

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ANTONIO CARLOS TOVO LOUREIRO

NULIDADES E LIMITAÇÃO DO PODER DE PUNIR: ANÁLISE DE DISCURSO DE
ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Porto Alegre
2008

ANTONIO CARLOS TOVO LOUREIRO

NULIDADES E LIMITAÇÃO DO PODER DE PUNIR: ANÁLISE DE DISCURSO DE
ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-
Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

Porto Alegre
2008

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L892n Loureiro, Antonio Carlos Tovo
Nulidade e limitação do poder de punir : análise de
discurso de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do
Sul / Antonio Carlos Tovo Loureiro. – Porto Alegre, 2008.
113 f.

Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito,
PUCRS
Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

1. Direito Processual Penal. 2. Sistema Inquisitório.
3. Nulidade (Direito Processual Penal). 4. Criminologia.
5. Formalismo Judicial. I. Carvalho, Salo de. II. Título.

CDD 341.5

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

RESUMO

Esta dissertação consiste em um estudo interdisciplinar acerca do sistema de nulidades no processo penal brasileiro e de suas repercussões no que tange às garantias dos acusados. O trabalho é construído a partir de uma crítica à cultura jurídica preponderante nos tribunais, que se notabiliza pelo formalismo judicial e por traços inquisitórios em sua prática. De maneira a aprofundar o corte interdisciplinar, buscou-se confrontar as teorias de base com uma investigação de campo, por intermédio de colheita de decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Os dados obtidos demonstram uma relativa correspondência das hipóteses teóricas com os casos examinados, o que indica que existe uma mentalidade hegemônica no poder Judiciário que é relutante em adotar em seus posicionamentos a axiologia imposta pela Constituição da República de 1988. Tal relutância reflete-se em um aumento do impacto punitivo do sistema penal, que não observa as próprias balizas normativas que o conformam. O trabalho contempla ainda um momento propositivo, no qual é sugerida uma ruptura paradigmática na teoria de nulidades, com vistas a proporcionar a superação do modelo vigente.

Em função da abordagem realizada, o trabalho insere-se na Área de Concentração Sistema Penal Violência do Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, amoldando-se à Linha de Pesquisa Criminologia e Controle Social.

Palavras-chave: nulidades processuais penais - formalismo judicial - sistema inquisitorial - processo penal - criminologia

ABSTRACT

This paper consists in an interdisciplinary study about the nullities system in Brazilian criminal procedure and its consequences to the defendants' guarantees. This work is built based on a criticism on the juridical culture of courts of Law, which is marked by the judicial formalism and inquisitorial traces in their practices. Towards the interdisciplinary perspective, the basis theories were confronted with the empirical investigation, throughout gathering judicial decisions of Rio Grande do Sul State Court of Law. The obtained data demonstrates certain correspondence between the theoretical hypothesis with the evaluated cases, what indicates the existence of an hegemonical mentality in the Judiciary, reluctant to incorporate in its understandings the axiology dictated by the Republic Constitution of 1988. This resistance results in an increase of the punitive system impact, which doesn't respect the normative limitations that provides its own legitimation. This paper also contemplates a propitious moment, in which is suggested a paradigmatic rupture in the nullities theory, aspiring to superate the existent model.

In regard to the developed approach, the work is inserted in the Concentration Area of Criminal System and Violence of the Criminal Sciences Masters Program of the Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, belonging to the Research Line of Criminology and Social Control.

Keywords: criminal procedure nullities – judicial formalism – inquisitorial system – criminal procedure - criminology

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O CALDO DE CULTURA JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES COM A PRÁXIS DO SISTEMA DE NULIDADES.....	13
1.1. Considerações preliminares.....	13
1.2. Considerações acerca das idéias que conformam a prática judicial brasileira.....	14
1.2.1. A não-superação do inquisitório.....	14
1.2.2. Do paleoinquisitório ao inquisitório reformado: a repotencialização do sistema.....	16
1.2.3. A mise-en-scène de Napoleão: a repotencialização do inquisitório.....	19
1.2.4. O terceiro desdobramento do inquisitório: a pretensa constitucionalização do processo penal brasileiro.....	22
1.3. Formalismo judicial e sua utilidade política.....	25
1.4. A totalização distorciva da teoria geral do processo.....	31
1.5. A teoria unitária e suas variantes.....	33
1.5.1. Tipicidade processual.....	34
1.5.2. Taxatividade.....	35
1.5.3. Pluralidade de termos descrevendo a matéria.....	37
1.5.4. Imprecisão sobre o conceito de nulidade e nulidade como sanção do ato imperfeito.....	37
1.5.5. Nulidade da forma processual como nulidade do ato jurídico.....	39
1.6. Fundamentos para uma ruptura com a teoria tradicional de nulidades.....	40
2. VERIFICAÇÃO EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DE NULIDADES NO SISTEMA JUDICIAL.....	43
2.1. Da hipótese à pesquisa de campo.....	43
2.2. Detalhamento técnico da pesquisa de campo.....	44
2.3. Análise preliminar dos dados obtidos.....	46
2.4. Densificação da análise: discursos e tipologias produzidas.....	53
2.4.1. Espécies de nulidades argüidas e suas classificação.....	53
2.4.2. Argumentos das decisões judiciais sobre as invocações de nulidade.....	59
2.5. Considerações a partir da pesquisa quantitativa.....	66
2.6. Pesquisa qualitativa: casos-paradigma.....	68
2.6.1. O legalismo formalista: o caso da absolvição antecipada.....	69
2.6.2. A primazia da lei ordinária sobre preceitos constitucionais: ausência de Defensor no interrogatório.....	72
2.6.3. O viés desregulador do formalismo: o menosprezo de fórmulas estabelecidas.....	75
2.6.4. Os pretextos argumentativos na questão do prejuízo.....	77
2.6.5. A patologia do sistema.....	79

2.7. Encaminhamentos da pesquisa empírica	80
3. ELEMENTOS PARA UMA NOVA TEORIA DE NULIDADES	81
3.1. Rompendo com a teoria unitária.....	82
3.2. A teoria garantista das nulidades: funções da forma processual	84
3.3. Espécies de vícios: das irregularidades insignificantes aos defeitos substanciais.....	88
3.4. Espécies de respostas aos atos defeituosos: saneamento, convalidação, preclusão e nulidade	91
3.4.1. O saneamento	91
3.4.2. A convalidação: superando a distinção entre nulidades absolutas e relativas....	94
3.4.3. A preclusão	97
3.4.4. A nulidade	99
3.5. A tripartição das formas processuais	101
3.5.1. A proteção do sistema de garantias	101
3.5.2. A proteção do acusado e a controversa questão do prejuízo na jurisprudência no sistema brasileiro: inversão do ônus probatório	102
3.5.3. A função das formas processuais como reguladoras do acusador estatal.....	105
3.5.4. Formas processuais e a tutela judicial da vítima	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108

INTRODUÇÃO

O objeto desta pesquisa centra-se na teoria das nulidades no processo penal brasileiro, sob o prisma de sua repercussão no poder de punir. O problema que move a investigação é a fustigação de garantias do imputado decorrente da aplicação do modelo de nulidades vigente.

É opinião corrente de alguns autores que um dos maiores entraves ao incremento de acusatoriedade do sistema processual brasileiro consiste no defasado sistema de nulidades, que permite que atos processuais em desconformidade com as balizas constitucionais e legais surtam efeitos como se válidos fossem.

O campo das nulidades processuais está vinculado a uma verificação da conformidade do ato processual com o ordenamento jurídico adotado. Se um ato extrapola os limites impostos pelo arcabouço normativo que o sedimenta, este deve ter seus efeitos coibidos. Aproximando-se o tema da visão de Carnelutti de processo como jogo, se o movimento de um jogador violou as regras do jogo, este deve ser refeito ou anulado, mas não pode ser aceito como um ato regular. Caso contrário, se o processo penal não se pauta pelas normas nas quais ele próprio se funda, aos poucos sua legitimidade se esvaziará até alcançar o estágio de puro exercício de poder abusivo.

Dentre as densificações teóricas desenvolvidas no trabalho, a análise do ideário aqui denominado *formalismo judicial* na prática dos tribunais brasileiros possui papel central. A linha de argumento do trabalho é desdobrada a partir do formalismo como referencial dos magistrados brasileiros e que conseqüências tal pensamento encetarão na consolidação do sistema de nulidades. Além do formalismo, também a crítica ao modelo inquisitorial consiste em um esteio da dissertação. A sustentação teórica do trabalho está, portanto, no mapeamento

destas e outras ideologias que se plasnam no caldo cultural dos magistrados, ocultando-se sob o aparentemente insípido discurso técnico da forma processual.

Com efeito, uma das hipóteses do trabalho é que o formalismo judicial possui dois eixos: por um lado é obtuso e radicalmente legalista quanto às violações formais e por outro flexibiliza as regras conforme suas conveniências. Aliado aos argumentos oriundos da técnica processual, a forma processual se transforma em um dos instrumentos mais eficazes para o açodamento de garantias dos acusados. Neste sentido, a exigência de demonstração de prejuízo derivado do defeito pela Defesa consiste em artifício retórico de que muitas decisões lançam mão, porquanto transparece uma aparente neutralidade tecnicista, na verdade imbuído da mentalidade de exacerbar o zelo pela forma processual para aumentar o exercício nocivo de poder.

Com o intuito de traçar os paralelos entre o caldo de cultura judicial e suas conseqüências na rotina forense, optou-se por ir além de mera revisão bibliográfica - vício do jurista – e buscar na pesquisa de campo elementos que viessem a confirmar ou ilidir as premissas da dissertação. Possibilitou-se assim um choque transdisciplinar na investigação, imprescindível à pesquisa sob uma ótica da complexidade, portanto escapando-se das limitações apresentadas pela dogmática processual penal. Adota-se pois uma perspectiva criminológica para estudar o modelo de nulidades, com um viés forte na sociologia jurídica para promover o corte interdisciplinar pelo qual demanda um exame que não se pretenda raso.

Para o levantamento de acórdãos pretendido, a técnica de pesquisa consistiu em procurar o Setor de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o propósito de corrigir eventuais imperfeições que a consulta de jurisprudência via internet pudesse apresentar. Neste ponto é oportuno salientar a facilidade de acesso do serviço de consulta de que o Tribunal dispõe, que é aberto ao público e do qual resulta um levantamento da matéria bastante acurado. O parâmetro buscado foi *nulidade e processo penal*, para evitar que surgissem casos de nulidades em ações cíveis e foi estipulado um intervalo temporal aleatório, de 02 de fevereiro de 2004 a 28 de setembro de 2006. Estabelecidos estes marcos foram localizados 425 acórdãos de todas as Câmaras Criminais do Tribunal. A colheita de dados não incluiu acórdãos proferidos pelas Turmas Recursais Criminais dos Juizados Especiais Criminais.

Os julgados colhidos foram analisados sob diversos quesitos, por exemplo o sujeito processual que suscitou a nulidade, se a nulidade foi declarada ou não, qual o objeto da suscitação, o argumento no qual apoiou-se a decisão etc. A opção pela mera revisão de bibliografia em nada contribuiria com a oxigenação de que carece a temática. Isto se afastaria do escopo de uma investigação científica com um viés transdisciplinar; tolher o presente trabalho da investigação empírica acabaria por resultar na produção de mais um texto teórico em uma matéria já tão repisada. Com a acuidade que lhe é peculiar, assevera Timm de Souza:

Não dispomos, em termos **filosóficos, de “absolutos” aos quais nos agarrarmos, aos quais nos referirmos; a época contemporânea se caracteriza, exatamente, por ser um tempo nas quais faliu a autoridade dos absolutos. Temos de conviver com o parcial, o precário, o relativo, as diversas perspectivas. Somos continuamente chamados a conviver e a lidar com o Outro**, que nos traz seu mundo de referências, sua linguagem, suas referências muitas vezes completamente diferentes das nossas, seus desejos e expectativas. É necessário que assumamos posições próprias, para que as posições dos outros possam ser compreendidas. *Não falamos todos do mesmo lugar*: eis um dado fundamental da contemporaneidade.¹
(sem grifos no original)

Passada as análises e considerações sobre a pesquisa empírica, o trabalho possui um momento propositivo, no qual se pensa nas vantagens da adoção de uma nova teoria de nulidades, embasada nos ensinamentos de Alberto Binder, autor do qual o encaminhamento do argumento aqui expandido é legatário inexorável. Em se verificando a premissa de que o modelo vigente de nulidades é um maximizador do poder punitivo, incompatível com um modelo constitucionalizado de processo, não há alternativa senão uma ruptura real com o ideário que orienta a prática judicial. Destarte a proposição inspirada em Binder tentará ressignificar a forma no contexto do processo penal brasileiro.

Esta dissertação está vinculada à Linha de Pesquisa Criminologia e Controle Social, a qual deriva da Área de Concentração Sistema Penal e Violência do Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS. Salienta-se que a investigação amolda-se à Linha de Pesquisa na qual se insere precisamente por transcender à análise dogmática dos institutos processuais penais, ao realizar análise criminológica da práxis judiciária em nulidades e de sua imbricação com o poder punitivo.

¹ TIMM DE SOUZA, Ricardo. *Sobre a construção de sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. 1.ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 15

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de se fazer uma concatenação das idéias expostas, convém sintetizar alguns dos pontos fulcrais que foram ressaltados nesta imbricação *processo penal - criminologia - sociologia jurídica*, que é o cerne deste trabalho. Não é necessário um estudo acadêmico aprofundado para constatar o momento de crise que permeia o processo penal de nosso país. O papel que a defasada teoria de nulidades cumpre nessa crise é um dos pontos-chave para “*represamento dos novos valores no processo penal; obsta o amadurecimento das normas constitucionais e serve de entrave para a solidificação da cultura democrática no processo penal*”².

Não obstante, a crise que pende sobre o processo penal brasileiro possui um aspecto de construção do novo, que é sintetizado perspicazmente por Ricardo Timm de Souza:

“Crise” significa assim, antes, uma situação a respeito da qual uma determinada decisão tem de ser tomada; significa o rompimento com a lógica do passado e o equacionamento e interpretação precisos das condições do presente; significa a possibilidade de discernir os elementos do passado e do presente no sentido da construção do futuro.³

O déficit do sistema de nulidades pode representar a possibilidade de se construir algo que fuja à manutenção e retroalimentação do *status quo*. Em existindo um eixo inquisitorial que ainda permeia a persecução criminal no ocidente, a percepção da falência do modelo pode servir para provocar seu abandono, com a construção de um ordenamento balizado por uma axiologia inovadora, como o sistema de garantias, por exemplo. Nesse aspecto, a crise pode ter conseqüências positivas.

² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 757.

³ TIMM DE SOUZA, Ricardo. *Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 30.

No entanto, não se postula que simples reforma legislativa seja suficiente para operar a superação do modelo posto. A reforma do sistema de nulidades seria inócua se não fosse acompanhada por uma profunda mudança do ideário que orienta os aplicadores. A Constituição da República de 88 é exemplo concreto de que normas de vanguarda desacompanhadas de aplicadores comprometidos com seu escopo não são suficientes para a efetivação de direitos e garantias. Conforme se buscou demonstrar, a tradição jurídica que sedimenta a prática dos magistrados brasileiros não se desarraigou do formalismo judicial, tampouco de uma lógica inquisitiva.

A pesquisa empírica pretendeu delinear estes contornos ideológicos e as conseqüências concretas destas viradas discursivas. A maneira mais adequada de retratar os entraves epistemológicos da teoria vigente é procurar seus reflexos práticos, ainda que obscurecidos por uma suposta assepsia técnica. O encastelamento do jurista em seu limbo teórico favorece a profusão de trabalhos acadêmicos que não possuem como horizonte a aplicação prática dos conceitos e categorias produzidos.

Assim, não se vislumbra outra maneira de superação do modelo unitário de nulidades deve ser produzida de maneira decisiva, com o abandono da epistemologia judicial vigente. Esta ruptura possui o objetivo de desarraigar o modelo de reparação de atos processuais de seu caldo cultural, para semear as bases de um sistema efetivamente renovado, calcado em uma ótica constitucionalizada de processo penal.

Não é por outro motivo a escolha de Binder como ponto de partida. Entre os variados autores que tratam do tema, o argentino é o mais ousado, pois rechaça os conceitos mais comezinhos em nulidades, repensando-os um a um. Sua proposta, ainda que abra espaço para certas críticas, possui o valor de ultrapassar as conclusões da dogmática dominante. Seu conciso ensaio, tantas vezes referido nesta dissertação, é um marco de iconoclastia e deve ser enfrentado por quem pretenda debruçar-se sobre este objeto de pesquisa.

Com efeito, não seria condizente com as teorias que norteiam a sistematização desta investigação a pretensão de esgotamento do tema. A fundamentação axiológica adotada, as análises realizadas sobre os dados colhidos na pesquisa de campo e o esboço de proposição que encerra a dissertação não possuem o escopo de fornecer uma resposta peremptória sobre

um tema tão complexo. O local de fala tomado como pressuposto é o da ciência de que não existe resposta única e inequívoca para os problemas que instaram a pesquisa.

Espera-se que esta dissertação possa contribuir de alguma forma para estimular os debates que se produzem na intrincada temática das nulidades processuais penais. Pensa-se que é na pesquisa acadêmica que pode se abrir uma via de ventilação que possa romper com o obscurantismo punitivo.