

MEDIDA 7: AJUSTES NAS NULIDADES PENAIS

15ª PROPOSTA LEGISLATIVA

ANTEPROJETO DE LEI

Altera os arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal para revisar as hipóteses de nulidade.

I - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

1. Regime de nulidades. Arts. 563 a 573. Alteração e acréscimo de redação.

1.1. Redação atual.

“Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

- e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;
- f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;
- g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;
- h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;
- i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;
- j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;
- k) os quesitos e as respectivas respostas;
- l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;
- m) a sentença;
- n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;
- o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;
- p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o *quorum* legal para o julgamento;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

.....
.....

Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

.....
.....

Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de arguí-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas:

I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406;

II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;

III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;

IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência;

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500;

VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, *d* e *e*, segunda parte, *g* e *h*, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.”

1.2. Proposta de redação dos arts. 563 a 573.

“Art. 563. É dever do juiz buscar o máximo aproveitamento dos atos processuais.

Parágrafo único. A decisão que decretar a nulidade deverá ser fundamentada, inclusive no que diz respeito às circunstâncias do caso que impediriam o aproveitamento do ato.

Art. 564. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade.

§ 1º Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

§ 2º O prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, e à luz de circunstâncias concretas, o impacto que o defeito do ato processual teria gerado ao exercício do contraditório ou da ampla defesa.

.....
.....

Art. 567. Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Parágrafo único. A incompetência do juízo cautelar não anulará os atos decisórios proferidos anteriormente ao declínio de competência, salvo se as circunstâncias que levaram ao declínio eram evidentes e foram negligenciadas de modo injustificado pelas partes.

.....
.....

Art. 570-A. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, sob pena de preclusão:

I - as da fase investigatória, da denúncia ou referentes à citação, até a decisão que aprecia a resposta à acusação (arts. 397 e 399);

II - as ocorridas no período entre a decisão que aprecia a resposta à acusação e a audiência de instrução, logo após aberta a audiência;

III - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

IV - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do juízo ou tribunal, logo depois de ocorrerem.

Art. 571. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

§ 1º Não se aplica o disposto no *caput* se a parte provar legítimo impedimento.

§ 2º A parte pode requerer que o juiz, a despeito da preclusão, anule e repita o ato alegadamente defeituoso. Neste caso, interromper-se-á a prescrição na data da primeira oportunidade em que lhe cabia alegar o vício.

Art. 572. As nulidades se considerarão sanadas:

I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se a parte, por comissão ou omissão, ainda que tacitamente, tiver demonstrado estar conformada com a prática do ato defeituoso.

Art. 573. Os atos cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, acarretará a dos atos posteriores que dele diretamente dependam ou dele sejam consequência.

§ 2º A decretação da nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

§ 3º Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos, que circunstâncias no caso impedem seu aproveitamento, inclusive no tocante ao vínculo

concreto de dependência existente entre cada um deles e o ato nulo, e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.”

2. Aproveitamento da prova ilícita. Art. 157. Alteração e acréscimo de parágrafos.

2.1. Redação atual.

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

2.1. Proposta de alteração e acréscimo de parágrafos ao art. 157.

“Art.

157.

.....

.....

§ 3º Ressalvados os casos de tortura, de violência física, de ameaça, ou de violação da residência e interceptação de comunicações sem mandado ou ordem judicial, bem como outros de igual gravidade, poderá o juiz ou tribunal determinar o aproveitamento da prova ilícita, com base no princípio da proporcionalidade, quando os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo, da decretação da nulidade, sobre o comportamento futuro do Estado em investigações.

§ 4º Não se declarará nulidade em razão da omissão do juiz em fundamentar expressamente a presença de requisito necessário para uma decisão, quando o requisito se verificar presente no caso concreto ao tempo em que proferida aquela decisão.

§ 5º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

JUSTIFICATIVA GLOBAL

Mostram-se necessárias as seguintes alterações:

1) Ampliação das preclusões de alegações de nulidades.

Não se pode tolerar que as partes dolosamente deixem de alegar nulidades, guardando trunfos na manga para anos, às vezes décadas depois, alegar os vícios em grau recursal e obter anulações, não raro visando à prescrição dos delitos imputados. Se há nulidade, a parte deve alegá-la na primeira oportunidade que tem para se manifestar e o juiz deve decidi-la dentro de marcos próprios da evolução do processo.

2) Nas omissões em alegar nulidades, a superação de preclusões deve ser condicionada à interrupção da prescrição a partir do momento em que a parte deveria ter alegado o defeito.

A omissão em alegar deve gerar preclusão. Apesar da sua omissão, e a fim de valorizar a ampla defesa, a parte poderá postular do juízo a superação da preclusão, com a consequente anulação e repetição do ato. Todavia, o retrocesso a fases anteriores do procedimento, por ter sido culposamente causado pela parte, não pode levar à prescrição se a parte sabia ou devesse saber do defeito. Assim, impende haver interrupção da prescrição a contar da data em que a parte deveria ter alegado o defeito.

3) O aproveitamento máximo dos atos processuais praticados deve ser um dever do juiz e das partes. A pronúncia de nulidade deve exigir fundamentação específica e concreta.

A doutrina praticamente unânime já afirma que a invalidação deve ser medida excepcional, e que todos os atos processuais devem ser, de regra, aproveitados. Haverá casos, contudo, em que um defeito formal pode gerar um prejuízo irreparável, não sanável, ao exercício do direito de defesa (como afirma a lei) e, acrescentamos, também ao contraditório, quando então pode ser justificada a invalidação. Essa alegação e demonstração deve ser feita em concreto pelo requerente, exigindo-se também do juízo fundamentação específica para que se invalide o ato considerado viciado.

4) Impossibilidade de presunção de prejuízo, exigindo-se que as partes demonstrem especificamente, à luz de circunstâncias concretas, o impacto que o defeito dos atos processuais tenha gerado ao exercício dos seus direitos constitucionais.

É muito comum ver nas fundamentações de invalidação afirmações de que, naquele caso, o "prejuízo se presume". A lógica do processo contemporâneo é de aproveitamento dos atos e que as nulidades sejam sempre excepcionais. Portanto, a invalidação não pode ser tendencial ou presumida. Para invalidar um ato deve-se exigir alegação e demonstração concreta.

Observe-se, aí, que o antigo rol de atos que ensejariam nulidade, do art. 564, foi suprimido. O formato do Código de Processo Penal, de fato, previa uma lista de vícios de atos processuais que poderiam levar à sua invalidação. Ora, esta opção metodológica, além de medieval, porque guarda raízes no processo romano formular, é desastrosa porque o legislador

não pode prever, antecipadamente, todos os defeitos que a riqueza das circunstâncias fáticas pode apresentar em juízo. Melhor adotar a opção do Código de Processo Civil e da maior parte das legislações no mundo, de adotar uma cláusula geral sobre as formas e aproveitamento dos atos processuais

5) Aplicação do princípio da proporcionalidade na avaliação da exclusão da prova.

O aproveitamento de atos ilícitos é aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. A regra proposta é uma concreção da ponderação pelo legislador entre direitos e bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito e pelo processo penal (vida, propriedade etc.) e o princípio também constitucional da vedação da prova ilícita. Essa ponderação é autorizada pelo princípio constitucional da proporcionalidade e demandada pelo sua vertente de vedação da proteção deficiente, isto é, pela obrigação de remediar proteção deficiente a bens jurídicos essenciais.

Embora a ilegalidade seja rechaçada pela ordem constitucional e legal, o aproveitamento de atos ilegais é admitida também em outras searas do direito, como no direito administrativo quando a segurança jurídica e os benefícios do aproveitamento do ato são mais relevantes do que os custos de sua manutenção.

Países desenvolvidos, citados comumente como berço das garantias constitucionais, têm esse posicionamento. Ilustrativo é o caso dos Estados Unidos, cabendo recordar, adicionalmente, que boa parte da doutrina brasileira das nulidades está baseada na doutrina norte-americana. A *exclusionary rule*, ou regra de exclusão da prova ilícita, e a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou dos frutos da árvore envenenada, de origem anglo-saxã, vêm guiando nossa doutrina e jurisprudência há décadas. Contudo, a doutrina e a jurisprudência brasileiras negligenciaram a evolução do direito anglo-saxão nessa matéria.

No caso *New York v. Harris* (1990), a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a regra de exclusão da prova ilícita não pode conduzir automaticamente à exclusão de toda evidência cuja existência decorre da ilegalidade. Como a Suprema Corte reconheceu, exclusão é uma pena, mais do que um direito, que deve servir a uma finalidade, que é a de conter os avanços do Estado sobre direitos fundamentais, isto é, um efeito dissuasório de comportamentos abusivos futuros.

Nos casos *US v. Leon* (1984) e *MA v. Sheppard* (1984), a Corte Suprema norte-americana afirmou expressamente que a regra de exclusão é um remédio criado, e não um direito subjetivo constitucional, e por isso deve haver uma análise de proporcionalidade na exclusão da prova ilícita. Afirmou-se ainda que a regra de exclusão objetiva prevenir conduta abusiva policial, e não judicial. Essa última ideia é um dos fundamentos que subsidiam, em especial, o parágrafo primeiro do art. 573-A proposto.

No recente caso *Herring v. US* (2009), a Suprema Corte reafirmou que a regra de exclusão da prova ilícita não pode ser aplicada automaticamente. Deve ser o "último recurso, não nosso primeiro impulso". Aqui a Corte foi além para dizer que o efeito dissuasório é

necessário mas não suficiente para a exclusão da prova. Para a prova ser excluída, a ilegalidade na sua produção deve ser deliberada (justificando a busca do efeito dissuasório) e culpável (pois os efeitos dissuasórios devem superar os custos de exclusão da prova). Deve ser aplicado, portanto, um teste de proporcionalidade (“balancing test”) para se determinar ou não a exclusão da prova.

Recorde-se que a Suprema Corte norte-americana julga aproximadamente 80 casos por ano e que as regras que impõe, em razão do sistema de precedentes (*stare decisis*), têm efeito vinculante em relação às instâncias inferiores. Isso tudo faz com que a Corte desça a fundo não só na análise técnico-jurídica dos temas que examina, mas também na apreciação dos efeitos sociais de suas decisões. A regra do *balancing test* é, portanto, fruto de profunda ponderação de um país de primeiro mundo que é considerado um berço do direito constitucional e das garantias individuais.

A proposta do art. 573-A está, portanto, em consonância com a moderna orientação de uma das principais fontes, se não a principal, de nossa teoria moderna de nulidades.

Além disso, a alteração ora proposta coloca em perspectiva a decretação da nulidade, frisando que ela não pode ser um fim que serve a si próprio, mas um meio para atingir uma finalidade maior. Mais ainda, essa finalidade atingida pela nulidade deve ser mais importante do que a finalidade atingida pelo aproveitamento da prova.

Essa perspectiva das nulidades, em que se sopesam custos e benefícios da exclusão da prova ilícita, tomando em consideração um balanceamento das circunstâncias, é também adotada em outros países, mundo afora, como por exemplo Inglaterra, Canadá, Japão, Taiwan, Israel, Alemanha, Grécia, Holanda e Bélgica (neste último caso, desde 2003). Na percepção internacional, aliás, há um reconhecimento de que os Estados Unidos são em regra muito mais rígidos na exclusão de provas, tendo uma doutrina de exclusão muito mais sedimentada, do que a grande maioria dos demais países.

A Corte Europeia de Direitos Humanos – uma corte libertária – tem, no mesmo sentido, entendido que a eventual exclusão da prova ilícita só se justifica quando houve um julgamento injusto, aplicando uma ponderação de custos e benefícios bastante flexível, sob a égide do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme se observou no célebre caso *Gägen v. Germany*. A chave, aqui, para analisar a exclusão da prova, é o direito do réu a um julgamento justo.

Em casos de graves violações, como torturas e outros abusos sérios, o efeito dissuasório será maior do que o aproveitamento da prova, o que justifica a vedação antecipada do aproveitamento do ato ilegal, nos termos da proposta feita no anteprojeto apresentado. Preferiu-se prever expressamente tais situações para deixar claro o escopo da norma, embora sua previsão pudesse ser considerada implícita.

Na prática, essa norma proposta permitirá o aproveitamento de casos em que há violações formais e não materiais a normas. No caso *Sundown* (Operação Pôr do Sol), julgado pelo STJ, por exemplo, um dos Ministros que votou pela anulação das interceptações

telefônicas fundamentou seu voto na alegada ausência de fundamentação judicial, de uma das várias decisões de monitoramento, especificamente quanto à imprescindibilidade da medida.

O Tribunal não avaliou, naquele caso, se a medida decretada pelo juízo era de fato imprescindível ou não (perspectiva material), mas apenas checou se constavam na decisão palavras expressas quanto a esse ponto (perspectiva formalista), desconsiderando-se o contexto da decisão e a possibilidade de verificar, ainda que implicitamente, que a medida era de fato imprescindível. Se a medida era imprescindível – e há evidências de que era –, não teria havido, sob o prisma objetivo-material, qualquer violação de direito fundamental do investigado ou réu, ainda que se admitisse que a decisão formalmente não registrou, em fórmula expressa, o que ficava claro, ainda que implicitamente, no contexto da decisão.¹

A regra da proporcionalidade seria um desincentivo para a exclusão de provas em um caso como esse sem que se avaliasse se houve efetiva desnecessidade da medida judicial (isto é, se houve violação material a direito fundamental do investigado ou réu) e qual seria o custo social e individual da decisão (isto é, se direitos fundamentais de indivíduos ou da sociedade ficariam desprotegidos pela anulação do processo), balanceando, em concreto, os interesses em jogo, como faz a Suprema Corte norte-americana.

¹ Além disso, o Ministro desconsiderou completamente o fato de que o que é “imprescindível” ou “necessário” comporta graus, como reconheceu o Juiz Marshalls no célebre Caso *McCulloch* no início do século XIX. Caso tivesse percebido isso, não faria sentido impor tal rigor na avaliação da decisão de primeira instância.