obtidos aprioristicamente e com pretensão de validade universal, passíveis de verificação em todos os ramos do direito processual.

O pensamento carneluttiano, no entanto, nunca foi unânime entre os italianos. Liderando frente contrária à concepção de lide como elemento central do sistema processual, Piero Calamandrei refutou a tese afirmando que, no processo penal, nem sempre há lide, e ainda assim a punição do acusado não pode ocorrer senão através de pronunciamento judicial¹⁵⁴. Em casos

¹⁵⁰ São mencionadas como paradigmáticas as obras de Agostino Diana (*L'unità del processo e della dottrina processuale*. Siena: Arti Grafiche Lazzari, 1914) e D. Rende (*L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale*). Em: *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, n.º 01. Milão: Società ed. Libreria, 1921).

¹⁵¹ “La lide è un conflitto di interessi qualificato da una pretesa e da una resistenza a questa”. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I. Pádua: Cedam, 1986, p. 301. Cumpre destacar que o conceito carneluttiano de lide sofreu algumas alterações ao longo do tempo. Nesta pesquisa, optamos por adotar o conceito originário das *Lezioni*, pois contemporâneo ao desenvolvimento da teoria geral do processo pelo autor.

¹⁵² CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, vol. II, 1986, p. 146. No mesmo sentido: “La funzione essenziale del giudice è quella di decidere una lide. Per me questa è così la funzione del giudice civile como del giudice penale”. CARNELUTTI, Francesco. *Sulla reformatio in peius*. Em: *Rivista di diritto processuale civile*, vol. 04, n.º 01. Pádua: Cedam, 1927, p. 184.

¹⁵³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 41.

¹⁵⁴ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *A adoção de uma teoria geral do processo penal e seus reflexos na jurisdição, ação e processo: em busca de um equilíbrio entre a necessidade de novas categorias e a desnecessidade*

tais, seria absurdo falar em atividade administrativa, pois a jurisdição é imposta por lei. O autor exemplifica mencionando que, no processo penal, se o réu confessar, ou o Ministério Público pedir a sua absolvição (enfim, se as partes convergirem em suas atuações), restará afastado o conflito qualificado proposto por Carnelutti; no entanto, isso não tem o condão de transformar a atividade jurisdicional cogente em administrativa, o que fica ainda mais evidente pelo fato de que o juiz pode entender pela condenação do acusado¹⁵⁵.

Para Calamandrei, o processo penal não visa apenas compor a lide, mas principalmente controlar a pretensão punitiva estatal, que demanda jurisdição para se concretizar, não podendo ser imposta pela via administrativa, por exigência do ordenamento jurídico¹⁵⁶. Trata-se de pensamento consentâneo com a ideia de instrumentalidade do processo penal aqui defendida.

As críticas incisivas de Calamandrei à ideia de lide como razão de ser da jurisdição municiaram os penalistas italianos, que se postaram, em sua maioria, contrários à teoria de Carnelutti, e contrários também à existência de uma teoria geral unitária de processo¹⁵⁷.

O jurista italiano Eugenio Florian¹⁵⁸ é apontado como um dos primeiros penalistas a se posicionarem diretamente contra a ideia de unidade da teoria processual (em “Principi di Diritto

de abandonar toda a construção teórica civilista. Em: Cadernos de direito actual, n.º 21. Santiago de Compostela: Asocioación Xuristas em Acción, 2023, p. 332.

¹⁵⁵ Em suma, “la verità è che nel processo penale in genere [...], il concetto di lite non è utilizzabile come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali è preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti del processo; sicchè in questi casi non si può costruire una teoria sulla esistenza o sulla mancanza di una lite, cioè di un conflitto tra due volontà individuali che perseguono scopi contrastanti, quando si sa che queste volontà non hanno il potere di accordarsi per il regolamento giuridico degli interessi sottoposti alla indagine del giudice [...]”. CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*. Em: Opere giuridiche, vol. I – Problemi generali del diritto e del processo. Roma: Roma TRE-Press, 2019, p. 213. Neste sentido, também: CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. Em: *Op. cit.*, 2019, p. 149.

¹⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, pp. 41-42.

¹⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 23. Cumpre destacar que apesar de crítico à teoria carneluttiana de lide, Calamandrei teceu elogios e reconheceu o mérito do autor em delinear os contornos da teoria geral do processo: “Il Carnelutti è uno dei più autorevoli assertori della unità fondamentale del processo: è uno dei grande pregi delle sue *Lezioni* è quello di aver delineato un sistema nel quale, quasi a riprova della esatezza di suoi principi, trovano la loro collocazione anche gli istituti del processo penale ed amministrativo”. CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*. Em: *Op. cit.*, 2019, p. 212.

¹⁵⁸ Pela importância das lições, transcreve-se: “A nuestro juicio, el proceso penal y el civil son dos instituciones distintas. 1. Objeto esencial del proceso penal es, como vimos, una relación de derecho público, porque en él se desenvuelve otra relación de derecho penal. En cambio, en el proceso civil el objeto es siempre o casi siempre una relación de derecho privado, sea civil o mercantil. La diferencia apuntada en cuanto al objeto de los dos procesos tiene una repercusión de gran transcendencia sobre el contenido de los mismos [...]. 2. El proceso penal, como se ha dicho, es el instrumento normalmente indispensable para la aplicación de la ley penal en cada caso; el civil, en cambio, no es siempre necesario para actuar las relaciones de derecho privado; hasta tal punto que es un índice de civilización jurídica la disminución de las causas en los asuntos civiles. 3. El poder dispositivo de las partes es muy restringido en el proceso penal, mientras es grande el del juez; inversamente, en el proceso civil es grande el de las partes y mínimo el del juez, como veremos em seguida, dada la diversidad de objeto. 4. En el proceso civil el juicio está regido exclusivamente por criterios jurídicos puros, com abstención casi siempre de la cualidad de las personas y prescindiendo de criterios y apreciaciones discrecionales, de equidad y éticas; por el contrario, en el proceso penal el

Processuale Penale”, de 1927), por vislumbrar a incompatibilidade dos objetos essenciais dos dois ramos do direito. Segundo o autor, o processo penal é uma relação de direito público imprescindível à concretização, no mundo dos fatos, do direito penal, que tem existência meramente abstrata. Por outro lado, o processo civil tem como objeto quase sempre uma relação jurídica privada, disponível; tanto é assim que o processo civil, no mais das vezes, é dispensável à concretização do direito civil, que acontece no mundo real independentemente de intervenção judicial. Inclusive, até certo ponto, a diminuição da quantidade de causas cíveis é indicativa de avanço civilizatório.

Essa diferença fundamental de objetos, segundo Florian, impõe distinções estruturais entre o processo civil e o penal que inviabilizam o estudo conjunto de institutos aparentemente comuns. O autor já advertia que a proposta de uma teoria geral é equívoca, porque “se toma en consideración el menos por el más, esto es, se tomam en consideración algunas formas comunes de mínima importância, mientras se descuidan elementos diferenciales, que son los decisivos”. Neste sentido, “el triunfo de la tesis contraria conduciría a la absorción de la ciencia del proceso penal por la del civil, con lo cual el primero perdería su autonomía, resultando profundamente alterado en su concepción y estructura”¹⁵⁹.

Diversos penalistas de renome seguiram a divergência aberta por Florian, sustentando a inviabilidade da teoria geral¹⁶⁰, e mesmo os que a ela aderiram questionaram a adoção acrítica de institutos civilistas, a exemplo de Filippo Grispiigni¹⁶¹, para quem os elementos da teoria geral deveriam passar, necessariamente, por um filtro de valoração da sua utilidade para o processo penal.

Em termos, essa viria a ser a conclusão do próprio Carnelutti, que já ao fim de sua vasta obra jurídica, diante de críticas incontornáveis, acabou por reconhecer a insuficiência do conceito de lide para o processo penal. Mais do que isso, admitiu o subdesenvolvimento científico deste ramo do Direito como decorrência da teoria geral do processo.

juez ha de juzgar a un hombre y, por lo mismo, inspirarse en criterios éticosociales”. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Santiago: Olejnik, 2019, pp. 22-23

¹⁵⁹ FLORIAN, Eugenio. *Op. cit.*, 2019, p. 25.

¹⁶⁰ No mesmo sentido de Florian, Giovanni Leone e Vincenzo Manzini defenderam o desenvolvimento de uma teoria geral autônoma para o processo penal, dada a especificidade do seu objeto essencial, o qual julgavam ser a pretensão punitiva estatal. LEONE, Giovanni. *Elementi di diritto e procedura penale*. Napoli: Jovene, 1972, p. 183-187. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I. Turim: Torinese, 1967, pp. 70-80.

¹⁶¹ “L’elaborazione di una teoria generale del diritto processuali, compiuta tenendo costantemente presenti, nella ricostruzione degli istituti, le norme processuali penali, servirebbe ad evitare che taluni cultore del diritto processuali civile, ad esempio, enunciassero taluni dottrine sulla giurisdizione, che non possono avere alcun valore per il processo penale [...]”. GRISPIGNI, Filippo. *Diritto processuale penale*, vol. I. Roma: Italiana, 1945. p. 14, *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 23.

Antes disso, em “Lezioni sul processo penale”, de 1946, Carnelutti propôs o caráter misto do processo penal, afirmando sua natureza voluntária quanto ao conteúdo tipicamente penal, e contenciosa quanto ao conteúdo civil¹⁶². Isso demonstraria, segundo o autor, a exatidão do seu conceito de lide como pilar do processo civil, bem como justificaria a inadequação inicial da tese para o processo penal¹⁶³. Em outras palavras, quanto ao seu conteúdo tipicamente penal, o processo penal, de fato, não dependeria da existência de uma lide, como anteriormente proposto, razão pela qual, neste particular, teria natureza voluntária. A ausência de conflito de interesses no processo penal decorreria de uma nova abordagem otimista da sanção penal: o próprio réu, culpado, teria interesse em ser apenado para sanar a desordem pessoal que o levou a delinquir. Por isso, o conteúdo típico do processo penal seria não uma lide, mas sim a satisfação de um interesse, ou seja, um *affare*¹⁶⁴.

A solução encontrada por Carnelutti evidencia seu compromisso em manter incólumes conceitos desenvolvidos para o processo civil, justificando a sua aplicação ao processo penal no âmbito de uma teoria geral, ainda que mediante certo malabarismo jurídico, como assumir o caráter voluntário do processo penal, aproximando-o de um processo civil de interdição (no qual “o mal vem para o bem” daquele que o sofre). Nas palavras de Coutinho, a tese final de Carnelutti “salva-lhe uma vida de criação e trabalho sobre a lide, quase perdida pela infestação – promovida por ele mesmo – maligna da concepção, parida para o processo civil e quase sacrificada pela exigência de aplicação da mesma no processo penal, tudo em homenagem à obstinação por uma insustentável e malfadada teoria geral do direito processual”¹⁶⁵.

Outro exemplo desse comprometimento teórico é a posição intermediária assumida pelo autor. Em “Lite e funzione processuale” (1928), antes de chegar à proposição final acima mencionada, Carnelutti defendeu-se das críticas à sua teoria da lide sob o argumento de que, no

¹⁶² “Circa il contenuto puramente penale del processo io mi sono sbagliato dunque così la prima volta, quando ho riconosciuto al processo penale carattere contenzioso come la seconda, quando ho modificato la mia opinione ritenendolo un tipo intermedio tra il processo contenzioso e il processo volontario”. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*, vol. I. Roma: Ateneo, 1946, pp. 121-122

¹⁶³ “Se nas primeiras tentativas de uma sistematização de uma Teoria Geral do Processo, desde o ponto de vista da função, pareceu-me que também o processo penal tem caráter contencioso, isto se deriva em primeiro lugar da falta de distinção de seu duplo conteúdo, penal e civil: ademais, como logo se verá, da confusão, em que eu mesmo caí, entre “lide” e “controvérsia”. Meu ponto de vista era exato quanto a seu conteúdo civil, mas equivocado quanto a seu conteúdo penal”. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, vol. I. Campinas: Bookseller, 2004, pp. 147-148.

¹⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, pp. 102-103.

¹⁶⁵ O autor pondera, contudo, que “toda essa nova estrutura, muito além de parecer um despautério (é sempre a primeira ideia que vem à cabeça: o processo penal como jurisdição voluntária?), porta consigo uma tentativa declarada de humanizar o processo penal, ou seja, pode ter infundáveis defeitos a não permitir a sua acolhida, mas só essa tentativa de bradar a todos que não esqueçam ser a *res judicanda* do processo penal um homem, é suficiente para ser lembrada e respeitada”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, pp. 104-106.

processo penal, o conflito qualificado não se desenvolve entre o Ministério Público e o acusado, senão entre o autor do crime e a vítima. Portanto, ainda que o *Parquet* pedisse a absolvição ou que o réu confessasse em juízo, continuaria a existir lide entre este e a vítima, derivada da relação material protegida pelo tipo penal. O Ministério Público, assim, seria mero “sujeito da relação processual”, personificação do Estado-acusação, legitimado a representar o ofendido em juízo¹⁶⁶.

Trata-se de evidente visão privatista de processo, que remonta à primazia da finalidade retributiva da sanção penal (pena-vingança), período em que, por não se vislumbrar um interesse público na punição do criminoso, o processo penal era reduzido à resolução do conflito existente entre a vítima e o autor do fato¹⁶⁷. Como bem resume Coutinho, “embora a solução esteja adequada às estruturas de seu posicionamento, está distante da realidade do processo penal, onde o interesse (elemento essencial da lide) da vítima chega a não ter absolutamente importância”¹⁶⁸.

De fato, a despeito dos relevantes movimentos recentes pela emancipação do papel da vítima na persecução penal, não se vislumbra, na satisfação do seu interesse, o papel central da sanção penal, tampouco do processo penal moderno. Isso para não mencionar o fato de que inúmeros tipos penais sequer apresentam sujeito passivo determinado, atingindo ente abstrato (a coletividade, o Estado etc.)¹⁶⁹.

Ao termo, como adiantado anteriormente, Carnelutti acaba por reconhecer a estagnação científica suportada pelo processo penal em virtude de sua teoria geral, que colocou o processo civil em uma “posição de guia” dos demais ramos processuais¹⁷⁰. Em “La Cenerentola” (1946),

¹⁶⁶ “Erra dunque, se non ingano, il mio amico Calamandrei quando gli sembra che non ci sia lite nel processo esecutivo e nel processo penale [...]. È, altrettanto, in lite il ladro, a cui si fa il processo penale; e non, come accena Calamandrei confondendo ancora una volta lite e contraddizione, col pubblico ministero, in cui io ho chiaramente additato non un soggetto della lite, ma un soggetto dell’azione; bensì col derubato, di cui ha contrastato la pretesa ledendone l’interesse”. CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale*. Em: Rivista di diritto processuale civile, vol. 05, n.º 01. Pádua: Cedam, 1928, p. 31. No mesmo sentido: “La obbiezione dell’Invrea è, così, servita a chiarire il senso, in cui si dice che la lite corre tra l’imputato e la parte lesa, non tra l’imputato e il pubblico ministero: nel senso, dunque, che quella e non questo è il soggetto materiale della lite, cioè il soggetto dell’interesse il lite”. CARNELUTTI, Francesco. *Ancora sulla lite nel processo penale*. Em: Rivista di diritto processuale civile, vol. 07, n.º 01. Pádua: Cedam, 1930, p. 31.

¹⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, pp. 51-52.

¹⁶⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 49.

¹⁶⁹ Essa, inclusive, foi a crítica mais incisiva à posição intermediária de Carnelutti. Como bem observado por Paoli, nos chamados “crimes vagos”, figura como sujeito passivo o Estado e, portanto, o Ministério Público enquanto seu representante, de modo que o problema retorna ao ponto de partida (ou seja, à inexistência de lide entre o Ministério Público e o réu). PAOLI, Giulio. *La nozione di lite nel processo penale*. Em: Rivista di diritto processuale civile, vol. 07, n.º 01. Pádua: Cedam, 1928, p. 70.

¹⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale*. Nápoles: Morano, 1960, p. 48.

o autor aduz, nas linhas de Florian¹⁷¹, a imprescindibilidade do processo penal para a concretização do direito penal no mundo dos fatos, sendo esta uma diferença crucial para com o direito civil¹⁷². Em seguida, passa a versar sobre a “fase de dependência” na qual se encontra o processo penal relativamente ao civil: “Donde se trata de superar el empirismo, sirven casi exclusivamente los esquemas importados. De una elaboración indígena no digo que no haya huellas, pero sí que son casi irrelevantes; y menos todavía de una exportación del campo del proceso penal la del proceso civil”¹⁷³.

De fato, na teoria geral do processo, pouco ou quase nada há de penal. Nunca houve o intercâmbio de formas e institutos idealizado (ao menos formalmente) por seus precursores, pois, desde a gênese da teoria, a irmã preterida se contentou com os vestidos usados de sua irmã mais afortunada¹⁷⁴ – a exemplo do conceito de lide e, mais tarde, de nulidade.

Para solucionar esta “infeliz situação” em que se encontra o processo penal, Carnelutti propõe a sua emancipação através da construção de uma base teórica própria, apta a contribuir para o avanço da teoria geral do processo por meio de aportes recíprocos entre os dois ramos, objetivando alcançar um “plano verdadeiramente superior”¹⁷⁵.

A contribuição recíproca entre os direitos processuais civil e penal no bojo da teoria geral, inclusive, pressuporia o “aprofundamento da investigação das *diferenças funcionais* entre eles”, indispensável à “igualação do nível de conhecimento científico dos dois processos”. Nas palavras do autor: “No tengo la intención de proseguir la búsqueda hasta la precisa diferencia entre los dos procesos, sino, más bien, de invitar a proseguirla advirtiéndole que el profundizar en ella constituye la primera y más indispensable de las premisas de la teoría general. Mientras esta diferencia continúe observándose superficialmente, la teoría general se basará sobre la arena [...]. Cuando la diferencia funcional entre las dos especies del proceso sea definida en

¹⁷¹ Ver referência n.º 29.

¹⁷² “Delito y pena son, precisamente, como tantas veces lo hemos dicho, la cara y la cruz de una misma moneda; y a nadie se le ocurre sostener que sean autónomas entre sí la cara y la cruz; pero es verdad, sin embargo, que la moneda no se puede ver, simultáneamente, por la cara y por la cruz”. Francesco. *Op. cit.*, 2018, p. 16.

¹⁷³ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, 2018, p. 18.

¹⁷⁴ Neste particular, Carnelutti reconhece sua parcela de culpa pela transferência inadequada de conceitos civilistas ao campo penal. CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, 2018, pp. 18 e 20.

¹⁷⁵ “Este, si no me engaño, es el camino para hacer avanzar a un tiempo la ciencia del proceso en general y la ciencia del proceso penal en particular. La Cenicienta es una buena hermana a la cual no le pasa por la imaginación elevarse de su rincón para que sus hermanas ocupen su puesto; no es, por consiguiente, una pretensión de superioridad que ella oponga a sus ciencias contiguas, sino únicamente una afirmación de paridad [...]. Ninguna de las dos ciencias debe vivir a expensas de la otra; más bien una y otra deben rendirse mutuos servicios [...]. Y la teoría general del proceso no puede prescindir de las contribuciones del cultivo de aquel territorio del proceso penal que presenta, ya a primera vista, una incomparable fecundidad. A este fin una preparación civilística es preciosa, pero más que para comprender lo que es el proceso penal, sirve para comprender lo que no es”. CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, 2018, p. 20.

profundidad, naturalmente se mostrarán bajo una nueva luz las diferencias de estructura, ya en cuanto a los elementos (estática procesal), ya en cuanto a las relaciones (cinemática procesal), ya, por último, en cuanto a los actos (mecánica procesal)”¹⁷⁶.

Em “Principi del processo penale” (1960), sua última obra específica sobre o tema, Carnelutti se mostra firme quanto à compreensão de existirem “profundas diferenças” entre o processo civil e o penal, bem como no que diz respeito à inaplicabilidade do conceito de lide enquanto conteúdo deste último. Por outro lado, apresenta-se ainda convicto da natureza voluntária do processo penal (quanto ao seu conteúdo tipicamente penal), assim como da utilidade do estudo dos diversos ramos do direito processual no seio de uma teoria geral unitária, dadas as inúmeras similaridades entre eles¹⁷⁷.

2.3. O direito judicial formal de James Goldschmidt

Em certa extensão, as lições finais de Carnelutti se aproximam da compreensão do jurista alemão James Goldschmidt, para quem processo penal e civil integram um mesmo conjunto de normas, cujo estudo unitário revela-se metodologicamente recomendado; não obstante, o processo penal, em razão das peculiaridades do seu objeto, exige a construção de categorias jurídicas próprias.

Para Goldschmidt, processo penal e civil se inserem na categoria do “derecho judicial formal”, assim entendido o conjunto de normas, endereçadas primariamente ao juiz, que regem as relações jurídicas entre o Estado e os indivíduos, especificamente no que diz respeito à ritualística de aplicação do direito penal (“derecho judicial material”) e do direito que rege as relações entre particulares (“derecho material”)¹⁷⁸. Todavia, o autor adverte que “desde que la

¹⁷⁶ CARNELUTTI. *Sobre una teoria general del proceso*. Em: Cuestiones sobre el proceso penal. Santiago: Olejnik, 2018, pp. 46.

¹⁷⁷ “Per questa ragione, poiché, pur tenuto conto delle profonde differenze tra processo penale e processo civile, tanto più se si tratta di processo civile contenzioso, tuttavia molti principi sono comuni all’uno e all’altro, la lettura de questo libro potrà essere utile anche a chi voglia conoscere il mio più recente pensiero su molti istituti del processo civile e perfino di teoria general del diritto [...]”. “Tra coloro, i quali non hanno avvertito la profonda diversità tra processo civile e processo penale o, almeno, tra questo e il tipo più noto del processo civile, che è il processo contenzioso, debbo essere annoverato io stesso, nella prima fase delle mie ricerche sul processo penale. Io sono anzi quello che ha portato, da principio, all’estremo limite l’analogia tra processo penale e processo civile contenzioso quando ho posto la lite come contenuto del processo penale oltre che del processo civile [...]”. CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, 1960, pp. 05 e 39.

¹⁷⁸ O Direito Penal, na teoria de Goldschmidt, consiste em um “derecho judicial material”, pois suas normas se dirigem precipuamente aos órgãos estatais encarregados da jurisdição, definindo o conteúdo das relações jurídicas existentes entre o Estado e os indivíduos, à medida que o *ius puniendi* foi conferido, com exclusividade, ao Estado-juiz. Neste sentido: “[...] Las normas penales no se dirigen a los individuos directamente, indicándoles que no maten o que no

pena pública ha reemplazado a la composición privada, y, por consiguiente, el proceso penal se ha destacado del proceso civil, el proceso penal requiere sus propias categorías adecuadas a la esencia de su objeto, el derecho del Estado de penar”¹⁷⁹.

Deste modo, pode-se afirmar que Goldschmidt, assim como Canelutti em suas lições finais, defenderam o que se convencionou chamar de “teoria da unidade diferenciada”, pela qual é possível estabelecer uma unidade entre os elementos lógico-jurídico que compõem os diversos ramos processuais, contudo, tais elementos devem observar distintos regimes jurídicos, de acordo com as *funções* desempenhadas por cada processo¹⁸⁰.

A diferença crucial do trabalho de Goldschmidt reside no fato de que sua teoria unitária do processo sempre foi crítica à “transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal”¹⁸¹, a exemplo do próprio conceito de ação¹⁸². Isso em razão da mencionada *diversidade funcional* entre os dois ramos do Direito, orientada pelos respectivos objetos¹⁸³. Valendo-se do conceito aristotélico de Justiça, Goldschmidt define que, enquanto o processo penal busca a realização da Justiça corretiva (punição de culpados e restabelecimento do equilíbrio pela jurisdição), o processo civil visa a realização da Justiça distributiva¹⁸⁴. Significa dizer que, no processo civil, o autor deduz pretensão fundada em direito próprio, limitando-se o Estado-juiz a adjudicar-lhe o direito pleiteado, em caso de procedência da ação. Por outro lado, no processo penal, o Ministério Público deduz pretensão acusatória, requerendo que o Estado-juiz exerça o seu poder-dever de punir; o *ius puniendi* estatal, portanto, não se confunde com a pretensão posta em juízo pela acusação, pois é exercida exclusivamente pelo julgador e nasce com a prática da infração¹⁸⁵.

hurten, sino que se dirigen directamente a los órganos de la jurisdicción encargados de aplicarlas señalándoles el contenido de lá relación”. QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Temis, 2008, pp. 39-40.

¹⁷⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 44.

¹⁸⁰ QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Op. cit.*, 2008, pp. 39-40.

¹⁸¹ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, vol. II, 1961, p. 43. Segundo Lopes Júnior e Alflen da Silva, um dos grandes méritos do jurista, “infelizmente ainda a ser reconhecido”, foi ter denunciado “o erro da transmissão mecânica de categorias” do processo civil ao penal. LOPES JÚNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”*: vida e obra de James Goldschmidt. Em: Revista Panóptica, vol. 06, n.º 17. Vitória: Panóptica, 2009, p. 42.

¹⁸² “La situación jurídica del querelante es completamente outra que la del actor. No hace valer, como éste, un derecho propio y pide su adjudicación, sino que afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber. [...] El contraste que se impone por la naturaleza de las cosas no es acción civil y acción penal, sino acción y acusación”. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Montevideo: B de F, 2000, p. 30.

¹⁸³ Percebe-se, assim, que desde o princípio, Goldschmidt se ateu a uma “teoria da unidade diferenciada”.

¹⁸⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, vol. II, 1961, p. 44.

¹⁸⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, vol. II, 1961, pp. 45-46.

Essas características fundamentais dos dois ramos processuais, segundo Goldschmidt, para além de evidenciar suas diferenças funcionais, expõem a frequente “transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal”. Como exemplo, cita-se a popularização do conceito de ação penal de Karl Binding, para quem, no processo penal, o Estado comparece perante o juiz requerendo a concretização do seu próprio direito de punir, tal como um particular apresenta sua pretensão no processo civil¹⁸⁶.

2.4. A lide penal de Giovanni Leone

Dessa breve digressão histórica, pode-se constatar a inadequação da teoria da lide como fundamentadora da unidade do direito processual. Em sua origem, a teoria geral do processo se legitimava na compreensão de que tanto o direito processual civil quanto o penal desempenhavam a *mesma função*: a resolução de lides. Todavia, com o desenvolvimento científico do tema ao longo das décadas, até mesmo Carnelutti acabou por adotar uma posição de “unidade diferenciada”, reconhecendo que, embora os dois ramos processuais sejam espécies de um mesmo gênero, possuem objetos bastante distintos, a exigir que os *elementos comuns* se submetam a *regimes jurídicos diferenciados*.

Esse reconhecimento, contudo, não impediu que a teoria geral do processo calcada no conceito de lide se instalasse e desenvolvesse em solo brasileiro. É que, nessa altura, o pensamento inicial de Carnelutti já havia angariado muitos seguidores.

Como bem explica Coutinho, com a guinada do pensamento de Carnelutti, sua teoria da lide no processo penal ganhou novos contornos, em especial pelas mãos de Giovanni Leone¹⁸⁷. Leone foi o responsável pela reformulação do conceito de lide no processo penal que encontrou solo fértil em toda a América Latina, enquanto alicerce indispensável à construção de uma teoria unitária do processo¹⁸⁸.

¹⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt*. Em: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 10, n.º 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 121-123. No mesmo sentido, Cristiana Reuter afirma que “il piglio quasi-misticheggiante con cui la dottrina ha affrontato il problema dell’azione penale, è dovuto alla scarsa attitudine originaria della materia alla ricostruzione dogmatica, nonché, indubbiamente, al trauma sintattico che formule esportate dalla procedura civile hanno subito una volta introdotte in territorio straniero. Resta il fatto che quel lungo – secolare! – dibattito della dottrina in tema di azione civile, si è trasformato, penetrando nel processo penale, in una dispendiosa polemica dai tratti imprecisi, fonte per tutti di una tale sensazione di disagio da indurre i più ad abbandonare il campo”. REUTER, Cristiana Valentini. *Le forme di controllo sull’esercizio dell’azione penale*. Pádua: Cedam, 1995, p. 15.

¹⁸⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 121.

¹⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 121.

Para o autor, a *lide penal* é um conflito de interesses entre o *jus puniendi* do Estado e o *status libertatis* do acusado¹⁸⁹. Com o afastamento da Justiça penal privada, o Estado-administração passou a deter, com exclusividade, o monopólio do direito de punir, exercendo-o nos estritos limites da lei penal, e somente após apresentar essa sua pretensão ao crivo da jurisdição, à qual também se submete, como os particulares em geral¹⁹⁰. Sendo assim, o objeto do processo penal seria a resolução de um conflito de interesses qualificado pela pretensão punitiva estatal, indisponível, resistida pelo direito de liberdade do indivíduo.

Nas palavras de Coutinho: “Temos, assim, sempre, um conflito de interesses só solucionável pela jurisdição que o compõe através do processo, o meio utilizado para tanto, após ser acionada pelo Estado-administração. Fecha-se aqui, em síntese, o discurso da teoria geral do processo, agasalhando todo o sistema”¹⁹¹.

Segundo a doutrina, a *lide penal* de Leone se distancia da proposta por Carnelutti à medida que se caracteriza como um conflito de interesses impessoais, públicos, de alta relevância¹⁹² e, portanto, *indisponíveis*, demandando sempre solução jurisdicional. Não há que se falar em conflito de interesses entre acusado e vítima, tampouco em processo penal de jurisdição voluntária, como sugerido por Carnelutti. Ao contrário, a *lide penal* se estabelece entre Estado e cidadão, a partir do cometimento do delito, e não pode ser objeto de disposição por qualquer das partes; tanto o Estado tem a obrigação de requerer (ao próprio Estado?) a adjudicação do seu direito de punir, como o cidadão tem a obrigação de defender-se¹⁹³.

A característica da *indisponibilidade* dos interesses em conflito, na *lide penal* de Leone, buscou afastar a crítica central que refutou a *lide carneluttiana*¹⁹⁴, formulada inicialmente por Calamandrei, no sentido de que manifestações de vontade das partes conflitantes (a exemplo da confissão do réu ou do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público) seriam capazes de extinguir a *lide*, sem, contudo, extinguir o processo¹⁹⁵.

¹⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, vol. I. Campinas: Millennium, 2003, pp. 13-14.

¹⁹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 122.

¹⁹¹ O autor conclui afirmando que, em toda a América Latina, “a *lide* reina com desenvoltura”. “Está ao centro, no coração da estrutura. A jurisdição está lá principalmente para resolvê-la; a ação é exercida para portá-la, na medida do conflitante, à jurisdição; e essa, por um processo, necessariamente a ajusta. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 122.

¹⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, pp. 126-127 e 130.

¹⁹³ “Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal, deverá fazê-lo, pois o estado também tutela a ampara o *ius libertatis* do indigitado autor do crime”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 12.

¹⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 126.

¹⁹⁵ Ver referência n.º 16.

Essa característica distintiva da lide penal, entretanto, foi pensada com vistas ao processo penal italiano da época, e não resiste à sua aplicação no moderno processo penal brasileiro. É certo que, ainda nos dias de hoje, propaga-se a *indisponibilidade* como um dos princípios orientadores do processo penal, a impedir que o Ministério Público transija ou disponha do conteúdo da ação penal, antes ou depois de intentá-la¹⁹⁶; isso porque o processo seria o único e necessário caminho para a imposição da pena. Contudo, trata-se de mandamento relativizado a ponto de suscitar dúvidas acerca de sua manutenção como regra geral do sistema¹⁹⁷.

A constatação da necessidade de conferir soluções céleres e eficazes aos conflitos sociais também no âmbito criminal, aliada à limitação material do aparato judicial, têm levado ao paulatino desenvolvimento, desde a virada do século, de espaços de solução consensual de litígios no direito penal e processual penal brasileiros. Trata-se do “processo penal dotado de eficiência funcionalmente orientada”, nas palavras de Figueiredo Dias¹⁹⁸.

A consagração de mecanismos de justiça penal negociada tem operado verdadeira mutação na atuação do Ministério Público, que passa a gozar de autonomia suficiente para, segundo critérios de política criminal internos, celebrar acordos antes ou durante o processo penal, efetivamente dispondo do seu conteúdo, embora de maneira regrada. E engana-se quem pensa que tais negócios jurídicos se limitam à imposição imediata de penas (ou “condições”) mediante certa atenuação da responsabilização do agente (transação penal¹⁹⁹, suspensão condicional do processo²⁰⁰, acordo de não persecução penal²⁰¹ etc.); atualmente, é possível até mesmo que o *Parquet* celebre acordo prevendo a não persecução ou o perdão judicial de agente que, sabidamente, praticou fato típico, mediante a sua colaboração com o sistema de justiça criminal (colaboração premiada²⁰²).

¹⁹⁶ SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Magalhães, 1937, p. 71; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, 2012, p. 523.

¹⁹⁷ Criticando a relativização do princípio da indisponibilidade no processo penal contemporâneo, Ferrajoli menciona que: “[...] Me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y, sobre todo, del proceso penal, las doctrinas ‘consensualistas’ y ‘discursivas’ de la verdade que – nascidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas) – algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones sobre la pena”. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2008, p. 27.

¹⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 16.

¹⁹⁹ Lei n.º 9.099 de 1999, artigo 76.

²⁰⁰ Lei n.º 9.099 de 1999, artigo 89.

²⁰¹ Decreto-Lei n.º 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro), artigo 28-A.

²⁰² Lei n.º 12.850 de 2013, artigo 4º, *caput* e § 4º.

É certo que, ao celebrar acordo de colaboração premiada com determinado infrator, prevendo a redução de sua reprimenda, o seu perdão judicial ou mesmo afastando o seu processamento, o membro do Ministério Público efetivamente dispõe do interesse punitivo estatal. Nesses casos, a participação do Estado-juiz se limita à aferição objetiva da validade do negócio jurídico, não podendo tomar parte das negociações ou se imiscuir no seu mérito²⁰³. A submissão do conflito de interesses à deliberação judicial, assim, se sujeita à oportunidade e conveniência da atuação das partes. Se por um lado, a ação penal deixa de ser indisponível, por outro, deixa de ser a única via para a imposição da pena.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. afirma que, sem embargo da importância civilizatória da concepção de processo penal como caminho necessário para chegar à pena, fato é que, gradativamente, começa a tomar forma a via negocial de resolução dos casos penais, gênero no qual se inserem como espécies as formas de negociação sobre a pena, acordos sobre a abreviação do rito com diminuição da pena, e também a colaboração premiada. “Essas formas de negociação ou espaços de consenso acarretam a possibilidade de fixação de uma pena sem a tramitação completa do processo, rompendo com o modelo tradicional de confronto e do *nulla poena sine iudicio*”²⁰⁴.

A título de concretização, cabe destacar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no qual restou assentada a possibilidade de fixação de sanções penais *atípicas* no acordo de colaboração premiada, com execução imediata²⁰⁵:

Direito processual penal. Agravo regimental. Acordo de colaboração premiada. Limites. Fixação de sanções penais atípicas. Cabimento.

1. O combate à moderna criminalidade organizada, em razão de suas características – em especial, o alto poder de intimação por meio da lei do silêncio (*omertà* das organizações mafiosas) e a cultura da supressão de provas –, requer a adoção de meios excepcionais de investigação, diante da insuficiência dos métodos tradicionais.

2. Os desafios impostos por esta nova forma de criminalidade deram ensejo ao aprofundamento do modelo consensual da justiça na seara criminal, no qual se insere o acordo de colaboração premiada, cuja natureza de negócio jurídico processual bilateral e personalíssimo já foi reforçada pelo STF (HC n.º 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe em 3/2/2016).

²⁰³ Lei n.º 12.850 de 2013, artigo 4º, §§ 6º e 7º.

²⁰⁴ “Mas a aceleração procedimental pode ser levada ao extremo de termos uma pena sem processo e sem juiz? Sim, pois a garantia do juiz pode ficar reduzida ao papel de mero ‘homologador’ do acordo, muitas vezes feito às portas do tribunal. No sistema norte-americano, por exemplo, muitas negociações são realizadas nos gabinetes do Ministério Público sem publicidade, prevalecendo o poder mais forte, acentuando a posição de superioridade do *parquet*”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, 2019, pp. 90-95.

²⁰⁵ Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Agravo regimental nos embargos de declaração na petição n.º 13.974/DF, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 05 de outubro de 2022.

3. Neste novo modelo, respeitadas as balizas legais, e autonomia da vontade das partes, permeada pelo princípio da boa-fé objetiva e pelo dever de lealdade, adquire especial relevo. Deve ser superada a tradicional visão de que, por tratar de interesses indisponíveis, o processo penal encontra-se imune à autonomia das partes.

4. Na seara penal, a própria Constituição da República de 1988, ao prever a criação dos juizados especiais criminais, com a expressa admissão da transação penal (art. 98, I), chancelou a viabilidade do modelo consensual de justiça.

[...]

7. Cumpre destacar que o princípio da legalidade é uma garantia constitucional que milita em favor do acusado perante o poder de punir do Estado, não podendo ser usado para prejudicá-lo, sob pena de inversão da lógica dos direitos fundamentais.

[...]

17. Não há invalidade, em abstrato, na fixação de sanções penais atípicas, desde que não haja violação da Constituição da República ou do ordenamento jurídico, bem como da moral e da ordem pública. Da mesma forma, em respeito às garantias individuais, a sanção premial não pode agravar a situação jurídica do colaborador, com a fixação de penas mais severas do que aquelas previstas abstratamente pelo legislador.

18. Voto vencedor no sentido de dar provimento ao agravo regimental a fim de determinar a devolução dos autos ao relator para análise da homologação da proposta de acordo de colaboração premiada tomando por base o sopesamento da extensão dos benefícios pactuados – ainda que atípicos – em face da gravidade do fato criminoso e da eficácia da colaboração.

Para além da gradativa inserção de espaços de solução consensual de litígios criminais nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, importante destacar que a lide penal de Leone foi desenvolvida em um momento histórico no qual o Direito italiano não previa a figura da ação penal privada, de titularidade da vítima ou de seus sucessores²⁰⁶. Isso justifica a maior adequação da característica da *indisponibilidade* enquanto elemento diferenciador da lide penal no processo italiano. No Direito brasileiro, contudo, a existência de ação penal titularizada pelo ofendido contribui para a compreensão de que a referida característica representa insuficiente traço distintivo em relação à lide de Cernelutti, permanecendo pendente de definição a função do processo penal.

A capacidade de disposição do *jus puniendi* pelo querelante, no processo penal brasileiro contemporâneo, é tão grande que a mera composição patrimonial em juízo é causa de extinção

²⁰⁶ “Quanto à indisponibilidade do conteúdo do processo (em razão dos interesses públicos impessoais contrapostos), sabe-se que ela foi fundada no sistema processual penal italiano (para excluir o efeito da manifestação das vontades e superar o erro de Cernelutti) porque não concebe o mesmo uma acusação privada e, ao Ministério Público, não se permite dispor de uma pretensão que é do Estado [...]”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, pp. 130-131.

da punibilidade de infrações penais categorizadas como “de menor potencial ofensivo”²⁰⁷. Nestes casos, o interesse público na sanção penal, ínsito à sua finalidade preventiva, passa a ocupar um segundo plano face à prevalência do interesse privado, disponível, de recondução da vítima ao *status quo ante*.

Neste ponto, cumpre salientar que para parte da doutrina, nos crimes de ação penal privada, não se verifica propriamente uma disposição direta sobre o direito de punir pelo particular, mas apenas a possibilidade de reduzi-lo a nada, “colocá-lo no limbo, subtraindo o autor do crime das consequências previstas”²⁰⁸, o que em termos práticos equivale à disponibilidade do *ius puniendi*.

Outra crítica à lide penal de Leone, apresentada pela doutrina italiana da época, consiste no fato de que, ao Ministério Público é dado deixar de recorrer da decisão absolutória no processo penal instaurado por iniciativa pública. “Não recorrer, ao Ministério Público – que nesse passo atua sem qualquer controle, significa dispor do conteúdo do processo e, como no caso antes referido, colocar o *jus puniendi* em uma situação de impotência”²⁰⁹.

Confrontado com críticas tão incisivas quanto aquelas que fizeram Carnelutti abandonar sua posição inicial, Leone demonstrou semelhante comprometimento com a teoria geral do processo, ao assumir que a indisponibilidade seria característica da lide penal “apenas em primeiro grau de jurisdição”, como forma de compatibilizar o conceito com a supracitada disponibilidade recursal.

Nas palavras de Coutinho: “Por aí pode-se perceber como o argumento da indisponibilidade é falacioso, pobre. O próprio Leone teve consciência da pouca prestabilidade dele, de tal modo a, absurdamente, propor a lide como conteúdo do processo penal de 1º grau de jurisdição, desenhando uma centopeia (por mais esdrúxulo que pareça), apoiada tão-somente nas patas anteriores, embora o objetivo fosse – e deveria ser – criá-la completa”²¹⁰.

Vê-se que, mesmo com a repaginação da teoria da lide, sua aplicação ao processo penal parece obra inacabada. Por todos os ângulos em que se analisa a lide penal, retorna-se ao problema inicial, apontado por Calamandrei²¹¹, de que o processo penal nem sempre tem como objeto um conflito de interesses apenas solucionável pela jurisdição. Os esforços dos adeptos

²⁰⁷ Lei n.º 9.099 de 1999, artigo 74, parágrafo único.

²⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 127.

²⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 127.

²¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, pp. 127-128.

²¹¹ Ver referência n.º 26.

da teoria da lide, seja definindo o processo penal como um híbrido de natureza voluntária e contenciosa, seja imputando-lhe características presentes apenas em parte do procedimento, revelam-se, no fundo, esforços para a manutenção de uma unidade funcional (identidade funcional do processo) entre os diversos tipos de processo, apta a justificar seu estudo no bojo de uma teoria geral²¹².

2.5. A lide penal no Direito brasileiro e conclusões parciais

A doutrina aponta Enrico Tullio Liebman como o responsável pela difusão, no Brasil, da teoria geral do processo fundada no conceito de lide²¹³. O jurista italiano imigrou para o país pouco antes da promulgação das leis raciais fascistas na Itália, e entre os anos de 1940 e 1946, lecionou a disciplina de direito processual civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), colaborando para a formação da chamada “Escola Paulista de Processo”.

Apesar de divergir, em termos, da compreensão de lide como objeto comum do processo²¹⁴, Liebman foi responsável por disseminar, entre os professores brasileiros, a teoria geral do processo nos moldes inicialmente defendidos por Carnelutti, ou seja, fundada no conceito de lide e na identidade funcional²¹⁵. Nesse sentido, Rodrigo Guimarães aponta que, mesmo involuntariamente, Liebman “contribuiu para a difusão de uma teoria geral unitária pensada a partir do processo civil”²¹⁶.

Todavia, como explica Coutinho, a lide efetivamente incorporada ao processo penal brasileiro não é aquela de Carnelutti, pois, como visto, em meados de 1940 o autor muda de posição²¹⁷. Segue-se, portanto, a concepção capitaneada por Leone, o que, de todo modo, representa um retorno ao problema anterior, de transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal.

A lide penal de Leone aproxima-se do conceito de ação penal de Binding, ao propor que, no processo penal, o Estado se apresenta frente ao julgador tal como um particular no

²¹² LEITE, Luciano Marques. *A teoria geral e o processo penal*. Em: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté, ano 03, n.º 01. Taubaté: Pró-Reitoria para Assuntos de Extensão da Universidade de Taubaté, 1979, p. 31.

²¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 15.

²¹⁴ Para Liebman, o objeto do processo seria a pretensão autoral, e não o conflito de interesses, que representaria apenas uma “causa remota”, antecedente ao processo. LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. Em: Revista Forense – comemorativa 100 anos, tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 28-29.

²¹⁵ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Op. cit.*, 2023, p. 335.

²¹⁶ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Op. cit.*, 2023, p. 336.

²¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 121.

processo civil, pleiteando a adjudicação do seu direito de punir. Isso para justificar a compreensão de que processo civil e penal possuem, ao fim e ao cabo, a mesma *função*. Adota-se a “teoria da identidade funcional”, mais conveniente à manutenção da teoria geral do processo, ainda que às custas da emancipação científica do processo penal.

Para os adeptos da identidade funcional do processo, que como mencionado, são maioria na América Latina, “desde el punto de vista teórico, el derecho procesal se presenta único e idéntico; no pueden existir *diferencias funcionales* que determinen la ruptura de esa identidad porque si en la función existieran diferencias sustanciales sería el momento de afirmar que no se trata de derecho procesal sino de outra disciplina jurídica. El derecho procesal, y por ende el proceso, es *funcionalmente único*, cualquiera que sea la forma que se le dé, cualquiera sea el derecho sustancial que se pretenda proteger, o el interés que constituya la finalidad de esse derecho sustancial”²¹⁸.

Alcalá-Zamora²¹⁹ aponta a relevância da definição da função unitária do processo para a manutenção da teoria geral: “[...] En definitiva, de la respuesta que a ella se dé dependerá que la teoría general del proceso cuente con sólido cimiento o que, por el contrario, haya de reconocerse tienen razón quienes, como Argioni em 1913, llegaron a hablar, com esa tendencia tan italiana al uso de superlativos, de contrastes ‘estridentísimos’ entre el proceso civil y el penal, o, como en fecha más reciente, 1964, el argentino Alfredo Vélez Mariconde, de ‘abismo entre el proceso penal y el civil’”.

O que se observa, portanto, é a perpetuação do instituto da lide como de substância do processo penal, não por ser ele adequado às peculiaridades deste ramo do Direito, mas sim pelo bem-estar da teoria geral do processo. O conflito de interesses, incontestemente no processo civil, pode até existir no processo penal, eventualmente, mas não é suficiente para agasalhar todo o seu conteúdo em suas diversas formas e fases²²⁰. Em última instância, a lide penal não legitima o processo penal, mas sim a manutenção da unidade processual.

E neste ponto, o conceito merece críticas incisivas, não apenas pelas inconsistências teóricas que apresenta, apontadas anteriormente, mas principalmente – e para o que aqui nos

²¹⁸ QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Op. cit.*, 2008, pp. 27-28.

²¹⁹ Ainda segundo os autores, a definição não deve repousar em termos quantitativos do presente, mas em termos qualitativos do futuro. “No se trata de averiguar si *hoy en día* em literatura, planes de enseñanza y legislación predomina la corriente diversificadora, sino de dilucidar si *en el mañana* debe prevalecer la tendencia unificadora, por ofrecer evidentes ventajas”. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 543.

²²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, 1989, p. 134.

interessa – pelo fato de abrir caminho para a adoção, no processo penal, dos mais diversos conceitos recauchutados do processo civil. Afinal, se o próprio objeto do processo penal deriva daquele construído para o processo civil, se as *funções* dos dois direitos processuais são idênticas, como impedir a “transmissão mecânica de categorias”, referida por Goldschmidt?

A distinção feita pelos processualistas contemporâneos entre teoria geral do processo e direito processual único²²¹, embora precisa, não infirma a constatação de que a teoria geral do processo fundada na unidade funcional fomentou, no plano fático, a transposição de regras civilistas para o processo penal. Isso porque é a função desempenhada por cada processo na sociedade que possibilita o adequado delineamento de categorias jurídicas pretensamente universais, de acordo com as suas especificidades.

Em suma, não se quer dizer que inexista certa identidade entre os elementos que compõem os variados tipos de processo, somente porque estes se orientam a funções distintas; tampouco que seja infértil o estudo desses elementos no âmbito de uma disciplina comum, apenas em razão do risco de transmissão mecânica de categorias. Analisar a (in)viabilidade da sistematização de conceitos lógico-jurídicos supostamente comuns aos diversos tipos de processo²²², fugiria ao escopo deste estudo. Trata-se de postura metodológica válida para grande parte da doutrina²²³, por viabilizar a *problematização* do processo a partir das conquistas consolidadas em suas diferentes modalidades²²⁴.

O ponto é que a outrora inovadora teoria geral do processo, fomentada pela comunhão de estruturas, conceitos e problemas no bojo da emancipação científica do direito processual, não pode mais ser encarada de modo engessado, como a rígida sistematização dos elementos

²²¹ Parte da doutrina sustenta que a teoria geral do processo, enquanto disciplina voltada ao estudo dos conceitos processuais fundamentais, não implica a existência de um direito processual único, com regras jurídicas idênticas para o direito processual civil e o direito processual penal (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodium, 2016, pp. 120.). Essa acertada constatação, no entanto, não infirma o fato de que a unidade funcional, fundamentadora da teoria geral do processo, contribuiu decisivamente para o atual estado de subdesenvolvimento científico do processo penal, ao fomentar a transmissão mecânica de categorias jurídicas.

²²² Os elementos lógico-jurídicos são construídos *a priori* e com pretensão de validade universal para determinado campo do conhecimento jurídico. São eles que oferecem o suporte teórico necessário à construção das teorias gerais, a exemplo dos conceitos de ação, jurisdição, competência, pedido, causa de pedir, nulidades e pressupostos processuais, para a teoria geral do processo. Diferem, portanto, dos elementos jurídico-positivos, obtidos *a posteriori*, como derivações dos elementos lógico-jurídicos que sofrem as variações naturais dos ordenamentos em que se inserem. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. *Existe uma teoria geral do processo?* Em: Teoria do processo – panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodium, 2008, pp. 961-962.

²²³ A validade metodológica da teoria geral do processo é admitida por Liebman, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Calmon de Passos, Fredie Didier Jr., Daniel Mitidiero, José Alvim, entre outros. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. *Op. cit.*, 2008, p. 963.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2009, p. 68. Didier Jr. elenca diversas outras “utilidades” da teoria geral do processo, a exemplo das funções de controlar a fundamentação das decisões judiciais e de subsidiar a interpretação do direito processual legislado e da jurisprudência. DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, 2016, pp. 127-137.

lógico-jurídicos que uniformizam as múltiplas ramificações do processo, legitimada pela existência de uma *função* processual comum. Tem valor, contudo, como um espaço para a formulação de “considerações comparativistas” entre as distintas ciências processuais, realizadas para fins de investigação ou para a solução de problemas²²⁵. E essas comparações nos permitem visualizar “com inexecidível clareza como os diferentes tipos de processo são, no fundo, determinados pela *especificidade do objeto processual* e como é este quem comanda a construção geral e a regulamentação concreta próprias de cada tipo de processo”²²⁶.

A lide, enquanto objeto comum dos processos civil e penal, razão de ser da unidade do direito processual, nunca ultrapassou o domínio puramente formal, pois a diversidade das ciências processuais constitui “produto da exigência teleológica e funcional de adequação às especificidades das normas substantivas que têm de realizar na vida concreta do Direito”²²⁷. Neste sentido, anota Figueiredo Dias, “o tempo das grandes teorias gerais parece ser, para o pensamento jurídico, um tempo definitivamente passado, por nelas estar latente o perigo de quebrarem a relação, que cada vez se quer mais próxima e estreita, da ordem jurídica com a vida e a realidade social que aquela procura servir”²²⁸.

Significa dizer que qualquer formulação acerca de uma *função comum* aos diversos tipos de processo seria meramente artificial, infértil, incapaz de reproduzir as necessidades e peculiaridades dos respectivos direitos materiais. A unidade fundamental dos processos civil e penal, como explica Manzini, se reduz à unidade do princípio relativo à garantia de prestação judicial; “mas, também, de igual modo, qualquer função pública pode ser reduzida a unidade essencial, porque todas provêm do exercício da soberania que é sempre único”²²⁹.

Não por outro motivo Carnelutti concluiu, ao termo de sua vasta obra, que o caminho para avançar, ao mesmo tempo, a ciência processual em geral e as ciências dos processos em particular, consiste na construção de bases teóricas apropriadas para cada direito processual, aptas a contribuírem umas com as outras rumo a um “plano verdadeiramente superior”²³⁰.

Também atento às manifestações fenomenológicas características de cada área do Direito, Dinamarco reconhece que “a teoria geral do processo só será construtiva e útil na

²²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, p. 55.

²²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, pp. 54-55.

²²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, pp. 52-53.

²²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, p. 54.

²²⁹ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto procesuale penale italiano*, vol. I. Turim: UTET, 1967, pp. 87-88 e 101, *apud* LEITE, Luciano Marques. *Op. cit.*, 1979, pp. 32-33.

²³⁰ Ver referência n.º 46.

medida em que, além de ser fiel como síntese das conquistas de cada ramo processual, tiver aptidão a devolver a cada um deles os resultados de suas intuições e investigações”²³¹.

Nesta ordem de ideias, podemos concluir que, embora o processo penal seja permeado pela tensão representada pelo binômio liberdade-repressão²³², a lide penal não é capaz de agasalhar todo o seu conteúdo. A *extensão* e a *complexidade* das funções desempenhadas pela jurisdição penal no Estado democrático de Direito são incompatíveis com a ideia de que seu objeto se resume à solução de conflitos de interesses indisponíveis, titularizados pelo Estado e pelos indivíduos. A *diversidade funcional* dos processos decorre de suas distintas origens, evoluções históricas e, principalmente, do seu *caráter instrumental*, que lhes confere permeabilidade às influências do modo de ser dos direitos substanciais postos à base das pretensões deduzidas²³³.

A pretensa universalidade do conceito de lide surge como alicerce para a construção da teoria geral do processo, no seio da emancipação científica do direito processual. A hegemonia da lide no processo penal latino-americano, já repaginada como “lide penal”, perpetuou a ideia de *identidade funcional* dos diversos tipos de processos, que por sua vez, justifica ainda hoje a “transmissão mecânica” (Goldschmidt), para o processo penal, de institutos concebidos e aperfeiçoados nos moldes privatistas do processo civil, cuja ciência historicamente ocupou patamar mais elevado de desenvolvimento. Esse verdadeiro conflito de interesses não apenas atrasou o progresso científico do direito processual penal, como bem constatado por Carnelutti, como também fomenta o caos jurisprudencial e, conseqüentemente, a insegurança jurídica, decorrentes da manutenção de fórmulas inadequadas ao processo penal. É o caso da atual teoria da invalidade dos atos processuais, que apresenta, segundo Gloeckner²³⁴, verdadeiro “caráter unificador”, aplicando-se indistintamente ao processo civil, penal, administrativo, do trabalho, entre outros²³⁵, sob o argumento da “instrumentalidade” comum a todos eles.

Ocorre que, nos tempos atuais, vem se consolidando a compreensão de que a *instrumentalidade própria* de cada direito processual, é um reflexo da diversidade dos valores subjacentes a cada área do direito substantivo que lhe cabe concretizar no mundo dos fatos. Não

²³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2009, p. 69.

²³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2009, p. 74.

²³³ Essa complexa diversidade, segundo Dinamarco, é responsável pelo atual estado de desagregação metodológica no estudo de cada espécie de processo, “contra a qual se volta a teoria geral do processo. Sem esta, prevaleceria a natural tendência a observar cada ramo processual em particular, como se fosse conceitual e metodologicamente isolado dos demais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2009, p. 73.

²³⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. cit.*, 2010, pp. 218-219.

²³⁵ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, p. 57.

por outro motivo, entende-se que a teoria geral do processo prescinde de legitimação por meio de um objeto unificador dos distintos tipos de processos, justificando-se apenas como espaço para a formulação de “considerações comparativistas” (Figueiredo Dias), numa perspectiva de respeito às peculiaridades de cada área da ciência jurídica.

Sendo assim, os horizontes estão abertos para a necessária definição das *funções* do processo penal na atualidade, exercício que não deve perder de vista os valores e ideologias hegemônicos na sociedade em que se insere, tendo em vista o seu caráter instrumental da aplicação do direito penal. A definição desse objeto próprio possibilitará, enfim, a superação de fórmulas que, como *peças de um outro quebra-cabeça*, não se encaixam com perfeição ao processo penal contemporâneo, caso da atual teoria da nulidade dos atos processuais.

Capítulo 3. As funções do processo penal contemporâneo

Da resolução de lides, passando pela obtenção de uma sentença com força de coisa julgada, até a realização do direito penal substantivo, diversas são as funções atribuídas pela doutrina hodierna ao processo penal. Deixando de lado as conceituações tradicionais, que como vimos, tendem a aproximar e igualar os distintos direitos processuais, esta pesquisa buscará evidenciar funções atribuídas ao processo penal contemporâneo que, de fato, exercem e devem exercer influência em seus termos e formas. Afinal de contas, “quando se pergunta pelo ‘fim’ do processo penal pretende-se alguma coisa: obter um *critério de valor* (ou, se preferirmos, um *modelo axiológico*) adequado à interpretação teleológica das singulares normas e à solução dos concretos problemas jurídicos-processuais”²³⁶.

Fugiremos, portanto, de declarações descomprometidas quanto aos fins do processo penal, que nas palavras de Figueiredo Dias, “podem ser postas ao serviço de qualquer realidade processual”, cobrindo igualmente “a insegurança jurídica insuportável e a injustiça mais escandalosa”. O presente capítulo tem o intuito de aclarar funções exercidas pelo processo penal contemporâneo, capazes de se transmutar em critérios práticos utilizáveis para dar “um começo de solução das consabidas antinomias da Ideia de Direito”²³⁷.

Investigar as funções do processo penal significa questionar o papel a ele conferido pelo Estado e dele esperado pela sociedade, enquanto categoria jurídica criada para a veiculação da

²³⁶ “Importa portanto ver se, em que medida e com que sentido ele (*o processo penal*) se deixa determinar”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, pp. 41-42.

²³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, p. 43.

lei penal. O processo penal é instrumental à aplicação do direito penal, que ao contrário, por exemplo, do direito civil, tem existência meramente abstrata, não se concretizando no mundo dos fatos senão por meio do processo²³⁸. Assim, como regra, o direito penal se encontra em posição de dependência em relação ao processo²³⁹, sem o qual configura mero exercício arbitrário do poder.

Por outro lado, em um movimento simbiótico, o processo penal é permeado pelas influências do modo de ser do direito penal, como exigência de adequação funcional às especificidades das normas substantivas que tem de realizar na vida concreta. A instrumentalidade do processo penal, assim, corresponde ao “atributo que o torna uma peça dinâmica, a fim de dar vida ao direito penal”²⁴⁰.

Neste contexto de interdependência entre direito e processo penal, entendemos que, assim como o direito substantivo, também o direito processual deve ter suas categorias dogmáticas orientadas às suas *finalidades político-criminais*, aqui entendidas como as *funções* atribuídas ao processo penal pelo Estado e dele esperadas pela coletividade. Trata-se de compreensão consentânea com a ideia comum de instrumentalidade atualmente atribuída ao processo.

Em direito penal, o *funcionalismo moderado* (ou *teleológico*) ensina que o sistema penal deve ser (re)construído atendendo a finalidades valorativas, como forma de torná-lo realmente apto à solução segura e confiável de problemas sociais²⁴¹. Em outras palavras, a proposta pretende evidenciar que “o direito penal não deve ser estruturado deixando de lado a análise dos efeitos que produz na sociedade sobre a qual opera, isto é, alheio à realização dos *fins que o legitimam*”²⁴². Segundo Roxin, “si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida, cuya falta há dado lugar a tantas dificultades. [...] Cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto en la

²³⁸ PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*, vol. 01. Milão: Cisalpino-Goliardica, 1973, p. 44. Trata-se de compreensão histórica que, atualmente, vem sendo relativizada pelo desenvolvimento gradativo de institutos de justiça penal negociada, que possibilitam a concretização da lei penal no mundo dos fatos sem a necessidade do respectivo processo, como visto no subtópico 1.4.

²³⁹ CONSO, Giovanni; GALLO, Marcello. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 1964, p. 05.

²⁴⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. cit.*, 2010, p. 13.

²⁴¹ PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro – parte geral*, vol. I. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 28.

²⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123.

medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley”²⁴³.

De igual modo, por ser o processo penal o veículo de concretização do direito penal no mundo dos fatos, não deve se vincular, em suas formas, a “realidades ontológicas prévias”²⁴⁴ oriundas do processo civil, mas deve guiar-se por suas próprias e legítimas funções. Essa reconstrução e interpretação teleológica-funcionais dos institutos processuais penais exclui a possibilidade de que as soluções dos casos concretos “se produzcan como conclusiones de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas”²⁴⁵. Significa dizer que, nos casos concretos, quando insatisfatórias as soluções alcançadas por meio da aplicação de conceitos dogmáticos abstratos, essas soluções devem ser corrigidas de acordo com as finalidades do sistema²⁴⁶.

Nesta linha de raciocínio, as funções do processo penal contemporâneo erigem-se como as “considerações político-jurídicas fundamentais”²⁴⁷ que influenciam e devem influenciar a construção, interpretação e aplicação das normas processuais penais. Tais considerações, dotadas de significação política, econômica, ética e jurídica, decorrem dos valores e ideologias hegemônicos em cada sociedade²⁴⁸.

Já dizia Maier que, nas ciências penais, a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais “a flor da pele” do que nos demais ramos do Direito²⁴⁹. Isso porque, como constatado pelos estudos da criminologia crítica, as ciências criminais ocupam posição central entre os mecanismos de controle social do Estado, utilizados para a concretização dos valores hegemônicos em cada sociedade²⁵⁰; a pena criminal é o mais rigoroso mecanismo de reação estatal contra violações da ordem social, econômica e política, garantindo a existência e a continuidade do próprio sistema social como um todo²⁵¹.

²⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 217.

²⁴⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 203.

²⁴⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 217.

²⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 123.

²⁴⁷ SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Lerner, 2006, p. 23.

²⁴⁸ “Os sistemas de controle social formais sempre devem ser orientados, ou seja, condicionados por um modelo social. Existem vários modelos de sociedade, influenciados por razões políticas, sociais, econômicas etc. Decidir por uma delas é uma manifestação política”. ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *A legitimação do direito processual no Estado democrático de Direito*. Em: *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 943.

²⁴⁹ MAIER, Julio. *Derecho procesal penal: fundamentos*, tomo I. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p. 260. No mesmo sentido, Figueiredo Dias afirma que o processo penal é “um dos ramos do direito mais fortemente ideologizados”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *A nova Constituição de República Portuguesa e o processo penal*. Em: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1976, p. 99.

²⁵⁰ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Op. cit.*, 2022, p. 33

²⁵¹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Op. cit.*, 2022, p. 33.

Neste contexto, a investigação das funções desempenhadas pelo processo penal nos Estados democráticos de Direito, pressupõe a análise dos valores e ideologias hegemônicas em cada sociedade, cuja existência e perpetuação são asseguradas pelo direito e processo penal. São esses valores e ideologias que fundamentam as finalidades pretendidas pelo processo penal, as quais, em uma concepção teleológica-funcional, devem orientar a construção, interpretação e aplicação de suas categorias jurídicas, de acordo com sua instrumentalidade própria. Isso implica descartarmos, desde logo, formulações do processo penal como “instrumento neutro a serviço da jurisdição”²⁵².

A definição das funções do processo penal contemporâneo, ou seja, de sua *instrumentalidade própria*, nos permitirá, ao mesmo tempo, constatar a inadequação de fórmulas jurídicas importadas do processo civil sob o prisma da “unidade funcional”, e indicar bases para a reconstrução e interpretação de institutos processuais penais, tendo como objeto específico o regramento das nulidades e a problemática aplicação da regra do prejuízo.

3.1. O processo penal nos Estados liberais e sociais: entre a solução de conflitos e a implementação de políticas públicas

Como bem ensina Sousa Mendes²⁵³, a definição de modelos abstratos de processo penal, a partir dos sistemas historicamente adotados por cada Estado, prescinde de digressões históricas exaustivas, devendo ter por base as características principais de cada modelo processual.

Neste sentido, a doutrina tradicionalmente conceitua o sistema *adversarial* de processo penal como um modelo público e oral, marcado pelo protagonismo das partes diante de um julgador passivo, geralmente representado por um corpo de jurados ao qual incumbe proferir o veredito, que como regra é irrecorrível, pois formado por livre convicção. Por outro lado, o sistema *inquisitorial* é definido como um modelo de processo penal secreto e escrito, protagonizado por juízes de carreira que detêm o domínio absoluto da investigação e da produção de provas, com vistas à “obtenção da verdade”²⁵⁴.

²⁵² Neste sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 134.

²⁵³ MENDES, Paulo de Sousa. *Op. cit.*, 2014, p. 21.

²⁵⁴ ILLUMINATI, Giulio. *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*. Em: Revista brasileira de direito processual penal, vol. 04, n.º 02. Porto Alegre: IBRESPP, 2018, p. 538. Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Lei 13.964 de 2019 (“pacote anticrime”): a concretização da imparcialidade*

Sem prejuízo dessas características comumente apontadas para diferenciar o processo penal adversarial, de origem anglo-americana, do processo penal inquisitorial, romano-germânico, fato é que as ideologias hegemônicas e relações político-jurídicas que se desenvolvem no âmbito de cada Estado influenciam sobremaneira o arcabouço teórico dos respectivos ordenamentos jurídicos, afinal de contas, os regimes políticos se legitimam através da administração da justiça que estabelecem²⁵⁵.

Significa dizer que a corrente político-ideológica historicamente dominante em cada Estado orienta o propósito da administração da justiça em seu território, ou seja, a *função* desempenhada por seu processo, e conseqüentemente as formas jurídicas que o compõem. A disciplina legal de institutos-chave como o das nulidades processuais não pode ser reduzida à mera discricionariedade legislativa momentânea²⁵⁶.

Mesmo em períodos remotos da civilização é possível notar tal influência. O Direito romano, por exemplo, foi marcado por período inicial no qual o processo era considerado pura relação privada, não assumindo, as autoridades públicas, a função estatal de administrar a justiça (sistema das *legis actiones*)²⁵⁷. Com isso, toda a atuação do direito e o escopo específico do processo permaneciam entregues à vontade das partes, assumindo os julgadores postura passiva; a rígida observância das formas, além de prevenir a conduta tumultuosa das partes, cumpria a *função* de conferir legitimidade ao julgamento comum do caso individual, a fim de que fosse visto como julgamento autoritativo e infalível, antes do que mera opinião pessoal de particulares²⁵⁸.

A abertura do Direito romano às práticas comerciais e a assunção, pelas autoridades públicas, da atribuição de administrar a justiça no interesse do Estado, operaram a evolução do procedimento da *legis actio* para o processo formular (*jus gentium*) e, posteriormente, para o processo da *cognitio*. Essas mudanças de orientação político-ideológica levaram à completa reformulação dos termos do processo romano, que passou a ser mais flexível – especialmente

objetiva na reforma do código de processo penal brasileiro. Em: Novos desafios da prova penal, vol. 02. Coimbra: Almedina, 2023, p. 208.

²⁵⁵ DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 08.

²⁵⁶ “O meio social e histórico exerce uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve alheia às circunstâncias da realidade econômica e social”. FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 08.

²⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, pp. 38-39.

²⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, pp. 34-35.

para os comerciantes estrangeiros – e caracterizado pelo protagonismo dos julgadores na seara probatória²⁵⁹.

Em um terceiro momento, a influência da Igreja católica, dos seus dogmas e maneira de pensar, com grande repercussão no pensamento dos juristas romanos, acarretou a redução da liberdade de convicção judicial, vista como concessão à decisão arbitrária²⁶⁰. A forte influência religiosa, somada ao receio em relação à arbitrariedade judicial, conduziram à formação de um processo romano-canônico caracterizado pela severa observância de solenidades e pela absoluta passividade dos julgadores²⁶¹.

Portanto, ainda que nos desprendamos de digressões históricas exaustivas, investigar as funções do processo penal contemporâneo, com o escopo de possibilitar a adequada reconstrução de seus conceitos típicos, exige a análise da ideologia política subjacente a cada Estado, para além da simples catalogação das fórmulas que identificam cada modelo processual abstrato, pois é a ideologia hegemônica que orienta o propósito da administração da justiça. Nas palavras de Roxin, “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”²⁶².

Neste contexto, o jurista croata-estadunidense Mirjan R. Damaška apresentou relevantes critérios de distinção e comparação dos sistemas processuais abstratos, que levam em conta padrões de ideias capazes de moldar formas de administração da justiça²⁶³. Segundo o autor, o propósito da administração da justiça em cada Estado varia de acordo com a corrente político-ideológica dominante, e constitui o fator preponderante na definição do respectivo modelo processual abstrato. Em suma, a articulação das ideias políticas é que molda as formas de administração da justiça em padrões reconhecíveis²⁶⁴.

Por óbvio, os modelos antagônicos apresentados por Damaška não se verificam de maneira pura na realidade contemporânea, especialmente em razão das oscilações político-ideológicas a que se sujeitam as nações, que invariavelmente geram sistemas processuais mais ou menos mistos²⁶⁵. Os modelos abstratos aqui trabalhados visam apenas isolar extremos

²⁵⁹ “Em virtude dessa publicização do processo, a apuração e eleição das provas deixa de ser coisa das partes e se transfere ao tribunal”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 45.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, p. 47.

²⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2010, pp. 48-49 e 51.

²⁶² ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2003, p. 10.

²⁶³ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, p. 208.

²⁶⁴ DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, p. 05.

²⁶⁵ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, p. 209. Também neste sentido: “Se existe uma estreita relação genérica entre forma de Estado e forma do processo, a relação não deve ser entendida no sentido *mecanicístico*. A forma de Estado pode mudar e o processo vigente em precedência ser mantido em vigor. É o caso típico da República Italiana”. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. São Paulo: Pillares, 2008, p. 165.

teóricos, a fim de evidenciar as distintas funções cumpridas pelo processo penal de acordo com a formação social em que se insere, funções estas que devem servir de alicerce para a construção das categorias jurídicas próprias desta área do Direito, entre elas, a das nulidades processuais.

Damaška se vale das ideologias políticas caracterizadoras dos Estados “liberais”, “minimalistas” ou “reativos”, e daquelas típicas dos Estados “sociais”, “de bem-estar social” ou “ativistas”, para estabelecer a base da distinção entre os denominados *conflict-solving proceeding* (processo resolutor de conflitos) e *policy-implementing proceeding* (processo implementador de políticas), sistemas processuais abstratos e antagônicos cujas fórmulas jurídicas se justificam pelo propósito da administração da justiça em cada um dos referidos “modelos de Estado”.

Antes de adentrarmos a análise das implicações das ideologias políticas nas funções e formatações do processo penal, cumpre destacar brevemente as características comumente apontadas pela doutrina como pertencentes ao Estado liberal e ao Estado social, limitando-nos ao que interessa ao objeto deste estudo.

Os Estados liberais surgem como modelo institucionalizado de Estado de Direito no final do século XVIII, impulsionados pelas revoluções liberais que pugnavam pela limitação do poder público como forma de superação do modelo de Estado monárquico. Neste momento histórico, sob o manto do jusnaturalismo, surgiam as primeiras Constituições escritas, consagradoras dos direitos fundamentais ditos “de 1ª geração”, relacionados à tutela de liberdades individuais frente à atuação do Estado.

Entre as principais características do Estado liberal estão a submissão do Estado ao Direito, a atuação da Administração Pública apenas quando permitida ou ordenada por lei (legalidade administrativa), a tutela de direitos fundamentais correspondentes aos direitos predominantes da burguesia (liberdade e propriedade) e a limitação do papel do Estado à defesa da ordem e segurança públicas – ideia de “Estado mínimo”, sem intervenção nos domínios econômico e social, deixados à esfera da liberdade individual e de concorrência²⁶⁶.

Zaffaroni e Pierangeli explicam que a palavra “liberal” tem sido empregada nas ciências criminais de modo abusivo e, portanto, deletério. Há de se distinguir o direito e o processo penal liberais como sinônimos de direitos “do Estado de Direito”, e o direito e o processo penal liberais enquanto direitos “do Estado *gendarme*”. O primeiro sentido, segundo a autor, identifica ciências criminais limitadoras da autoridade, presentes em sociedades nas quais

²⁶⁶ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodium, 2023, pp. 298-299.

“todos estão submetidos à lei de modo mais ou menos racional, ou aspirando que assim o seja”. Já o segundo, indica as ciências criminais de sociedades que pretendem reduzir a ingerência do Estado à sua mínima expressão em todas as ordens, particularmente na econômica, “com base na afirmação dogmática de que, entregues ao próprio arbítrio, as coisas tendem a recompor-se por si mesmas (*Laissez faire, laissez passer*)”²⁶⁷. É esta segunda compreensão de Estado liberal e processo penal liberal que caracteriza o modelo reativo de Damaška.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e a crescente demanda por direitos sociais, o modelo liberal de Estado, que pressupõe certa igualdade entre os indivíduos, entrou em crise. As nações ocidentais, *em maior ou menor medida*, abandonaram a postura abstencionista até então adotada para assumir um papel decisivo na produção e distribuição de bens. Os Estados sociais surgem, neste contexto, buscando superar o antagonismo existente entre igualdade política e desigualdade social²⁶⁸.

Entre as principais características do Estado social estão a intervenção no âmbito social, econômico e laboral, a busca pela garantia de um mínimo de bem-estar aos seus cidadãos (ideia de mínimo existencial), e o estabelecimento de um grande pacto global implícito de estabilidade econômica (pacto Keynesiano)²⁶⁹.

Partindo da compreensão de que a transformação da superestrutura do Estado liberal para Estado social se deu em graus distintos nas nações ocidentais, podemos constatar a utilidade dos modelos propostos por Damaška, que como mencionado, não se verificam de maneira pura na realidade contemporânea, mas possibilitam o isolamento de extremos teóricos a fim de evidenciar as funções cumpridas pelo processo penal de acordo com a corrente político-ideológica historicamente dominante na sociedade em que se insere.

Esse, inclusive, é o objetivo proposto pelo autor, que rebate as críticas doutrinárias²⁷⁰ mencionando que: “The analytical scheme opens the possibility for finding some conflict-solving features in Europe that are missing from Anglo-American jurisdictions, and some policy-implementing features in the latter that are absent from European law. In brief, characteristics of the two archetypes should not be understood as repositories of essential facets

²⁶⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 287.

²⁶⁸ NOVELINO, Marcelo. *Op. cit.*, 2023, pp. 301-302.

²⁶⁹ NOVELINO, Marcelo. *Op. cit.*, 2023, p. 302.

²⁷⁰ No sentido de que os modelos abstratos idealizados por Damaška não seriam opostos, mas meramente complementares. GRIFFITH, John. *Ideology in criminal procedure or a third ‘model’ of the criminal process*. Em: Yale law journal, vol. 79, n.º 03. New Haven: Yale, 1970, p. 369; VLOGGER, Richard. *A world view of criminal justice*. Nova York: Routledge, 2016, p. 07.

of *existing* procedures in civil – and common – law countries. They are meant to be used in seeking to understand the complex mixtures of arrangements, as means to analyze them in terms of their components, as one would study compounds in analytical chemistry”²⁷¹.

O estudo comparativo de Damaška, portanto, visa apenas evidenciar a influência das ideias acerca do papel do Estado, na escolha do respectivo arranjo procedimental. E nesta perspectiva, é útil ao presente estudo, porque nos permite visualizar a (in)adequação de formas jurídicas para o desempenho de *funções* verdadeiramente atribuídas ao processo penal: a solução de conflitos e a implementação de políticas públicas²⁷².

Segundo Damaška, nos Estados de bem-estar social ou ativistas, cujo objetivo precípua é a implementação de melhorias materiais e morais para seus cidadãos, o processo não constitui mero mecanismo de resolução de disputas entre eles ou entre eles e o Estado, mas sim um instrumento vocacionado à busca da melhor resposta política ao evento que lhe deu causa²⁷³.

À medida que as leis materiais dos Estados ativistas não emanam da sociedade civil espelhando as suas práticas, mas nascem do Poder Público e expressam as suas políticas, o processo instrumental à aplicação dessas leis deve ser estruturado de modo a possibilitar a definição da melhor política estatal a ser aplicada ao caso concreto. Significa dizer que a expansão da agenda estatal, característica histórica dos *Welfare States*, exige, para a sua eficácia, que a administração da justiça seja concebida como meio de realização do interesse comum, sendo secundário o interesse na resolução do conflito entre as partes. Nas palavras do autor: “The interpersonal dispute becomes a pretext for finding the best solution to a social problem brought to the knowledge of authorities by a conflict between the plaintiff and the defendant”²⁷⁴.

Por “melhor solução para o problema social”, o autor não se refere tão somente ao problema *imediato* de condenação ou absolvição do acusado no caso concreto. Refere-se, na verdade, ao problema *mediato*, mais amplo, de definir a orientação política a ser seguida relativamente à determinado tema de importância social.

²⁷¹ DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, p. 12.

²⁷² “Dominant ideas about the role of government inform views on the purpose of justice, and the letter are relevant to the choice of many procedural arrangements. Because only some forms of justice fit specific purposes, only certain forms can be justified in terms of prevailing ideology”. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, p. 11.

²⁷³ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, p. 209. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, p. 80.

²⁷⁴ DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, p. 86.

No Brasil, por exemplo, os tribunais superiores vêm se arvorando na definição da melhor política pública para o uso recreativo de drogas (tendência de declaração da inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para uso pessoal²⁷⁵), para o aborto (tendência de declaração da inconstitucionalidade da criminalização do aborto até doze semanas de gestação²⁷⁶), para o combate à criminalidade organizada (possibilidade de fixação de sanções penais atípicas com execução imediata no acordo de colaboração premiada²⁷⁷), para o combate ao racismo (inaplicabilidade dos instrumentos de justiça negociada aos crimes raciais²⁷⁸), entre outros temas sensíveis. Essa atuação, definida por parte da doutrina como “ativismo” ou “protagonismo judicial”, típica do neoconstitucionalismo e da crise de legitimidade dos Poderes representativos, em última instância reflete o próprio *modo de ser* do processo de Estados sociais.

No processo penal, a definição da melhor política pública implica a reconstrução fiel dos fatos *sub judice*, ou como prefere a doutrina ainda majoritária, a “busca da verdade real”, “substancial” ou “material”. A definição, por exemplo, da (in)constitucionalidade da tipificação penal do porte de drogas para consumo pessoal, ainda que em controle concentrado, passa pela distinção cabal, nos inúmeros casos concretos subjacentes, entre o porte para uso e o tráfico de drogas, com base na qual o tribunal competente poderá definir a política pública adequada, ponderando os custos sociais da condenação penal de usuários, os benefícios do tratamento do tema pela instância da saúde pública, os malefícios da droga em questão, a proporcionalidade da criminalização, entre outros fatores que se revelam por meio da reconstrução fática no processo penal.

É certo que a ideia de verdade material não passa incólume a críticas doutrinárias. Sousa Mendes, resumindo as objeções ao conceito, afirma que ele “explica, de resto, o surgimento do princípio inquisitório (*Aufklärungsgrundsatz*), segundo o qual cabe ao juiz de facto a iniciativa

²⁷⁵ No recurso extraordinário n.º 635.659/ (Tema 506), em trâmite no Supremo Tribunal Federal brasileiro, cinco Ministros votaram no sentido de declarar a inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para uso pessoal, sob o fundamento de que a tipificação penal da conduta é desproporcional e ofende a autonomia privada do indivíduo, entre outros argumentos. No momento, a ação encontra-se suspensa em razão de pedido de vista.

²⁷⁶ Na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 442, em trâmite no Supremo Tribunal Federal brasileiro, a Relatora Ministra Rosa Weber apresentou voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação, sob o fundamento de que a tipificação penal da conduta violaria os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, além entre outros direitos humanos e fundamentais. No momento, a ação encontra-se suspensa em razão de pedido de vista.

²⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Agravo regimental nos embargos de declaração na petição n.º 13.974/DF, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 05 de outubro de 2022.

²⁷⁸ “Considerada, pois, a teleologia da excepcionalidade imposta na norma e a natureza do bem jurídico a que se busca tutelar, tal como os casos previstos no inciso IV do art. 28-A, § 1º, do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais”. Supremo Tribunal Federal brasileiro. Recurso ordinário em *habeas corpus* n.º 22.599/SC, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 02 de fevereiro de 2023.

de ordenar oficiosamente as diligências necessárias à descoberta da verdade material. Não é preciso demonizar a verdade material, nem evocar o trágico passado das confissões extraídas através de tortura, nem sequer recordar o renascimento da verdade material no período do nacional-socialismo (§ 244 Abs. 2 StPO) para se criticar o princípio da verdade material num Estado de Direito liberal e democrático pelo risco que comporta de transformar o acusado num mero objeto de prova”²⁷⁹.

Estas autorizadas críticas, às quais aderimos integralmente, não excluem a constatação de que, tanto o processo continental se orienta, de fato, ao descobrimento da verdade, quanto o descobrimento da verdade é útil à missão política do processo continental. Ainda que a tutela dos interesses do acusado importe na atenuação do ímpeto do julgador, mesmo a “verdade formal” exige a reconstrução de eventos pretéritos, embora limitada pelas possibilidades jurídicas. Independentemente da *qualidade da verdade que se busca*, o processo penal dos Estados sociais se nutre da reconstrução dos fatos que lhe deram origem, alimento indispensável à determinação da melhor resposta política ao fato social.

Contudo, é certo que essa *função reconstrutora* deve ser exercida nos contornos de um processo penal *acusatório*, único compatível com o Estado democrático de Direito. Sendo assim, a reconstrução dos fatos pretéritos em juízo deve ser dialética, caracterizada pela paridade de oportunidades entre as partes e pela imparcialidade do julgador. A busca incondicionada pela verdade, como advertido por Sousa Mendes, historicamente deu azo a graves violações de direitos.

Quanto à influência dessa função no arranjo processual dos Estados sociais, Damaška observa que a realização do interesse comum pela administração da justiça inviabiliza a limitação da produção probatória à atividade desenvolvida pelas partes, cabendo também ao Estado-juiz reconstruir fatos cuja cognição seja imprescindível à determinação da correta intervenção estatal²⁸⁰. Não por outro motivo, Figueiredo Dias e Costa Andrade, ao versarem sobre o processo penal de *civil law*, afirmam que se dedica “necessariamente, à reconstrução de um processo fático passado. Reconstrução que, no entanto, é feita normalmente à custa de

²⁷⁹ “MENDES, Paulo de Sousa. *Medida da prova*. Em: Prova penal teórica e prática. Coimbra: Almedina, 2019, p. 29.

²⁸⁰ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, p. 209. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, p. 80.

soluções compromissórias ou de lugares geométricos projetados por sobre as versões conflitantes das partes”²⁸¹.

A redução da autonomia das partes, o domínio do feito pelo Estado-juiz e o objetivo de reconstruir os fatos são, portanto, características marcantes do processo penal de Estados ativistas, gênero do qual o Brasil se aproximou paulatinamente desde a promulgação da Constituição Federal de 1934, passando definitivamente a integrar com o advento da Constituição Federal de 1988²⁸².

Esta compreensão pode ser visualizada a partir de duas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nas quais determinou-se: 1) A manutenção do protagonismo do Poder Judiciário no arquivamento de procedimentos investigativos, por meio de interpretação conforme à Constituição a dispositivos inseridos pela Lei n.º 13.964/2019 no Código de Processo Penal, que determinavam o arquivamento diretamente pelo promotor de justiça; 2) A necessidade de prévia autorização judicial para a formalização de investigações criminais contra autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função. Abaixo, as respectivas ementas²⁸³:

Artigo 28. Arquivamento do inquérito pelo Ministério Público. Ato unilateral. Afastamento do controle judicial. Submissão apenas às instâncias internas de controle. Atribuição unicamente à vítima e à autoridade policial do poder de provocar a revisão do ato. Inconstitucionalidade. Interpretação conforma a Constituição.

[...]

(b) Ao excluir qualquer possibilidade de controle judicial sobre o ato de arquivamento da investigação, a nova redação violou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição.

[...]

(d) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da necessidade e legitimidade constitucional do controle judicial do ato de arquivamento, com o fito de evitar possíveis teratologias (Inquérito 4781, Rel. Min. Alexandre de Moraes).

[...]

²⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 370.

²⁸² Inspirada pela Constituição de Weimar (Império Alemão, 1919), a Constituição Federal brasileira de 1934 trouxe novidades significativas que se incorporaram de vez à experiência constitucional pátria, como a constitucionalização dos direitos sociais, que inseriu o país na modelagem do Estado social, terceira revolução política da idade moderna. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 189-190.

²⁸³ Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 6.305/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 24 de agosto de 2023; Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 7.447/PA, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 16 de outubro de 2023.

(f) Por todo o exposto, conferiu-se interpretação conforme a Constituição ao art. 28, caput, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses.

—

Constitucional. Referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Pará. Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado. Interpretação conforme à Constituição Federal. Necessidade de prévia autorização judicial para instauração de investigações penais originárias. Envio imediato de procedimento já instaurados para análise sobre a justa causa para continuidade das investigações. Medida cautelar referendada.

[...]

3. Como expressão da própria regulamentação constitucional do foro por prerrogativa de função, aplica-se a mesma exigência de prévia autorização judicial para a instauração de investigações penais originárias que envolvem autoridades com prerrogativa de foro nos tribunais de segundo grau. Precedentes.

4. Medida cautelar, concedida parcialmente, referendada para: (a) atribuindo interpretação conforme aos arts. 161, I, a e b, da Constituição do Pará, e aos arts. 24, XII, 116, 118, 232, 233 e 234 do RITJPA, estabelecer a necessidade de autorização judicial para a instauração de investigações penais originárias perante o Tribunal de Justiça do Estado, seja pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público; e (b) determinar o imediato envio dos inquéritos policiais e procedimentos de investigação, tanto da Polícia Judiciária, quanto do Ministério Público, para imediata distribuição e análise do Desembargador Relator sobre a justa causa para a continuidade da investigação.

Neste contexto de processo penal orientado à “busca da verdade”, as nulidades processuais penais, se por um lado não podem representar óbice à prestação jurisdicional célere, por outro, devem tutelar a correta reconstrução dos fatos pretéritos em juízo. Significa dizer que, na interpretação e aplicação de institutos afetos às nulidades processuais, a *função reconstutora* do processo penal nos Estados sociais impõe a primazia da efetiva reconstrução dialética dos fatos, como garantia de definição da melhor política pública a ser aplicada ao caso concreto

Isso implica, por exemplo, a inviabilidade da invocação da regra do prejuízo (*pas de nullité sans grief*) para obstar a produção probatória pelas partes. Em outras palavras, a utilização da regra do prejuízo para afastar a declaração de nulidade de atos processuais viciados, com o efeito prático de obstar a produção probatória pelas partes, atenta contra a essência da função reconstutora do processo penal nos Estados sociais.

Na jurisprudência brasileira, diversos são os casos de utilização do *pas de nullité sans grief* com o efeito de impedir a produção de provas pelas partes, a saber²⁸⁴:

Habeas corpus. Processual penal. Homicídio duplamente qualificado. Alegação de nulidade porque o paciente não teria sido citado validamente, mas apenas requisitado no mesmo dia designado para o seu interrogatório. Improcedência. Existência de citação válida. Suposta nulidade superada com o comparecimento do réu ao interrogatório e inexistência de lei que preveja a exigência de interregno entre este ato e sua requisição. Ausência de demonstração de prejuízo. Precedentes.

1. Tendo havido a citação do Paciente do conteúdo da acusação, como assentado nas informações prestadas e no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, não há falar em inexistência de citação ou citação inválida.

2. Precedente específico deste Supremo Tribunal Federal - em caso análogo ao que está sendo processado - no sentido de que a alegação de nulidade da citação, por não ter sido expedido mandado judicial juntamente com o pedido de requisição do réu preso, está superada pelo comparecimento em juízo, onde foi constatada a desnecessidade de adiamento do interrogatório e de que a designação do interrogatório para a mesma data em que expedida a requisição não afeta o direito de defesa do acusado (...) porque não existe na lei processual exigência de interregno (HC n. 69.350) (HC 71.839, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.11.1994). 3. Ausência de demonstração de prejuízo. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de “prova impossível”, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes.

4. Ordem denegada.

—

Recurso ordinário em habeas corpus. Processual penal. Apropriação indébita (art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal). Pleito de declaração de nulidade. Ausência de intimação da expedição de carta precatória para oitiva de testemunha nomeação de defensor dativo na audiência. Prejuízo não demonstrado. Ausência de nulidade. Recurso desprovido.

1. A audiência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, a qual depende, para ser declarada, da demonstração de efetivo prejuízo (Súmula n.º 155/STF e art. 563 do Código de Processo Penal). Precedentes.

2. No caso, a oitiva da testemunha no Juízo deprecado foi acompanhada por Defensor dativo, não tendo a Defesa se desincumbido do ônus de demonstrar qual o prejuízo apto a ensejar a nulidade do ato processual em tela.

²⁸⁴ Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil. Recurso em habeas corpus n.º 98.318/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 11 de setembro de 2018; Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial n.º 1.709.692/SC, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 08 de setembro de 2020.

Processual penal. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial Tráfico de entorpecentes. Alegação de nulidade absoluta. Ausência de intimação quanto ao laudo pericial do aparelho celular. Preclusão. Prejuízo não demonstrado. Princípio do *pas de nullité sans grief*. Nulidade. Inocorrência. Agravo desprovido.

1. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*. No caso em análise, além de preclusa a questão, como consignado no acórdão recorrido, a defesa não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado em razão da alegada falta de intimação para se manifestar acerca do laudo pericial.

2. Agravo regimental desprovido.

No primeiro julgado colacionado, o Supremo Tribunal Federal brasileiro convalidou o interrogatório judicial de réu preso que não fora previamente citado para integrar a ação penal, mas apenas requisitado às autoridades policiais no mesmo dia designado para o ato. Com isso, o acusado não pôde constituir defensor de sua escolha, conforme consignado no voto vencido do então Ministro Marco Aurélio. Houve a nomeação de defensor *ad hoc*, que cientificou o acusado do teor da acusação poucos momentos antes de sua oitiva.

Nos segundo e terceiro julgados, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro aplicou a regra do prejuízo para declarar a validade, respectivamente, da oitiva de testemunha sem a prévia intimação da defesa constituída, e da ausência de intimação da defesa constituída para se manifestar sobre laudo de exame pericial realizado em telefone celular apreendido.

Não há dúvidas de que a *efetiva participação* das partes nos referidos atos processuais (interrogatório, oitiva de testemunhas e apresentação de laudos periciais) é apta a contribuir para a reconstrução dialética dos fatos, afastando os riscos da malfadada “reconstrução unilateral”, característica do modelo inquisitório de processo penal.

A “busca de verdade”, enquanto função atribuída ao processo penal nos Estados ativistas, não pode, ao mesmo tempo, ser utilizada como argumento-coringa para validar o protagonismo judicial (por exemplo, com a atuação probatória *ex officio* do julgador) e ceder diante da regra do prejuízo quando a atividade probatória provém das partes, sob pena de descaracterização do sistema processual pretensamente acusatório, com sua transformação em processo inquisitório. A utilização de prova ilícita no processo penal implica prejuízo presumido ao acusado, provocando a invalidação do respectivo ato processual; a mesma *presunção de prejuízo* deve ser reconhecida quando o vício do ato processual, ou sua omissão,

implicar a perda de uma possibilidade probatória da parte, tendo em vista a violação da função reconstrutora do processo penal nos *Welfare States*.

Essa problemática não se verifica nos Estados liberais ou reativos, que historicamente se apoiam, em maior medida, na ação privada para a satisfação das necessidades sociais²⁸⁵. A organização político-ideológica liberal não contempla interesses à parte daqueles eleitos pelos próprios membros da sociedade civil²⁸⁶: não há problemas inerentes ao Estado, mas apenas problemas sociais e individuais²⁸⁷.

As leis materiais dos Estados reativos refletem as normas éticas predominantes e os valores generalizados, buscando satisfazer as expectativas normativas da sociedade²⁸⁸. Por isso, tendem a privilegiar formas de autorregulação da sociedade por seus próprios membros, o que justifica a maior autonomia das partes (inclusive na seara probatória) e a forte presença de institutos negociais como acordos, pactos e contratos, que concretizam a ideia de “liberdade individual inata”, típica das repúblicas parlamentaristas.

Como consequência desse absentismo ideológico, a administração da justiça nos Estados reativos se limita a prover uma estrutura de apoio dentro da qual seus cidadãos possam resolver disputas sem recorrer à força bruta, preservando, assim, o pacto social²⁸⁹. O processo penal, por não constituir instrumento vocacionado à determinação da melhor política pública, prescinde da reconstrução dos fatos pretéritos que lhe deram origem, assumindo o papel de mero resolutor de conflitos sociais²⁹⁰. Não por outro motivo, a “regra do prejuízo” do direito norte-americano (*harmless error*) se preocupa com a influência do erro no resultado do julgamento, e não com a descoberta da verdade²⁹¹.

É sob a influência dos ideais liberais, propagados pela revolução francesa e pela independência norte-americana, que a regra do prejuízo é definitivamente incorporada ao processo. O *pas de nullité sans grief*, axioma concebido pelo antigo Parlamento de Toulouse durante o absolutismo, surge no pós-revolução como mecanismo de convalidação de atos

²⁸⁵ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, p. 209. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, p. 90.

²⁸⁶ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, p. 211.

²⁸⁷ “By following their preferences, indirectly, individuals may perhaps contribute to the well-being of all: when the rose embellishes itself, it also decorates the garden”. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, pp. 73 e 75.

²⁸⁸ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, p. 211. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, p. 27.

²⁸⁹ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, pp. 210-211. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, pp. 75-76.

²⁹⁰ Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, pp. 210. DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Op. cit.*, 1986, pp. 78-80.

²⁹¹ Como se viu no tópico 1.3.4.

imperfeitos da *Loi de la Procédure Civile du Canton de Genève*, na Suíça (1819). Posteriormente, no embalo da teoria geral carneluttiana, se prolifera nos diplomas processuais penais de *civil law*.

Neste contexto, a regra do prejuízo parece melhor se adequar aos sistemas processuais penais orientados primariamente à resolução de conflitos sociais, pois à medida que a administração da justiça, nestes Estados, não objetiva a reconstrução de fatos pretéritos, as nulidades tendem a ser estabelecidas no interesse dos administrados, e não propriamente no interesse público. Por outro lado, nos sistemas processuais orientados primariamente à determinação da melhor política pública, a ampla convalidação de nulidades processuais, na medida em que *inibe a atividade probatória das partes*, pode implicar óbice à reconstrução dialética dos fatos subjacentes, função essencial dos processos penais acusatórios de Estados sociais.

Deste modo, a adequação da regra do prejuízo ao processo penal dos Estados sociais exige efetiva observância dos limites impostos pela *função reconstutora* do processo penal, *presumindo-se o prejuízo* decorrente do vício ou da omissão de ato processual que impeça a atividade probatória desenvolvida pelas partes, tal como se presume o prejuízo decorrente da utilização de prova ilícita para a formação da convicção do julgador.

Neste sentido caminham, de maneira embrionária, os Códigos de Processo Penal portugueses²⁹², italiano²⁹³ e chileno²⁹⁴, que estabelecem *presunção de prejuízo*, impossibilitando a convalidação, sempre que o vício ou a omissão do ato processual importar a perda de uma faculdade processual ou chance de atuação do interessado.

3.2. Processo penal e economia capitalista: as funções reais e declaradas do sistema penal

²⁹² Ver tópico 1.3.3.

²⁹³ Ver tópico 1.3.2.

²⁹⁴ “Procedencia de las nulidades procesales. Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento” (artigo 159 do Código de Processo Penal chileno).

A par da caracterização do Estado como “reativo” ou “ativista”, penetrando em aspectos um tanto mais específicos da configuração estatal, a criminologia crítica aponta a influência da estrutura econômica subjacente na conformação da superestrutura jurídica de cada sociedade²⁹⁵.

Weber ensina que “o Estado, do mesmo modo que as associações políticas historicamente precedentes, é uma relação de *dominação* de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima (quer dizer, considerada legítima). Para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado”²⁹⁶. No limite teórico, segundo o autor, o Estado pode ser definido como uma relação jurídica em que o *senhor* é a única pessoa com direitos subjetivos (*de mando*), sendo que as possibilidades de todos os demais indivíduos existem apenas como reflexos das “regulamentações” dele²⁹⁷.

A inter-relação entre estrutura econômica e superestrutura jurídica pode ser evidenciada, por exemplo, pelo estabelecimento de formas de poder totalitárias, em diversas nações europeias no segundo pré-guerra, com a finalidade de forçar a acumulação de capital produtivo e alcançar ou superar os níveis de outras potências. Foi o caso da Itália, em que o processo de acumulação de capital produtivo foi atrasado, e da Alemanha, em que esse processo foi afetado pela primeira guerra²⁹⁸.

Neste contexto, o sistema penal, no qual se incluem o processo penal e o sistema de justiça criminal (mecanismos de criminalização secundária), ganha especial relevância por consubstanciar o principal instrumento de controle social dos Estados. Direito e processo penal, e a própria justiça criminal, possuem relação estrutural, e não meramente conceitual ou acidental, com o modo de produção vigente, constituindo, sob este aspecto, fenômenos materiais emergentes das forças de produção e relações produtivas da sociedade²⁹⁹.

Nos Estados de Direito, o sistema penal se fundamenta na igualdade geral perante a lei e na responsabilidade individual pelo comportamento social³⁰⁰. A estrutura econômica em que se articulam as relações sociais é a base histórica da igualdade perante a lei³⁰¹, enquanto o poder

²⁹⁵ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 18.

²⁹⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* – vol. II. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 526.

²⁹⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* – vol. I. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, pp. 214-215.

²⁹⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2024, p. 286.

²⁹⁹ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra universitária, 2017, p. 176.

³⁰⁰ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 25.

³⁰¹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 25. No mesmo sentido, abordando o trinômio liberdade-economia-processo, Grillo explica que: “O direito processual inexistente no pré-

de agir diferente³⁰² ou a capacidade de agir conforme a norma³⁰³, é a base da responsabilidade penal individual.

Nesta linha de ideias, a criminologia radical nos apresenta a existência de uma *insuperável contradição* entre os fundamentos do sistema penal em Estados capitalistas: “A liberdade de vontade que fundamenta a responsabilidade individual é um pressuposto filosófico da organização social histórica, mas a conduta social é condicionada pelo direito de propriedade capitalista desigualmente distribuída entre os sujeitos do pacto social. Logo, uma concreta desigualdade social em riqueza material confere um caráter abstrato à igualdade perante a lei, porque indivíduos desiguais em propriedade são desiguais em poder social”³⁰⁴.

Zaffaroni e Pierargeli explicam que o Estado, ao não buscar garantir a cada um as condições essenciais à sua autorrealização individual, acaba por tornar o homem um valor de troca no mercado, negando a liberdade quanto ao âmbito real de sua autodeterminação, ou seja, limitando-se a conceder uma liberdade abstrata, fictícia, que só pode ser desfrutada pelo poderoso³⁰⁵.

Mais do que fundar uma contradição no sistema penal, a estrutura econômica em que se articulam as relações sociais no capitalismo constitui o *determinante primário* do sistema jurídico-político de punição do Estado, o que é evidenciado pela distinção entre as funções declaradas do sistema penal, propagadas pelo discurso oficial, e as funções reais do sistema penal, evidenciadas pela criminologia radical³⁰⁶. Segundo Cirino, essa relação de determinação do sistema penal pelo sistema econômico de produção “está evidenciada na longa história do capitalismo como modo de produção de classes, desde o pré-capitalismo do final dos suplícios públicos mediáveis, passando pela gênese do capitalismo no processo de acumulação primitiva, a concentração do capital monopolista na passagem do taylorismo para o fordismo e, finalmente, a fase pós-fordista de centralização de capitais e formação do capital financeiro da

capitalismo, não é forma jurídica antes da plena equivalência à forma mercadoria, simplesmente porque o conceito de sujeito de direito, com a formação da subjetividade jurídica individual, para constituir-se, precisaria de uma igualdade e uma liberdade portadoras de significação estrutural dentro do modo de produção societal pré-moderno. O que é impensável. Se liberdade e igualdade, como conceitos trans-históricos, não influam em modos de produção pré-capitalistas, se o sujeito indivíduo não aparecia como sujeito de direito portador de direitos subjetivos, não havia por que existir um instrumental (forma jurídico-processual para convalidação das formas que sequer existiam, como os direitos materiais e os direitos subjetivos”. 79

³⁰² ROXIN, Claus. *Strafrecht – allgemeiner teil*, band I. Munique: Beck, 1997, pp. 733-734.

³⁰³ TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro, Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996, p. 100.

³⁰⁴ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 26.

³⁰⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2024, p. 288.

³⁰⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 28; DOS SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 18.

relação imperialismo-dependência, sob hegemonia dos países centrais do sistema neoliberal globalizado”³⁰⁷.

Há quem afirme, até mesmo, que a própria especialização do direito processual em categorias singulares deriva mais da “história recente da mercadoria”, do que propriamente da necessidade de estabelecer, racionalmente, técnicas processuais distintas em razão dos direitos materiais correlatos³⁰⁸: “Pena correspondente ao crime, bem como objetivando a manutenção da sociabilidade para o trabalho (direito penal e processo penal), propriedade privada equivalente ao modo de produção capitalista (direito civil ou comercial e processo civil) e trabalho assalariado correspondente à obtenção da mais-valia (direito do trabalho e processo trabalhista), por exemplo”³⁰⁹.

Nos contornos da criminologia radical, a *função declarada* do sistema penal nos Estados de Direito consiste na tutela de bens jurídicos indispensáveis à vida humana em sociedade, através da criminalização de condutas (criminalização primária) e da correção e ressocialização de infratores por meio da aplicação e execução de sanções penais (criminalização secundária). Os valores protegidos seriam selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição, como a vida, a liberdade e o patrimônio, e a atuação do sistema penal se daria de forma subsidiária, em *ultima ratio*, e fragmentária, tutelando apenas bens de grande relevância para a vida social³¹⁰.

Já a *função real* do sistema penal nas formações sociais capitalistas, evidenciada pela criminologia crítica, nos permite compreender a relação de interdependência entre a estrutura econômica de produção e o arranjo dos mecanismos de criminalização secundária do Estado. Isso porque – para além da criminalização primária, cuja análise fugiria ao escopo deste estudo – a *aplicação* e a *execução* de penas criminais cumprem a função real de garantir a proteção dos interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados³¹¹. Na economia

³⁰⁷ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 28.

³⁰⁸ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Op. cit.*, 2017, p. 22.

³⁰⁹ “Assim como os “ramos” do direito adquirem status de independência, a forma jurídico-processual ganha todos os contornos de uma categoria jurídica específico, no capitalismo, ao compor, em conjunto com a forma política estatal e com a forma jurídica do direito substantivo, um papel estrutural da formação societal moderna”. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Op. cit.*, 2017, pp. 22 e 85.

³¹⁰ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 29.

³¹¹ “As formas jurídicas e políticas do Estado e as organizações da sociedade civil convergem na tarefa de instituir e reproduzir uma determinada formação econômica-social histórica, em que homens se relacionam como integrantes de classes ou de categorias sociais estruturais da sociedade. O Direito Penal e o Sistema de Justiça Criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o *centro gravitacional* do controle social [...] garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo”. DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, pp. 30-33.

capitalista, isso significa “a garantia das estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais – o capital (como propriedade privada dos meios de produção e de circulação de riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado)”³¹². Não por acaso, a *propriedade* é o bem jurídico mais tutelado pelo Código Penal brasileiro, ao menos em número total de tipos penais³¹³.

Grillo destaca que mesmo a filosofia não-marxista constatou que as práticas judiciárias são inerentes ao modo de produção capitalista. O autor exemplifica com Foucault, que mesmo sem citar o modo de produção capitalista, “colocou as práticas judiciárias definidoras da responsabilidade e da punição como formadoras dos tipos de subjetividades, das formas de saber, o que ocorreu, como se compreende, com a modernidade capitalista”³¹⁴.

Especificamente no que diz respeito ao processo penal enquanto mecanismo componente do sistema penal capitalista, sustenta-se que a sua emancipação científica se deu em estreito arrimo com os anseios deste modo de produção, constituindo instrumental de consumação do direito penal na busca da efetivação da acusação e da *troca jurídica* do crime em tempo de liberdade suprimida³¹⁵.

Em suma, o processo penal inserido no contexto da economia capitalista exerce a função real de assegurar a existência e a reprodução da formação econômico-social histórica em que homens se relacionam como proprietários do capital ou possuidores de força de trabalho³¹⁶. Nas palavras de Cirino, “[...] a relação entre o *cárcere*, como instituição central de controle social,

³¹² DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, pp. 30-31.

³¹³ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 36.

³¹⁴ “As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os donos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação e algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas”. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005, p. 11, *apud* GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Op. cit.*, 2017, p. 132

³¹⁵ PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, pp. 158-159; DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 37. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Op. cit.*, 2017, pp. 130-131.

³¹⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, p. 33. No mesmo sentido: “O direito penal legislado é aplicado exclusivamente pelo Estado, por meio do processo penal, e, ambos são igualmente reflexo inevitável, na superestrutura, das forças produtivas e relações de produção [...]. Não seria por outro motivo senão pela própria especificidade moderna do Estado que o direito processual penal, como um sistema jurídico-processual estrutural ao modo de produção capitalista e instrumental no sentido de possibilitador da persecução do crime, se estearia, para o seu desiderato, não no dano sofrido pela vítima, mas, sim, no interesse público representado pela norma do Estado. Ademais, o *ius puniendi* só poderia ser titularizado por ou poder imparcial e público, que representasse o interesse de uma coletividade de pessoas ou, à maneira marxista, existir em proveito da classe burguesa, nos precisos domínios técnico-jurídicos do direito processual penal”. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Op. cit.*, 2017, p. 131.

e a *fábrica*, como instituição central da economia, é a matriz histórica da sociedade capitalista, desde a transformação do *camponês* (separado do campo e de seus meios de produção) em *trabalhador livre* (sem meios de produção) adaptado à fábrica, até a reprodução das condições em que se fundamenta o modo de produção capitalista, a separação trabalhador/meios de produção”³¹⁷.

Nesta perspectiva, de análise do processo penal como instituição de controle jurídico-político do Estado influenciada pela base econômica subjacente, as nulidades processuais constituem verdadeira garantia política irrenunciável dos grupos sociais subordinados. A observância das formas que garantem a efetiva participação do acusado na formação da convicção do julgador, a imparcialidade deste e a limitação dos poderes investigatórios e instrutórios da acusação, não pode ser encarada como mero obstáculo à celeridade processual, à medida que atenua os efeitos de pré-seleção e estigmatização (*labeling approach* ou *etiquetamento social*) decorrentes da proteção penal seletiva de bens jurídicos titularizados pelas classes sociais hegemônicas.

Na jurisprudência brasileira, múltiplos precedentes dos tribunais superiores evidenciam a aplicação da regra do prejuízo em detrimento dos interesses de indivíduos integrantes dos grupos sociais subalternos, enquanto em situações semelhantes, a mesma regra é afastada em benefício de membros das classes sociais hegemônicas³¹⁸:

Agravo Regimental no recurso especial. Comercialização de aparelhos auditivos adulterados. Suspeição declarada de ofício. Motivo superveniente à instauração do procedimento. Nulidade dos atos anteriormente praticados. Vício não ocorrente. Prejuízo. Não comprovação. Pleito absolutório. Enquadramento típico. Delito formal. Efeito dano. Exaurimento.

1. A suspeição, em razão de causa superveniente à instauração da ação penal, não gera a nulidade dos atos processuais precedentes.
2. À minguia de qualquer nulidade, se a suspeição exsurge no decorrer do procedimento, os atos até então praticados devem ser tidos como válidos.
3. Nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.
4. Necessidade de demonstração do prejuízo experimentado em razão dos atos praticados pelo Magistrado antes do reconhecimento da existência da causa de

³¹⁷ DOS SANTOS, Juez Cirino. *A criminologia radical*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, pp. 59-60; No mesmo sentido: GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Op. cit.*, 2017, p. 157; Na doutrina italiana: SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale: dall'ordalia all'inquisizione*. Catanzaro: Rubbettino, 1999, p. 54.

³¹⁸ Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil. Agravo regimental no recurso especial n.º 1.565.008/RS, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 19 de junho de 2018; Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil. Habeas corpus n.º 164.493/PR, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 23 de março de 2021.

suspeição. Ônus do qual não se desincumbiu o réu, que se limitou a afirmar que os atos seriam absolutamente nulos.

[...]

8. Agravo regimental desprovido.

—

Direito penal e processual penal. Parcialidade judicial e sistema acusatório. Conhecimento. Possibilidade de exame da suspeição de magistrado em sede de habeas corpus. Questão de ordem. Decisão superveniente do Min. Edson Fachin, nos autos do habeas corpus 193.726/DF, que reconheceu a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba. Ausência de prejudicialidade. Imparcialidade do julgador como pedra de toque do direito processual penal. Antecedentes da biografia de um acusador. Desnecessidade de utilização dos diálogos obtidos na operação *spoofing*. Elementos probatórios potencialmente ilícitos. Existência de 7 (sete) fatos que denotam a perda da imparcialidade do magistrado desde a época da impetração. Violação do dever de imparcialidade do magistrado. Art. 101 do Código de Processo Penal. Ordem de habeas corpus concedida para anular todos os atos decisórios praticados no âmbito da ação penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual.

1. Conhecimento da matéria em Habeas Corpus. É possível o exame da alegação de parcialidade do magistrado em sede de Habeas Corpus se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos do remédio colateral, restar evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial das decisões das instâncias inferiores. Precedentes: RHC-AgR 127.256, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 10.3.2016; RHC 119.892, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.10.2015; HC 77.622, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999.

[...]

3. Imparcialidade como pedra de toque do processo penal. A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos), além de ser tal garantia vastamente consagrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Duque Vs. Colombia, 2016) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000)

4. Antecedentes da biografia de um Juiz acusador. O STF já avaliou, em diversas ocasiões, alegações de que o ex-magistrado Sergio Fernando Moro teria ultrapassado os limites do sistema acusatório. No julgamento do Habeas Corpus 95.518/PR, no qual se questionava a atuação do Juiz na chamada Operação Banestado, a Segunda Turma determinou o encaminhamento das denúncias à Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante da constatação de que o juiz havia reiteradamente proferido decisões contrárias a ordens de instâncias superiores, bem como adotado estratégias de monitoramento de advogados dos réus. Na ocasião, reconheceu o Min. Celso de Mello que ‘o interesse pessoal que o magistrado revela em determinado procedimento persecutório, adotando medidas que fogem à ortodoxia dos meios que

o ordenamento positivo coloca à disposição do poder público, transforma a atividade do magistrado numa atividade de verdadeira investigação penal. É o magistrado investigador'. (HC 95.518, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 19.3.2014). A Segunda Turma já decidiu que o ex-Juiz Sergio Moro abusou do poder judicante ao realizar, de ofício, a juntada e o levantamento do sigilo dos termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018 (HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 4.8.2020, DJe 10.9.2020). O STF reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do magistrado, destacando que, ao condenar o doleiro Paulo Roberto Krug, ainda no âmbito da chamada Operação Banestado, o ex-Juiz Sergio Moro 'se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório' (RHC 144.615 AgR, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25.8.2020, DJe 27.10.2020)

[...]

7. Ordem de habeas corpus concedida. O reconhecimento da suspeição do magistrado implica a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado, no âmbito da Ação Penal 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do art. 101 do Código de Processo Penal”.

Ambos os casos versam sobre a imparcialidade (por suspeição) dos respectivos julgadores, com pedidos das defesas para que fossem declarados nulos os atos por eles praticados. O primeiro caso tem como objeto delito comumente praticado pelos estratos subalternos da sociedade; o Superior Tribunal de Justiça brasileiro entendeu por bem aplicar a regra do prejuízo para declarar a validade dos atos praticados pelo julgador suspeito *antes* do “surgimento” do motivo que teria determinado a imparcialidade, em razão de a parte interessada não ter se desincumbido do ônus de provar o prejuízo decorrente de tais atos. Já o segundo caso tem como objeto suposto crime praticado por agente integrante do mais alto escalão da política brasileira, que havia ocupado, previamente, o cargo de Presidente da República; o Supremo Tribunal Federal brasileiro, sem fazer qualquer menção à regra do prejuízo, declarou a nulidade de todos os atos decisórios praticados pelo juiz imparcial, inclusive daqueles *anteriores* ao “surgimento” do motivo que teria determinado a suspeição.

Sem entrar no mérito da culpa ou inocência dos acusados, fato é que as condutas criminosas próprias dos segmentos sociais hegemônicos, que vitimizam o conjunto da sociedade ou amplos setores da população, são diferenciadas ao nível da criminalização secundária (aplicação e execução da pena)³¹⁹, à medida que contam com maior rigor dos operadores do Direito na tutela dos direitos e garantias individuais do acusado. Isso porque,

³¹⁹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022, pp. 36.

como visto, o processo penal nas formações sociais capitalistas cumpre a *função real* de garantir a proteção dos interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados.

A seleção da delinquência e seu tratamento em juízo, como ensinam Figueiredo Dias e Andrade Costa, “não podem imputar-se ao acaso, antes devem encarar-se como grandezas sistematicamente produzidas”. A capacidade de influenciar o processo penal, segundo os autores, é *diferencialmente* distribuída: à medida que os códigos de comunicação do processo criminal seguem privilegiadamente os modelos das classes mais favorecidas, são sobretudo os membros das classes inferiores que surgem despidos da “competência de ação” específica do processo penal. “É, por isso, natural, que sobre eles impendam maiores probabilidades de criminalização”³²⁰.

Neste contexto, releva-se crucial definirmos critérios objetivos e seguros para a aplicação da regra do prejuízo no processo penal, a fim de equilibrarmos a tutela discrepante das garantias individuais de acordo com a classe social a que pertence o acusado, e conseqüentemente, abrandarmos a desigualdade social produzida pelo sistema penal.

A sistematização das nulidades, como explica Paschoal, “não pode ser tao imprecisa e fluida a ponto de permitir ao intérprete (aplicador da lei) escolher o que pode e o que não pode ser apurado, conforme os interesses do momento, seja perseguindo indevidamente, seja superprotegendo, quando entender conveniente”³²¹.

A concretização da *igualdade material* no processo penal capitalista passa pela consolidação de uma jurisprudência íntegra em matéria de nulidades, apta a conferir aos diversos acusados, as mesmas oportunidades de participação no processo e a mesma proteção contra a imparcialidade judicial e o abuso do *ius puniendi*.

3.3. Processo penal, segurança pública e garantia individual

Seguindo na análise das funções desempenhadas pelo processo penal contemporâneo, com ênfase em seu impacto na aplicação da teoria das nulidades processuais, imprescindível

³²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, 1997, p. 385.

³²¹ Este é, segundo o autor, o grande perigo que a teorização das nulidades pode acarretar: “Se, de um lado, a (falta de reconhecimento da) nulidade pode dar margem a processos iníquos, submetendo o indivíduo a um julgamento bem distante do devido processo legal, por outro lado, pode propiciar uma blindagem contra qualquer medida persecutória, diga-se de passagem, absolutamente legítima e necessária”. PASCHOAL, Jorge Coutinho. *Op. cit.*, 2021, pp. 36-37.

abordar a influência dos valores de segurança pública e garantia individual absorvidos pelo processo penal, em maior ou menor medida, em cada sociedade.

A premissa subjacente ao presente capítulo, como visto, é a de que o processo penal se diferencia das demais disciplinas jurídicas por constituir, em maior grau, um termômetro das opções político-ideológicas de determinado povo³²², opções estas que determinam as funções por ele desempenhadas. Não por outro motivo, Paschoal afirma que o processo penal nada mais é do que um *microcosmo* no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização política do Estado³²³.

Neste subtópico, em específico, a função atribuída ao processo penal será definida pela ponderação entre autoridade e liberdade³²⁴. Na verdade, o binômio autoridade-liberdade, trabalhado por diversos juristas como a polarização entre o bem e o mal em matéria de processo penal, merece ser lido, nos Estados democráticos de Direito, como a antinomia *aparente* entre a internalização de valores de segurança pública e valores de garantia individual, na conformação do processo penal contemporâneo.

De fato, a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil não consagram a proteção apenas de direitos individuais ditos de “primeira geração”, ligados à liberdade do indivíduo e à limitação do poder estatal; consagram, também, direitos sociais e coletivos, entre os quais se incluem a segurança pública (v. g. artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput*, da Constituição Federal brasileira) e a tutela das vítimas (crianças e adolescentes, mulheres em situação de violência doméstica, consumidores etc.). Neste contexto, pode-se afirmar que, respeitado o núcleo essencial dos direitos e garantias de liberdade individual, não há, verdadeiramente, um conflito insuperável entre as funções de controle da criminalidade e de garantia individual, desempenhadas pelo processo penal nos Estados democráticos de Direito.

Por outro lado, como visto no subtópico 2.1, o isolamento de extremos teóricos inexistentes de maneira pura na realidade, é útil porque evidencia a forma com que as *funções* desempenhadas pelo processo penal variam de acordo com os *valores hegemônicos* na formação social em que se insere. São essas funções que devem servir de alicerce para a

³²² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2003, p. 10.

³²³ PASCHOAL, Jorge Coutinho. *Op. cit.*, 2021, pp. 36-37.

³²⁴ O modelo de relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade”. BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 50.

construção, interpretação e aplicação das categorias jurídicas próprias desta área do Direito, entre elas, a das nulidades processuais.

Neste sentido, continua relevante o estudo comparativista apresentado ainda em 1964 por Herberth Leslie Packer, intitulado *Two models of the criminal process*³²⁵. Na obra, o autor define dois modelos distintos de processo penal, não com base no emaranhado de institutos comumente reputados “romano-germânicos” ou “anglo-americanos”, mas sim de modo a permitir a identificação dos valores e objetivos eleitos por cada Estado para a sua persecução penal.

Os “dois modelos de processo penal” consistem, portanto, em conjuntos ideológicos polarizados, construídos de acordo com as pretensões legítimas de cada sociedade no que diz respeito à tutela de sua segurança pública e da liberdade individual de seus cidadãos em face do poder estatal³²⁶. Dividem-se em *crime control model* e *due process model*.

No modelo de controle da criminalidade, o processo penal exerce a função primordial de *repressão da conduta criminosa*, sob a compreensão de que a ausência de punição de uma infração contribui para o colapso da ordem pública, em razão da não estabilização das expectativas normativas da sociedade e da conseqüente quebra da confiança dos cidadãos no Direito³²⁷. Por isso, os institutos que permeiam este modelo processual buscam garantir maior *eficiência* à investigação do crime, à determinação da culpa e à execução da pena, ainda que por meio da restrição do âmbito de proteção dos direitos individuais do acusado (respeitado o seu núcleo essencial).

Por eficiência, entende-se a capacidade do sistema penal de neutralizar, julgar, condenar e executar a sanção imposta a uma grande proporção de agentes cujas infrações penais tenham se tornado conhecidas. Em Estados com altos níveis de criminalidade e extensa tipificação de condutas, isso implica a simplificação dos procedimentos, a relativização das formas, a

³²⁵ Em: University of Pennsylvania Law Review, vol. 113. Filadelfia: Penn law review, 1964.

³²⁶ Esses modelos polarizados de processo penal foram trabalhados também por outros autores, a exemplo de Garofoli, para quem o processo penal se divide em duas ideologias por vezes conflitantes, resumidas nas assertivas “todos os culpados devem ser punidos” e “todos os inocentes devem ser protegidos”. GAROFOLI, Vincenzo. *Giudizio, regole e giusto processo – i tormentati itinerari dela cognizione penale*. Em: Revista italiana de direito e processo penal, vol. 43. Milão: Giuffrè, 2000, pp. 512-521.

³²⁷ “The claim, ultimately is that the criminal process is a positive guarantor os social freedom”. PACKER, Herberth Leslie. *Two models of the criminal process*. Em: University of Pennsylvania Law Review, vol. 113. Filadelfia: Penn law review, 1964, pp. 09-10.

limitação das nulidades processuais, em suma, a diminuição do tempo de trabalho gasto em cada caso³²⁸.

Cumpra registrar que a busca por eficiência no processo penal de sociedades capitalistas tende a conceber mecanismos rotineiros de pré-seleção e estereotipização de indivíduos, como forma de mecanizar e agilizar o combate à criminalidade. Segundo Packer, “the criminal process, on this model, is seen as a screening process in which each successive stage – prearrest investigation, arrest, post-arrest investigation, preparation for trial, trial or entry of plea, conviction, and disposition – involves a series of routinized operations whose success is gauged primarily by their tendency to pass the case along to a successful conclusion. [...] The presumption of guilt allows the Crime Control Model to deal efficiently with large numbers. The supposition is that the screening processes operated by police and prosecutors are reliable indicators of probable guilt”³²⁹.

Figueiredo Dias e Costa Andrade, ao versarem sobre “o processo formal de reação ao comportamento delincente”, afirmam ser ele baseado na seleção *quantitativa* de indivíduos por meio dos “estereótipos” e do “poder relativo dos sujeitos potenciais do processo formal de controle” (*labeling approach* ou etiquetamento social), que se traduz no “predomínio desproporcionado das classes inferiores nas instâncias de controle e nas estatísticas oficiais de criminalidade”³³⁰.

³²⁸ “El eficientismo penal busca hacer más rápida y eficaz la respuesta punitiva, limitando o suprimiendo garantías sustanciales o procesales que han sido establecidas en la tradición del Derecho penal liberal, en las Constituciones y en las convenciones internacionales. MOCCIA, Sergio. *Seguridad y sistema penal*. Em: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara; MELIÁ, Manuel Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 02. Montevideo: D de F, 2006, p. 305. Binder pondera que “não se deve deduzir que existem sistemas processuais concretos baseados na eficiência pura. Ainda nos momentos mais sombrios da Inquisição existiram normas que limitavam a tortura e disciplinavam o trabalho do torturador, evitando o que então se considerava ‘uma tortura arbitrária ou injusta’”. BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003, p. 28.

³²⁹ “The presumption of guilt is not, of course, a thing. No is it even a rule of law in the usual sense. It simply exemplifies a complex of attitudes, a mood. If there is confidence in the reliability of informal administrative factfinding activities that take place in the early stages of the criminal process, the remaining stages of the process can be relatively perfunctory without any loss in operating efficiency. The presumption of guilt, as it operates in the Crime Control Model, is the expression of that confidence. It would be a mistake to think of the presumption of guilt as the opposite of the presumption of innocence [...]”. PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, pp. 11-12.

³³⁰ O “poder relativo”, segundo os autores, projeta-se de várias formas e a todos os níveis do complexo processo de criminalização. Pode se caracterizar pela “participação da pessoa em ‘grupos de pressão’, destinado a manipular o conteúdo e a direção da própria lei penal”, a exemplo dos criminosos de *white-collar*, escassos nas estatísticas da criminalidade. Pode se caracterizar, ainda, pela “presa maior ou menor da pessoa sobre a condução do processo formal de controle”, assim entendida a sua maior ou menor capacidade de influência no feito, decorrente do seu estatuto socioeconômico. Pode se caracterizar, por fim, pela “resistência que a pessoa está em condições de oferecer ao próprio processo, criando ângulos mortos à penetração ou incidência das sequelas processuais”, a exemplo da imunidade de autoridades públicas, “também elas um reflexo do estatuto econômico-social”. Os estereótipos, por outro lado, são “sistemas de representações que orientam as pessoas na interação cotidiana”; inúmeras formas de a-socialidade surgem, nas representações coletivas, “indissolúvelmente ligadas a um certo número de sinais exteriores: a cor da pele, a origem étnica, o corte do cabelo ou da barba, o estilo do vestuário, os locais frequentados e as horas de

A par destes “problemas de percurso”, que devem ser sempre lembrados para evidenciar a desigualdade social decorrente das *funções reais* (da criminologia radical) exercidas pelo processo penal capitalista³³¹, fato é que o modelo de controle da criminalidade depende substancialmente dos elementos de convicção produzidos em investigações preliminares. Procedimentos extrajudiciais, que não devem observância ao conjunto de formas caracterizadoras do processo penal, representam ganho de eficiência à medida que fornecem um caminho a ser trilhado em juízo. A confiança na lisura da atividade investigatória administrativa permite que os estágios posteriores da persecução penal sejam relativamente superficiais e sumários, constituindo verdadeiras “etapas complementares”³³².

Em suma, a repressão de condutas criminosas, no processo penal voltado ao controle da criminalidade, exige a redução das ocasiões de conflito entre as partes, a fim de que os fatos possam ser estabelecidos mais rapidamente³³³. Conseqüentemente, erros na atividade probatória, na atuação da acusação ou no julgamento, como regra, “should not provide a basis for reversal of a conviction on appeal unless it is found in the absence of the errors or errors the result would probably been different”³³⁴ – exige-se, portanto, demonstração do prejuízo sofrido pelo acusado para a declaração da nulidade do ato processual³³⁵. Além disso, o “coração do sistema persecutório”, como se referem Pizzi e Montagna³³⁶, consiste na fase administrativa de investigação preliminar, a qual deve contar com o menor número de restrições possíveis³³⁷.

frequência; bem como a todo uma série de outras atitudes simbólicas ‘próprias’ de um delinquente, de um louco, de um drogado ou de um ébrio, de um homossexual, de uma prostituta”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, 1997, pp. 367-387.

³³¹ Embora parte da doutrina criminológica veja a seleção quantitativa do processo de controle com bons olhos. Neste sentido: “A total visibilidade da conduta e a execução irrestrita da letra da lei e dos costumes converteriam a sociedade numa selva. É esta ideia central que se encontra contida no conceito de que alguns limites sobre a total visibilidade do comportamento são funcionalmente exigidos para a operação eficiente de uma sociedade”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, 1997, p. 368, *apud* MERTON, Robert. *Sociologia – teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, pp; 424-434.

³³² “For this model the presumption of guilt assures the dominant goal of repressing crime through highly summary processes without any great loss of efficiency (as previously defined), for in the run of cases, the preliminary screening processes operated by the police and the prosecuting officials contain adequate guarantees of reliable factfinding [...]. It is that subsequent processes, particularly of a formal adjudicatory nature, are unlikely to produce as reliable factfinding as the expert administrative process that precedes them”. PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, pp. 12-13.

³³³ PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 10.

³³⁴ PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 54.

³³⁵ “[...] O princípio do prejuízo pode ser compreendido como uma abertura para o juiz interpretar a nulidade ou não de um ato, de forma solitária e de ofício, sem depender da provocação da parte. Dessa forma, as nulidades passam a ser reconhecidas pelo juiz, excepcionalmente, já que nem todo vício do ato ocasionará a sanção da nulidade, o que significa uma maior *eficiência* dos atos processuais praticados no processo”. FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das nulidades processuais – interpretação conforme a Constituição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 121.

³³⁶ PIZZI, William; MONTAGNA, Mariangela. *The battle to establish an adversarial trial system in Italy*. Em: Michigan journal of international law, vol. 25. Ann Arbor: University of Michigan press, 2004, p. 435.

³³⁷ “It becomes important, then, to place as few restrictions as possible on the character of the administrative factfinding processes and to limit restrictions to those that enhance reliability, excluding those designed for other

No modelo do devido processo, por outro lado, o processo penal, sem rechaçar a importância da repressão de condutas criminosas, exerce a função primordial de *tutelar a liberdade do acusado*, alargando o âmbito de proteção dos seus direitos individuais e, conseqüentemente, limitando o direito de punir do Estado³³⁸. À medida que o acusado deixa de ser visto como mero objeto do *ius puniendi* e passa a ser tratado como sujeito de direitos, o modelo de processo penal vigente tende a assumir o viés de *garantia* contra abusos estatais.

Neste contexto, o modelo do devido processo rejeita o ideal de eficiência carreado pela centralidade da investigação administrativa, evidenciando o seu caráter informal, inquisitório e parcial, portanto, sujeito a erros³³⁹. Enquanto o modelo de controle da criminalidade é otimista quanto à probabilidade de erros nas investigações preliminares, e leniente no estabelecimento de um nível tolerável de vícios, o modelo do devido processo insiste na prevenção e na eliminação de erros na maior extensão possível³⁴⁰. Para isso, depende substancialmente da estrutura *formal* do processo penal e da produção probatória sob contraditório judicial, mecanismos eleitos para limitar a arbitrariedade no exercício do poder punitivo estatal³⁴¹.

No que diz respeito às nulidades processuais, o modelo do devido processo opera sob a compreensão de que, no processo penal, a absolvição é um pequeno preço a ser pago pela afirmação dos valores adequados, e um exemplo dissuasor do que acontece quando esses valores são desprezados³⁴². Deste modo, a ocorrência de erros procedimentais justifica a interposição de recursos e a conseqüente invalidação dos atos praticados, não sendo possível alegar preclusão quando o vício for prejudicial a direitos do acusado: “While it should not be possible to sit by silently and allow errors to go unchallenged at the trial level, appellants should not be held rigidly to a requirement that the errors of which they complain must have been

purposes [...]. For this model the early administrative factfinding stages are centrally vital. The complementary position is that the subsequent stages are relatively unimportant and should be truncated as much as possible”. PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 13.

³³⁸ PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 16.

³³⁹ “Confessions and admissions by persons in police custody may be induced by physical or psychological coercion, so that the police end up hearing what the suspect thinks they want to hear rather than the truth; witnesses may be animated by a bias or interests that no one would trouble to discover except one specially charged with protecting the interests of the accused – which the police are not”. PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 14.

³⁴⁰ “The Crime Control Model accepts the possibility of mistakes up to the level at which they interfere with the goal of repressing crime, either because too many guilty people are escaping or, more subtly, because general awareness of the unreliability of the process leads to a decrease in the deterrent efficacy of the criminal law”. PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 15.

³⁴¹ “Considerations of this kind all lead to the rejection of informal factfinding processes as definitive of factual guilt and to the insistence on formal, adjudicative, adversary factfinding processes in which the factual case against the accused is publicly heard by an impartial tribunal and is evaluated only after the accused has had a full opportunity to discredit the case against him”. PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 14.

³⁴² “To say that is simply to repeat that the process itself must afford remedies for its abuse and deterrents Against the misuse of official power”. PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 55.

challenged below. The appellate court should be entitled to notice any plain error prejudicial to the rights of an accused”³⁴³.

Além disso, não deve haver a adoção, em abstrato, de um único standart rígido para a convalidação de atos viciados (como a regra do prejuízo). “No unitary standart for determining reversible error can be adopted; [...] any error abridging basic rights of the defendant – rights to be free of illegal searches and seizures, not to be coerced into confessing, and not to be forced to incriminate himself – should be ground for reversal irrespective of the strenght of the rest of the case”³⁴⁴.

Essa *função de garantia* do processo penal contemporâneo é assumida por grande parcela da doutrina, a exemplo de Streck, para quem “o processo penal deve ser visto, no Estado democrático de Direito, sob uma ótica garantista/garantidora: deve servir para garantir a realização dos direitos à liberdade”³⁴⁵.

Ferrajoli explica que “garantia es una expresión de léxico jurídico com la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de una derecho subjetivo”. “Por ‘garantismo’ se entende, pues, un modelo de derecho fundado sobre la rígida separación de la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones”³⁴⁶. O processo penal constitui, assim, a mais importante garantia legal contra a forma mais intensa de intervenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo, porque veicula os deveres negativos (direitos de liberdade) que limitam essa intervenção, condicionando a sua validade³⁴⁷.

A função de garantia do processo penal decorre do próprio Estado Constitucional, do qual se deduz, segundo Canotilho, “a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela

³⁴³ PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 55.

³⁴⁴ PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 55.

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 256. No mesmo sentido, Calamandrei: “O processo é o instrumento típico da *liberdade garantida pela legalidade*: é o método racional para aplicar a lei pré-constituída ao fato comprovado, em um ordenamento em que o Poder Legislativo está separado do Poder Jurisdicional, ou seja, em que a justiça está separada da política”. CALAMANDREI, Piero. *Estudos de direito processual na Itália*. Campinas: LZN, 2003, p. 06.

³⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, 2008, pp. 54 e 199.

³⁴⁷ “[...] Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y a garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de las garantías primarias”. FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, 2008, pp. 43-54.

conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo”³⁴⁸.

A teoria das nulidades, neste contexto, manifesta-se como sistema de (des)legitimação de atos estatais irregulares, comprometido com os direitos de liberdade do acusado³⁴⁹. As formas, no processo penal garantista, conferem previsibilidade e segurança jurídica, constituindo um modelo a ser seguido para a limitação de contingências³⁵⁰.

Parte da doutrina aponta a existência de conflito insuperável entre a função garantista do processo penal e a “eficiência funcionalmente orientada” (Figueiredo Dias) à repressão de condutas criminosas, e consequente tutela da segurança pública. Neste sentido, Aury Lopes Jr. afirma “não compactuar com qualquer visão ‘eficientista’ ou de que o processo pudesse ser usado como instrumento político de segurança pública ou defesa social”³⁵¹. Entende que “o fetiche de velocidade” e a “aceleração utilitarista” do processo penal resulta “grave violação e restrição de direitos e garantias fundamentais”³⁵².

Ocorre que “não compactuar” com a *função de controle da criminalidade* desempenhada pelo processo penal não implica a sua inexistência, mas apenas o não estabelecimento de limites à sua implementação diante da proteção dos direitos de liberdade. Como mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a segurança pública como direito social, opção política que, invariavelmente, como apontado pela criminologia crítica, se assenta em ideais de eficiência que refletem na conformação do processo penal.

Já há algum tempo, fala-se em *garantismo positivo* para designar a proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais pelo Poder Público, em especial dos direitos sociais ligados ao combate à criminalidade, caso da segurança pública, que exige postura ativa do Estado no sentido de satisfazer as prestações materiais indispensáveis à sua efetivação. Trata-se da outra face do postulado da proporcionalidade na seara penal, que complementa o

³⁴⁸ “Processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: *due process* equivale ao processo justo definido por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 272 e 481.

³⁴⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

³⁵⁰ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2022, p. 65.

³⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, 2014, p. 53.

³⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, 2019, pp. 90-91.

garantismo negativo (proibição do excesso na restrição de direitos fundamentais), compondo o gênero do *garantismo integral*³⁵³.

Os direitos de liberdade consagrados na Constituição brasileira, como princípios que são em sua maioria, constituem mandamentos de otimização a serem concretizados na maior extensão possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas verificadas no caso concreto, estas últimas compostas pelos direitos fundamentais colidentes. Como explica Reis Novais³⁵⁴, mesmo direitos fundamentais constitucionalmente consagrados sem reservas – caso do contraditório, da presunção de inocência etc. – podem ser restringidos por força da necessidade de prossecução de outros bens, como os direitos e liberdades dos outros, a moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática, igualmente dignos de proteção jurídica; “a estrutura aberta de grande parte das normas de direitos fundamentais, a sua natureza de princípios e a sua dimensão objetiva enquanto valores que se impõem vinculativamente à observância de todos os poderes constituídos e irradiando, enquanto tal, a toda a ordem jurídica colocam, por definição, a metodologia da *ponderação* de bens no coração da dogmática dos direitos fundamentais”. Sendo assim, é utópico pensar que a defesa da liberdade do acusado traduz a *função absoluta* do processo penal contemporâneo, que como visto no decorrer deste capítulo, absorve e reflete os diversos valores e ideologias do Estado.

De todo modo, a partir das formas que caracterizam cada modelo abstrato, é possível visualizar, no Direito brasileiro, casos de ponderação *in abstrato* e *in concreto* dos valores de segurança pública e garantia individual incorporados pelo processo penal pátrio.

A ponderação abstrata é realizada, via de regra, por atividade legislativa³⁵⁵, podendo também ser efetuada em controle concentrado de constitucionalidade. Cabral coloca a questão da seguinte forma: “Podem ser identificadas, no ordenamento jurídico, preferências ou prioridades normativas em favor de certos bens, interesses e valores. Essas preferências ‘empurram’ a solução de qualquer conflito para a vitória daquele interesse priorizado pelo legislador. As preferências normativas fixadas pelo ordenamento são apenas primazias

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Em: Revista Ajuris, vol. 32, n.º 97. Porto Alegre: Ajuris, 2018, pp. 190-191.

³⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 620.

³⁵⁵ Como refere João Conde Correia: “O legislador tem que articular o interesse individual da estrita observância das disposições processuais penais e dos direitos, liberdades e garantias que lhes estão subjacentes, com os interesses públicos de economia processual, da segurança e da certeza jurídica. Refletindo estes objetivos, uma política criminal onde predomina a segurança terá efeitos restritivos ao nível dos vícios insanáveis – seja no decurso do processo, seja após o seu termo – ao passo que uma política que privilegia a justiça processual conduzirá ao seu alargamento”. CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, 1999, pp. 125-126.

apriorísticas ou *prima facie*, vale dizer, não são absolutas ou inalteráveis, podendo ser invertidas no caso concreto pelo juiz”³⁵⁶.

Como exemplo de ponderação abstrata em que os valores de segurança pública tiveram peso maior do que os de tutela da liberdade, pode ser citado o teor da Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver *prova de prejuízo* para o réu”. A regra do prejuízo é utilizada como mecanismo rígido e unitário de convalidação de atos processuais que consubstanciam defesa deficiente do acusado, prevalecendo os ideais de eficiência e segurança pública.

Por outro lado, no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro, o legislador entendeu por bem privilegiar a *função de garantia* do processo penal sobre a eficiência exigida para o controle da criminalidade, ao prever que o juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente com base nos elementos informativos colhidos na fase de investigação administrativa, sob pena de nulidade.

A ponderação concreta dos valores de segurança pública e garantia individual é realizada incidentalmente, pelos juízes e tribunais, na apreciação dos casos penais que lhes são submetidos. É o caso da compreensão, consolidada na jurisprudência brasileira, de que irregularidades ocorridas na fase administrativa de investigação não contaminam a ação penal³⁵⁷. Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte ostenta jurisprudência no sentido de que mesmo denúncias anônimas justificam a realização de buscas pessoais por agentes de segurança pública³⁵⁸.

A análise das decisões dos tribunais superiores permite observar que, na seara das nulidades, quando as Cortes se inclinam pela prevalência dos valores de segurança pública, tendem a lançar mão da regra do prejuízo para convalidar atos processuais viciados, em razão da não comprovação das lesões sofridas pelos acusados (que muitas vezes demanda prova impossível). Por outro lado, quando os tribunais dão prevalência aos valores de garantia individual, tendem a alegar “prejuízo presumido”, ou mesmo se limitam a declarar o direito fundamental violado, sem fazer qualquer menção ao *pas de nullité sans grief*.

³⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo penal entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade prima facie dos atos processuais*. Em: *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 461-462.

³⁵⁷ Neste sentido: Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil. Agravo regimental no recurso em *habeas corpus* n.º 124.024/PR, Relator Ministro Felix Fischer, julgado em 22 de setembro de 2020.

³⁵⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos da América, caso *Alabama vs. White* (1990, 496 U.S. 325).

O problema consiste na ausência de critérios minimamente seguros e compreensíveis para a ponderação, pelos tribunais, dos valores em conflito. Como mencionado, a sistematização das nulidades “não pode ser tão imprecisa e fluida a ponto de permitir ao intérprete (aplicador da lei) escolher o que pode e o que não pode ser apurado, conforme os interesses do momento”³⁵⁹. A higidez das regras do jogo demanda previsibilidade acerca das consequências de sua inobservância.

Atualmente, a aplicação da regra do prejuízo pelos tribunais brasileiros traduz inegável *decisionismo processual*, assim entendido o caráter potestativo da jurisdição, caracterizado pela falta de fundamentos empíricos precisos e pela subjetividade de seus pressupostos. Essa subjetividade, como explica Ferrajoli³⁶⁰, se manifesta na determinação dos fatos de acordo com as condições ou qualidades do réu, como demonstrado anteriormente pela criminologia crítica, e também pelo convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável, do julgador. O processo penal se degenera em “juízo sem verdade”, marcado por análises valorativas fundadas na sabedoria do julgador, não verificáveis nem refutáveis, não expostas a controles objetivos e racionais, porque por sua natureza, não são verdadeiras nem falsas.

A título de concretização, colacionam-se os julgados abaixo, que versam sobre o vício decorrente da inversão da ordem legal dos atos a serem praticados em audiência, com a realização do interrogatório do réu antes da tomada dos depoimentos das testemunhas (artigo 900 do Código de Processo Penal brasileiro)³⁶¹:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Crime militar. Peculato-furto. Artigo 303, § 2º, do Código de Processo Penal Militar. Nulidades. Reconhecimento pretendido. Paciente indultado. Afastamento, em caráter excepcional, da Súmula n.º 695 do Supremo Tribunal Federal. Hipótese em que, além de subsistirem os efeitos secundários da condenação, como a reincidência, o Superior Tribunal Militar, ao julgar a apelação do paciente, rejeitou a mesma preliminar de nulidade do processo suscitada pela impetração. Inviabilidade de se relegar, para a revisão criminal, de competência da mesma Corte, a rediscussão da matéria, uma vez que sobre ela já se manifestou, por unanimidade. Necessidade de sua apreciação, desde logo, pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de ofensa ao princípio da proteção judicial

³⁵⁹ Este é, segundo o autor, o grande perigo que a teorização das nulidades pode acarretar: “Se, de um lado, a (falta de reconhecimento da) nulidade pode dar margem a processos iníquos, submetendo o indivíduo a um julgamento bem distante do devido processo legal, por outro lado, pode propiciar uma blindagem contra qualquer medida persecutória, diga-se de passagem, absolutamente legítima e necessária”. PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2021, pp. 36-37.

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 46.

³⁶¹ Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil. Habeas corpus n.º 121.907/AM, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 30 de setembro de 2014; Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil. Recurso especial n.º 1.946.472/PR, Relator Ministro Messod Azulay Neto, julgado em 13 de setembro de 2023.

efetiva (art. 5º, XXXV, CF). Óbice processual ao conhecimento da impetração afastado. Testemunhas. Inquirição por precatória. Não apresentação do réu preso à audiência no juízo deprecado. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei n.º 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei n.º 1.009/69. Ordem concedida.

[...]

6. A não realização do interrogatório ao final da instrução subtraiu ao réu a possibilidade de se manifestar pessoalmente sobre a prova acusatória coligida em seu desfavor e de, no exercício do direito de audiência, influir na formação do convencimento do julgador. Prejuízo evidente. Nulidade absoluta configurada.

[...]

9. Ordem de habeas corpus concedida para anular a condenação do paciente e determinar sua submissão a novo interrogatório.

—

Recurso especial representativo da controvérsia. Direito processual penal. Tema 1.114. Inversão da ordem do interrogatório do réu. Art. 400 do CPP. Nulidade que se sujeita à preclusão temporal. Art. 571, II e art. 572, ambos do CPP e à demonstração de prejuízo à defesa – art. 563 do CPP. Recurso parcialmente conhecido e nesta parte desprovido.

[...]

3. A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei n.º 11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

4. A moderna concepção do contraditório, segundo a qual a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

5. Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

6. No caso concreto, observa-se que a alegação foi feita em momento oportuno, contudo, não apontado o prejuízo concreto com a alteração da ordem prevista no art. 400, somente se limitando a afirmar ter sido ouvido antes da mais importante testemunha, Marcio, a única que foi ouvida depois do interrogatório [...].

[...]

9. Tese jurídica: O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tem eficácia somente à oitiva das

testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

O primeiro acórdão, prolatado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2014, declarou a nulidade “absoluta” do interrogatório judicial e dos atos processuais subsequentes, em razão da inversão da ordem legal, que causou, segundo a compreensão da Corte, a violação dos direitos do acusado ao contraditório e à ampla defesa, sendo “evidente” o prejuízo por ele sofrido. Fundadas neste precedente, diversas outras decisões seguiram o mesmo entendimento, como as proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no agravo regimental em habeas corpus n.º 505.524/RJ (2021), que fala em “ilegalidade manifesta” e “prescindibilidade da comprovação do prejuízo”³⁶², e no recurso especial n.º 1.825.622/SP (2020), que fala em “prejuízo presumido” se na ação em que houve inversão da ordem no interrogatório, o réu for condenado³⁶³.

O segundo acórdão colacionado, prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2023, nas mesmas circunstâncias de fato, mas privilegiando a eficácia processual na tutela da segurança pública, convalida o ato viciado sob alegação de ausência de prova do prejuízo concreto experimentado pelo acusado. Trata-se de um dos diversos casos em que a jurisprudência oscila sem indicar a superação do entendimento anterior ou as razões do *distinguishing*.

Não há dúvidas de que ao Poder Judiciário foi conferida a atribuição típica de ponderar os direitos fundamentais em conflito com o objetivo de pacificação social. Isso implica lançar mão da *proporcionalidade* para procurar o equilíbrio, a harmonização, a concordância prática entre bens jurídicos carecidos de realização³⁶⁴. Cabe destacar que, segundo as lições de Jorge Miranda, a proporcionalidade também serve à ponderação de conflitos entre direitos sociais e direitos de liberdade³⁶⁵. O autor exemplifica com o embate entre o direito à fruição cultural e a liberdade de propaganda eleitoral, no entanto, a lógica também se aplica à harmonização da

³⁶² Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil. Agravo regimental no habeas corpus n.º 505.524/RJ, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 09 de fevereiro de 2021.

³⁶³ “Não há como se imputar à defesa do acusado o ônus de comprovar eventual prejuízo em decorrência de uma ilegalidade, para a qual não deu causa e em processo que já lhe ensejou sentença condenatória. Isso porque não há, num processo penal, prejuízo maior do que uma condenação resultante de um procedimento que não respeitou as diretrizes legais e tampouco observou determinadas garantias constitucionais do réu (no caso, a do contraditório e a da ampla defesa)”. Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil. Recurso especial n.º 1.825.622/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 20 de outubro de 2020.

³⁶⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 325.

³⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, 2018, p. 329.

segurança pública com o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, entre outros direitos de liberdade afetos ao processo penal.

Se de um lado, a proporcionalidade sob o viés da proibição do excesso (*Übermaßverbot*) impõe a estrita observância dos termos processuais enquanto garantias de liberdade do acusado, por outro, a vertente da proibição da proteção deficiente (*Untermaßverbot*) garante a *realização de um mínimo* de controle da criminalidade no processo penal, proibindo, para mais, a *desrazoabilidade* na declaração de nulidades processuais³⁶⁶.

O juízo de proporcionalidade na ponderação de direitos fundamentais é violado pelo *arbitrio* na tomada de decisões (desproporcionalidade positiva)³⁶⁷, que aprofunda os riscos de insegurança jurídica inerentes ao critério³⁶⁸. É justamente o que ocorre na aplicação da regra do prejuízo pelos tribunais brasileiros, que diante de fatos substancialmente equiparáveis, ora privilegiam a segurança e a ordem públicas, a eficiência processual, a paz social, e ora consagram o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a liberdade probatória do acusado, dando azo a decisões arbitrariamente divergentes, que não asseguram a menor margem de previsibilidade.

A legítima aplicação do postulado da proporcionalidade, de modo a conferir segurança jurídica suficiente para não se converter em instrumento arbitrário, pressupõe a construção de uma *ratio decidendi* (ou *holding*, para os norte-americanos) que apesar de solucionar um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada³⁶⁹. Isto é, a norma-regra que constitui precedente

³⁶⁶ Quanto à proibição da proteção deficiente, adotamos o conteúdo normativo proposto por Reis Novais, segundo o qual o princípio opera em duas dimensões distintas, a saber: 1) Garantindo a *realização de um mínimo* de proteção individual ou do direito prestacional, observada a reserva do possível e a discricionariedade política; 2) Proibindo a *desrazoabilidade* na omissão ou no incumprimento insuficiente dos deveres estatais de prestação. Cumpre destacar, contudo, que diferente da doutrina brasileira majoritária, o autor português afirma a autonomia conceitual, estrutural e funcional da proibição da proteção deficiente (*Untermaßverbot*) relativamente à proibição do excesso (), de modo que apenas esta corresponderia ao princípio da proporcionalidade. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípio estruturantes do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 207-212.

³⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, 2018, p. 332.

³⁶⁸ “É constantemente invocado o argumento de que a adoção do critério da proporcionalidade importaria no surgimento da ‘justiça do caso concreto’, comprometendo a segurança jurídica que emana das normas *in abstracto* e desestabilizando o próprio princípio da separação dos poderes. A crítica não é desarrazoada, sendo flagrante o risco de abusos por magistrados que resolvem se auto-investir na função de ‘legisladores (na verdadeira acepção da palavra) do caso concreto’, o que bem demonstra a necessária prudência que deve nortear a sua utilização, sempre visando a conter sua desmesurada e irresponsável expansão. Apesar da aparente fluidez do princípio, sua aplicação, ainda que riscos de abuso existam, não pode ser descartada, pois entendimento contrário culminaria em deflagrar uma nítida involução para o positivismo clássico, retirando o respeito aos direitos fundamentais do ponto nuclear da ordem jurídica e relegando o respeito ao princípio da constitucionalidade, importante conquista da humanidade, a plano secundário”. GARCÍA, Emerson. *Conflicto entre normas constitucionais – esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 353-354.

³⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – vol II*. Salvador: Juspodium, 2019, p. 555.

(vinculante ou meramente persuasivo) sobre determinado tema jurídico, deve se apresentar de maneira clara para a sociedade, como verdadeira *ordem institucional*, modelo de solução para outros casos semelhantes³⁷⁰.

A segurança jurídica, “princípio essencial da Constituição material do Estado de Direito”, assegura a *previsibilidade* da atuação estatal enquanto pressuposto da autonomia individual na conformação dos planos de vida próprios. Garante, portanto, “a estruturação da vida social em paz jurídica”, nas palavras de Reis Novais³⁷¹. A luta pela Constituição e pelo Estado de Direito, como ensina o autor, foi também, desde os primórdios das revoluções liberais, uma luta por segurança jurídica³⁷².

Aproveitando as palavras de Didier Jr., cumpre sempre ressaltar que “não é apenas com relação ao passado que se mostra necessário garantir estabilidade. O indivíduo, muita vez, termina por pautar sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para análise sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente. Isso se vivifica ainda mais quando se observa a importância que os precedentes judiciais vêm ganhando em nosso ordenamento. Ao conferir-lhes os mais diversos efeitos jurídicos, o legislador brasileiro visa a garantir certa previsibilidade quanto à atuação do Estado-juíz”³⁷³.

A segurança jurídica, assim, visa assegurar o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às *legítimas expectativas* que pautam condutas praticadas no presente. E a repercussão deste direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal) na seara processual gera os deveres de uniformar a jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente – deveres estes positivados no Código de Processo Civil brasileiro (artigo 926), que tem aplicação subsidiária ao processo penal, segundo a jurisprudência³⁷⁴.

³⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. Em: Revista de processo (RePro), n.º 206. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, pp. 61-69.

³⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, 2019, p. 149.

³⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, 2019, pp. 149-150.

³⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, 2019, p. 580.

³⁷⁴ “Admite-se, em caso de omissão da legislação processual penal, a interpretação extensiva, a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito, em razão da previsão contida no artigo 3º do Código de Processo Penal”. Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança n.º 54.038/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 17 de novembro de 2020. Cabe destacar que existe projeto de lei (n.º 49/2023) em tramitação no Senado Federal brasileiro para introduzir regra expressa no Código de Processo Civil prevendo a sua aplicação subsidiária ao processo penal.

Como se viu no primeiro capítulo desta pesquisa, o regramento positivado das nulidades processuais penais no Direito de *civil law* contemporâneo é composto majoritariamente por conceitos jurídicos indeterminados, que viabilizam a *abertura* do sistema das nulidades para a concretização da instrumentalidade e dinamicidade processuais. A flexibilidade característica do processo penal inserido na sociedade globalizada é incompatível com um sistema rígido de nulidades, como os que consagram os vícios processuais em rol taxativo, tipicamente empregados em regimes absolutistas.

Todavia, a regulamentação legal das nulidades processuais penais por cláusulas gerais não pode se confundir com a inexistência de critérios para a aplicação uniforme dessas mesmas regras. A declaração da nulidade do ato viciado não pode sofrer, em toda a sua extensão, a influência das idiosincrasias do julgador, seja para tutelar os interesses das classes hegemônicas, seja para concretizar os valores de segurança pública, ou para garantir a liberdade do acusado frente ao arbítrio estatal.

Significa dizer que a *indeterminabilidade*³⁷⁵ típica das normas sobre nulidades no processo penal contemporâneo, para que respeite um mínimo essencial de segurança jurídica, deve ser equilibrada com uma *suficiente densidade normativa*, conferida a essas normas pela doutrina e, em especial, pela jurisprudência.

Reis Novais explica que a *vaguidade* da norma pode ser desejável “porque há situações cuja decisão adequada está fundamentalmente dependente do contexto concreto e demasiada precisão”, como ocorre na seara das nulidades processuais. Contudo, “se é certo que a vaguidade tem a vantagem de permitir, por parte dos aplicadores do Direito, a inclusão e a apreciação casuística, *flexível* e contextualizada, ela apresenta a contrapartida do risco de uma aplicação que determine exclusões injustificadas, de uma utilização arbitrária, insegura, *imprevisível*”³⁷⁶.

Nos Estados Unidos da América, a doutrina e a jurisprudência se dedicaram ao desenvolvimento de limites à indeterminabilidade de regulações restritivas de direitos. Especialmente no domínio das liberdades de expressão, comunicação e informação, é possível constatar a existência de múltiplas decisões judiciais declarando a inconstitucionalidade de

³⁷⁵ Por “indeterminabilidade” entende-se a indeterminação semântica dos enunciados jurídicos, decorrente da utilização de conceitos indeterminados, da vaguidade da linguagem, da polissemia, do nível excessivo de generalidade ou de abstração, ou mesmo dos distintos resultados gerados pela aplicação da mesma norma em contextos diversos. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, 2019, pp. 270-271.

³⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, 2019, p. 274.

restrições a direitos fundamentais por serem ultra-abrangentes (*overbreadth*) ou excessivamente vagas (*vagueness*)³⁷⁷.

E neste ponto, os entendimentos de Reis Novais e Herbert Packer convergem para a compreensão de que a demasiada indeterminação de normas proibitivas ou sancionatórias (caso das nulidades processuais, que *sancionam* os atos processuais viciados) tende a importar, no mais das vezes, prejuízo ao acusado³⁷⁸. A existência de simples ameaça de sanção (ao ato processual viciado), não suficientemente determinada quanto ao seu sentido e alcance, “inibe excessivamente e, por isso, inconstitucionalmente, o exercício das liberdades”³⁷⁹.

Em suma, é natural que, em um sistema teleológico, aflorem “contradições valorativas insatisfatórias” nos casos concretos, que devem ser eliminadas segundo as funções desempenhadas pelo sistema³⁸⁰. No conflito entre funções desempenhadas pelo processo penal, erige a segurança jurídica como exigência de determinação mínima dos fundamentos de aplicação do sistema de nulidades processuais. Cumpre ao Judiciário, com o apoio da doutrina, desincumbir-se do seu dever, há muito pendente, de construir uma jurisprudência sólida sobre o tema, de modo a permitir que o jurisdicionado anteveja minimamente o resultado de eventual equação realizada no caso concreto.

Apoiemo-nos, portanto, na conclusão de Figueiredo Dias, que ao versar sobre o “fim ideal” do processo penal contemporâneo, constata a necessidade de “subir mais um degrau relativamente aos puros valores da ‘justiça’ e da ‘segurança’, não cedendo à tentação fácil de os absolutizar”. Segundo o autor, “é um fato comprovado nada haver de mais perigoso que a absolutização de valores éticos singulares, pois aí se inscreverá a tendência irresistível de uma *santificação dos meios pelos fins*”³⁸¹.

³⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, 2019, pp. 286-287.

³⁷⁸ Seja porque é a parte mais fraca da relação jurídica processual, seja porque “o cidadão só pode conformar autonomamente os próprios planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de liberdade de ação que lhe está garantida, o que pode legitimamente esperar sobre eventuais intervenções do Estado na sua esfera de autonomia pessoal”. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, 2019, pp. 267-268 e 287. “To the extent that tensions between the two models are resolved by deference to the Due Process Model, the authoritative force at work is the judicial power, working in the distinctively mode of invoking the *sanction of nullity*”. PACKER, Herberth Leslie. *Op. cit.*, 1964, p. 22. Sobre o tema, Damaška entende que, por ser o processo de *Welfare States* instrumental aos seus valores, “permite-se a flexibilização das regras procedimentais quando interesses superiores do sistema recomendam”, não havendo, contudo, “mecanismos muito seguros para verificar até que ponto pode ocorrer a flexibilização em prol dos interesses maiores do direito, o que vai depender de critérios pouco precisos, como os de proporcionalidade e razoabilidade”. PEREIRA NETO, Rivaldo. *Poderes oficiosos em matéria probatória e a imparcialmente judicial*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, p. 41. Como referido por mim em: ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Op. cit.*, 2023, pp. 223-224.

³⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, 2019, p. 287.

³⁸⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 217.

³⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, pp. 44-45.

Devemos reconhecer, assim, que estamos diante de uma ponderação de valores conflitantes, “cujo resultado há de corresponder ao ordenamento axiológico do Direito, há de constituir a síntese das antinomias entre *justiça* e *segurança*, encontrada no degrau mais elevado da ordem jurídica”³⁸².

Trata-se de conclusão que caminha no mesmo sentido da exposta no tópico 2.2, segundo a qual a *igualdade material* no processo penal inserido em sociedades capitalistas pressupõe a consolidação de uma jurisprudência íntegra em matéria de nulidades, apta a conferir aos diversos acusados, as mesmas oportunidades de participação no processo e a mesma proteção contra a imparcialidade judicial e o abuso do *ius puniendi*.

Entre os inúmeros critérios passíveis de definição para a solução do conflito entre segurança pública e liberdade individual, na aplicação da regra do prejuízo e de todo o sistema das nulidades processuais penais, propõe-se o definido no tópico 2.1, pelo qual presume-se o prejuízo derivado de ato processual viciado que impeça a atividade probatória das partes, por violar a *função reconstitutiva* (busca da verdade) exercida pelo processo penal nos Estados sociais.

3.4. Processo penal, garantismo integral e tutela da vítima: um olhar para o futuro

A ciência da vitimologia constata a existência histórica de três grandes fases da participação da vítima no processo penal. Em um primeiro momento, em que a vingança primitiva constituía o costume aplicável à criminalidade, a vítima experimentou verdadeira *fase de protagonismo* no processo³⁸³, retribuindo o mal causado primeiro ilimitadamente, e depois na sua exata medida, *olho por olho, dente por dente*³⁸⁴.

³⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2004, pp. 44-45.

³⁸³ “Na primeira fase, a vítima atua como protagonista no processo penal, podendo ser compreendida como ‘época da vingança privada’, na qual a vingança da vítima ou de um parente seu retribuía o mal causado pelo crime. Mesmo num segundo momento, com o surgimento da justiça privada, pode-se dizer que a vítima continua legitimada à resolução do problema causado pelo crime, contudo, há um balizamento a ser seguido, ou seja, uma forma de controlar a desproporção da vingança”. SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto; BARROS, Flaviane de Magalhães. *A legitimação para agir e a participação da vítima nos processos penais brasileiro e português: uma análise comparativa a partir dos recentes movimentos de reformas*. Em: Revista Pensar, vol. 17, n.º 02. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2012, p. 559.

³⁸⁴ “O princípio do Talião é encontrado em diversas legislações antigas, tais como o Código de Hamurabi, Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Leis Mosaicas, as quais contemplam a introdução – ainda que embrionária – da Vitimologia, ao disporem sobre a possibilidade de composição mediante a reparação pecuniária dada pelo ofensor ao ofendido, como forma de evitar a vingança de sangue”. MORAN, Fabiola. *Ingerência penal e proteção integral à vítima*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, pp. 32-33.

A *fase de neutralização* da vítima teve início com a transição da estrutura feudal de pulverização do poder para a concentração do poder na figura do rei, ou seja, coincide com a própria fundação dos Estados nacionais³⁸⁵. Passou-se a coibir a luta entre as partes; os indivíduos, antes protagonistas do litígio penal, não mais podiam resolvê-lo sozinhos, sem a intervenção do poder real, por intermédio de seus juízes. Segundo Barros, “o delito, antes de atingir a vítima, atingia primeiro a pessoa do soberano. A vítima passa a ser estigmatizada, pois seu único interesse é a vingança”³⁸⁶.

Por fim, a *fase de redescoberta* da vítima no processo penal tem como marco histórico o pós-Segunda Guerra Mundial, com o advento de doutrinas criminológicas que, abandonando a ideia de excepcionalidade do delito, se voltaram ao estudo da vitimologia³⁸⁷. Este movimento de reinserção da vítima no processo penal, segundo Molina, “tímido, tardio e desorganizado, expressa a imperiosa necessidade de verificar, à luz da ciência, a *função ‘real’* que desempenha nos diversos momentos do acontecimento criminal, revisando superados estereótipos clássicos, produto da análise simbólica, formalista e estática da criminologia tradicional”.

Atualmente, afirma-se que o direito de participação da vítima no processo penal é verdadeiro axioma do Estado democrático de Direito, tendo em vista a garantia de controle e conformação dos Poderes pela sociedade civil, na busca da implementação de direitos de liberdade, mas também de igualdade e fraternidade³⁸⁸. No Brasil, desde a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as leis processuais penais têm mostrado maior preocupação com a figura da vítima; “admite-se o início de uma tentativa de reconhecimento da vítima como sujeito de direitos e legitimada a participar do processo penal, por um lado, e destinatária de políticas públicas específicas, por outro lado”³⁸⁹.

³⁸⁵ SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Op. cit.*, 2012, p. 559.

³⁸⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 11. No mesmo sentido, Foucault: “A intervenção do soberano não é, portanto, uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta àquele que a ofendeu [...]. O castigo então não pode ser identificado nem medido como reparação do dano; deve haver sempre na punição pelo menos uma parte, que é a do príncipe; e mesmo quando se combina com a reparação prevista, ela constitui o elemento mais importante da liquidação penal do crime. Ora, essa parte que toca ao príncipe, em si mesma, não é simples: ela implica, por um lado, na reparação do prejuízo que foi trazido ao reino (a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são prejuízos consideráveis que não têm comparação com o que é sofrido por um particular); mas implica também em que o rei procure a vingança de uma afronta feita à sua pessoa”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 41.

³⁸⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. *Op. cit.*, 2008, p. 11.

³⁸⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *Op. cit.*, 2008, p. 27.

³⁸⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo*. Em: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n.º 13. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2013, p. 310.

Sem prender-nos demasiadamente a vicissitudes históricas, fato é que a redescoberta da vítima, no processo brasileiro, foi fortemente impulsionada pelo direito internacional dos direitos humanos. As condenações em série da República brasileira no âmbito da Corte Interamericana evidenciaram a fragilidade da tutela da vítima no direito nacional, desencadeando uma série de transformações estruturais. Casos como *José Pereira* (1994), *Favela Nova Brasília* (1995), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (1998), *Meninos Emascarados do Maranhão* (2001), *Maria da Penha* (2001) e *Ximenes Lopes* (2006), foram determinantes para a construção de “recursos efetivos” para a “proteção judicial” das vítimas, como exigido por inúmeros tratados internacionais (v. g. Convenção Interamericana de Direitos Humanos, artigo 25.1).

No plano legislativo, verificou-se a criação de microssistemas de proteção de vulneráveis, com destaque para mulheres em situação de violência doméstica (Lei Maria da Penha), crianças e adolescentes (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Depoimento Especial e Lei Henry Borel), idosos (Estatuto do Idoso), consumidores (Código de Defesa do Consumidor) e deficientes (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Além disso, alterações pontuais no processo penal buscaram introduzir medidas de justiça restaurativa, a exemplo da possibilidade de conciliação entre vítima e infrator para a composição dos danos decorrentes do crime, nos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95, artigo 72), e da fixação de “indenização mínima” em favor da vítima logo na sentença penal condenatória, a fim de viabilizar a parcial reparação imediata dos danos, inclusive morais, sem prejuízo da liquidação da sentença no juízo civil para complementar a indenização (Código de Processo Penal, artigo 387, inciso IV). O direito de informação, imprescindível à emancipação da vítima no processo penal, foi consagrado na nova sistemática de arquivamento de investigações criminais inaugurada pela Lei n.º 13.964/19; atualmente, cabe ao Ministério Público comunicar a vítima sobre sua manifestação pelo arquivamento, oportunidade em que ela terá a faculdade de suscitar a reanálise da decisão pela instância de revisão ministerial (Código de Processo Penal, artigo 28).

Apesar dos inegáveis avanços, a legislação brasileira ainda tem um longo caminho até a efetiva inclusão da vítima no processo penal. A título de comparação, o Código de Processo Penal português, além de trazer título destinado à conceituação de vítima e seus direitos (artigo 67-A), possibilita que ela, como assistente, deduza *acusação independente* da do Ministério Público, interponha recursos das decisões que as afete e desempenhe ampla atividade

probatória, mesmo durante a fase de investigação (artigo 69)³⁹⁰. No Brasil, a figura do assistente de acusação, infelizmente, se encontra parada no tempo desde 1941, caracterizando-se pela visão ultrapassada de que o objetivo da intervenção da vítima no processo penal é apenas a busca de reparação patrimonial. Há, inclusive, precedentes estaduais declarando a inconstitucionalidade do instituto, por supostamente “legitimar a vingança privada”³⁹¹, embora esta não seja a compreensão da jurisprudência atual.

Os Poderes Públicos também vêm sofrendo transformações em sua atuação, buscando adequá-la à tutela dos direitos dos ofendidos. O Judiciário e o Ministério Público brasileiros, por exemplo, têm adotado políticas voltadas à supressão da *revitimização* no âmbito institucional (v. g. Conselho Nacional do Ministério Público, Recomendação n.º 05/23; Conselho Nacional de Justiça, Recomendação n.º 105/21) e à *proteção integral* das vítimas (Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução n.º 243/21³⁹²).

Na seara doutrinária, fala-se em garantismo “integral” ou “proporcional” como alternativa à visão “monocular” de que a *função* do processo penal é apenas a tutela de direitos do acusado. Entende-se que, nos dias atuais, com a consagração de direitos *sociais e coletivos*, não é mais aceitável a ideia de garantismo penal consubstanciada apenas na defesa de direitos fundamentais de *liberdade*. Segundo Fischer, “não se pode olvidar que a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos, também deveres, e está calcada em inúmeros princípios e valores que não podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão sistêmica e integral dos comandos da Carta Maior”³⁹³. O garantismo integral,

³⁹⁰ O projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro, em trâmite no Congresso Nacional, avança na inserção da vítima como sujeito de direitos no processo penal. Segundo Silvério Júnior e Barros: “A comissão tratou de se inspirar em modelos de processo que já representam um resultado satisfatório sob o marco democrático. O modelo português foi bastante considerado, sobretudo no que se refere à participação da vítima no processo penal. O mérito do projeto foi considerá-la sujeito do processo (título IV, ‘dos sujeitos do processo’; capítulo IV, ‘da intervenção civil’; seção I, ‘do assistente’; seção II, ‘da parte civil’; e no título VI, ‘dos direitos da vítima’). A disciplina do assistente de acusação em nada evolui, já que a comissão apenas reproduz a redação do atual e autoritário Código de Processo Penal, não prevendo, por exemplo, a possibilidade de recurso quando não admitida a assistência, o que reduz ainda mais sua possibilidade de interpor recurso autonomamente”. SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Op. cit.*, 2012, pp. 568-569.

³⁹¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação criminal n.º 70.017.803.743, Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 28 de fevereiro de 2007; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação criminal n.º 70.011.192.911, Relator Desembargador Aramis Nassif, julgado em 21 de março de 2007.

³⁹² A Resolução n.º 243 de 2021 do Conselho Nacional do Ministério Público, além de fixar conceitos de vitimologia e diretrizes de atendimento às vítimas, estabelece que “O Ministério Público deverá zelar para que as vítimas tenham *participação efetiva* na fase da investigação e no processo, seja por meio da materialização dos direitos de serem ouvidas, de terem seus bens restituídos, de apresentarem elementos de prova, de serem comunicadas de decisões no curso do processo, notadamente acerca do ingresso e da saída do autor do fato da prisão, caso assim manifestem interesse, entre outras formas de participação” (artigo 8º).

³⁹³ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo (penal) integral?* Em: Em: Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

portanto, visa à consideração, na hermenêutica constitucional, sobretudo com reflexos no direito penal e processual penal, da *multiplicidade* de direitos e deveres consagrados na Constituição, inclusive daqueles titularizados pelas vítimas³⁹⁴.

A compreensão de que *punir é um standart de direitos humanos* na salvaguarda dos direitos e garantias destinados às vítimas, deve influenciar a construção, interpretação e aplicação das normas processuais³⁹⁵. O desafio do moderno processo penal consiste na harmonização dos valores que traduzem a riqueza de sua instrumentalidade própria; se por um lado, a busca desenfreada por efetividade na concretização da segurança pública pode representar a violação de direitos do acusado, por outro, excessos na função de garantia tendem a obstar a satisfação dos interesses da vítima, que deve ser integrada ao processo penal em posição de igualdade. Nas palavras de Mazuoli e Piedade, “há necessidade, portanto, de dotar o sistema de racionalidade, com equilíbrio de proteção, vedando-se o arbítrio e o excesso estatal contra o indivíduo que violou a norma penal, mas também protegendo bens jurídicos que merecem dignidade penal e, via de consequência, destinando um olhar para quem sofre as consequências das mazelas da criminalidade e da demora na prestação jurisdicional”³⁹⁶.

Neste contexto, também o sistema de nulidades processuais deve se adequar à realidade da presença da vítima no processo, não apenas como um particular em busca de interesses patrimoniais disponíveis, mas como sujeito de direitos interessado na integralidade da tutela jurisdicional. O entendimento de que o processo penal também é instrumento voltado à garantia dos direitos do ofendido, importa a construção de formas que assegurem a sua efetiva participação, bem como a consideração dos *prejuízos* por ele sofridos quando da omissão ou prática viciada de atos processuais que viabilizem a sua atuação, em especial probatória.

Caminhando no sentido de equacionar a *função de tutela da vítima* às nulidades processuais penais, em 2021, o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu pela nulidade de todos os atos processuais que veiculem a tese da “legítima defesa da honra”³⁹⁷, recurso argumentativo utilizado na defesa de acusados de feminicídio e outros crimes praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo a Corte, a efetiva tutela

³⁹⁴ FISCHER, Douglas. *Op. cit.*, 2015, p. 34.

³⁹⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *Punir como um standart de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro*. Em: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n.º 90. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2023, p. 192.

³⁹⁶ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *Op. cit.*, 2023, p. 193.

³⁹⁷ Supremo Tribunal Federal brasileiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 779, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 15 de março de 2021.

dos interesses das vítimas desse tipo de criminalidade, no processo penal contemporâneo, passa pela exclusão de narrativas inconstitucionais aptas a institucionalizar a desigualdade entre homens e mulheres.

Avançando no seu entendimento, no ano de 2024, a Suprema Corte brasileira declarou a nulidade também dos atos processuais que, durante a instrução ou o julgamento de crimes contra a dignidade sexual, façam menção à vida sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de ser³⁹⁸. A *ratio decidendi*, novamente, foi a adequada tutela de direitos fundamentais da vítima no processo penal, violados pela conduta do acusado ou de sua defesa técnica³⁹⁹. Em nenhum dos julgamentos a Corte fez menção à regra do prejuízo.

Espera-se que, com a gradual inclusão da vítima no processo penal, a sistematização das nulidades seja racionalizada e não se resuma à limitação de direitos de liberdade do acusado, como a proibição de teses defensivas, mas se preocupe principalmente com a concretização dos direitos sociais do ofendido à efetiva participação processual e reparação integral. Só assim poderá o processo penal se desincumbir harmônica e satisfatoriamente de suas múltiplas funções, em um contexto de paulatina inclusão dos interesses da vítima no complexo arranjo valorativo que consubstancia a sua instrumentalidade própria.

Deste modo, a teoria das nulidades processuais penais como um todo, e a regra do prejuízo em específico, se abrem às funções desempenhadas pelo processo penal contemporâneo, como expressão de sua instrumentalidade típica, caracterizada pela singularidade dos valores postos à base de cada pretensão deduzida. A reconstrução fática, a busca da igualdade em uma sociedade desigual, a garantia individual, a segurança pública e a tutela da vítima, traduzem a multipolaridade do processo penal contemporâneo, cujos limites transbordam o simples embate entre autor e réu, abarcando interesses do Estado, da sociedade,

³⁹⁸ Supremo Tribunal Federal brasileiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 1.107, Relator Ministra Cármen Lúcia, julgado em 23 de maio de 2024.

³⁹⁹ A função de tutela da vítima tem determinado a construção de novos entendimentos jurisprudenciais também na seara probatória. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, recentemente admitiu a existência de uma “legítima defesa probatória” em favor dos direitos fundamentais das vítimas, flexibilizando a proibição do uso de captações ambientais clandestinas como prova de acusação (*habeas corpus* n.º 812.310/RJ, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 21 de novembro de 2023). No caso concreto, um médico anesthesiologista, acusado de violentar sexualmente pacientes sedadas durante o trabalho de parto, foi gravado na prática criminosa por sua equipe de enfermagem, sem prévia autorização judicial. Apesar de a Lei n.º 9.296/96 permitir o utilização de captação ambiental clandestina apenas “em matéria de defesa” (artigo 8º-A, § 4º), o tribunal brasileiro validou a prova, sob a compreensão de que essa legítima defesa probatória constituía o único meio de tutelar os direitos fundamentais das vítimas, que no caso se sobrepunham aos direitos à imagem e à privacidade do acusado. Não obstante o regramento das provas ilícitas, no Direito brasileiro, não se confunda com o das nulidades processuais, a *ratio* da decisão indica a crescente valoração dos interesses da vítima no processo penal, o que deve ser feito de modo comedido e harmônico para que não importe prejuízo às demais funções por ele exercidas, em especial à *função de garantia* do acusado. O que se busca, em suma, é equilíbrio no emprego do instrumento processo penal.

do acusado e do ofendido, cuja satisfação harmônica depende da consagração do processo penal como ciência jurídica verdadeiramente autônoma.

Conclusões

1. Historicamente, legislações de viés autoritário tendem a consagrar as nulidades processuais em rol taxativo, como forma de reduzir ou eliminar a discricionariedade judicial e manter o monopólio do governante na interpretação da lei (1ª dimensão das nulidades processuais penais).

2. Conforme o processo penal assume, com maior vigor, a tutela da liberdade do acusado, doutrina e jurisprudência tendem a desafiar a enumeração das nulidades em rol taxativo, concebendo causas atípicas de invalidade dos atos processuais, com base em valores superiores ou expressões abertas da lei (2ª dimensão das nulidades processuais penais). Em certos casos, este movimento doutrinário e jurisprudencial acarretou a incorporação, na legislação processual, de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados que possibilitassem a identificação casuística de outras causas de nulidade, *além* das previstas em lei. Foi neste contexto que a regra do prejuízo surgiu positivada na *Loi de la Procédure Civile du Canton de Genève* (1819), na Suíça.

3. Com a constatação da necessidade de conferir maior efetividade ao processo, são incorporadas às legislações processuais penais regras de convalidação dos atos imperfeitos (3ª dimensão das nulidades processuais penais), a exemplo da preclusão temporal, do “atingimento da finalidade da norma” e da própria regra do prejuízo, que tem a sua finalidade inicial alterada para servir ao saneamento de vícios processuais. Durante períodos de autoritarismo político-ideológico, a presença de mecanismos de convalidação na legislação processual penal tende a se proliferar de tal modo a excluir do processo penal sua função de garantia individual, privilegiando o arbítrio estatal.

4. No Brasil, a regra do prejuízo foi incorporada ao processo penal com o advento do Código de 1941, outorgado durante a ditadura de Getúlio Vargas (Estado Novo). Com forte inspiração no *Codice Rocco* da Itália fascista, a codificação brasileira consagrou o *pas de nullité sans grief* no contexto da 3ª dimensão das nulidades processuais penais, como mecanismo de convalidação de atos viciados importado da legislação processual civil, que já o consagrava em diversos diplomas como o Código Comercial de 1850, o Código de Processo da Bahia de 1915 e o Código de Processo Civil de 1939. Durante a vigência do Código de Processo Penal de

1941, foi adotada pela jurisprudência brasileira a compreensão de que a regra do prejuízo deveria ter aplicação universal a todas as espécies de vícios processuais, sob o fundamento de que, por ser o processo instrumental, somente os valores e a finalidade da norma violada determinariam a anulação do ato viciado. Esta teoria, desenvolvida inicialmente para o processo civil, é aplicada ao sistema brasileiro de nulidades processuais penais até os dias atuais, embora sem nunca ter gerado a consolidação de uma jurisprudência coesa.

5. A transmissão mecânica de categorias do processo civil para o penal, como se verificou com a regra do prejuízo e, posteriormente, com a tese de sua aplicação universal, é fomentada pela teoria geral do processo fundada na unidade funcional dos diversos direitos processuais, todos igualmente voltados à resolução de lides. No caso do processo penal, inicialmente a lide “universal” carnellutiana, e depois a lide “penal”, pretensamente adequada às especificidades desta ciência jurídica. Por ser a função desempenhada por cada processo na sociedade que possibilita o adequado delineamento de suas categorias jurídicas, a tese de unidade funcional, naturalmente, colocou o processo penal em posição de subordinação ao processo civil, cuja ciência historicamente ocupou patamar mais elevado de desenvolvimento.

6. A extensão e a complexidade das funções desempenhadas pelo processo penal no Estado democrático de Direito são incompatíveis com a ideia de que seu objeto se resume à solução de conflitos de interesses indisponíveis. A diversidade funcional dos processos decorre de suas distintas origens, evoluções, valores e, principalmente, do seu caráter instrumental, que lhes confere permeabilidade às influências do modo de ser dos direitos materiais postos à base das pretensões deduzidas.

7. A confusa aplicação da regra do prejuízo pela jurisprudência brasileira deriva do fato de que sua incorporação e desenvolvimento no processo penal se deram sob a ótica da instrumentalidade civilista, ainda reinante na interpretação das formas processuais penais, tendo em vista a compreensão de que os diversos direitos processuais são instrumentos voltados ao desempenho da mesma função.

8. Neste contexto, os horizontes estão abertos para a necessária definição das funções do processo penal contemporâneo, exercício que não deve perder de vista os valores e ideologias hegemônicos na sociedade em que se insere, tendo em visto a centralidade do sistema penal entre os mecanismos de controle social do Estado. A definição dessa instrumentalidade própria nos possibilitará, enfim, a superação de fórmulas que, como peças de um outro quebra-

cabeça, não se encaixam com perfeição ao processo penal, caso da atual teoria das nulidades processuais penais.

9. Em direito penal, o funcionalismo moderado (ou teleológico) ensina que o sistema penal deve ser (re)construído atendendo a finalidades valorativas, como forma de torná-lo realmente apto à solução segura e confiável de problemas sociais. O direito penal não deve ser estruturado deixando de lado a análise dos efeitos que produz na sociedade sobre a qual opera. De igual modo, por ser o processo penal o veículo de concretização do direito penal no mundo dos fatos, não deve se vincular, em suas formas, a realidade ontológicas prévias, oriundas do processo civil, mas deve guiar-se por suas próprias e legítimas funções. Essa reconstrução e interpretação teleológica-funcionais dos institutos processuais penais exclui a possibilidade de que as soluções dos casos concretos se produzam como conclusões de necessidades sistemáticas axiologicamente cegas. Quando insatisfatória as soluções alcançadas por meio da aplicação de conceitos dogmáticos abstratos, essas soluções devem ser corrigidas de acordo com as finalidades ou funções do sistema.

10. A tradicional função de garantia individual, característica do processo penal liberal, traduz a compreensão de que, nos Estados democráticos de Direito, a forma do ato processual serve à tutela dos direitos à liberdade. O sistema de nulidades constitui, assim, uma importante garantia legal contra a forma mais intensa de intervenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo, porque veicula deveres (de abstenção) que limitam essa intervenção, condicionando a sua validade.

11. A função de controle da criminalidade, desempenhada pelo processo penal contemporâneo, se justifica pela consagração, nas Constituições e tratados internacionais, de direitos sociais e coletivos, entre os quais se incluem a segurança pública e a tutela das vítimas. O garantismo positivo designa a proibição de proteção insuficiente de direitos fundamentais pelo Poder Público, em especial dos direitos sociais ligados ao combate à criminalidade, que exigem postura ativa do Estado no sentido de satisfazer as prestações materiais indispensáveis à sua efetivação.

12. Respeitado o núcleo essencial dos direitos e garantias de liberdade individual, não há, verdadeiramente, um conflito insuperável entre as funções de controle da criminalidade e de garantia individual. Todavia, na ponderação concreta dos respectivos valores, o direito à segurança jurídica exige a determinação mínima dos fundamentos de aplicação do sistema de nulidades processuais, que se por um lado não pode ceder à aceleração utilitarista violadora das

garantias de liberdade, por outro, não pode constituir óbice à eficiência funcionalmente orientada ao combate à criminalidade. Cumpre ao Judiciário brasileiro, com o apoio da doutrina, desincumbir-se do seu dever, há muito pendente, de construir uma jurisprudência sólida em matéria de convalidação de atos processuais penais viciados, de modo a permitir que o jurisdicionado anteveja minimamente o resultado de eventual equação realizada no caso concreto.

13. A criminologia radical aponta a função real do sistema penal nas formações sociais capitalistas, evidenciando a relação de interdependência entre a estrutura econômica de produção e o arranjo dos mecanismos de criminalização do Estado. A aplicação e a execução de penas criminais cumprem a função real de garantir a proteção dos interesses e necessidades dos grupos sociais homogêneos, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subalternos. Neste contexto, a definição de critérios objetivos e seguros para a aplicação do sistema de nulidades (e convalidação de atos viciados) também é apta a equilibrar a tutela discrepante das garantias individuais de acordo com a classe social a que pertence o acusado, conseqüentemente abrandando a desigualdade social produzida pelo sistema penal e concretizando a igualdade material no processo penal capitalista.

14. Nos Estados de bem-estar social, cujo objetivo precípua é a implementação de melhorias materiais e morais para seus cidadãos, a definição da melhor política pública a ser aplicada ao caso concreto implica a reconstrução fiel dos fatos *sub judice*, ou como prefere a doutrina, a “busca da verdade”. Independentemente da qualidade da verdade que se busca, o processo penal dos Estados sociais se nutre da reconstrução dos fatos que lhe deram origem, alimento indispensável à determinação da melhor resposta política ao fato social. Neste contexto, a função reconstrutora do processo penal nos Estados sociais, ao mesmo tempo em que inviabiliza a limitação da atividade probatória às partes, deve ser considerada na interpretação e aplicação do sistema de nulidades, para obstar a convalidação de atos viciados que impliquem o afastamento das partes da produção de provas. A busca da verdade, enquanto função atribuída ao processo penal nos Estados ativistas, não pode, ao mesmo tempo, ser utilizada como argumento-coringa para validar o protagonismo judicial, e ceder diante da regra do prejuízo quando a atividade probatória provém das partes, sob pena de descaracterização do sistema processual pretensamente acusatório. Neste sentido, ordenamentos jurídicos como os de Portugal, Itália e Chile, que estabelecem presunção de prejuízo diante da perda de uma faculdade processual em razão da omissão ou do vício do ato, representam um avanço na

satisfação da função reconstrutora de processos penais acusatórios em Estados de bem-estar social.

15. Por fim, a construção, interpretação e aplicação do sistema de nulidades processuais penais deve se adequar à realidade da presença da vítima no feito, não apenas como um particular em busca de interesses patrimoniais disponíveis, mas como sujeito de direitos interessado na integralidade da tutela jurisdicional. O entendimento de que o processo penal também é instrumento voltado à garantia dos direitos do ofendido, importa a construção de formas que assegurem a sua efetiva participação, bem como a consideração dos prejuízos por ele sofridos quando da omissão ou prática viciada de atos processuais que viabilizem a sua atuação, em especial probatória. Espera-se que, com a gradual inclusão da vítima no processo penal, a sistematização das nulidades seja racionalizada e não se resuma à limitação de direitos de liberdade do acusado, como a proibição de teses defensivas, mas se preocupe principalmente com a concretização dos direitos sociais do ofendido à efetiva participação processual e reparação integral.

16. As distintas funções desempenhadas pelo processo penal contemporâneo consubstanciam a sua instrumentalidade própria, caracterizada pela singularidade dos valores postos à base de cada pretensão deduzida. A reconstrução dos fatos, a busca da igualdade em uma sociedade desigual, a garantia da liberdade individual, a segurança pública e a tutela da vítima, traduzem a multipolaridade do processo penal contemporâneo, cujos limites extrapolam o simples embate entre autor e réu, abarcando interesses do Estado, da sociedade, do acusado e do ofendido.

17. A satisfação harmônica desses interesses depende da reorientação funcional das categoriais jurídicas próprias do processo penal, como é o caso da teoria das nulidades e seus mecanismos de convalidação de atos viciados, cuja aplicação merece releitura para a consagração de um formalismo-valorativo. A confusa aplicação da regra do prejuízo no Direito brasileiro deriva da desconsideração da instrumentalidade própria do processo penal, sendo urgente a sua consagração como ciência jurídica verdadeiramente autônoma.

BIBLIOGRAFIA

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2022.
- AZEVEDO, Luiz Carlos; TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- AZEVEDO, Luiz Carlos; TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo*. Em: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n.º 13. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2013.
- BÁTISTA, Luís Osório. *Comentário ao código de processo penal*, vol. II. Coimbra: Coimbra, 1932.
- BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di diritto processuale penale*. Milão: Giuffrè, 1973.
- BELLOT, Pierre François. *Loi sur la Procédure Civile du Canton de Genève suivie de l'exposé des motifs*. Paris: Librairie A. Cherbuliez, 1870.
- BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. São Paulo: Pillares, 2008.
- BORDEAUX, Raymond. *Philosophie de la procédure civile – mémoire sur la réformation de la justice*. Paris: Hachette Livre, 2013.
- BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.
- BINDER, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRAIN, Renzo Cavani. *Nulidad y forma en el proceso civil: perspectiva histórica de la función de la nulidad procesal em su camino hacia el modelo de la finalidad*. Em: Derecho & Sociedad, n.º 38. Lima: Pontificia Universidade Católica do Peru, 2012.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo penal entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade prima facie dos atos processuais*. Em: Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

- CALAMANDREI, Piero. *Estudos de direito processual na Itália*. Campinas: LZN, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*. Em: Opere giuridiche, vol. I – Problemi generali del diritto e del processo. Roma: Roma TRE-Press, 2019.
- CALAMANDREI, Piero. *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*. Em: Opere giuridiche, vol. I – Problemi generali del diritto e del processo. Roma: Roma TRE-Press, 2019.
- CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Em: Revista Forense, vol. 38, n.º 88. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2018.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sulla reformatio in peius*. Em: Rivista di diritto processuale civile, vol. 04, n.º 01. Pádua: Cedam, 1927.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale*. Em: Rivista di diritto processuale civile, vol. 05, n.º 01. Pádua: Cedam, 1928.
- CARNELUTTI, Francesco. *Ancora sulla lite nel processo penale*. Em: Rivista di diritto processuale civile, vol. 07, n.º 01. Pádua: Cedam, 1930.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*, vol. I. Roma: Ateneo, 1946.
- CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale*. Nápoles: Morano, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I. Pádua: Cedam, 1986.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, vol. I. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *La cenicienta*. Em: Cuestiones sobre el proceso penal. Santiago: Olejnik, 2018.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sobre una teoria general del proceso*. Em: Cuestiones sobre el proceso penal. Santiago: Olejnik, 2018.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COLE, Lissette; ROBERTSON, Christopher; THOMPSON, Shelby; WINKELMAN, Alex; YOKUM, David. *An empirical method for harmless error*. Em: Arizona State Law Journal, vol. 46, n.º 01. Tempe: Arizona State University, 2014.

CONSO, Giovanni; GALLO, Marcello. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 1964.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Varese: Giuffrè, 1995.

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

COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. *A teoria das nulidades e o sobredireito processual*. Em: Revista de informação legislativa, vol. 34, n.º 136. Brasília: Senado Federal, 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAMAŠKA, Mirjan Radovan. *Epistemology and legal regulation of proof*. Em: Law, probability and risk, n.º 02. Oxford: Oxford University Press, 1993.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *História do direito processual brasileiro – das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri: Manole, 2002.

DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *A nova Constituição de República Portuguesa e o processo penal*. Em: Revista da Ordem dos Advogados, ano 36. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1976.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodium, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – vol II*. Salvador: Juspodium, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

EPPS, Daniel. *Harmless errors and substantial rights*. Em: Harvard Law Review, vol. 131, n.º 08. Austin: University of Texas School of Law, 2018.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *A legitimação do direito processual no Estado democrático de Direito*. Em: Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2008.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de processo penal*. Lisboa: Gomes & Rodrigues, 1958.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das nulidades processuais – interpretação conforme a Constituição*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo (penal) integral?* Em: Em: Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2002.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Santiago: Olejnik, 2019.

GALATI, Antonino. *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*. Milão: Giuffrè, 1980.

GARCÍA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais – esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAROFOLI, Vincenzo. *Giudizio, regole e giusto processo – i tormentati itinerari della cognizione penale*. Em: Revista italiana de direito e processo penal, vol. 43. Milão: Giuffrè, 2000.

GOLDBLATT, Craig. *Harmless error as constitutional common law: Congress's power to reverse Arizona v. Fulminante*. Em: The University of Chicago Law Review, vol. 60. Chicago: University of Chicago Law School, 1993.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Montevideo: B de F, 2000.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GREABE, John. *The riddle of harmless error revisited*. Em: Houston Law Review, vol. 54, n.º 01. Houston: University of Houston Law Center, 2016.

GRELLIÈRE, Vincent. *Nullités de l'instruction préparatoire et bonne administration de la justice pénale*. Em: Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, tomo XXVIII. Toulouse: Université des sciences sociales, 1980.

GRIFFITH, John. *Ideology in criminal procedure or a third 'model' of the criminal process*. Em: Yale law journal, vol. 79, n.º 03. New Haven: Yale, 1970.

GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra universitária, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *A adoção de uma teoria geral do processo penal e seus reflexos na jurisdição, ação e processo: em busca de um equilíbrio entre a necessidade de novas categorias e a desnecessidade de abandonar toda a construção teórica civilista*. Em: Cadernos de direito actual, n.º 21. Santiago de Compostela: Asocioación Xuristas em Acción, 2023.

HENDERSON, Zachary. *A comprehensive consideration of the structural-error doctrine*. Em: Missouri Law Review, vol. 85. Columbia: University of Missouri School of Law, 2020.

ILLUMINATI, Giulio. *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*. Em: Revista brasileira de direito processual penal, vol. 04, n.º 02. Porto Alegre: IBRESPP, 2018.

ISSAYAMA, Felipe K. C. Yano. *Lei 13.964 de 2019 ("pacote anticrime"): a concretização da imparcialidade objetiva na reforma do código de processo penal brasileiro*. Em: Novos desafios da prova penal, vol. 02. Coimbra: Almedina, 2023.

LACERDA, Galeno Velinho de. *O código e o formalismo processual*. Em: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris), n.º 28. Porto Alegre: Ajuris, 1983.

LACERDA, Galeno Velinho de. *Despacho saneador*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990.

LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold; KING, Nancy; KERR, Orin. *Criminal procedure*. Londres: West publishing, 2016.

LEITE, Luciano Marques. *A teoria geral e o processo penal*. Em: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté, ano 03, n.º 01. Taubaté: Pró-Reitoria para Assuntos de Extensão da Universidade de Taubaté, 1979.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEONE, Giovanni. *Elementi di diritto e procedura penale*. Napoli: Jovene, 1972.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. Em: Revista Forense – comemorativa 100 anos, tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt*. Em: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 10, n.º 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt*. Em: Revista Panóptica, vol. 06, n.º 17. Vitória: Panóptica, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. Turim: Giappichelli, 2023.

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal: fundamentos*, tomo I. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I. Turim: Torinese, 1967.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, vol. I. Campinas: Millennium, 2003.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *Punir como um standart de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro*. Em: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n.º 90. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2023.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

MENDES, Paulo de Sousa. *Medida da prova*. Em: Prova penal teórica e prática. Coimbra: Almedina, 2019.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. Em: Revista de processo (RePro), n.º 206. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

MOCCIA, Sergio. *Seguridad y sistema penal*. Em: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara; MELIÁ, Manuel Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 02. Montevideu: D de F, 2006.

MORAN, Fabiola. *Ingerência penal e proteção integral à vítima*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

MUELLER, Christopher; KIRKPATRICK, Laird; RICHTER, Liesa. *Evidence error*. Em: The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Paper, n.º 51. Washington: George Washington University, 2018.

MURRAY, Justin. *A contextual approach to harmless error review*. Em: Harvard Law Review, vol. 130, n.º 07. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Princípio estruturantes do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, pp.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodium, 2023.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. *Existe uma teoria geral do processo?* Em: Teoria do processo – panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodium, 2008.

PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PACKER, Herberth Leslie. *Two models of the criminal process*. Em: University of Pennsylvania Law Review, vol. 113. Filadelfia: Penn law review, 1964.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2021.

PAOLI, Giulio. *La nozione di lite nel processo penale*. Em: Rivista di diritto processuale civile, vol. 07, n.º 01. Pádua: Cedam, 1928.

PASSOS, Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos – contribucion a una teoria de la ineficacia en el derecho publico*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1972.

PEGORARO JÚNIOR, Paulo Roberto. *A unidade processual e sua compreensão sistêmica*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Paranaense, Umuarama, 2010.

PEREIRA NETO, Rivaldo. *Poderes oficiosos em matéria probatória e a imparcialmente judicial*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.

PIGEAU, Eustache-Nicolas. *Commentaire sur le Code de Procédure Civile*, vol. II. Paris: Beière, 1827.

PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*, vol. 01. Milão: Cisalpino-Goliardica, 1973.

PIZZI, William; MONTAGNA, Mariangela. *The battle to establish na adversarial trial system in Italy*. Em: Michigan journal of international law, vol. 25. Ann Arbor: University of Michigan press, 2004.

POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*. Em: Annual Report of the American Bar Association, vol. 29, pt. 01. Washington: ABA, 1906.

PRADEL Jean. *L'instrucion préparatoire*. Paris: Éditions cujas, 1991.

PRADEL, Jean. *Procédure pénale*. Paris: Éditions cujas, 1995.

PRADO, Luis Regis. *Tratado de direito penal brasileiro – parte geral*, vol. I. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Temis, 2008.

REUTER, Cristiana Valentini. *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*. Pádua: Cedam, 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Strafrecht – allgemeiner teil*, band I. Munique: Beck, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2003.

SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Lerner, 2006.

SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale: dall'ordalia all'inquisizione*. Catanzaro: Rubbettino, 1999.

SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: 1996.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. *Por uma teoria do direito processual penal: organização sistêmica*. Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto; BARROS, Flaviane de Magalhães. *A legitimação para agir e a participação da vítima nos processos penais brasileiro e português: uma análise comparativa a partir dos recentes movimentos de reformas*. Em: Revista Pensar, vol. 17, n.º 02. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2012.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Magalhães, 1937.

STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Em: Revista Ajuris, vol. 32, n.º 97. Porto Alegre: Ajuris, 2018.

SUNDERLAND, Edson. *The problem of appellate review*. Em: Texas Law Review, vol. 126, n.º 05. Austin: University of Texas School of Law, 1927.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro, Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996.

TRAYNOR, Robert. *The riddle of harmless error*. Em: Ohio State University Press, vol. 03. Columbus: Ohio State University, 1970.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de Independência*. Ribeirão Preto: Migalhas de peso, 2022.

VLOGGER, Richard. *A world view of criminal justice*. Nova York: Routledge, 2016.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* – vol. II. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* – vol. I. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus n.º 121.907/AM*, 2014.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus n.º 22.599/SC*, 2023.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *ação direta de inconstitucionalidade n.º 6.305/DF*, 2023.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *ação direta de inconstitucionalidade n.º 7.447/PA*, 2023.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *recurso extraordinário n.º 635.659/SP*, pendente de julgamento.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 779*, 2021.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 1.107*, 2024.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 442*, pendente de julgamento.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus n.º 164.493/PR*, 2021.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus n.º 22.599/SC*, 2023.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *recurso em habeas corpus n.º 67.730/PE*, 2016.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *recurso em habeas corpus n.º 98.318/SP*, 2018.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *agravo regimental no recurso especial n.º 1.565.008/RS*, 2018.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial n.º 1.709.692/SC*, 2020.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *agravo regimental no habeas corpus n.º 798.225/RS*, 2023.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *agravo regimental no recurso em habeas corpus n.º 124.024/PR*, 2020.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *recurso especial n.º 1.825.622/SP*, 2020.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *agravo regimental no recurso em mandado de segurança n.º 54.038/RS*, 2020.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *agravo regimental no habeas corpus n.º 505.524/RJ*, 2021.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *agravo regimental nos embargos de declaração na petição n.º 13.974/DF*, 2022.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *agravo regimental nos embargos de declaração na petição n.º 13.974/DF*, 2022.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *recurso especial n.º 1.946.472/PR*, 2023.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, *habeas corpus n.º 812.310/RJ*, 2023.

Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *apelação criminal n.º 70.017.803.743*, 2007.

Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *apelação criminal n.º 70.011.192.911*, 2007.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *People v. St. Chair*, 1880.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *People v. Vice*, 1863.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *Kotteakos v. United States*, 1946.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *Griffin v. California*, 1965.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *Chapman v. California*, 1967.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *Alabama v. White* (1990).

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *United States v. Casoni*, 1991.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *Arizona v. Fulminante*, 1991.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *United States v. Olano*, 1993.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *Sullivan v. Louisiana*, 1993.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *United States v. Madden*, 1994.

Estados Unidos da América, US Supreme Court, *United States v. Crosby*, 1996.
Estados Unidos da América, US Supreme Court, *United States v. Gonzalez-Lopez*, 2006
Estados Unidos da América, US Supreme Court, *United States v. Davila*, 2013.
Estados Unidos da América, US Supreme Court, *Weaver v. Massachusetts*, 2017.
França, Chambre Criminelle, Cour de cassation, *n° de pourvoi 19-32.380*, 2019.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

Bahia (Brasil), *Código de Processo*, 1915.
Brasil, *Código de Processo Criminal*, 1832.
Brasil, *Código Comarcial*, 1850.
Brasil, *Decreto-Lei n.º 167 (“Lei do Júri”)*, 1938.
Brasil, *Código de Processo Civil*, 1939.
Brasil, *Código de Processo Civil*, 1973.
Brasil, *Código de Processo Civil*, 2015.
Brasil, *Código de Processo Penal*, 1941.
Brasil, *Lei n.º 9.099 (“Juizados Especiais Criminais”)*, 1995.
Brasil, *Lei n.º 12.850 (“Organizações Criminosas”)*, 2013.
Brasil, *Resolução n.º 243 do Conselho Nacional do Ministério Público*, 2021.
Chile, *Código de Processo Penal*, 2000.
Estados Unidos da América, *Federal Rules of Criminal Procedure*, 1946.
França, *Code de Procédure Civile*, 1806.
França, *Code d’Instruction Criminelle*, 1808.
França, *Code de Procédure Pénale*, 1959.
Genebra (Suíça), *Loi de la Procédure Civile du Canton de Genève*, 1819.
Itália, *Codice di Procedura Penale*, 1865.
Itália, *Codice di Procedura Penale*, 1930.
Itália, *Codice di Procedura Penale*, 1988.

Minas Gerais (Brasil), *Código de Processo Penal*, 1926.

Portugal, *Código de Processo Penal*, 1929.

Portugal, *Código de Processo Penal*, 1987.

Rio Grande do Sul (Brasil), *Código de Processo Penal*, 1898.