

Filipe Broeto: Sobre processo penal e nulidades

Estudar Direito é tarefa das mais instigantes. Aplicar Direito no Brasil, ao contrário, é mister dos mais decepcionantes. Por aqui, estuda-se, estuda-se, mas nunca se tem certeza de nada. Pior: não se tem nem mesmo previsibilidade, uma vez que cada tema é julgado de várias maneiras, por várias pessoas/órgãos; órgão.



Como já se criticou em outra oportunidade [\[1\]](#), tampouco a

Corte Suprema consegue ser coerente, o que é, de certa forma, um *standard* comportamental que se reflete nos tribunais inferiores. A única certeza que se tem é a de que não se pode ter certeza de nada.

Numa distorcida visão platônica, é como se o Direito estudado na academia se assemelhasse àquele presente no *mundo das ideias*, ao passo que o Direito aplicado nos foros fosse — *como, de fato, deveria ser* — o Direito do *mundo dos sentidos*. O problema, no entanto, é que, no campo forense, o Direito aplicado nem sequer se aproxima ao ideal de Direito.

Analogicamente, pode-se dizer que o "o cavalo", no mundo das ideias — em que tudo é perfeito, puro —, tem quatro patas, cascos, uma cabeça etc. O cavalo, no mundo dos sentidos, conquanto não seja "perfeito", também possui essas características mesmas; ou seja, o cavalo do mundo dos sentidos pode não ser o cavalo ideal, mas ainda assim é um cavalo, e se pode perceber que de cavalo se trata.

No Direito, todavia, as coisas são completamente distintas.

Os ideais de justiça, estudados na academia (mundo das ideias), no mundo dos sentidos (*práxis* forense), são completamente distorcidos, de modo tal que faz o Direito parecer *ferramenta de ocasião*, cujos resultados decisórios dependem apenas das pessoas que julgam, das pessoas que são julgadas e do que as pessoas esperam que seja julgado.

Dogmática, lógica, coerência? O que é isso, afinal?

Exemplo claro da ausência de cientificidade e coerência são as importações de teorias de sistemas jurídicos estranhos ao brasileiro e a miscelânea de tratamentos conferidos a determinadas matérias. No campo das nulidades, a importação, para o processo penal, do elástico princípio *pas de nullité sans grief*, conquanto possa parecer técnica sofisticada para maximização da efetividade processual, nada mais é do que reprovável *manipulação discursiva* [2], a qual, por meio da linguagem, dá e tira direitos, como bem entende aquele que detém o monopólio do poder. O Direito, enquanto substantivo, estará sempre a depender da adjetivação do julgador, que pode inclusive tornar sem valia o substantivo.

Imagine-se o caso do juiz que estava de corpo presente na audiência, mas que *não estava nem prestando atenção ao interrogatório* porque dedicava-se ao *estudo* de outro processo [3].

Com o diagnóstico da jurisprudência, que é rica em péssimos exemplos, pode-se prognosticar o julgamento da apelação, eventualmente interposta pelo réu, que muito provavelmente será condenado:

O simples fato de o magistrado não prestar atenção na fala do réu não é motivo, por si só, para gerar a nulidade do feito, sobretudo porque o ato ficou devidamente gravado em sistema audiovisual, possibilitando posterior consulta, com fidedignidade de conteúdo. Ademais, não logrou o recorrente demonstrar qualquer prejuízo, limitando-se a invocar que a condenação é prejuízo presumido. Improcedência das razões defensivas.

De que adianta ter o Direito, enquanto substantivo (substância), se os adjetivos são aplicados como bem entende o julgador? A atual sistemática de nulidade no Brasil, a continuar nos moldes em que está, figura como garantia do Estado, e não do cidadão processado, dado que, no mais das vezes, as regras são contorcidas para "convalidar" atos defeituosos praticados — ou omitidos — pelos próprios agentes estatais, tudo com o objetivo de "não dar causa para a impunidade".

Esta lamentável importação do *pas de nullité sans grief* para o processo penal constitui verdadeiro "cheque em branco", a ser preenchido pelo julgador, com os valores, prazos e beneficiários que ele achar necessário. Dito de modo mais sofisticado, com o auxílio de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o conceito de prejuízo, por ser indeterminado, "*vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador*" [4].

A fórmula é desenhada para se anular somente o que se quer, quando e para quem se quer, em evidente contrassenso. A nulidade, sem embargo, não é algo dado pelo juiz, ao seu bel prazer, senão que efeito cogente de inobservância da forma legal, justo porque, como anota Aury Lopes Junior, "*no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, sem maior sentido*" [5].

Em vez de se importar princípios de nomes pomposos — *estranhos ao processo penal, inclusive* —, dever-se-ia adotar uma postura séria, coerente e, sobretudo, uniforme nesse delicado campo do processo, com o fito de evitar que o espectro de subjetividade do julgador — *seu poder de adjetivação* — acabe por neutralizar a garantia da forma processual, destacadamente porque o aumento de discricionariedade/subjetividade do julgador acaba por dar ao processo penal tonalidade inquisitiva [6].

Nesse aspecto, relevantes são os aportes de Rosmar Rodrigues Alencar, para quem "*a classificação uniforme dos vícios tem o objetivo de reduzir o espaço de subjetividade, da contingência que tem especial lugar nas nulidades processuais penais*" [7]. Ao tratar do *aspecto pragmático das nulidades*, o autor chama a atenção para a necessidade de respeito aos limites impostos nos textos legal e constitucional, notadamente na declaração do núcleo dos direitos fundamentais processuais penais, dado que a exacerbada aplicação de princípios próprios das nulidades relativas ou de inspiração processual civil — como é o caso do *pas de nullité sans grief* — tem o efeito de mitigar a efetividade dos direitos fundamentais [8].

O cenário atual é perturbador e instaura verdadeira crise de legalidade no sistema de contenção do arbítrio estatal, na medida em que, além de neutralizar o *efeito nulificador* que deve ser aplicado aos atos processuais atípicos, impõe, ilegitimamente, ao imputado o dever de "cooperação processual", noutra terrível e equivocada importação de princípios alheios à sistemática do processo penal, cuja finalidade é a contenção do poder punitivo estatal.

Num salto vocabular, do sofisticado ao trivial, a jurisprudência tem mesclado o *pas de nullité sans grief* aos princípios da boa-fé objetiva e da cooperação processual, todos inaplicáveis no processo penal, com a finalidade de proibir a denominada "nulidade de algibeira", a qual ocorre quando o sujeito passivo do processo penal permanece em silêncio, reservando a arguição do vício para o momento que lhe for mais conveniente [9].

Potencializaram-se as possibilidades de convalidação de atos defeituosos de tal modo que não se pode mais antever quando uma nulidade — seja ela absoluta ou relativa [10] — será reconhecida no âmbito do processo. As decisões remetem mais à história de George Orwell em "A Revolução dos Bichos", na qual sempre há uma cláusula de exceção a legitimar os abusos praticados pelos detentores do poder [11].

Retornando à analogia platônica, é difícil de acreditar no que vem se tornando o Direito brasileiro — *o mundo dos sentidos* — no quesito nulidades. Não bastasse o amplo grau de subjetividade e insegurança que vigora neste campo, os tribunais — *para piorar o que já estava ruim* — têm terceirizado a responsabilidade do Estado de instaurar e manter um processo hígido para aquele que se vê imbricado num processo penal: o processado não pode mais adotar uma estratégia processual que se lhe afigure favorável, mesmo que que *"vítima"* de um processo viciado.

Ora, na linha do que preleciona Rosmar Rodrigues de Alencar, "*(o)s órgãos de persecução penal devem tomar as cautelas para que os atos sejam editados de forma correta, não sendo exigível que o acusado auxilie o Estado a cooperar para a sua própria condenação*" [12]. Rosmar, com certeza, no mundo ideal, tem razão; por que motivo custa tanto reconhecer isso no *mundo dos sentidos*, no "real mundo do Sireito"?

Parafraseia-se, por fim, *com as devidas adequações*, o pessimismo de Arthur Schopenhauer para o Direito, para dizer que o processo é dor, porque vontade é desejo daquilo que não se tem (*respeito às garantias fundamentais*); é ausência, privação e sofrimento.

Difícil é, pois, ser otimista.



[1] BROETO, Filipe Maia. Divergência sobre retroatividade da ação penal no estelionato gera insegurança. **Revista Consultor Jurídico – Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-27/broeto-retroatividade-acao-penal-estelionato>>. Acesso em 8 ago. 2021.

[2] LOPES JR. Aury Lopes. Direito Processual Penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1016.

[3] No caso, além do erro jurídico, o juiz chama o réu de "rapaz", como se estivesse a falar de jogo de futebol, numa mesa de boteco, com um amigo de infância: "Rapaz, eu já te falei, você fala o que você quiser. Está gravando aí, eu não estou nem prestando atenção no que você está falando, estou trabalhando em outro processo aqui". Juiz reclama de processo penal "garantista" e ignora fala de acusado. **Revista Consultor Jurídico – Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-05/juiz-reclama-processo-penal-garantista-ignora-acusado>>. Acesso em 8 ago. 2021.

[4] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001. p. 44.

[5] LOPES JR. Aury Lopes. Direito Processual Penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1018.

[6] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016. p. 332.

[7] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016. p. 332.

[8] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016. p. 332.

[9] Nesse sentido: "O ministro Nunes Marques, do Supremo Tribunal Federal (STF), indeferiu o Habeas Corpus (HC) 151.337, em que um ex-defensor público pedia a anulação de inquérito policial e o trancamento da ação penal a que responde na 2ª Vara da Comarca de Tauá (CE) por fatos relativos ao tempo em que atuou como advogado. [...] A decisão leva em conta que o então defensor não informou à autoridade policial sua condição de detentor de prerrogativa de foro e só veio a alegar a questão após ter sido, para arguir sua nulidade. [...] Segundo o ministro, a omissão do ex-defensor em informar à autoridade policial sua condição de detentor de prerrogativa de foro contribuiu para a ocorrência do vício de incompetência do inquérito policial que agora aponta. O relator salientou, ainda, que, de acordo com a jurisprudência do STF, ninguém pode arguir vício para o qual contribuiu, com violação aos deveres da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, sob pena de se beneficiar da própria



torpeza". Nunes Marques rejeita trancar ação com argumento de prerrogativa de foro **Revista Consultor Jurídico – Conjur**. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2021-fev-05/nunes-marques-rejeita-trancar-acao-argumento-prerrogativa>>. Acesso em 8 ago. 2021.

[10] Divisão também inoportuna.

[11] Faz-se breve referência, aqui, aos câmbios hermenêuticos levados a efeito pelos "porcos", após a vitoriosa revolução contra os humanos, no caso, o Sr. Jones, então proprietário da "Granja Solar". Cita-se, por exemplo, o Quarto Mandamento, que dizia "nenhum animal dormirá em cama". Quando os porcos assumiram a liderança do movimento e passaram a morar na casa grande, a qual tampouco deveria ser habitada, não tardou para que fossem vistos dormindo em camas. Na história, Quitéria recordava-se de uma proibição nesse sentido, razão por que procura Maricota, que era melhor versada em leitura, a fim de que esta, lendo o enunciado do predito Mandamento, lhe proporcionasse a exata dimensão da abrangência da "norma proibitiva". Segundo o autor, "[c]om alguma dificuldade, Maricota soletrou o mandamento: 'Diz que nenhum animal dormirá em cama com lençóis'. Curioso, Quitéria não se recordava dessa menção a lençóis no Quarto Mandamento. Mas se estava escrito na parede, devia haver". ORWELL, George. A revolução dos bichos: um conto de fadas. Trad. Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 58.

[12] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal: em conformidade com a teoria do direito. São Paulo: Noeses, 2021. p. 574.