

O CONTROLE DE NULIDADES NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR COM JUSTIÇA NEGOCIAL

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA¹

1. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR É O NOVO PALCO DA CULPA

Caminhamos a passos largos para a adoção do modelo negociado de adjudicação de penas no qual a arena principal se desloca para fase preliminar de investigação². O processo penal ensinado nas Faculdades de Direito, consistente em investigação preliminar, denúncia/queixa, citação, defesa preliminar, instrução probatória, alegações finais (já dispensada ilegalmente por alguns) e decisão, é coisa do passado. A onda do momento é a sanção consensuada. A novidade trazida do ambiente anglo-saxão é econômica e reduz o tempo entre a conduta criminalizada e a intervenção Estatal, já que o investigado passa a cumprir a pena imediatamente, além de excluir todos os custos do aparato judicial. O mais importante, todavia, é que a barganha promove

1 Doutor em Direito (UFPR), Juiz de Direito (TJSC) e Professor Universitário (UNIVALI e UFSC). Email: alexandremoraisdarosa@gmail.com

2 ANSELMO, Marcio. É preciso discutir o inquérito policial sem preconceitos e rancores. Consultar: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-07/academia-policia-preciso-discutir-inquerito-policial-preconceitos-rancores#sdfootnote4sym> ; QUEIROZ, David. A permeabilidade do processo penal. Empório do Direito. Florianópolis. 2017. p. 19; MACHADO, Leonardo Marcondes. O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policia-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual> : “De fato, não se pode subestimar a importância das preliminares. Cada vez mais têm ficado evidente, na sistemática dos jogos, os efeitos determinantes da partida prévia sobre o jogo principal. A investigação preliminar, por muito tempo relegada a segundo plano pela doutrina e pelos atores processuais, funciona, em muitos casos, como verdadeiro local de resultado. O placar (antecipado) tem sido constantemente definido na investigação, apesar de toda a válida crítica doutrinária a esse respeito”; GOMES SILVA, Márcio Alberto. Inquérito Policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual. Campinas: Millennium, 2016.

verdadeiro giro no *standard* probatório, a saber, o controle jurisdicional em face dos abusos e excessos passa a ser contingente e potencial. Isso porque o modo de obtenção de acordos sobre a culpa e pena é de outra ordem. O dispositivo da barganha exclui, em princípio, o controle jurisdicional das provas de acusação, já que a validade das cartas probatórias somente aconteceria se o processo penal fosse instaurado: a arena da culpa se dá antes do processo penal³. Daí que o risco sobre o conteúdo probatório deve ser considerado e, assim, mesmo uma prova tendencialmente ilícita, deve ser levado em conta pelos jogadores na contabilidade da barganha. O palco principal deixa de ser a instrução judicial e se transfere para a investigação preliminar⁴.

A prática investigativa no Brasil acontece com redes de informantes informais que recebem alguma proteção policial – eventual ou ostensiva – sem que tenhamos regras claras de como isso acontece. É uma realidade no ambiente policial a boa convivência de policiais com informantes que contam o que se passa na região, avisam sobre crimes e condutas, sem que jamais apareçam oficialmente. Podem ser desde egressos do sistema prisional que deixam de ser perseguidos, até gente comum que se satisfaz

3 QUEIROZ, David. A permeabilidade do processo penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 141: “Pela comodidade de se produzir ‘provas’ na fase inquisitiva, o comum é que o órgão acusador parasite o inquérito policial, pouco acrescentando, na fase judicial, àquilo que foi produzido pela polícia. As provas produzidas em contraditório judicial, que deveriam ser a espinha dorsal do processo, acabam se tornando coadjuvantes na formação da convicção do julgador, convertendo o processo em uma mera repetição ou encenação da primeira fase”.

4 FELIX, Yuri; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Novas tecnologias de prova no processo penal: o DNA na delação premiada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 171: “O protagonismo da investigação preliminar é uma antecipação da partida processual no regime em que aceita a colaboração/delação premiada, dado que será estabelecida a negociação a partir do que estiver produzido e/ou indicado durante a apuração. Não haverá, necessariamente, juízo de renovação e valoração da prova, razão pela qual, a importância de que se tenha autoridades públicas munidas de garantias constitucionais. O desafio se renova, tanto no processo do cotidiano, quanto no processo de organizações criminosas. São novos tempos, novas coordenadas e muitas dúvidas de como se deve comportar diante de um processo em que o consenso passa a ser a matriz de pensamento”.

em manter a política da boa vizinhança com a polícia. Os limites do relacionamento, contudo, não são bem claros e, não raro, são toleradas “pequenas infrações” em nome do auxílio que trazem aos policiais. Tudo isso acontece à margem da legalidade, muitas vezes esquentadas como se fossem “denúncias anônimas”, em que o policial é obrigado a mentir (e cometer crime em juízo, ao omitir a verdade, nos termos do art. 342, do CP). Mas tudo isso é tolerado em nome dos resultados positivos da prática informal. Alguns chegam a ser tratados como “bandidos bonzinhos” que, não obstante praticarem atos ilegais, cooperam em algo maior. A questão é que esses mesmos informantes podem, quem sabe, gravar ou mesmo “armar” para esses policiais incautos que agem à margem da legalidade, passando, com suas condutas amistosas, no fundo, a controlar os agentes que deveriam ser da lei⁵. Pode não se tratar de agentes da lei operando criminosos bonzinhos, mas de criminosos operando policiais tolinhos. Guardam o material produzido para depois, no ambiente da delação, entregar um delicioso policial incauto às garras da Justiça⁶.

O sucesso da investigação dependerá, assim, da capacidade de organizar, direcionar e de agir estrategicamente do condutor da operação. Conjunção corriqueira do acaso para uns e o

5 Vale conferir o livro e filme homônimo: LEHR, Dick; O’ NEILL, Gerard. Aliança do crime. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 258: “Você nunca pode ter o mandachuva como informante – disse ele a certa altura, com a voz alterada pela raiva. – Você tem o mandachuva, ele está dando as cartas, daí põe você no bolso. Ele põe você no bolso. (...) – O FBI está sendo comprometido. Isso é que me deixa puto da vida. Quer dizer, o FBI está sendo usado. – A raiz do problema, disse Fitzpatrick, se resumia à sedução mais básica que qualquer responsável por um informante no FBI tinha com seu contato de longa data. Segundo ele, Connolly havia muito antes ‘se identificado em excesso com o cara que deveria estar monitorando, e o cara tomou conta dele’. O agente ‘virou nativo’, afirmou o investigador”.

6 TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Trad. Sérgio Fernando Moro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007, p. 76: “Não se deve falar com informantes sobre assuntos relacionados a casos sensíveis, e que criminosos estão tão propensos a depor para você assim como estão dispostos a testemunhar contra você; tudo depende onde eles vêem a melhor manteiga para o seu pão”.

destino para outros, em que as coisas fazem sentido, muito pela dedicação e intuição de investigadores que continuam apostando em jogos aparentemente perdidos. Alguns investigadores tem a capacidade diferenciada de vincular e ligar fragmentos soltos, com certa dose de sorte. Saber antecipar as ações dos investigados e os mecanismos de desquite dos alvos, promove o ânimo de agentes da lei. De qualquer forma, contudo, a capacidade tático-estratégica dos agentes da lei responsáveis pela investigação será decisiva na produção de cartas investigatórias capazes de municiar negociadores na negociação para delação.

O que pretendo, no capítulo que segue é responder ao lugar, função, requisitos, consequências e custo/benefício do instituto da delação/colaboração premiada no Brasil, tendo em vista o intercâmbio de tradições (*common law* e *civil law*) na via da teoria dos jogos. Isso porque acolho a premissa de que a delação/colaboração premiada pode ser lida pela Economia, fixando-se os limites e possibilidades do Mercado da delação/colaboração premiada⁷.

2. NULIDADES E RESERVA DE JURISDIÇÃO

A temática das nulidades depende muito de quem são os jogadores, do modo como compreendem a formação dos atos processuais e do manejo retórico das heurísticas e dos vieses cognitivos⁸, isso porque a manipulação das premissas, especialmente pelo deslocamento matreiro para a ausência de prejuízo, pode roubar a cena. Precisaremos, assim, a partir da noção de *doping*, redescobrir os sentidos do que se denomina como nulidade. Sabe-se que a nulidade das provas depende do manejo argumenta-

7 MORAIS DA ROSA, Alexandre. Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos. Florianópolis: EModara/EMais, 2018.

8 WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara-EMais, 2018.

tivo capaz de seduzir o julgador, já que a declaração da nulidade dependerá fundamentalmente do mapa mental do julgador. Não adianta o jogador entender que a jogada processual ou mesmo o procedimento é nulo, pois se o julgador não “apitar” a falta, por exemplo, dando “vantagem”, o jogo continuará. Quando se trata de eventual nulidade na investigação preliminar, o desafio será como buscar o reconhecimento?

A legitimidade do provimento judicial dependerá do desenrolar correto dos atos e posições subjetivas previstos em lei, ou seja, do *fair play*. E a perfeita observância dos atos e posições subjetivas dos atos antecedentes (subjogos) é condição de possibilidade à validade dos subsequentes. Logo, a mácula procedimental ocorrida no início do processo – do jogo – contamina os demais, os quais, para sua validade, precisam guardar referência com os anteriores⁹. O ato praticado em desconformidade com a estrutura do procedimento é inservível à finalidade a que se destina¹⁰. A decisão final, preparada pelo procedimento, em contraditório¹¹, também se constitui como parte desse, ou melhor,

9 STF, EDcl HC 126.845 (Min. Teori Zavaski): “Concedida a ordem para anular julgamento do recurso especial no STJ, que havia confirmado sentença de pronúncia, cumpre aclarar que os atos processuais subsequentes ao acórdão viciado se tornaram, por consequência, insubsistentes, incluindo a Sessão do Júri”.

10 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 764: “Além da tendência ao amorfismo (ilegalidade congênita) o processo inquisitório possui como elementos acessórios: a) um fundo de crença; b) um princípio de pretensa neutralidade do julgador; c) a indistinção entre as funções de acusar e julgar; d) a transposição de limites na busca pela verdade real (algo por decerto inacessível), legitimando inclusive o uso da tortura; e) uma concepção ontológica do delito (pune-se alguém por aquilo que ele é); f) uma cultura do arrependimento somada a um processo marcado pelo decisionismo”; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Introdução ao Direito Processual Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 76.

11 FIORATTO, Débora Carvalho. Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição. Belo Horizonte: DePlácido, 2013, p. 144: “Não mais se admite um processo com a prevalência de atuação do juiz, nem com a prevalência de atuação das partes: superada a concepção do processo como relação jurídica entre as partes e o juiz, em que uma parte tem o dever de sujeição e a outra o direito de impor essa sujeição em decorrência do direito subjetivo, e também superada a concepção da instrumentalidade do processo, que acredita nos ‘super-poderes’ intuitivos

sua parte final (incluídas as alegações finais), em que acontece o julgamento do jogo processual. Mas quando se trata de Justiça Consensual, não há processo penal, mas sim homologação.

A doutrina diferencia a mera irregularidade (sem violação do conteúdo do ato) da inexistência (por ausência de requisito de sua validade – alegações finais por não advogado ou sentença por não juiz¹²), da nulidade relativa e da nulidade absoluta. Em relação a essa distinção, com Lopes Jr, pode-se afirmar a insuficiência das categorias e, a partir do processo como procedimento em contraditório, bem assim da reserva de Jurisdição, só há nulidade por decisão judicial.

Entretanto, o regime de nulidades do CPP (arts. 563-573), além de ultrapassado, é confuso¹³. Adota a compreensão mito-

do juiz (super-parte), o processo como garantia constitucional deve assegurar a comparticipação dos sujeitos processuais. O juiz tem o dever de oportunizar e garantir o contraditório e as partes têm o direito ao contraditório, ou seja, de participar em simetria de paridade no processo, de forma a influir na decisão, a qual, por sua vez, não pode constituir uma surpresa para as partes”.

12 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 765: “A anulabilidade e a inexistência dos atos processuais são categorias logicamente inadaptáveis ao processo penal contemporâneo: a primeira por sua conformação civilística; a segunda, pela cessação da razão histórica de sua fabricação doutrinária (taxatividade e supressão das nulidades absolutas)”.

13 PAULA, Leonardo Costa. *As nulidades no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013; BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; LOUREIRO, Antonio Tovo. *Nulidades & Limitação do Poder de Punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012; PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*: São Paulo: Atlas, 2013; FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição*. Belo Horizonte: DePlácido, 2013; PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 2002; CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; DALLÁGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1989; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Coli, 2009.

lógica da verdade substancial (CPP, art. 566 – 4.4.), mantém dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (art. 564, III, “a”, “b”, “c”, III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo – *pas nullité sans grief*¹⁴ (CPP, art. 563). Assim é que, superada a distinção arbitrária e sem sentido entre nulidade relativa e absoluta, todas as hipóteses de violação ao devido processo legal substancial (3.1.) devem ser declaradas nulas¹⁵, manejando-se a noção de *doping*, ressalvado o *venire contra factum proprium*.

Realinhar as regras *standard* do jogo processual e da investigação preliminar é reconhecer que se precisa de juiz para garantir as normas do próprio jogo. A noção de *doping* pode ser útil para se pensar a superação da teoria das nulidades prevalecente, apontando que a fraude é novo conceito, não mais em hipóteses expressas, mas para se entender o *autodoping* e o *heterodoping*, renovando e ampliando as hipóteses de acolhimento em face de violação do devido processo legal substancial. A teoria das nulidades, articulada pelo senso comum teórico, não consegue entender que o desenrolar do jogo processual prevalece sobre o resultado. Mesmo com uma vitória processual, no fundo, o que há é fraude. Daí que se aponta a metáfora do *doping* como novo significante a ser, quem sabe, aprofundado e empregado na compreensão democrática de devido processo legal substancial, lido conforme a Teoria dos Jogos e *fair play*.

14 FIORATTO, Débora Carvalho. Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição. Belo Horizonte: DePlácido, 2013, p. 145: “As nulidades processuais como forma de controle da conformidade do ato ao modelo constitucional de processo não admitem a distinção em nulidade absoluta e nulidade relativa, já que não existe ato relativamente desconforme ao modelo constitucional de processo (...)”. Não existe nenhum critério distintivo entre nulidades absolutas e relativas. O ato que for processualmente reconhecido como nulo deve ser refeito; logo, os efeitos que se operam serão sempre *ex tunc*. O processo como garantia constitucional não admite que se resguarde interesse privado; portanto, o interesse será sempre de ordem pública”.

15 SOUZA, Alexander Araujo de. O Abuso do Direito no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, 2007; DAMATTA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; BARBOSA, Livia. O jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

Precisamos superar – reitero – os juristas fixados no complexo de *Lance Armstrong*, os quais poderiam até ganhar¹⁶ (e fazer boas ações, lembremos da fundação para tratamento do câncer com seu nome), não fosse a vitória um engodo. Se ganham fraudando, cabe a lembrança de que quem fraudar aceita que o outro também fraude e mais: joga sujo sempre, ainda que com boas intenções. O charlatão que se vale de *doping* ganha, mas vence “roubando” e sabe disso. Não importam as razões consequencialistas, somente o devido processo legal legitima a vitória.

3. NULIDADE É MÁ FORMAÇÃO E NÃO SANÇÃO. MAS SÓ QUANDO O JULGADOR RECONHECE

A armadilha cognitiva de compreender a nulidade como sanção precisa ser superada. A nulidade é o reconhecimento de que no trajeto para formação do ato houve violações ao *fair play*, com a contaminação das garantias estabelecidas pelo Estado para condenação de alguém em uma democracia. Inverte-se, assim, a maneira da abordagem. Não se trata de ponderar se o ato merece ou não ser declarado nulo, e sim de que ele não pode gerar efeitos justamente porque sua formação é inadequada. A nulidade não é uma sanção, nos diz Robles¹⁷, justamente porque o efeito convencional da regra procedimental do *fair play* exclui do âmbito dos efeitos válidos o ato realizado em desconformidade com a regra do jogo.

Entretanto, o crucial para que isso ocorra é a declaração de nulidade. Sem ela, o que se produziu em desconformidade

16 Na Europa o ciclismo movimenta as massas e o Tour de France é acompanhado ao vivo pela mídia. De 1999 em diante sagrou-se campeão por sete vezes – por equipe e no individual. Estava lançada a sorte – e a marca – de um grande desportista, não fossem as vitórias maculadas pela utilização de EPO – eritropoietina –, droga que aumenta a produção de eritrócitos (glóbulos vermelhos do sangue) e melhora a eficiência aeróbica. Armstrong ganhou várias competições até 2012. E a casa caiu.

17 ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 182.

com as regras do jogo, por omissão do juiz condutor do feito, passa a gerar efeitos. O exemplo clássico, no futebol, é o gol de mão de Maradona na Copa do Mundo de 1986, já que ainda que fora das regras do futebol – não vale gol de mão – foi validado¹⁸. Assim é que ganha relevo a existência de juízes cientes do seu papel de garantidores das regras do jogo. Sem o ato declarativo da exclusão, os efeitos das jogadas ilícitas permanecem no ambiente do jogo e geram efeitos. O modo como o juiz “apita” o jogo, “marcando todas as faltas” ou deixando o “jogo correr”, pode mudar o resultado. Como a nulidade somente pode acontecer *ex post* ao ato, o critério da decisão deve ser um só: na sua constituição o ato atendeu as regras do jogo processual? Com a resposta negativa o ato deve ser declarado nulo.

O cumprimento da regra de ação pode se dar dentro ou fora dos limites da regra do jogo processual. O descumprimento da regra processual implica na ausência de requisito de validade e, por via de consequência, da não produção do efeito a que se destinava. Não se trata da análise posterior da sua valoração de conteúdo. Na formação da jogada houve descumprimento de regra constitutiva. Assim é que se as regras procedimentais da formação

18 MORESO, José Juan. La Doctrina Julia Roberts y desacuerdos irrecusables. In: MORESO, José Juan; PRIETO SACHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. Los desacuerdos en el Derecho. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010, p. 49-50: “Ocurre con las reglas de los juegos. Pensemos en el fútbol, en el mundial de 1986, en México, en un de los encuentros de cuartos de final se enfrentaron Argentina e Inglaterra y Argentina se impuso con dos goles de Maradona. Uno fue un gol maravilloso en la ejecución del cual Maradona dejó atrás medio campo; pero ahora nos interesa el otro: un gol que, todos pudimos verlo en las imágenes de televisión, Maradona marcó con la mano y no con la cabeza. Conforme a las reglas de fútbol, una de las condiciones de validez de la jugada de gol en fútbol es que no sea impulsado con la mano, como es sabido en fútbol los jugadores de campo tienen prohibido, y además está sancionado, golpear el balón (voluntariamente) con la mano. Por lo tanto, con arreglo a las reglas del fútbol la jugada de Maradona no era un gol válido. Ahora bien, el fútbol también dispone de otras reglas, de carácter procedimental, que establecen que las decisiones del árbitro sobre la validez de las jugadas es definitiva y de obligatorio cumplimiento. Dado que el árbitro del encuentro de México 1986, señaló la jugada de Maradona como gol, entonces el tanto subió al marcador, Argentina se clasificó, llegó a la final y la ganó”.

válida da ação dos jogadores ou do julgador não são obedecidas, a ação é um nada jurídico e, portanto, descabe discutir a ausência de prejuízo. A noção de prejuízo somente se sustenta para validação de ações processuais ilegais, como se pudesse validar os efeitos das ações realizadas com jogo sujo. Os efeitos das jogadas ilegais não encontram respaldo democrático justamente porque seu processo de formação está viciado pelo descumprimento das formas legais e, com isso, podem ser algo no mundo da vida processual, mas de nenhuma qualificação jurídica válida.

A teoria da ausência de prejuízo (CPP, art. 563) prende-se a uma noção civilista de aproveitamento de atos que é incompatível com o processo considerado como garantia do acusado em face do Poder Estatal, além de guardar inspiração inquisitória, já que o procedimento democrático, nesse contexto, deve atender às finalidades. Pode-se dizer que a teoria das nulidades segue orientação cristã de vinculação à finalidade. Em última instância, significa que o Estado estabelece por lei as regras do procedimento. Há descumprimento, mas em nome do resultado, especialmente no caso de provas ilícitas/ilegítimas, o juiz se demite do seu papel de garante das próprias regras, validando os efeitos do ato nulo.

Portanto, não pode ser vista como uma sanção ao jogador, mas sim como uma falta que retira os efeitos das consequências do ato em desconformidade com as regras do procedimento. Se as regras do jogo podem ser desconsideradas em nome do resultado, qual o sentido delas? Nenhum. Se o jogador, mesmo ciente da ilicitude, vai adiante no ato irregular por saber que os efeitos podem seduzir o julgador, não se pode mais falar, nem mesmo de processo penal, mas sim de jogo cínico. Contorna-se o descumprimento das regras procedimentais porque no jogo não há mais juiz, mas sim coadjuvante dos jogadores, diretamente: um juiz comprado pelas recompensas não republicanas. Em uma afirmação: o juiz só apita para um lado e, portanto, não existe jogada fora da lei.

4. NULIDADES E PREJUÍZO: ABSOLUTAS E RELATIVAS

A temática das nulidades é campo sedutor e demandaria uma profundidade incompatível com os limites estabelecidos para o livro, partindo-se, todavia, do pressuposto equivocado de que se trata de sanção e não má-formação do ato. Mesmo assim, cabe sublinhar que existem divergências teóricas sobre a noção de nulidade, nomenclatura, abordagem, planos de eficácia, etc. Ainda, foi uma teoria construída fora do processo penal e há dificuldades de acoplamento com as especificidades de caráter público do novo processo penal (CR/88), já que trata de liberdades. Isso porque a construção da teoria de nulidades se deu no campo civilista-liberal, em que o protagonismo da vontade das partes prevalece. Isso redundava em equívocos quando se trata de sua passagem para aplicação na lógica de um mecanismo democrático de imposição de penas, mesmo havendo disponibilidade em face de posições processuais, principalmente diante da nova noção das regras como sendo *standards* ou privilégios: um estatuto próprio é preciso. A leitura que comumente se faz à regra do artigo 563 do Código rebaixa a formalidade processual a mero adereço, na linha civilista, tendo a formalidade, entretanto, um caráter de garantia. A transformação de qualquer nulidade em relativa, diante do atingimento de suas finalidades, faz com que, no fundo, não se tenha regra, nem balizas, tampouco limites para o exercício do poder.

É fundamental ressaltar a importância da matéria das nulidades. Isso porque a defesa, que luta contra o peso completo do aparato estatal em face do acusado, trata-se de recurso importantíssimo, num universo onde o aspecto da narrativa preponderante no mapa mental em que operam a maioria dos julgadores e acusadores é o da presunção de culpa – ou seja: não se parte da presunção de que o acusado é inocente; a tese é a de que é culpado e, talvez, no curso do processo se prove o contrário –

eis a operação da vida real. Temos visto que existem caminhos cognitivos (heurísticas e vieses) completamente inconscientes e cravados a pretexto de experiência, em que operam pré-conceitos, preconceitos, no mecanismo da satisfação: “já vi tudo”. Na realidade, essas conclusões com base na narrativa do inquerito e ação penal são fruto da interpretação, e aqui cabe uma reflexão acerca da externalidade negativa dessa operação que julga antecipadamente: o grande número de denúncias inconsistentes, pois não há qualquer custo para a acusação, gerando a litigância criminal frívola da subsunção operada entre os elementos de que se dispõe no caso concreto e na lei.

Portanto, é nas narrativas acusatórias, que são intuitivamente acolhidas (e por conta dessa espécie de “tendência ao certo” é que, justamente, a presunção de inocência é uma garantia necessária)¹⁹ que este inicia perdendo. Da interpretação dos fatos e das provas uma narrativa será fixada na sentença e a assunção de início de uma versão de acusação já constitui em si uma violência, um despojamento simbólico das garantias, porque é modelo de fluxo de trabalho a partir do qual tudo será interpretado, processado – “interpretação legal tem lugar, portanto, num campo de dor e morte”: esse é um prisma que vem a calhar apresentado por Cover²⁰. O ponto que se quer ressaltar é que há numa inversão mental básica da presunção da inocência (é uma presunção de culpa).

Em sentido macro, o que se entende por nulidade é um ato desviante²¹, a saber, é ato processual que não se revestiu dos

19 WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara-EMais, 2018.

20 COVER, Robert M., “Violence and the Word” (1986). Faculty Scholarship Series. Paper 2708. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708.

21 PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 5.

requisitos necessários – na forma de uma omissão ou de uma prática cuja imperfeição varia em graus, daí se ter as nuances chamadas nulidades “absoluta” e “relativa”. Cabe mencionar que a jurisprudência, nessa matéria, é caótica²²: tanto em relação à nomenclatura do que seja mera irregularidade, nulidade relativa, nulidade absoluta ou ato inexistente (polissemia conceitual), quanto em relação à adoção de categorias do processo civil, indevidamente. No entanto²³, é possível entrever que doutrina e jurisprudência atingiram um consenso ao menos em um aspecto: a nulidade ocorrerá quando os fundamentos/razões relevantes para o direito e para o processo forem postos em risco – quando houver vulneração –, e a isso se chamou “prejuízo”. Lembrando o disposto no artigo 563 do CPP: “*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*”. O sentido de “prejuízo”, porém, é que definirá o tom democrático que se dará, ou não. Afinal, aqui, é possível entrever que, com Paschoal, prejuízo haverá quando risco a fundamentos democráticos houver – sua ideia de vulneração. De outro lado, é majoritário o sentido atribuído de um viés mais prejudicial à defesa, o que por si já coloca em xeque a estabilidade desta compreensão: esse viés considera que apenas haverá nulidade se aqueles fundamentos constitucionais forem de fato atacados, não apenas ameaçados, “vulnerados” e essa análise se dá com referência à interação da lei e da vida real.

Na interação no plano do real, pode-se verificar a flexibilização cada vez maior das nulidades absolutas, em viés utilitário-pragmático. Pequenos detalhes que somente muito conhecimento das regras do jogo será capaz de proporcionar a segurança e concisão necessária para, na hora da audiência, a suscitação da nulidade ser cirúrgica – trata-se de uma fina forma

22 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 928.

23 PASCHOAL, Jorge Coutinho. O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 5.

de atuação, em que o comportamento, a interação, portanto, fará toda a diferença na recepção da tese. O primeiro passo, porém, é o domínio tão pleno das regras do jogo (normas, doutrina, jurisprudência) que a suma do que se quer ressaltar venha na hora certa. É preciso cortesia e oportunidade. Afinal, são tantos maus jogadores, ou no sentido da interação, ou do direito, ou ambos, que a regra é a defensiva; daí que se fala de não se atingir suscetibilidades. Decorre disso que não se pode tomar num sentido pejorativo quando se aborde essa circunstância da interação real: o aspecto do ego e da vaidade dos jogadores. É justamente nessa seara que a habilidade da interação eficaz se dá mais no âmbito do gerenciamento emocional do que da inteligência lógico-formal. Essa dimensão relacional, da interação, constitui aspecto fundamental do desempenho do jogador, na linha do que aqui se demonstra – a que a inteligência lógico-formal não socorre (pois são habilidades de planos diferentes), e é, contudo, decisiva para interações de sucesso – pode-se mesmo afirmar que se trata de uma linguagem que se deve dominar, a linguagem da gestão das próprias emoções e das alheias e a habilidade de percorrer esses caminhos, necessários, simultaneamente aos demais planos de interação do momento presente, o do desenrolar da partida.

Num plano democrático, por assim dizer, a vulneração, o risco que correm os fundamentos jurídicos relevantes para o direito material e para o processo, a variar para mais ou para menos, vai definir se se trata de nulidade relativa ou absoluta. Quando a violação macula normas postas em favor do interesse de uma das partes²⁴, estaremos diante de uma nulidade dita relativa, e seu reconhecimento depende da alegação do interessado no prazo de lei; nesses casos, segundo a doutrina clássica, para que a nulidade seja reconhecida, a parte deverá demonstrar prejuízo. Será, contudo, absoluta a nulidade decorrente de vícios

24 PASCHOAL, Jorge Coutinho. O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 6.

que firmam balizas fundamentais do direito ou do processo (regras *standard*) – atinjam o interesse público, de modo que delas se pode conhecer de ofício – a tempo e a destempo: não precluem; o vício é insanável e o prejuízo, presumido, salvo comportamento contraditório da parte (*venire contra factum proprium*). A essa definição, porém, Paschoal²⁵ antepõe:

Uma primeira dificuldade na adoção de todos esses conceitos – particularmente, da dicotomia absoluta/relativa-interesse público/privado – é que o critério utilizado para o reconhecimento da nulidade absoluta, isto é, consistente na violação do interesse público, mostra-se muitíssimo vago. Ademais, é difícil vislumbrar, dentro do direito processual – sobretudo no processo penal – uma norma que proteja, exclusivamente, o interesse de uma das partes. Por isso, seria impróprio falar-se em nulidades relativas no processo penal.

Dado o movimento de precarização na salvaguarda de garantias quanto ao reconhecimento de nulidades, cada vez mais condicionado, mesmo em se tratando de nulidade absoluta, à presença de prejuízo efetivo, dando-se uma leitura precária e pragmática ao artigo 564 do CPP, “*pas de nullité sans grief*” conforme antes desenvolvido (7.1), deve-se, com Paschoal, esmiuçar a conotação de prejuízo:

O próprio prejuízo se mostra um dado genérico e aberto, constituindo um conceito que, do ponto de vista objetivo, se apresenta de difícil apreciação. Afinal, o que é prejuízo? Ele é um dado aferível pela ótica subjetiva das partes, ou não? Se não, quando, objetivamente, haveria prejuízo? Haverá prejuízo quando o vício prejudicar a busca da verdade e a administração da justiça? Quem diz que, na hipótese, não houve prejuízo à busca da verdade no processo? Quem diz qual é a verdade do processo: outra questão em aberto, que suscita também algumas dúvidas: o prejuízo tem que ser efetivo ou

25 PASCHOAL, Jorge Coutinho. O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 6.

pode ser meramente potencial? Havendo dúvidas quanto à sua ocorrência, como solucionar a questão? A dúvida acerca do prejuízo milita a favor de alguém? A quem cumpre fazer a prova do prejuízo (ou melhor: poder-se-ia falar em um “ônus” de alguém em demonstrá-lo) não constituiria a prova do prejuízo, sobretudo quando endereçada à parte, um ônus demasiadamente pesado, isto é, uma espécie de prova diabólica? A alegação do prejuízo não levaria à antecipação de alguma tese jurídica, prejudicando a parte, em sua atuação? Seria possível falar em ponderação de valores constitucionais, na avaliação da nulidade?

O artigo 564 do Código de Processo Penal elenca as nulidades em espécie, *numerus apertus*, isto é, trata-se de rol exemplificativo, devendo-se analisar o contexto do jogo processual, o mapa mental dos jogadores, bem assim o lugar e função do processo, porque teremos múltiplas compreensões, muitas vezes influenciadas/flexionadas pela consonância cognitiva. Incide também, atualmente, a relativização das nulidades absolutas em nome do comportamento processual contraditório, em nome da boa-fé (*venire contra factum proprium*)

Quanto ao escopo deste texto, dada a invencibilidade da análise jurisprudencial acerca do tema nulidades, pontuar-se-á o tema segundo entendimento dos Tribunais Superiores, remetendo-se o leitor à obra em que consta extensa pesquisa sobre essa questão em particular, bem como nulidades em geral. Trata-se da pesquisa realizada por Paschoal²⁶, que analisou hipóteses de nulidade nos Tribunais Superiores tendo como marco o “prejuízo”. O importante é demonstrar que o jogo das nulidades depende das premissas e sob qual campo será analisado, bem assim a disposição democrática dos jogadores, consoante sublinhei no decorrer dos volumes desta obra, em diversos momentos.

26 PASCHOAL, Jorge Coutinho. O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 431-432.

Do ponto de vista das táticas, muitas vezes, mesmo com jogo sujo, *doping*, se o juiz não reconhecer, os efeitos da ação permanecem. Daí muitos arriscarem blefes e trunfos. O mais interessante é que o jogo sujo continua a ser jogo até que o juiz declare a nulidade. Então, correr os riscos de não ser reconhecido o jogo sujo pode ser uma das táticas dos jogadores. Até porque, pela ausência de prejuízo, criou-se a lei da vantagem no processo penal, não fosse ela incompatível com o devido processo legal substancial. Ressalto, por fim, a possibilidade de comportamento processual contraditório, resultante da má-formação de um ato processual e a omissão do favorecido, esperando momento propício para invocação. Nessa ordem de ideias, não se trata de ausência de prejuízo, e sim da incidência do *venire contra factum proprium, via suppressio*.

5. CONCLUSÃO

Não há jogo de investigação preliminar institucionalizada sem regras. Mas o conteúdo e incidência dependem da adesão subjetiva dos jogadores/julgadores²⁷, tendo em vista a questão da lealdade processual²⁸. Na investigação preliminar, entendida como jogo, as regras estabelecem as jogadas ilícitas bem assim regulamentam os comportamentos autorizados, proibidos e obrigatórios na Justiça Negocial, dependeremos muito da atitude democrática do Delegado. Quando se trata de investigação preliminar, a intervenção do Estado, na posição de terceiro, deveria se

27 CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da penal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 115: “Dentre os inúmeros atores que compõem a cena judicial brasileira, a Magistratura criminal adquire importante papel em razão da possibilidade de definição, no caso concreto, dos rumos da política criminal. Conforme destacado anteriormente, qualquer proposta político-criminal, de natureza garantista ou inquisitiva, não subsiste sem a concretização dos seus postulados pelos atores judiciais”.

28 NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Lealdade Processual: elemento da garantia da ampla defesa em um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 243 e sgts.

dar sem a participação efetiva na produção probatória, já que sua posição, assim, deveria ser de árbitro provido de parcialidade objetiva, subjetiva e cognitiva: sem interesse no caso ou de vitória de qualquer das partes, próprio do modelo adversarial²⁹. Entretanto, como já sublinhado, a própria noção das regras depende da atitude do jogador/julgador em face de seu lugar e função no jogo processual penal. Por isso, a noção de *fair play* depende da adesão ao fiel cumprimento das regras, rompendo-se a mentalidade inquisitória. No caso da Justiça Negocial, em que o papel do julgador é homologatório, o controle da legalidade/legitimidade da investigação resta mitigado. Daí a aposta em jogadores pré-jogo vinculados a um modelo democrático de investigação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, 2007

ANSELMO, Marcio. É preciso discutir o inquérito policial sem preconceitos e rancores. Consultar: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-07/academia-policial-preciso-discutir-inquerito-policial-preconceitos-rancores#sdfootnote4sym>

BARBOSA, Livia. O jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006

BINDER, Alberto M. O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

CALMON DE PASSOS, J. J. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009

²⁹ HENDLER, Edmundo S. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ah-Hoc, 2006.

- CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da penal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- COUTINHO, Aldacy Rachid. Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000
- COVER, Robert M., "Violence and the Word" (1986). Faculty Scholarship Series. Paper 2708. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708
- DALLÁGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Invalidades processuais. Porto Alegre: Lejur, 1989; HOMMERDING, Adalberto Narciso. Invalidades processuais. Porto Alegre: Coli, 2009.
- DAMATTA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis. Rio de Janeiro: Rocco, 1997
- FELIX, Yuri; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Novas tecnologias de prova no processo penal: o DNA na delação premiada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Malheiros, 2002
- FIORATTO, Débora Carvalho. Teoria das Nulidades Processuais: Interpretação conforme a Constituição. Belo Horizonte: DePlácido, 2013
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2015
- GOMES SILVA, Márcio Alberto. Inquérito Policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual. Campinas: Millennium, 2016.
- HENDLER, Edmundo S. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ah-Hoc, 2006

- LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012
- LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades & Limitação do Poder de Punir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- LEHR, Dick; O' NEILL, Gerard. Aliança do crime. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015
- MACHADO, Leonardo Marcondes. O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policial-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual>
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos. Florianópolis: EModara/EMais, 2018
- MORESO, José Juan. La Doctrina Julia Roberts y desacuerdos irrecusables. In: MORESO, José Juan; PRIETO SACHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. Los desacuerdos em el Derecho. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Lealdade Processual: elemento da garantia da ampla defesa em um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal: São Paulo: Atlas, 2013
- PAULA, Leonardo Costa. As nulidades no processo penal. Curitiba: Juruá, 2013
- PASCHOAL, Jorge Coutinho. O prejuízo e as nulidades processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014
- QUEIROZ, David. A permeabilidade do processo penal. Empório do Direito. Florianópolis. 2017

- ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011
- SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015
- SOUZA, Alexander Araujo de. *O Abuso do Direito no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*. Trad. Sérgio Fernando Moro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007
- WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara-EMais, 2018

