

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

1

A NULIDADE DO (NO) PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONFORME UMA LEITURA TRÁGICA DOS ATOS DO PODER PUNITIVO: LA GARANTIA SOY YO

William Costodio Lima ¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 POR QUE ANULAR? A FALÁCIA POLITICISTA E A FALÁCIA GARANTISTA; 2 ONDE ANULAR? O PROCESSO PENAL COMO CAMPO AUTÔNOMO E A LEITURA TRÁGICA DOS ATOS DO PODER PUNITIVO; 3 SE E COMO ANULAR? A REGRA COMO GARANTIA E O PRINCÍPIO DO PREJUÍZO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Este trabalho é uma revisão da literatura sobre as nulidades no processo penal brasileiro. Tem por objetivo apresentar um entendimento a respeito do tema de maneira transdisciplinar característico da criminologia como forma de integração das ciências criminais, mais especificamente em uma perspectiva garantista de Ferrajoli no que tange a visão trágica do poder punitivo. Tomam-se como base estudos e ensaios na literatura científica nacional. Conclui-se que parte da doutrina e da jurisprudência majoritária brasileira adota um entendimento de necessidade de comprovação de prejuízo para o reconhecimento das nulidades no processo penal que é típico de uma visão romântica do poder que não se coaduna com sua prática histórica e o Estado Democrático de Direito, acabando por não permitir a materialização das garantias formais do acusado, sendo necessário, portanto, uma ruptura com o modelo inquisitório que predomina ainda que culturalmente, embora se permaneça assim um recomendável espaço desafiador de incompletude sobre o tema.

Palavras-Chave: Garantismo, Nulidade, Processo Penal, Poder Punitivo.

ABSTRACT

This paper is a literature review on nothings in the Brazilian criminal proceedings. It aims to present an understanding about the subject characteristic transdisciplinary way of criminology as a way of integration of criminal science, specifically in a garantista perspective Ferrajoli regarding the tragic vision of punitive power. Are taken based on studies and trials in the national scientific literature. It concludes that part of the doctrine and jurisprudence of the Brazilian majority adopts a loss of proof of need for understanding for the recognition of nullity in the criminal process that is typical of a romantic view of the power that is not consistent with its historical practice and the Democratic State Right, eventually not allow the realization of formal guarantees of the accused, requiring therefore a break from the inquisitorial model that prevails even culturally, although it remains so a commendable challenging space incompleteness on the subject.

KEY WORDS: Garantismo, Nullity, Criminal Procedure, Power Punitive.

¹ Graduado em Direito (ULBRA-SM). Pós Graduando em Ciências Penais e Criminologia (FAPAS). Advogado Criminalista. wiliamadv3@gmail.com

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

2

INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro possui caráter nitidamente inquisitorial violando a expectativa de concretização de direitos fundamentais, tal como o devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência. Neste compasso, há uma crescente falta de efetividade dos direitos fundamentais no campo processual penal diante da sua predominância inquisitorial.

Diante disto, este artigo tem por objetivo questionar o posicionamento majoritário do Poder Judiciário brasileiro de exigência da demonstração do prejuízo para o reconhecimento da nulidade no processo. Tal investigação se justifica diante da predominância inquisitorial do processo penal brasileiro e a resistência a efetivação de direitos fundamentais em seu campo de atuação.

Para tanto, realizou-se uma breve pesquisa bibliográfica no campo das nulidades no processo penal e enfrentam de maneira crítica o tema das nulidades e o princípio do prejuízo.

Destarte, de em um primeiro momento analisar-se-á o conceito dogmático-jurídico de nulidade sob um ponto de vista da falácia politicista e a falácia garantista que fala Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão*. Em segundo, os reflexos da necessidade de visão do processo penal como campo autônomo de visão trágica do poder punitivo incorporando conceitos de risco e incerteza. Por fim, tecer-se-á breves comentários sobre o princípio do prejuízo e sua utilização pelo Poder Judiciário e as implicações negativas na concretização material das garantias processuais do acusado. Conclui-se, pela necessária (re) leitura constitucional do processo penal brasileiro, constante flexibilização das regras formais que regulam o jogo processual, transformando-se as nulidades absolutas em relativas, as relativas em atos meramente irregulares e estes incorporados na normalidade das práticas forenses cotidianas como ruídos de pouca expressão

1 POR QUE ANULAR? A Falácia Politicista e a Falácia Garantista

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

3

Tratando-se a abordar o tema das nulidades no processo penal brasileiro no que tange as suas implicações doutrinárias e jurisprudenciais, a exposição de um conceito típico de dogmática jurídico-penal é apenas um referencial e não é objetivo deste trabalho. Não se tem dúvida de que o tema das nulidades é dos mais sensíveis de abordagem teórica e prática.

A única abordagem prática e teórica de criar blindagens contra as violações de direitos fundamentais é pressupor a tendência constante das agências punitivas de assim agirem. Por tal razão, a efetividade é o centro dos sistemas processuais penais de garantia.

O primeiro ponto é a compreensão do processo penal como categoria autônoma do direito desvinculado a teoria geral do processo é condição necessária para a compreensão de sua função de limitação do poder punitivo, legitimado através da obediência às regras do jogo. Assim, o processo penal passa a não mais perseguir a crença mitológica da verdade, mas sim de garantir um processo penal equilibrado e justo com o respeito das garantias formais do acusado.

O posicionamento majoritário adotado pelo Poder Judiciário brasileiro na qual a doutrina refere como princípio do prejuízo, este uma condição do reconhecimento da nulidade, reflete uma visão otimista do poder punitivo típico de modelos autoritários. Violações de direitos fundamentais são assim relativizadas, e a forma passa a não ser mais uma garantia.

O rompimento com este modelo implica em grande desafio para as ciências criminais, e, especialmente no campo das nulidades. Há uma necessidade de pressupor que toda relativização de garantia formal processual do acusado impõe um prejuízo.

Em suma, o entendimento majoritário aplicado pelo Poder Judiciário é fruto ainda de um modelo de processo penal inquisitorial e seu rompimento é o grande obstáculo para reconhecer a importância da forma como garantia e sua violação como nulidade. Não se pode atribuir ao débil o ônus de comprovar seu prejuízo, quando forma é garantia.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

4

Deste modo, ressalva-se o olhar crítico que condiciona a criminologia dentro de um modelo de ciências criminais integradas, refletindo na ineficácia de proteção das garantias processuais formais do acusado.

Logo, o tormentoso campo das nulidades no processo penal passa principalmente pela sua efetividade, já que seu reflexo é o respeito às garantias. E o respeito às garantias no processo penal, como se verá, é um dever ético.

Primeiramente, denota-se o duplo significado na nulidade, um demonstrando o ato como sendo imperfeito, um vício, e de outro, uma sanção. No que diz respeito ao desrespeito a forma, em matéria de processo penal, forma é garantia. A luta pelo respeito às regras do jogo caracteriza o processo penal.

Outro fator primordial é a conformidade com os valores constitucionais. Como ensina Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, citando Bobbio, a democracia exige, sob um enfoque estritamente formal, uma prévia delimitação das regras do jogo (2009). Como bem define Aury Lopes Jr.:

Trata-se de lutar por um **sistema de garantias mínimas**. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim **assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais** das quais não podemos abrir mão. Trata-se de reconstruir a noção de segurança (garantia) a partir da assunção do risco, ou seja, perceber que a garantia somente se constitui a partir da assunção da falta de.

É partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. Não se trata de mero apego incondicional à forma, senão de considerá-la como uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada. (LOPES JR. p. 55)

Destarte, é fundamental para compreender a importância do estrito cumprimento das regras do jogo a assunção do risco, da incerteza, da insegurança. Considerando que risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor risco com garantias processuais que risco com autoritarismo.

Assim, como bem define Amilton de Carvalho de Bueno “no processo penal não se está interessado em estabelecer se o cidadão praticou determinado crime,

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

5

mas se há prova legalmente apurada e verificável de que ele o tenha praticado” (2013, p. 46-47).

Já no que se refere à sanção, ela decorre de somente ser possível o reconhecimento da nulidade por decisão judicial. Ou seja, não basta por si só a violação da forma, pois a nulidade somente terá efeito se o poder judiciário a reconhecê-la.

E neste viés que Alexandre Morais da Rosa anota:

Confunde-se a má formação do ato com a sanção. A nulidade não é uma sanção, nos diz Robles, 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 com as regras do jogo, por omissão do juiz condutor do feito, passa a gerar efeitos. 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 processual e geram efeitos. (2015)

Diante de tais premissas, que se releva que não basta a existência formal das garantias processuais do acusado para a sua materialização. Há de se ter um respeito às regras do jogo e a ciência dos atores jurídicos desta condição. Por tal razão que o juiz criminal passa a ser um garantidor do respeito às regras do jogo.

E é neste estopim que a ideia apresentada pelo autor Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão” sobre a falácia garantista é de grande relevo para a abordagem do tema de nulidade no processo penal. Isto é, a ideia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções (2010).

Em síntese, a previsão formal das garantias processuais do acusado não implica em seu cumprimento na prática de modo a materializá-las assim como os demais direitos fundamentais.

Na visão do autor, isto induz o jurista a trocar a imagem legal do ordenamento com o seu funcionamento real e a vacilar na ilusão de que o sistema jurídico seja uma representação do sistema político e social. Ou seja, que a mera previsão legal

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

6

das garantias processuais do acusado seja o suficiente para impor um processo penal justo.

Partindo, então, de um princípio calcado na existência de uma falácia garantista que a previsão normativa contempla um processo penal afeito a preservação dos direitos fundamentais, por outro viés, imperioso definir que existe uma cultura de vocação a violar as garantias processuais do acusado.

É neste sentido que ao lado da falácia garantista, Luigi Ferrajoli cita a falácia politicalha:

da ideia de que basta a força de um poder bom para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito, e mesmo antes que possa existir um poder bom, isto é, capaz de desempenhar tais funções sem a mediação dos complexos sistemas normativos de garantias em grau de limitá-lo, vinculá-lo, funcionalizá-lo, e na hipótese de deslegitima-lo e neutralizá-lo. (2010, p. 865-866).

Segundo Ferrajoli, existe uma vocação antigarantista no exercício dos poderes, situação que caracterizaria a falácia politicista fundada na ideia de que basta um bom poder para satisfazer as funções de tutela auferida ao direito. Esta premissa de resistência é a chave de leitura e instrumento sensível de avaliação da potência punitiva.

Conforme analisa Salo de Carvalho:

Pressupor a tendência constante das agências de punitividade em violar os direitos fundamentais talvez seja a única forma de criar blindagens prático-teórica contra as violações mesmas. Logo, em sendo o poder fundamentalmente *exercício* e as práticas penais eminentemente violentas, a perspectiva garantista seja forjada pelo *princípio da irregularidade dos atos dos poderes*, expresso no absoluto pessimismo em relação ao agir persecutório. A pré-compreensão do sentido e do direcionamento do sistema repressivo possibilita aguçar a sensibilidade e denunciar as lesões à legalidade penal e processual penal decorrentes de interpretações narcotizadas pela falácia politicista. (2013, p. 865-866)

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

7

Deste modo, categorias de nulidades relativas ou absolutas, mera irregularidade e inexistência se revelam ultrapassadas no âmbito do processo penal. Pode-se dizer assim que os efeitos da falácia politicista são revelados nas violações à forma processual, isto é, às regras do jogo que representam as garantias dos acusados.

É o motivo pelo qual o tema das nulidades é dos mais sensíveis na discussão da efetividade dos sistemas processuais penais de garantias. E para a real eficácia do respeito as regras do jogo e observância das garantias processuais do acusado é preciso ter uma visão trágica dos atos do poder punitivo.

Como bem afirma Salo de Carvalho “a invalidade fere o princípio de garantia ensejará a reação processual que vise retificá-lo, através do saneamento ou da nulidade propriamente dita. Convalidação ou preclusão são espécies que não se aplicam em modelo que pretende constitucionaliza-lo” (CARVALHO, LOUREIRO, 2009).

Logo, toda a violação de forma deve comportar uma intervenção judicial seja de saneamento ou refazimento do ato ou ainda de decretação da nulidade propriamente dita.

2 ONDE ANULAR? O Processo Penal como Campo Autônomo e a Leitura Trágica dos Atos do Poder Punitivo

O processo penal brasileiro possui nítida matriz inquisitorial fruto de uma legislação desenvolvida em um período histórico autoritário. Como bem salienta Gisele Mendes Pereira, dentre os principais dispositivos que denotam os resquícios inquisitoriais do CPP pode-se citar o art. 198 que prevê que o silêncio do acusado não importará em confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz (2012, p.191).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

8

Da mesma forma, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ressalta que embora o processo penal brasileiro agregue elementos típicos do sistema acusatório, ainda assim mantém base no sistema inquisitorial (2009). Ou seja, o processo penal brasileiro é inquisitório e agrega elementos do sistema acusatório, sendo uma falácia a afirmação de que o mesmo é acusatório.

Embora haja discussão se a Constituição Federal admite o sistema acusatório expressamente, em termos materiais e infraconstitucionais, o processo penal brasileiro não é acusatório. Não a toa que, em que pese o marco constitucional de 1988, ainda assim se discute a aplicação de princípios constitucionais no Código de Processo Penal de 1940. Neste diapasão, Aury Lopes Jr. ensina:

é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não o contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941. (2010, p.11)

Portanto, ainda que tenha sido editada a Constituição de 1988, há um forte *déficit* hermenêutico nos campos do Direito e Processo Penal no Brasil. Não se pode pensar em efetivação de garantias processuais do acusado com um olhar autoritarista.

Assim, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da proibição de admissão de prova ilícita e da inviolabilidade da intimidade devem nortear o processo penal, como bem anota Alexandre de Moraes Rosa:

A compreensão do Direito Penal e Processual **válido** precisa de realinhamento constitucional do sentido democrático, uma vez que tanto o Código Penal como o Código de Processo Penal são documentos editados, na matriz, sob outra ordem constitucional e ideológica, bem assim porque houve significativa modificação do desenho político criminal contemporâneo. (2015)

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

9

Mas para que possa haver uma leitura constitucional do processo penal brasileiro, antes, é preciso romper com o transplante de categorias do processo civil para o processo penal. Destarte, o processo penal não pode ser interpretado a partir das categorias do processo civil.

É preciso compreender antes de tudo que o processo penal possui categorias próprias. Assim, a pretensão científica totalizadora da teoria geral do processo acaba por engessar o processo penal cujo objeto é limitar o poder punitivo do Estado.

Como ensina Juarez Cirino dos Santos:

o processo penal não se constitui processo de partes *livres e iguais* - como o processo civil, por exemplo, dominado pela *liberdade* de partes, em situação de *igualdade* processual -, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados (LOPES JR., 2010, p.36).

Assim, imperioso compreender esta relação de poder imposta pelo Estado com o acusado, o débil. Neste diapasão, os fundamentos do processo penal democrático assumem viés individual e não coletivo, razão pela qual não se pode instrumentalizar o processo penal em benefício da sociedade.

Neste sentido, Amilton de Carvalho ressalta que::

Algumas máximas ferrajolianas explicam o olhar garantista: o direito é um sistema de garantias do cidadão que busca protegê-lo contra o poder punitivo – o poder sempre e sempre e sempre tende ao abuso; o direito deve ser mirado desde o viés democrático que é o seu legitimador externo (está em confronto com o pensamento kelseniano que tem o Estado como legitimador do direito, tanto que ele dizia que o direito nazista é sim direito, que podemos lamentar, mas não negar), porque para ele o direito é salvar futuro da democracia, são as duas caras de uma mesma moeda: no momento que se joga fora o direito, jogadora a democracia; quando se joga fora a democracia, se joga fora o direito; só há democracia sustentada pelo direito, só há direito dentro da democracia (um sistema legal construído fora da democracia não é direito) e o critério legitimador interno do direito, no plano de sua verticalidade, é a Constituição. Daí porque o juiz deve estar vinculado à lei, mas não a qualquer lei- somente deve obediência àquelas

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

10

que fazem presentes os valores materiais previstos na Constituição ou em princípios inegociáveis. (CARVALHO, 2013, p. 46-47)

Nesse sentido, que Aury Lopes Jr. refere que “é preciso abandonar a ilusão de segurança da teoria do processo como relação jurídica para assumi-lo na sua complexa e dinâmica situação jurídica, desvelando suas incertezas e perigos” (2010, p. 36).

Portanto, essa lógica de pessimismo em relação ao poder é típica do processo penal. Destarte, resta incorporá-la como forma de interpretação das garantias processuais formais do acusado de modo a reduzir o campo de suas violações.

3 SE E COMO ANULAR? A Regra como Garantia e o Princípio do Prejuízo

Considerando a reserva da jurisdição, somente haverá nulidade se o Poder Judiciário a declarar. E para a declaração da nulidade o princípio que estrutura o sistema de nulidades conforme a jurisprudência dominante é o da inexistência de vícios processuais sem a demonstração do prejuízo às partes.

Na lição de Adda Pellegrinni Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes:

Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não heverá *prejuízo* e , por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constitui consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade *relevante* dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*. (2009, p. 33)

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

11

Neste diapasão, os autores mencionam que o STF tem adotado essa linha, de que a inexistência de prejuízo não se cogita nulidade. Ainda, citada a Súmula 523 do STF que diz que “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Entretanto, objetivando demonstrar o corte interdisciplinar das ciências criminais, imperioso ressaltar o caráter crítico do aferimento das nulidades no processo penal brasileiro. Por tal razão que categorias de nulidades absolutas e relativas se mostram inadequadas em sua leitura constitucional.

Obedecendo a uma ordem de Ferrajoli no que diz sobre a falácia garantista, cumpre observar as críticas deste modelo de reconhecimento de nulidades no âmbito do processo penal como categoria autônoma, legitimada a punir o culpado desde que cumpridas as formalidades legais postas pelos direitos fundamentais.

O princípio reitor inquisitivo, aliado aos demais contornos que tornam o processo penal brasileiro instrumento fundamentalmente persecutório, raramente protetivo dos imputados, possui importantes repercussões na temática das nulidades processuais penais. (CARVALHO, LOUREIRO, 2009).

Como bem menciona Salo de Carvalho:

Com a verificação de que o pressuposto do processo penal democrático é a sistematização desde o sistema acusatório, as regras processuais relativas à investigação, aos pressupostos e às condições da ação, à competência, à produção e à refutabilidade das provas, ao procedimento, aos requisitos e aos elementos de execução constituem-se como barreiras de contenção ao transbordar punitivo. Exatamente pela tendência dos sistemas punitivos em se aproximar da estrutura inquisitória, efetivando sua forma mais pura e revelando seu desejo mais íntimo: a vontade de punição. Neste sentido, a harmonização dos sistemas de garantias com os postulados dos direitos humanos impõe radical inversão da lógica inquisitória, qual seja, em decorrência de as regras formais serem normas de garantia, sua flexibilização ou ruptura, por si só, indicaria a nulidade, cabendo ao órgão acusador a demonstração da não causação do prejuízo e o consentimento da defesa para que haja sua convalidação. (2013, p. 167-168).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

12

Logo, de fundamental importância uma visão trágica do poder punitivo. E tal assertiva faz parte da sistematização de um processo penal democrático. E arrematando o caos, a compreensão civilista da ausência de prejuízo, quando o mais relevante é a preservação do devido processo legal. Como bem menciona Alexandre de Moraes::

"A ausência de prejuízo é um estelionato processual. Sempre. Assim é que, superada a distinção arbitrária e sem sentido, todas as hipóteses de violação ao devido processo legal substancial serão declaradas nulas, manejando-se a noção de doping, conforme sublinhei no livro A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal." (2015)

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, o juiz se demite do seu papel de garante das próprias regras, validando os efeitos do ato viciado. Portanto, a preservação do devido processo legal depende do respeito às regras do jogo independentemente do resultado.

O princípio do prejuízo é um modelo adaptado da teoria geral do processo que acaba por desprezar os conceitos teóricos próprios do processo penal gerando efeitos destruidores das garantias formais do cidadão. Destarte, a constância histórica de manutenção de práticas inquisitórias, na maioria das vezes ofuscadas por discursos de inversão ideológica, mantém a visão acrítica e otimista em relação à atuação das instituições punitivas.

Neste quadro, o efeito é a gradual e constante flexibilização das regras formais que regulam o jogo processual, transformando-se as nulidades absolutas em relativas, as relativas em atos meramente irregulares e estes incorporados na normalidade das práticas forenses cotidianas como ruídos de pouca expressão.

Portanto, absolutamente profícua a leitura constitucional do processo penal brasileiro em uma perspectiva garantista de Ferrajoli de modo a romper de vez com sua cultura inquisitorial que praticamente ofusca a possibilidade de reconhecimento

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

13

de nulidades como forma de garantia do respeito as regras do jogo e legitimação do poder punitivo.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, foi possível perceber o problema teórico apresentado relativo às formas de reconhecimento dos vícios processuais no âmbito do processo penal brasileiro devido sua matriz inquisitória. Como se pode perceber, a matriz inquisitória e o modelo garantista constitucional demonstram com nitidez a tensão entre as duas diferentes leituras dos atos do poder punitivo: uma otimista (ou romântica), outra pessimista (ou trágica).

No presente artigo foi possível observar que o rompimento com esta matriz inquisitória se mostra ainda o maior desafio para a busca da efetividade dos direitos processuais do acusado. Logo, diante do paradigma constitucional o tema nulidades continuará a apresentar imprecisões se não romper-se com a cultura inquisitorial.

Neste sentido, é fundamental considerar o processo penal como um campo autônomo de relação jurídica imposta pelo poder punitivo exercido pelo Estado ao débil, que é o réu, e ainda relevante destacar a impossibilidade de verdade real no campo do processo penal, considerando a assunção do risco e imprecisões. Dentro do limite da pesquisa, urge-se pela a efetivação de direitos fundamentais no campo processual penal como forma de materialização do Estado Democrático de Direito como base política, econômica e social sustentado através da Constituição Federal e com a não provável mas necessária virada paradigmática da jurisprudência brasileira acerca do tema de nulidades no campo processual penal, pois o princípio de demonstração de prejuízo e consideração de nulidades relativas e absolutas acaba por impossibilitar a concretização do devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

14

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Amilton de. **Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Caso a Partir do Referencial Garantista..** Disponível em: <<http://msmidia.profissional.ws/awsc/artigos/10.PDF>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

CARVALHO, Salo de, **Antimanual de Criminologia**, São Paulo: Saraiva.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente marcado**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

FERRAJOLI, Luigi 2010: *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavoras e Luis Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender o garantismo penal de Ferrajoli**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed., rev., atual, e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre.. **LIMITE PENAL: Complexo de Maradona e quando o juiz se nega a reconhecer a nulidade**. Disponível em: <<http://>

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

15

<http://www.conjur.com.br/2015-jan-30/limite-penal-complexo-maradona-quando-juiz-nega-reconhecer-nulidade>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

PEREIRA, Gisele Mendes. **O direito ao silêncio no processo penal brasileiro**.
Caxias do Sul: Educs, 2012,