

UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
DE PERNAMBUCO



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HELENA ROCHA COUTINHO DE CASTRO

**ENTRE FORMA E PRÁTICA CRIMINAL NO CAMPO JURÍDICO:  
trocas simbólicas e nulidades processuais penais na primeira década de  
vigência do Código de Processo Penal (1942-1951)**

Recife  
2022

HELENA ROCHA COUTINHO DE CASTRO

**ENTRE FORMA E PRÁTICA CRIMINAL NO CAMPO JURÍDICO:  
trocas simbólicas e nulidades processuais penais na primeira década de  
vigência do Código de Processo Penal (1942-1951)**

Tese apresentada no curso de doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito à obtenção do título de doutora em Direito.

Área de concentração: Direito, Processo e Cidadania

Linha de pesquisa: Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos

Orientadora: profa. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello

Coorientadora: profa. Dra. Manuela Abath Valença

Recife  
2022

C355e Castro, Helena Rocha Coutinho de.  
Entre forma e prática criminal no campo jurídico : trocas simbólicas e nulidades processuais penais na primeira década de vigência do Código de Processo Penal (1942-1951) / Helena Rocha Coutinho de Castro, 2022.  
171 f. : il.

Orientadora: Marília Montenegro Pessoa de Mello.  
Coorientadora: Manuela Abath Valença.  
Tese (Doutorado) - Universidade Católica de Pernambuco.  
Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito, 2022.

1. Processo penal - Brasil. 2. Nulidade (Direito).  
3. Poder judiciário. 4. Direito - História. I. Título.

CDU 343.1(81)

Pollyanna Alves - CRB/4-1002

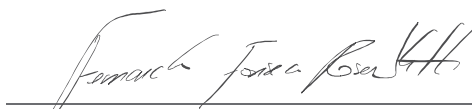
HELENA ROCHA COUTINHO DE CASTRO

**ENTRE FORMA E PRÁTICA CRIMINAL NO CAMPO JURÍDICO:  
trocas simbólicas e nulidades processuais penais na primeira década de  
vigência do Código de Processo Penal (1942-1951)**

Tese apresentada no curso de doutorado em Direito  
do Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Católica de Pernambuco como  
requisito à obtenção do título de doutora em Direito

Aprovada.

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Dra. Fernanda Fonseca Rosenblatt

Documento assinado digitalmente



**GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA**

Data: 18/02/2025 16:26:38-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Documento assinado digitalmente

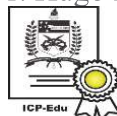


**HUGO LEONARDO RODRIGUES SANTOS**

Data: 14/02/2025 01:20:19-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Hugo Leonardo Rodrigues Santos



Documento assinado digitalmente

**Marília de Nardin Budo**

Data: 13/02/2025 08:05:12-0300

CPF: \*\*\*.404.810-\*\*

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Dra. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Documento assinado digitalmente



**MARCELO LABANCA CORREA DE ARAUJO**

Data: 18/02/2025 13:44:17-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Recife

2022

*Ao Asa Branca Criminologia, pela ciranda que nunca  
solta minha mão, mesmo nas marés mais  
conturbadas.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, meu ninho, que me apoiou em cada momento dessa trajetória, entendendo minhas ausências e escutando meus lamentos. Hoje, o que mais valorizo é estar perto deles. Poderia dizer tanto sobre cada um, mas aqui deixo o registro: amo vocês! Meus pais, Adriana Rocha Coutinho e Torquato Castro Jr.; meu padrasto, Ricardo Barros; minha irmã e luz da minha vida, Ana Clara Barros; meus avós, Aurenny e Hélio Coutinho; meus tios, Renata, Roberta e Ricardo Coutinho e Luciana Pimentel; minhas primas (que, tenho dificuldade de acreditar, são adultas), Luíza e Letícia Brasil e Mariana Damasceno; meus irmãos de vida e maiores grudes, Camila Corrêa e Jairo Mariz; e a Tapioca, minha companheira canina. Agradeço à família Gouveia, especialmente a Georgelita Gouveia, “Tia Lita”, por ter cuidado tão bem de mim.

Agradeço ao meu amor Gina Gouveia, por tudo. Aqui, fiquei sem palavras. Te amo muito e sou grata por dividir a vida com você. Apesar de ter tanto a agradecer, deixo aqui registrada a minha gratidão pelo apoio cotidiano para a finalização deste trabalho. Não foi fácil, mas você sempre esteve lá. Sem você ao meu lado, não sei se teria sido possível. Só a gente sabe.

Agradeço à Dra. Mazira Novaes, minha psicóloga e profissional maravilhosa. Se um doutorado é uma tarefa desgastante por si só, ter enfrentado esse caminho com a pandemia da Covid-19, o medo e os períodos de isolamento social foi ainda mais desafiador. Dra., muito obrigada por tudo. Admiro a senhora demais e agradeço a disponibilidade constante para me atender e cuidar da minha saúde.

Agradeço a minhas amigas e amigos maravilhosos. A Laís Cavalcanti, Lígia Cireno, Marília Tenório e Tatiana Rands, que se fazem presentes cotidianamente, dividindo as alegrias e tristezas da vida adulta desde a faculdade. A Maria Gilca Caraciolo, Luciana Losse, Daniela Tavares e Veridiana Almeida, amigas de infância, que acompanharam tantas versões minhas e me ensinam que o amor da amizade vai além de qualquer caminho trilhado. A Maurilo Sobral, que não solta minha mão por nada. A Mateus Guedes e Francisco Ludermir, amigos pelos quais sou apaixonada, agradeço por terem entendido minhas ausências. A Gabriela Silvestre, pela companhia e carinhos cotidianos. A Alessandra Spinelli, Daniella Queiroz, Vaniller Duarte, pelas risadas e diversão no vale. A Larissa Urruth, Renata Saraiva, Mariana Gastal, Vitória Peres, Maria Eduarda Dantas e Thais Moraes, que, apesar da minha dificuldade de contato à distância, estão sempre no meu coração.

Agradeço aos amigos que o trabalho da sala de aula e da pesquisa me deram. Sem Renata Percilho, Luciana Brasileiro, Anna Priscylla Prado, Maria Júlia Leonel, André Torquato, Larissa Castilho, Maria Lúcia Barbosa, Virgínia Leal, Marcela Borba, Fernanda Lima, Júlio Emílio, Danielle Lopes, dentre tantos outros amigos, não valeria a pena enfrentar o cotidiano de ser professora e pesquisadora. Agradeço aos companheiros e amigos de doutorado, Maria Júlia Leonel (sim, repetido mesmo, porque ela está em todas as loucuras comigo), Anabel Pessoa, Paula Rocha, Manoel Correia e Nathália Castilho, pelos perrengues e dificuldades enfrentados juntos. Agradeço também aos amigos e *roommies* que batalham comigo na educação pública e me apoiaram bastante na etapa final deste trabalho, Denise Luz e Felipo Bona.

Agradeço ao Asa Branca Criminologia, grupo de pesquisa que me formou e ao qual dedico também o meu trabalho. Tenho sorte, e consciência do privilégio, de trabalhar com mulheres que amo, conheço, confio e admiro profundamente. E sorte, ainda, de elas terem confiado em mim de olhos fechados em momentos nos quais nem eu mesma confiei. Obrigada, Marília Montenegro e Manuela Abath, pela orientação, pela paciência, pela leitura do trabalho em todas as suas fases. Obrigada, Fernanda Rosenblatt e Carolina Salazar, por também fazerem parte dessa trajetória, como amigas, incentivadoras (“acaba logo para o nosso último dia!!”) e profissionais. Nossa ciranda tem muito amor, mas também tem muito trabalho, e tudo fica mais leve com vocês.

Agradeço à Universidade Católica de Pernambuco, instituição que admiro pelo seu compromisso com a educação e a pesquisa. Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito pelo grande aprendizado, em especial ao professor Luciano Oliveira, por ter iniciado o processo de orientação. Agradeço à coordenação e aos funcionários da secretaria de pós-graduação, em nome da coordenadora Érica Babini, sempre solícitos e atentos a tudo que precisei durante esses anos.

Agradeço às minhas alunas e alunos da Uninassau, da Faculdade de Direito do Recife (FDR) e da Universidade de Pernambuco (UPE)/Arcoverde, que, nos momentos mais difíceis de sobrecarga de trabalho e pesquisa, compreenderam o furacão que eu estava vivendo.

Agradeço à Nossa Senhora, que me protege e materializa minha fé de um jeito único desde pequena, e a quem tanto recorri nos momentos mais difíceis.

Obrigada!

## RESUMO

Este trabalho objetiva detalhar o funcionamento da justiça criminal nos primeiros dez anos (1941-1952) de vigência do Código de Processo Penal, a partir da instrumentalização da teoria das nulidades no processo penal, dentro campo jurídico. O recorte de nulidades foi escolhido por ser um vetor de análise sobre o quanto o procedimento criminal é valorizado dentro da disciplina de processo penal, já que é uma consequência para o desrespeito da forma estabelecida em lei. Para alcançar esse fim, foi utilizada como referência a teoria de Pierre Bourdieu acerca do funcionamento dos campos sociais. Já a metodologia de análise das fontes históricas seguiu os passos da micro-história, com descrição minuciosa das fontes, identificação do contexto e das vozes presentes nos documentos. O corpo da pesquisa foi composto pela doutrina de manuais de processo penal editados a partir de 1942 e por acórdãos do Supremo Tribunal Federal que abordavam a aplicação das nulidades entre os anos de 1941 e 1952, totalizando 143 decisões selecionadas. Dentre os resultados relativos à doutrina analisada, foi identificada a importância das referências estrangeiras para a validação das teses em circulação. Foi possível observar, ainda, que os autores pesquisados consideravam as nulidades como um grande empecilho ao funcionamento adequado do processo, recomendando seu manejo com a maior restrição possível. A forma, sem a consideração de sua função social, apenas por formalismo exacerbado, era apresentada como uma aplicação ultrapassada das regras jurídicas. O procedimento penal, por sua vez, era visto para os doutrinadores como possuindo a função de prevenção do crime e proteção da sociedade. Já no caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, foi delineado que a principal característica do fluxo de nulidades era o não reconhecimento e manutenção da condenação; as mudanças políticas de autoritarismo e democracia não alteraram esse quadro. Por sua vez, o principal meio de argumentação das nulidades era o remédio constitucional do *habeas corpus*. Os crimes que chegavam à alçada da Corte eram delitos do cotidiano do funcionamento da justiça criminal, notadamente aqueles com maior seriedade, que davam ensejo a um procedimento formal após a prisão. Isso significa que a maior parte das prisões por averiguação e por contravenção penal existentes na época não chegava ao exame da Corte, nem mesmo pela via do *habeas corpus*. Por fim, a principal característica do funcionamento da justiça criminal no período estudado é a capacidade de absorver desrespeitos aos procedimentos e gerar a manutenção de prisões arbitrárias. Tais feitos eram produzidos através da lógica jurídica de valorização da cientificidade de sua atuação, bem como em qualquer momento histórico e político vivenciado. A estratégia adotada é silenciar sobre aquilo que acontece no cotidiano da justiça ou justificar o desrespeito à forma legal a partir do princípio do prejuízo.

Palavras-chave: História do Direito. Processo Penal. Nulidades. Poder Judiciário. Doutrina.



## **ABSTRACT**

This study aims to detail the functioning of the criminal justice system during the first ten years (1941-1952) of the Criminal Procedure Code, focusing on the application of the theory of nullities in criminal proceedings within the legal field. The focus on nullities was chosen as a key aspect for analyzing the significance of criminal procedure within the discipline, as nullities are a consequence of disregarding the legally established form. To achieve this, Pierre Bourdieu's theory on the functioning of social fields was used as a reference. The methodology for analyzing historical sources followed micro-historical approaches, including detailed descriptions of sources, contextual identification, and recognizing the voices present in the documents. The research body comprised criminal procedure manuals published from 1942 and Supreme Federal Court rulings on nullities from 1941 to 1952, totaling 143 selected decisions. The analysis of the doctrine revealed the importance of foreign references in validating the circulating theses. It was noted that the authors considered nullities as a significant obstacle to the proper functioning of the process, recommending their handling with the utmost caution. Pure formalism, without considering its social function, was viewed as an outdated application of legal rules. Conversely, criminal procedure was seen by scholars as a means of crime prevention and societal protection. Regarding the Supreme Federal Court Justices, it was observed that the primary characteristic of the flow of nullities was the non-recognition and maintenance of convictions; political shifts between authoritarianism and democracy did not alter this trend. The primary argument for nullities was the constitutional remedy of habeas corpus. The crimes reaching the Court were everyday offenses within the criminal justice system, notably more serious ones that necessitated formal proceedings following arrest. This indicates that most arrests for investigation and minor offenses at the time did not reach the Court's examination, not even through habeas corpus. In conclusion, the main characteristic of the criminal justice system during the studied period is its ability to absorb procedural violations and uphold arbitrary detentions. These outcomes were produced through the legal logic of emphasizing the scientific nature of its actions, regardless of the historical and political context. The strategy adopted was to silence the everyday occurrences in the justice system or justify the disregard for legal form based on the principle of harm.

**Keywords:** History of Law. Criminal Procedure. Nullities. Judiciary. Doctrine.

## RÉSUMÉ

Ce travail a pour objectif de détailler le fonctionnement de la justice pénale au cours des dix premières années (1941-1952) d'application du Code de procédure pénale, en se basant sur l'instrumentalisation de la théorie des nullités en droit pénal, dans le domaine juridique. Le choix des nullités a été fait car elles constituent un vecteur d'analyse de l'importance accordée à la procédure pénale dans cette discipline, étant une conséquence du non-respect des formes établies par la loi. Pour atteindre cet objectif, la théorie de Pierre Bourdieu sur le fonctionnement des champs sociaux a été utilisée comme référence. Quant à la méthodologie d'analyse des sources historiques, elle a suivi les étapes de la micro-histoire, avec une description minutieuse des sources, une identification du contexte et des voix présentes dans les documents. Le corpus de la recherche se compose de manuels de procédure pénale publiés à partir de 1942 et d'arrêts de la Cour suprême portant sur l'application des nullités entre 1941 et 1952, totalisant 143 décisions sélectionnées. Parmi les résultats relatifs à la doctrine analysée, l'importance des références étrangères pour la validation des thèses en circulation a été identifiée. De plus, il a été observé que les auteurs considéraient les nullités comme un obstacle majeur au bon fonctionnement de la procédure, recommandant leur gestion avec la plus grande restriction possible. La forme, sans considération de sa fonction sociale, n'était vue que comme un formalisme excessif, une application dépassée des règles juridiques. En revanche, les doctrinaires percevaient la procédure pénale comme ayant pour fonction de prévenir le crime et de protéger la société. Pour ce qui est des Ministres de la Cour suprême, il a été déterminé que la principale caractéristique du flux des nullités était le non-reconnaissance et le maintien des condamnations; les changements politiques entre autoritarisme et démocratie n'ont pas altéré cette situation. Le principal moyen de contestation des nullités était le recours constitutionnel de l'habeas corpus. Les crimes portés à la connaissance de la Cour étaient des délits du quotidien de la justice pénale, notamment les plus graves, nécessitant une procédure formelle après l'arrestation. Cela signifie que la plupart des arrestations pour enquête et pour contravention de l'époque n'arrivaient pas à la Cour, même par la voie de l'habeas corpus. En conclusion, la principale caractéristique du fonctionnement de la justice pénale durant la période étudiée est la capacité d'absorber les violations des procédures et de maintenir des détentions arbitraires. Ces faits étaient produits par la logique juridique de valorisation de la scientificité de son action, indépendamment du contexte historique et politique. La stratégie adoptée consistait à passer sous silence ce qui se passait dans le quotidien de la justice ou à justifier le non-respect des formes légales par le principe de préjudice.

Mots-clés: Histoire du droit. Procédure pénale. Nullités. Pouvoir judiciaire. Doctrine.

## LISTA DE TABELAS

|                                                                                                                                                                                                                 |        |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Tabela 1 - Tipos de acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....                                                                                                             | p. 103 |
| Tabela 2 - Estados de origem dos acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....                                                                                                | p. 112 |
| Tabela 3 - Modalidades de delitos encontrados nos acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....                                                                               | p. 120 |
| Tabela 4 – Existência de reconhecimento de nulidades nos acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....                                                                        | p. 128 |
| Tabela 5 – Quantidade de acórdãos com divergência nas decisões dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....                                                        | p. 129 |
| Tabela 6 – Quantidade de acórdãos sobre reconhecimento de nulidades com divergência nas decisões, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....                     | p. 129 |
| Tabela 7 – Quantidade de acórdãos do que reconheceram nulidades no período 1942-1946, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....                                 | p. 137 |
| Tabela 8 - Quantidade de acórdãos do que reconheceram nulidades no período 1947-1951, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....                                 | p. 139 |
| Tabela 9 – Quantidade de acórdãos com referência direta aos dispositivos do Código de Processo Penal sobre nulidades, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) ..... | p. 141 |

Tabela 10 - Quantidade de acórdãos com referência direta à doutrina processual penal, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....p. 145

Tabela 11 – Quantidade de acórdãos com argumentação utilizando o princípio do prejuízo, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....p. 147

Tabela 12 – Quantidade de acórdãos que utilizavam o princípio do prejuízo pelo reconhecimento da nulidade, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951) .....p. 147

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CT – Carta Testemunhável

HC – Habeas Corpus

RE – Recurso Extraordinário

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                  |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b>                                                                                                                | <b>12</b> |
| <b>1 CAMPO JURÍDICO, NULIDADES NO PROCESSO PENAL E A MATERIALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS NA JUSTIÇA CRIMINAL HISTORICAMENTE</b>          | <b>16</b> |
| 1.1 ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO CAMPO JURÍDICO: DA SOCIOLOGIA À HISTÓRIA DO DIREITO NA ESTEIRA DE PIERRE BOURDIEU            | 16        |
| 1.1.1 “A força do direito”: o direito na sociologia de Pierre Bourdieu e a possibilidade de aplicação histórica de suas análises | 17        |
| 1.1.2 A disciplina de processo penal na disputa de poder simbólico no campo jurídico                                             | 26        |
| 1.2 TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIAS: UM PONTO DE PARTIDA                                                                | 30        |
| 1.2.1 Conceito e natureza jurídica das nulidades                                                                                 | 32        |
| 1.2.2 Classificações e demais conceitos relacionados com a teoria unitária das nulidades                                         | 37        |
| 1.2.3 Princípio da instrumentalidade das formas e o prejuízo no princípio “pas de nullité sans grief”                            | 39        |
| 1.2.4 O fluxo das nulidades no sistema processual penal: percepções no cotidiano da prática e ensino jurídico                    | 41        |
| <b>2 DOCTRINA JURÍDICA E AS NULIDADES DE PROCESSO PENAL NA DÉCADA DE 40 DO SÉCULO XX</b>                                         | <b>46</b> |
| 2.1 DOCTRINA NO CAMPO JURÍDICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA ESTRUTURA                                                                | 46        |
| 2.2 CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO: AGENTES DO CAMPO JURÍDICO E FLUXOS DA POLÍTICA BRASILEIRA NA DÉCADA DE 1940                | 52        |
| 2.2.1 Descentralizando: a Primeira República, a política dos governadores e o jurista liberal                                    | 53        |
| 2.2.2 A centralização: a Era Vargas, Francisco Campos e o jurista cientista                                                      | 54        |
| 2.2.3 Os juristas do corpus da pesquisa: elementos da sua trajetória                                                             | 56        |
| 2.3 SEGURANDO A LUPA: DESCRIÇÃO DAS OBRAS E ELEMENTOS PARA A TEORIA DA NULIDADE NO PROCESSO PENAL DA DÉCADA DE 1940              | 61        |
| 2.3.1 Florêncio de Abreu                                                                                                         | 62        |
| 2.3.2 Inocêncio Borges da Rosa                                                                                                   | 68        |
| 2.3.3 Eduardo Espínola Filho                                                                                                     | 73        |

|                                                                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.3.4 Sady Gusmão, Luiz Antônio da Câmara Leal, Ary Franco e Bento de Faria                                                              | 75         |
| 2.4 IMAGENS AUMENTADAS: ANÁLISE DAS DINÂMICAS DA PRODUÇÃO<br>PROCESSUAL PENAL SOBRE NULIDADES DA DÉCADA DE 1940                          | 77         |
| 2.4.1 Doutrina estrangeira e força simbólica no direito                                                                                  | 77         |
| 2.4.2 “Vegetação parasita”: a teoria das nulidades para os doutrinadores do corpus                                                       | 78         |
| <b>3 OUTRAS IMAGENS APROXIMADAS: NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS NA<br/>JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1942 – 1951)</b>        | <b>83</b>  |
| 3.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS: CONSTRUÇÃO DO CORPUS DE ANÁLISE<br>E O CONTEXTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF COMO FONTE HISTÓRICA           | 83         |
| 3.1.1 Acórdãos do Supremo Tribunal Federal na década de 1940: formato de sua produção,<br>destinatários e contexto das fontes            | 89         |
| 3.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX:<br>IMPORTANTES MARCOS DE ATUAÇÃO DA CORTE                                | 96         |
| 3.3 ACÓRDÃOS COMO FONTES HISTÓRICAS: RESULTADO DA ANÁLISE DAS<br>DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PERÍODO DE 1942-1951            | 103        |
| 3.3.1 Tipos de decisões encontradas: a prevalência do habeas corpus                                                                      | 103        |
| 3.3.2 Limitação regional: de onde se originavam os processos julgados pelo Supremo<br>Tribunal Federal                                   | 112        |
| 3.3.3 Tipos de delitos que apareceram nos acórdãos: crimes, contravenções e a justiça<br>criminal do cotidiano                           | 117        |
| 3.3.4 E, novamente, a tal da “vegetação parasita”: fluxo de reconhecimento das nulidades<br>no período analisado                         | 128        |
| 3.3.5 Formas de fundamentação na análise das nulidades: centralidade do art. 563 do<br>Código de Processo Penal e da ideia de “prejuízo” | 140        |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>                                                                                                              | <b>152</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b>                                                                                                                       | <b>158</b> |
| <b>FONTES HISTÓRICAS</b>                                                                                                                 | <b>166</b> |

## INTRODUÇÃO

Este trabalho nasceu de inquietações sobre a pesquisa sociojurídica e de indagações a respeito de como a junção entre ser pesquisadora e ter formação jurídica pode contribuir para compreender as dinâmicas do direito de forma mais detalhada. Sem dúvidas, foram minha atividade cotidiana durante os últimos anos no ensino jurídico e na prática forense penal que me fizeram refletir sobre o processo penal, seus procedimentos e sobre como seria possível sustentar um conhecimento que funciona de forma tão diferente na teoria e na prática.

Em termos do funcionamento legal do sistema criminal, a disciplina de processo penal é a que mais deveria conversar com a realidade dos tribunais. No caso da seara criminal, o direito material não possui nenhuma aplicabilidade sem o processo, como é o caso do direito privado. O direito penal só é aplicado de fato no contexto dos processos de criminalização secundária, desde o flagrante com os policiais militares até a atividade de julgar dos magistrados. Assim, o processo penal, o procedimento em si, deveria guardar uma centralidade na justiça criminal que, contudo, não possui.

Ao mesmo tempo, sei que o descompasso entre o que se aprende na teoria e o que se encontra na prática não é um problema exclusivo do processo penal. É uma dificuldade que pode também ser atribuída ao aprendizado do direito nas universidades de um modo geral, ou até mesmo a uma questão mais ampla, de ordem filosófica, acerca da diferença entre o abstrato e o concreto. Entretanto, no processo penal, aprendemos conceitos e procedimentos que em nada se relacionam com o funcionamento do sistema, especialmente quando o recorte é o processo penal relacionado à população carcerária brasileira. A distância é, certamente, maior.

Especialmente no contexto brasileiro, é interessante notar que o campo jurídico funciona sem que exista um debate sério sobre os limites da atuação da polícia ostensiva, a Polícia Militar. Nessa observação, não incluo outros ramos do conhecimento como a sociologia e a criminologia; falo do campo jurídico *stricto sensu*, no sentido, até mesmo simplório, de não contarmos com manuais e uma disciplina de direito policial.

No mesmo caminho, como pensar um processo cuja execução é completamente desconhecida por boa parte dos juristas, tendo em vista que a execução penal não é uma cadeira obrigatória na maioria das faculdades de direito brasileiras? Nesse caso, além dos silenciamentos mencionados, relacionados especificamente com o conteúdo da matéria de processo penal, percebe-se uma dinâmica de poder dentro do próprio conhecimento das ciências criminais.



Portanto, até hoje o debate do processo penal parece estar em situação desprivilegiada em relação aos demais conhecimentos jurídicos. A ideia deste trabalho não é pensar a disputa de vaidades que está, também, por trás desses impasses no desenvolvimento do conhecimento jurídico, produzido especialmente por homens brancos da época, nem defender que o processo penal deveria ser a disciplina mais importante do currículo das ciências criminais. O que aparenta ocorrer é que temas centrais para a justiça criminal não são levados em consideração quando a parcela da população afetada não interessa aos produtores do direito. Existem dinâmicas de poder na produção da cultura jurídica que são refletidas também na importância que é dada àquela matéria específica.

Para a escrita desta tese, retornei no tempo: para a década de 1940, mais especificamente para o ano de 1942. Hoje, não se pode negar que o processo penal, mesmo diante desse quadro não tão promissor, é abordado com grande frequência no Direito. Há importantes obras, debates e fluxos de jurisprudência. O marco dessa valorização, que acentua a distância em comparação ao que a matéria já foi outrora - uma disciplina anexa ao processo civil ou ao direito penal material - é, sem dúvidas, a promulgação do Código de Processo Penal. Por tal motivo, o marco escolhido para a pesquisa.

O objetivo da presente pesquisa é detalhar o funcionamento da justiça criminal nos primeiros dez anos de vigência do Código de Processo Penal, a partir da instrumentalização da teoria das nulidades no processo penal. Nesse sentido, procurei compreender as dinâmicas de poder relativas à abordagem do tema de nulidades processuais penais pela doutrina brasileira e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1942 e 1951.

Escolhi as nulidades processuais penais porque as considero um mecanismo interno do direito que revela o quanto se valoriza o procedimento e o que se considera importante para seu funcionamento ideal. O controle das instâncias superiores do Poder Judiciário efetivado por meio do reconhecimento das nulidades pode significar que aquela regra específica será respeitada com maior frequência.

De forma mais detalhada, busquei destacar quais eram as bases teóricas da teoria das nulidades e quais temas de processo penal eram passíveis de gerar nulidades na prática judiciária. Em virtude das mudanças históricas do período da década de 1940, também examinei se os processos de centralização/descentralização e autoritarismo/democracia influenciaram esse processo, bem como investiguei a contribuição dessa dinâmica para o ideal de defesa social do sistema de justiça criminal.

Procurei, no trabalho, juntar duas perspectivas importantes do fenômeno jurídico: a externa e estrutural, que entende o campo como um âmbito de reprodução de poder, o que fica ainda mais evidente no campo do sistema de justiça criminal, e as adversidades de sua própria lógica interna de produção. Na verdade, o foco maior esteve exatamente na produção interna e no *habitus* dos agentes no funcionamento do campo jurídico.

Se, em relação à estruturação do campo, utilizei as referências de Bourdieu, em relação à metodologia de avaliação escolhi seguir o caminho traçado pela micro-história, a fim de utilizar os acórdãos e os manuais de processo penal como fontes históricas. Apesar de não ter me aprofundado na teoria da micro-história, cuja principal referência é o italiano Carlo Ginzburg, o texto de José Barros sobre como trabalhar com fontes históricas dialógicas foi essencial para estabelecer os passos da metodologia. Procurei observar cada detalhe do conjunto dos textos, o que às vezes se mostrou uma tarefa difícil e cansativa.

No primeiro capítulo, expliquei as bases teóricas do trabalho, notadamente acerca da teoria de Pierre Bourdieu sobre o funcionamento dos campos sociais e especificamente do campo jurídico. Muitas de suas conclusões serão pontos de partida para análise nesta pesquisa. Em continuidade, detalho as razões de ter escolhido, dentro da justiça criminal, o tema das nulidades como ponto de partida para o estudo.

Considere importante apresentar, também, as bases teóricas das nulidades na contemporaneidade, até como referência para a análise da doutrina da década de 1940. Um olhar mais estrutural sobre as falas dos autores requer um conhecimento prévio de conceitos básicos. Contudo, é importante destacar, desde já, que a revisão bibliográfica sobre o tema não é o principal objetivo. Procurei examinar as nulidades em sua dimensão simbólica dentro do campo jurídico, enquanto importante área marcada por dinâmicas de poder, indo além de suas questões jurídico-dogmáticas. Aponto, nesse sentido, que a delimitação do que é considerado nulidade não é aleatória; existe uma função que orienta o que se decide “controlar” a partir do sistema de nulidades.

No segundo capítulo, narro a construção do campo de pesquisa por meio do levantamento e detalhamento da doutrina e dos manuais de processo penal selecionados. A fim de observar a importância conferida pela própria doutrina às nulidades, considere os seguintes vetores de análise: a) os parâmetros teóricos estabelecidos sobre a temática e suas origens jurídicas; b) a importância política conferida ao tema pelos autores; c) o quanto essa doutrina se aproxima ou se afasta do ideal de defesa social presente no período. Também tracei um panorama sobre os agentes jurídicos na época e sua relação com os fluxos políticos.

Já no terceiro capítulo, apresentei a parte da pesquisa de campo em que fiz um extenso levantamento dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal entre 1942, marco do início da vigência do Código de Processo Penal, e 1951. Consegui acessar essas decisões a partir do próprio site do Tribunal e selecionei aquelas que exibiam o termo “nulidade” no campo dos fundamentos. Utilizando o *corpus* construído, avaliei: a) a motivação utilizada nas decisões para a decretação da nulidade, identificando se faziam referência direta à doutrina ou à própria lei, bem como registrando as teorias instrumentalizadas pelos ministros; b) o fluxo de reconhecimento das nulidades, observando se beneficiam mais a defesa ou a acusação.

Como se pode perceber, esta pesquisa representa uma inserção significativa no funcionamento do campo jurídico da justiça criminal em meados do século XX. Espero, com isso, conseguir compreender as nuances do funcionamento do campo jurídico e da justiça criminal na década de 1940.

# **1 CAMPO JURÍDICO, NULIDADES NO PROCESSO PENAL E A MATERIALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS NA JUSTIÇA CRIMINAL HISTORICAMENTE**

## **1.1 ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO CAMPO JURÍDICO: DA SOCIOLOGIA À HISTÓRIA DO DIREITO NA ESTEIRA DE PIERRE BOURDIEU**

O conceito de direito constitui um tema central à formação dos estudantes desse campo, mas também é importante para a sociologia, história, ciência política e demais ciências sociais. Isso porque o fenômeno jurídico, com sua linguagem própria e funcionamento internos, também estrutura a realidade em que vivemos, estabelecendo soluções para conflitos sociais das mais variadas naturezas e regras para o funcionamento burocrático do Estado. O direito existe para administrar as relações sociais existentes e se consolidou como o caminho legítimo, senão único, para fornecer respostas.

Não obstante, a feição jurídica se modifica de acordo com as mudanças sociais que enfrentamos; daí a importância de pensar o fenômeno jurídico para além de sua lógica de produção interna. Apesar disso, a produção “científica” do direito caminha exatamente em sentido oposto, criando e reproduzindo, muitas vezes, categorias de forma desconectada, sem se preocupar verdadeiramente com o contexto social. Grande parte da força social que o direito tem está relacionada à possibilidade de “vender-se” como a solução mais adequada e “neutra” para os conflitos sociais, como um campo externo à política, à economia e demais interesses sociais. Nessa lógica, a solução advinda do campo jurídico será a mais adequada e justa.

Refletir sobre o conceito de direito, sua natureza, sua origem, de onde vem sua força, tem sido uma constante nas ciências sociais e dentro da própria doutrina jurídica. Nos estudos jurídicos, há muito se reconhece que o direito é um produto cultural da sociedade e não algo divino ou imutável. Simultaneamente, é inevitável o reconhecimento da existência de lógicas específicas desse campo, reproduzidas de forma semelhante em diversas culturas e em períodos históricos diferentes.

No campo jurídico, essa discussão circunda a disciplina de introdução ao estudo do direito, em que se trabalha, dentre outros assuntos, sobre o conceito de direito e a possibilidade de construção de uma teoria geral do direito. Em meados do século XIX, Tobias Barreto, filósofo e jurista da Faculdade de Direito do Recife, já trazia algumas dessas reflexões sobre o direito, notadamente em seu texto “Introdução ao Estudo do Direito”. A autor considerava que:

O direito é pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é, uma disciplina que a sociedade a impõe a si mesma na pessoa dos seus membros, como meio de atingir o fim supremo, - e o direito só tem este, - da convivência harmônica de todos os associados [...].

Este modo de conceber o direito como um resultado da cultura humana, como uma espécie de *política da força* que se restringe e se modifica, em nome somente da sua própria vantagem; esta concepção do direito, não como um presente divino, mas como um invento, um artefato, um produto do esforço do homem para dirigir o homem mesmo, - esta concepção ainda conta presentemente decididos adversários. (BARRETO, 2004, p. 5-40)

Alguns pontos importantes podem ser extraídos desse trecho do texto de Tobias Barreto. Primeiramente, no campo jurídico, o direito já foi considerado como um fenômeno de origem divina, ou da natureza, para além do homem e da sociedade. Construir o direito dessa forma implica associá-lo à ideia de algo imutável e universal. Se, atualmente, sabe-se que o direito em si não possui essa característica, muitas ideias de justiça que justificam filosoficamente o funcionamento do campo continuam sustentando essa noção. Trata-se de uma ideia de justiça e valores inerentes ao homem, muito relacionado com uma filosofia Kantiana. A proteção à vida é um valor constante em várias sociedades, em momentos históricos diferentes, e assim pode ser considerada como uma constante no valor de justiça que embasa as trocas sociais.

Essa é uma discussão complexa, mas que não é central para o presente trabalho. Para mim, o que está por trás dessas noções de universalidade, seja enquanto fenômeno divino, seja, mais recentemente, enquanto fenômeno científico, é a tentativa de manutenção do poder simbólico do direito enquanto única via de solução adequada para os conflitos sociais. Essa característica é tão forte que, mesmo sabendo que o direito é fruto da cultura, o funcionamento de suas lógicas internas é a mesma em diferentes locais geográficos e em diferentes momentos históricos. É por isso que a teoria dos campos sociais é tão importante para essa conceituação, e é a partir dela que inicio a discussão desta pesquisa.

### **1.1.1 “A força do direito”: o direito na sociologia de Pierre Bourdieu e a possibilidade de aplicação histórica de suas análises**

As inquietações surgidas ao longo dos anos de elaboração desta pesquisa perpassam diversas formas de enxergar o fenômeno do direito e o campo jurídico. Todavia, desde a minha pesquisa de dissertação, o texto de Pierre Bourdieu (2012) *A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico* tomou uma dimensão central em minhas análises,

especialmente quando o recorte de estudo recai sobre os agentes do campo jurídico, a aplicação formal do direito pelas agências, a construção de seus discursos e de suas práticas jurídicas.

Apesar da popularidade de seu trabalho, especialmente no Brasil (BORTOLUCI; JACKSON; PINHEIRO FILHO, 2015), o direito não foi um tema central para o sociólogo francês (VILLEGAS, 2004). Além do mencionado texto, existem alguns outros que tratam sobre o campo jurídico ainda que indiretamente, como a recente publicação de suas palestras e conferências sobre a formação do Estado no *Collège de France* (BOURDIEU, 2017) ou a transcrição de uma exposição oral, hoje traduzida para o português sob o nome *Os juristas, guardiães da hipocrisia coletiva* (BOURDIEU, 1991), dentre outros escritos espalhados por sua vasta produção. Não obstante, de acordo com Soraya Sckell (2016), Bourdieu foi cofundador da revista francesa de sociologia jurídica *Droit et Société*, que em 2004 publicou um número acerca da sua visão sobre o direito, intitulado *La place du droit dans l'œuvre de Pierre Bourdieu*, no qual constaram alguns artigos utilizados nesta pesquisa.

Nesse contexto, consciente do limite de qualquer abordagem e acompanhando as críticas feitas à sociologia do conhecido autor francês, algumas conclusões do texto *A força do direito* e de outros estudos de Bourdieu compuseram parte importante dos marcos teóricos deste trabalho. Meu objetivo na pesquisa foi tentar conectar duas perspectivas importantes do fenômeno jurídico: a externa e estrutural, que o entende como um local de reprodução de poder dos capitais dominantes, sem, contudo, esquecer a variabilidade de sua própria lógica interna de produção, não apenas no sentido da reprodução de seus discursos, mas também no que se refere à reprodução de suas práticas essencialmente jurídicas.

Seguindo os passos de Roger Chartier (2002) em uma palestra sobre a importância do sociólogo para a perspectiva da história cultural, proponho utilizar o aparato teórico de Bourdieu para trabalhar temas que não foram diretamente interessantes para ele. Essa distância decorre do olhar desta tese para o campo jurídico brasileiro, da escolha de um período histórico singular e da tentativa de observar com uma “lente de aumento” o funcionamento do campo, abordando uma matéria específica – as nulidades no processo penal.

A instrumentalização da sociologia de Pierre Bourdieu depende do conhecimento de alguns conceitos centrais, que ele utilizou frequentemente na tentativa de descrever os espaços sociais em que vivemos. O sociólogo foi autor de mais de 300 obras (JOURDAIN; SIDONIE, 2017), ao longo das quais elaborou e aperfeiçoou algumas constantes de sua teoria sociológica. Importa dizer que não é objetivo desta pesquisa esmiuçar a teoria do sociólogo, mas apenas

apresentar elementos importantes utilizados para a construção da metodologia de análise do material estudado e do próprio conceito de campo jurídico.

Em virtude da grande quantidade de trabalhos produzidos por Pierre Bourdieu, condensar algumas de suas noções em um curto espaço não é tarefa fácil. Bourdieu construiu conceitos que integram sua teoria sociológica a partir da intensa atividade de pesquisar olhando para diferentes realidades. Preocupou-se também em refletir e ponderar em cima de questões já elaboradas por outros sociólogos e pensadores. Talvez, a principal contribuição do autor tenha sido a tentativa de conciliação de duas perspectivas opostas das ciências sociais: as que ele chama de subjetivismo e objetivismo. Tal tentativa marca o pano de fundo de seus conceitos, sempre na contramão de dualidades, ou isto ou aquilo.

Em sua obra *O senso prático*, o sociólogo apresenta essas duas perspectivas de ação social, bem como suas conclusões ao tentar solucionar o dilema. Um pesquisador de ciências sociais objetiva entender o que leva a uma certa estrutura social, ou o que faz indivíduos agirem como agem, se organizarem dessa ou de outra maneira. A investigação desta pesquisa está relacionada, por exemplo, com esses temas, além da indicação acerca do como, do porquê de os juristas produzirem o direito de uma determinada forma e quais consequências tais ações podem ter para o campo jurídico e para as demais esferas sociais.

Bourdieu explica que o objetivismo tem como fundamento a ideia de que o funcionamento da sociedade é baseado em sistema objetivos, estruturas, leis, relações, os quais funcionam e determinam as condutas dos indivíduos independente de vontades individuais. Não se pode pensar no objetivismo sem remeter ao estruturalismo, cuja origem é a teoria linguística de Ferdinand de Saussure. Importantes pensadores, como Claude Lévi-Strauss, antropólogo francês, essencial para a formação de Pierre Bourdieu (JOURDAIN; SIDONIE, 2017), são considerados estruturalistas e se basearam na teoria linguística de Saussure para compreender outras questões sociais (BOURDIEU, 2013). Karl Marx, que teve uma grande influência na construção de sua teoria, também é considerado um objetivista (JOURDAIN; SIDONIE, 2017). Nas palavras de Bourdieu:

O objetivismo que tem por objeto estabelecer regularidades objetivas (estruturas, leis, sistemas relações etc.) independentes das consciências e das vontades individuais, introduz uma descontinuidade marcada entre o conhecimento erudito e o conhecimento prático, rejeitando ao estado de “racionalizações”, de “pré-noções” ou “ideologias” as representações mais ou menos explícitas com as quais ele se arma. (BOURDIEU, 2013, p. 44)

No outro lado da balança está o subjetivismo, cuja figura representativa destacada por Bourdieu é o filósofo Sartre. Nesse caminho de interpretação da ação social, o que pauta o comportamento do ser humano é a sua própria racionalidade, sua própria liberdade construída a partir da relação do indivíduo com o objeto e/ou com as demais pessoas. Na visão do sociólogo, Sartre traz uma grande contribuição ao criticar as teorias mais objetivistas da ação humana que, mesmo quando criticam as estruturas, acabam por apagar a possibilidade criativa do ser humano, a possibilidade de mobilidade. Reportando-se à obra *Critique de la raison dialectique*, do filósofo, Bordieu explica:

Ocorre que ele rejeita com uma repugnância visceral “essas realidades gelatinosas e vagamente obcecadas por uma consciência supraindividual que um organicismo vergonhoso ainda procura encontrar, contra qualquer probabilidade, nesse campo rude, complexo, mas separado da atividade passiva em que há organismos individuais e realidades materiais inorgânicas”; e que não abre qualquer espaço a tudo o que, tanto do lado das coisas do mundo quanto do lado dos agentes, poderia turvar o limite que seu dualismo rigoroso pretende manter entre a transparência pura do sujeito e a opacidade mineral da coisa. (BOURDIEU, 2013, p. 72-73)

Em resposta a essa aparente contradição entre o objetivo e o subjetivo, Bourdieu forja um de seus principais conceitos: *habitus*, desenvolvido ao longo de suas obras. O autor adota um conceito aristotélico, tradução do latim original *hexis*, segundo o qual há um caráter moral que guia nossos sentimentos e desejos relacionados a uma situação específica e que determina como será nossa conduta (WACQUANT, 2007, p. 65). Todavia, indo além do caráter moral referido por Aristóteles, Bourdieu elabora um conceito que abarca as estruturas estruturadas e estruturantes do meio social, sem desconsiderar as vontades individuais para compreender o que move os agentes à ação. Conforme o próprio autor:

[...] eu desejava pôr em evidência as capacidades “criadoras”, activas, inventivas, do *habitus* e do agente (que a palavra hábito não diz), embora chamando a atenção para a ideia de que este poder gerador não é de um espírito universal, [...] o *habitus* conforme indica a própria palavra é um conhecimento adquirido, mas também um haver, um capital (de um sujeito transcendental na tradição idealista) o *habitus*, a *hexis*, indica uma disposição incorporada, quase postural -, mas sim de um agente em acção [...]. (BOURDIEU, 2012, p. 61)

Assim, o *habitus* é uma noção construída na tentativa de encontrar uma resposta à dualidade entre indivíduo e sociedade, definindo o modo como a sociedade é depositada nas pessoas na forma de disposições duráveis sobre o pensamento e sobre o próprio corpo, o sentimento e o modo de agir das pessoas. Por outro lado, o conceito não deixa de perceber que as respostas aos constrangimentos e solicitações sociais também podem ser criativas



(WACQUANT, 2007, p. 66).

Wacquant elenca algumas características inerentes ao conceito de Bourdieu. O *habitus* é uma aptidão social, podendo ser modificado a partir das condições de tempo, lugar e distribuição de poder. É ainda transferível a vários domínios da prática, entre indivíduos da mesma classe, como a forma de se alimentar, de se vestir e assim por diante. Apesar de ser dotado de uma inércia incorporada, no sentido de que o *habitus* materializa práticas moldadas pelas estruturas sociais que se mantêm no tempo, não é estático, pois as tendências sociais podem ser modificadas pela exposição a novas forças externas (WACQUANT, 2007, p. 66 - 67). Do mesmo modo, considera-se que o fluxo social pode ser modificado porque cada indivíduo vai incorporar o *habitus* do campo social de uma forma única. O próprio Bourdieu diz o seguinte:

Os condicionamentos associados a uma classe particular de condições de existência produzem *habitus*, sistemas de *disposições* duráveis e transponíveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, ou seja, como princípios geradores e organizadores de práticas e de representações que podem ser objetivamente adaptadas ao seu objetivo sem supor a intenção consciente de fins e o domínio expresso das operações necessárias para alcançá-los, objetivamente “reguladas” e “regulares” sem em nada ser o produto da obediência a algumas regras e, sendo tudo isso, coletivamente orquestradas sem ser o produto da ação organizadora de um maestro. (BOURDIEU, 2013, p. 87)

Por outro lado, o conceito de *habitus* não se sustenta sem a noção de campo, palavra que tem um significado próprio dentro da teoria sociológica de Bourdieu. O campo é uma forma de enxergar o social através de espaços de relações objetivas, com uma lógica própria, que não pode ser reproduzida em outros campos. As relações são pautadas pela relação que se tem a partir da exterioridade dos demais agentes, pelas diferenças e semelhanças (AZEVEDO, 2010, p. 86).

A noção de *espaço* contém, em si, o princípio de uma apreensão *relacional* do mundo social: ela afirma, de fato, que toda a “realidade” que designa reside na *exterioridade mútua* dos elementos que a compõem. Os seres aparentes, diretamente visíveis, quer se trate de indivíduos quer de grupos, existem e subsistem na e pela *diferença*, isto é, enquanto ocupam *posições relativas* em um espaço de relações que, ainda que invisível e sempre difícil de expressar empiricamente, é a realidade mais real (*ens realissimum*, como dizia a escolástica) e o princípio real dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos. (BOURDIEU, 2011, p. 49)

Os campos pressupõem um grau alto de complexidade nas relações externas e objetivas, estruturas estruturadas e estruturantes típicas das sociedades modernas (BOURDIEU, 2004). Nesse sentido, essas esferas podem ser analisadas de forma autônoma em relação aos seus

integrantes: independentemente de quem são esses indivíduos os *habitus* moldados no campo continuarão a se reproduzir (AZEVEDO, 2010, p. 87-88). Nas palavras do autor:

Compreender a gênese social de um campo, e apreender aquilo que faz a necessidade específica da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram, é explicar, *tornar necessário*, subtrair ao absurdo do arbitrário e do não-motivado os actos dos produtores e as obras por ele produzidas e não, como geralmente se julga, reduzir ou destruir. (BOURDIEU, 2012, p. 69)

O *habitus* é algo tão profundamente estruturado no campo que os agentes que dele participam o aceitam tacitamente, sem necessariamente perceber a reprodução dessas relações objetivas. Essa crença no *habitus* como um comportamento natural é chamado por Bourdieu de *illusio*. A força do campo social, por sua vez, depende do quanto os agentes internos e externos ao campo aceitam as estruturas de suas relações objetivas enquanto válidas no funcionamento do tecido social (BOURDIEU, 2004).

Em sua obra *Coisas Ditas*, Bourdieu trabalha essas questões a partir da ideia de jogo, especialmente como uma tentativa de rebater ideias estruturalistas da etnografia. Nessa alegoria, cada campo social possui um jogo próprio com funcionamento e regras específicas e o campo vai se perpetuando na esfera social na medida em que os agentes jogam os jogos a partir das regras pré-instituídas e estruturadas historicamente. Ao fazê-lo, simultaneamente, estruturam e especificam o campo – estruturas estruturadas e estruturantes – e aceitam que o “jogo” é a forma natural de constituir as relações. Apesar da relação com a palavra regra, o *habitus*, associado à “regra do jogo”, não é propriamente uma regra, não está escrito em nenhum local, tampouco se refere ao costume; vai além das regras sociais ditas, expressas.

Sendo assim, o campo é uma forma de examinar o objeto de estudo social e entender suas especificidades. Sem compreender os *habitus* particulares de cada esfera não se consegue definir os campos; ao mesmo tempo, sem ter noção do campo, não é possível compreender os diferentes *habitus*. Trata-se, afinal, de ideias que se complementam diretamente (AZEVEDO, 2010, p. 86). É importante também ressaltar que em cada campo é possível identificar diferentes disputas internas entre os agentes dominantes e dominados, tendo em vista que a distribuição dos tipos de capitais existentes, na visão do sociólogo, é desigual, o que contribui para a modificação ou a manutenção das expressões do *habitus*. Buscando manter o prestígio, os agentes que estão em posição de poder lançam mão de diversas estratégias centradas na conservação da distribuição de capital (AZEVEDO, 2010, p. 91). Do mesmo modo, existem disputas entre diferentes campos que podem funcionar com base nessas relações objetivas.

A ideia de capitais, de distribuição do poder a partir da diferença entre dominantes e dominados, bem como a identificação das relações sociais a partir de suas disputas de poder não representa uma novidade para sociologia. Pelo contrário, tem como precursor o próprio Karl Marx. Contudo, além da perspectiva de luta de classes daqueles detentores e não detentores dos meios de produção, Bourdieu considera que a posição de dominante ou de dominado na sociedade é determinada por um espectro mais amplo do que o recorte econômico, e que diferentes capitais estão em disputa na sociedade: capital econômico, capital simbólico, capital cultural e capital social.

A dominação não é o efeito direto e simples da ação exercida por um conjunto de agentes (“a classe dominante”) investidos de poderes de coerção, mas o efeito indireto de um conjunto complexo de ações que se engendram na rede cruzada de limitações que cada um dos dominantes, dominado assim pela estrutura do campo através do qual se exerce a dominação, sofre de parte de todos os outros. (BOURDIEU, 2011, p. 52)

Cada uma dessas formas de capital pode ser adquirida de diferentes maneiras e são essenciais para o estabelecimento da posição daquele agente na sociedade, compondo seus gostos, práticas, comportamento gestual, *habitus* e, por consequência, suas estratégias de manutenção ou de desafio das estruturas dominantes.

Contudo, a constatação de disputa não significa que os agentes estão conscientemente fazendo uso dessas estratégias para a manutenção do poder, como se numa espécie de “grande conspiração”. Bourdieu afasta essa ideia desde a concepção do conceito de *habitus*. Como visto, para o sociólogo, não é dessa forma que são pautadas as escolhas de comportamento social do ser humano. A dominação acontece, em grande parte, de maneira sutil, por meio da violência e poder simbólicos. A estrutura dos campos, com essas diferenças entre os agentes, não se sustenta apenas a partir da força física, mas também pela força simbólica (BOURDIEU, 2004).

Na visão de Mauricio Villegas, reside nessa questão uma das compreensões de Bourdieu mais importantes para o campo jurídico. O direito consolidou-se historicamente como a fonte de soluções para as mais diversas questões sociais, compondo o campo de formação do Estado. Para Bourdieu (2017), a formação do Estado moderno altamente burocratizado e especializado constitui um “super” campo, formado por diversos campos menores. Um deles corresponde ao direito, esfera especializada o suficiente, com agentes que possuem *habitus* específicos e complexos, a ponto de poder ser considerado um campo independente. E não apenas qualquer campo: um cujo objetivo é emitir julgamentos sobre as demais esferas sociais e no qual as estruturas internas são mais fixas.

O jurista, para Pierre Bourdieu, é um agente possuidor dos conceitos e das respostas às situações difíceis. São pessoas que detêm mais peso na construção da realidade social, mais força nas lutas simbólicas. Na estrutura do Estado, quando não se consegue chegar a uma solução, os indivíduos procurarão respostas no campo jurídico, cujo poder simbólico é mais forte por estar associado ao poder das palavras, que possuem grande força por serem “instrumentos de construção da realidade” (BOURDIEU, 2017). As palavras do direito, por sua vez, possuem expressamente essa função. Assim:

[...] os juristas (como corpo diferenciado), pelo fato do capital específico que detinham, exerciam no campo das lutas pela construção da realidade social uma influência desmedida em relação a outros agentes concorrentes. Esse capital de palavras, de conceitos, é também um capital de soluções e de precedentes, para as situações difíceis da experiência. (BOURDIEU, 2017, p. 432)

Em tal afirmativa, Bourdieu não faz juízo de valor sobre se esse capital simbólico é melhor do que os fornecidos a outros agentes do campo social, como talvez a leitura exclusiva do trecho apresentado pudesse, equivocadamente, levar a concluir. Na verdade, o autor traçou em uma série de cursos e seminários para o *Collège de France*, posteriormente editados como uma obra escrita, um caminho histórico da construção do Estado (BOURDIEU, 2017). Nesse contexto, avaliou como o jurista, enquanto agente social estruturador do campo, foi essencial historicamente para a efetivação do que se compreende atualmente como Estado.

Como visto anteriormente, muito já se debateu sobre a natureza do direito, a respeito de onde vem sua força, sua aceitação social. Internamente, costuma-se pensar no caráter científico dos conceitos jurídicos. “Tem força porque é ciência”, é a resposta neutra e correta aos dilemas sociais. Tradicionalmente, já se considerou que essa força advinha de uma fonte essencial, uma norma única, vinda do próprio Deus ou, então, de algo divino, inalcançável, imutável. Hans Kelsen (2009), utilizado também por Bourdieu como exemplo, doutrinador central para a teoria do direito do século XX, considera que as normas jurídicas derivam de uma norma fundamental. Externamente, o direito já foi, de diferentes maneiras, considerado uma mera reprodução de poder dos dominantes e instrumento de manutenção do *status quo*.

Bourdieu, como pontuado antes, não costuma endossar dualidades, o que resulta na desconstrução do que ele chama de formalismo e instrumentalismo. O direito tem uma lógica interna, como também reproduz estruturas de poder e interesses dominantes. A questão é entender como esse poder funciona e como o campo jurídico conseguiu se estabelecer com tamanha aceitação no espectro social.

Na tentativa de compreender a força do poder simbólico jurídico, Bourdieu considera que o campo apresenta características específicas de funcionamento, pautadas especialmente pelo poder de dar soluções a problemas sociais por agentes que se colocam externamente, no espaço social, como detentores competências tanto técnica quanto social para empreender essa tarefa. Há uma cisão entre o que é ou não jurídico, moderada pelo monopólio de acesso a esse meio de conhecimento específico. Existe, assim, uma enorme diferença de legitimidade social entre uma solução apresentada pelos juristas ou por outros setores sociais. Ainda mais, as respostas jurídicas são criadas para parecer independentes das forças sociais que estão ao seu redor. Nesse sentido o campo jurídico difere, por exemplo, do campo político (BOURDIEU, 2012, p. 212).

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (BOURDIEU, 2012, p. 212)

O campo jurídico, tal qual os demais campos sociais, é pautado por disputas internas e externas. Uma das características do funcionamento dos agentes que compõem o campo é a disputa interna entre aqueles que exercem diferentes funções na atividade de produzir o direito cotidianamente. Essa divisão do trabalho dá-se, na visão do sociólogo francês, pela contraposição entre a produção teórica e prática do direito. De um lado, cria-se o espectro de juristas que pensam “cientificamente” as regras jurídicas e, de outro, daqueles cuja principal preocupação é sua aplicação às situações que se apresentam no cotidiano para a resolução do campo jurídico.

A disputa, apesar de aparentar uma concorrência insuperável, alimenta, no final do ciclo, a complexidade dos próprios conceitos jurídicos e de seu conhecimento, edificando, de forma sutil, a própria força simbólica desse campo, tornando-o mais e mais complexo e especializado. Até porque essa disputa não é uniforme e dentro de cada esfera – prática ou teórica – existem divergências e concorrências nos espaços de dominantes e dominados.

O quadro teórico apresentado nesse tópico foi considerado na construção do corpo de análise da presente pesquisa. Para além do fato de ser comum nas produções acadêmicas do campo jurídico trazer em seu corpo os diferentes setores de produção do conhecimento jurídico - o legislativo, o judiciário e a doutrina -, um dos objetivos da tese é o de apresentar as disputas de reprodução dessas duas esferas, prática e teórica, no tema específico das nulidades no

processo penal. Com isso, busca-se empreender a tarefa de ir além do levantamento do conhecimento jurídico para compreender as consequências e os limites das escolhas dos agentes do campo.

### **1.1.2 A disciplina de processo penal na disputa de poder simbólico no campo jurídico**

Aparentemente, o agente dentro do campo jurídico diz o direito de forma mais adequada. Bourdieu observa que essa disputa ocorre especialmente entre juristas práticos, do cotidiano forense, e juristas teóricos, da doutrina:

Não há dúvida de que a história comparada do direito permite observar que, conforme as tradições jurídicas e conforme as conjunturas no seio da mesma tradição, as hierarquias variam entre as grandes classes de agentes jurídicos – as quais variam elas próprias consideravelmente segundo as épocas e as tradições nacionais e ainda segundo a especialidade: direito público ou direito privado, por exemplo. (BOURDIEU, 2012, p. 217)

Dentro desse “jogo” de relações objetivas e de disputa de poder entre os agentes integrantes do campo jurídico, descrito por Bourdieu, um dos elementos que me chamou atenção ao longo da produção da pesquisa foi a posição da disciplina de processo penal nesse campo. Os temas produzidos pelos agentes do campo jurídico nos revelam não apenas quem tem o poder de dizer o direito, mas também a dinâmica de poder envolvendo os conteúdos programáticos que serão considerados importantes ou, dito de outra forma, as matérias que serão consideradas aptas a participarem de forma destacada da “ciência do direito”.

Observar a dinâmica do campo pode ter como foco identificar quais matérias e assuntos especializados estão ganhando destaque e agregando em seu capital simbólico um maior valor jurídico e, conseqüentemente, político. A lógica de divisão das disciplinas jurídicas está relacionada a essa troca. Disciplinas jurídicas que hoje são enxergadas como autônomas, com seus próprios princípios, conceitos, doutrinadores, pensadores, especialistas, outrora poderiam ser apenas um ramo de uma outra disciplina.

E isso se dá não apenas pela “criação” de novos ramos jurídicos, mas também pela tendência à maior especialização do direito, percebida ao longo dos anos. Essa especialização é uma forma de aumentar o capital simbólico jurídico, uma vez que o conhecimento cada vez mais específico exige maior esforço para ser acessado e fortalece os agentes jurídicos que trabalham com o ramo específico que está sendo criado, aumentando o tamanho do próprio campo jurídico em si.

Tais questões, em que pese não terem sido exatamente dessa maneira expressadas por Bourdieu, são pensadas a partir de suas análises. Um trecho importante do texto *A força do direito* aborda o paradoxo avaliado pelo autor na criação do ramo do direito do trabalho, especialmente na França (BOURDIEU, 2012). O direito do trabalho contraria, inicialmente, os interesses das classes dominantes, especialmente do capital econômico, uma vez que protege e regulamenta o direito dos trabalhadores. Tal tutela é construída na contramão de boa parte da fornecida pelo tradicional direito civil em relação à propriedade e demais negócios jurídicos, realizados, na maioria das vezes, por quem detém o capital econômico.

Apesar do aparente momento de quebra, Bourdieu destaca que mesmo quando questões sociais que adentram o campo jurídico são contrárias às ideias dominantes elas alimentam a força do direito, que ditará quais soluções são as mais adequadas “cientificamente”, a partir das conclusões alcançadas pelos próprios juristas.

Em resumo, à medida que um campo (neste caso, um subcampo) se constitui, um processo de *reforço circular* põe-se em movimento: cada ‘progresso’ no sentido da ‘jurisdicização’ de uma dimensão prática gera novas ‘necessidades jurídicas’, portanto, novos interesses jurídicos entre aqueles que, estando de posse da competência especificamente exigida (na ocorrência, o direito do trabalho), encontram aí um novo mercado; estes, pela sua intervenção, determinam um aumento do formalismo jurídico dos procedimentos e contribuem assim para reforçar a necessidade dos seus próprios serviços e dos seus próprios produtos e para determinar a exclusão de facto dos simples profanos, forçados a recorrer aos conselhos de profissionais, que acabarão pouco a pouco por tomar o lugar dos litigantes e dos demandados, convertidos deste modo em simples ‘justiciáveis’. (BOURDIEU, 2012, p. 234-235)

Tal dinâmica não seria diferente no que tange à disciplina de processo penal, que no início do século XX ganha codificação própria e passa, aos poucos, a ser mais especializada em relação às demais disciplinas processuais e ao próprio direito penal material - sem, ainda assim, ocupar local de destaque quando comparada com suas “irmãs”, processo civil e direito penal, começando a aparecer de forma tímida com maior independência.

Essa questão pode ser notada ao se acompanhar a evolução das disciplinas exigidas pelos cursos de direito, especialmente a partir do final do século XIX. Como contextualiza Venancio Filho (2011), o mencionado período foi responsável por grandes mudanças nesse setor, marcado especialmente pela descentralização do eixo formado pela Faculdade de Direito do Recife e pela Faculdade de Direito de São Paulo, mais antigas do país.

O marco dessa descentralização foi a chamada Reforma de Benjamin Constant de janeiro de 1891, efetivada após a Proclamação da República de novembro de 1889, por meio

do Decreto-lei nº 1232-H. Além de ter significado uma nova etapa para as escolas jurídicas já existentes (SCHWARCZ, 1993), a descentralização também possibilitou a abertura de novas faculdades, inclusive desconectadas do governo federal, chamadas de ensino livre.

Nesse período, houve a exigência de uma grade curricular uniforme para os cursos de direito espalhados pelo país, contendo as disciplinas consideradas essenciais. Esse currículo obrigatório, que persistiu até meados da década de 60 do século XX (GARCIA, 2014), com diferentes formatos, consegue revelar o que era eleito importante enquanto disciplina para a formação de um jurista na época. Em sua dissertação de mestrado, Mariana Dutra de Oliveira Garcia (2014) acompanha, por exemplo, a presença histórica e atual da disciplina de criminologia nas grades de formação dos juristas brasileiros, com o intuito de compreender sua importância e maneira de contribuição para a formação dos juristas brasileiros.

O processo penal aparece na Reforma Benjamin Constant, mas integra uma disciplina só, junto a outras matérias de processo (civil e comercial), ofertada no último ano de formação do estudante, além de uma cadeira específica para prática forense. Até 1930, estiveram em pauta importantes discussões no cenário nacional acerca do currículo dos cursos de ensino superior, culminando em inúmeras reformas desse quadro de disciplinas.

A leitura da tese de Manuela Abath Valença, *Soberania Policial no Recife do Início do Século XX*, nos dá uma pista importante do que significa o saber processual penal dentro da lógica jurídica penal mais abrangente. Nesse intento, destaca-se mais especificamente o capítulo *Soberania Policial e o Campo Jurídico*, no qual, dentre outras considerações, a autora nos mostra as relações entre as práticas policiais do início do século XX com a doutrina processual da época:

O direito penal possui um papel fundamental no modelamento das práticas punitivas, porque estabelece as condutas consideradas criminosas, os critérios de imputação de um fato criminoso e a medida de responsabilidade de um sujeito. Porém, é no processo penal e seus institutos que se encontram relevantes chaves interpretativas acerca da relação entre agências do sistema penal e seus cidadãos. (VALENÇA, 2018, p. 90)

Apesar desse pressuposto, a importância simbólica da produção jurídica doutrinária e acadêmica do processo penal é bastante reduzida no início do século XX. A produção de manuais era muito menos frequente; não foi uma tarefa difícil identificar, para a presente pesquisa, os livros que circulavam sobre temática. Nas revistas acadêmicas e de jurisprudência, estas últimas integrantes da imprensa jurídica, os artigos em circulação abordavam questões de direito processual civil ou de direito penal material.



Aury Lopes Jr., doutrinador contemporâneo de processo penal, aborda a questão em seu livro *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica* (2019), fazendo referência, dentre outros autores, a um artigo específico de Carnelutti (1994), de 1946, chamado *Cenerentola* - ou Cinderela, em português. A data do artigo demonstra que o debate não é novidade, em que pese, no Brasil, ter ganhado força mais recentemente. A referência à Cinderela ocorre porque Carnelutti e, por sua vez, Lopes Jr. entendem que o processo penal seria a irmã desvalorizada do processo civil e do próprio direito penal:

O processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas. Durante muito tempo, foi visto como um mero apêndice do direito penal. [...] Mas em relação ao direito penal, a autonomia obtida é suficiente, até porque, como define Carnelutti, delito pena são como cara e coroa da mesma moeda. (LOPES JR., 2019, p. 63)

E ainda:

O problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. (LOPES JR., 2019, p. 64)

No texto *La Cenicienta*, Carnelutti aborda ambas as diferenciações, como mencionadas por Lopes Jr. No caso da comparação na área processual, o maior prestígio dentro da “ciência do direito” em relação à matéria de processo civil, na visão do autor, ocorre porque o processo civil tutela “negócios jurídicos” relacionados com ter, enquanto o processo penal tutela crimes relacionados com o “ser”.

Mais adiante, Carnelutti reconhece que se equivocou em outros momentos de sua produção jurídica, ao pensar conceituações equivalentes para as duas matérias, contribuindo para o desenvolvimento da “Teoria Geral do Processo”. Muito envolvido na ideia de ciência jurídica, Carnelutti entende que os conceitos não podem ser comuns, uma vez que as duas matérias são áreas do conhecimento diferentes. Consequentemente, o processo civil serviria para auxiliar na conceituação do processo penal apenas ao evidenciar aquilo que a disciplina não é (CARNELUTTI, 1994).

Para Aury Lopes Jr., por sua vez, a preocupação com diferenciação entre o direito processual penal e a disciplina civilista está relacionada com o andamento do processo penal contemporâneo, especialmente no contexto de garantias do réu firmadas na Constituição de 1988 - algo que não estava expressamente presente no texto de Carnelutti, até em virtude de seu período histórico de produção. O primeiro exemplo utilizado pelo autor para abordar a

temática passa pela ideia de que a forma é garantia e limite de poder no processo penal. Uma das consequências dessa assertiva é de que haveria limite para a ideia de “instrumentalidade das formas”, bastante difundida no processo civil e relacionada com a relativização das nulidades (LOPES JR., 2019, p. 67).

Em linhas gerais, na lógica jurídica, a “instrumentalidade das formas” no processo civil remete a uma relativização dos procedimentos previstos no andamento dos processos. Isso porque uma maior rigidez da forma processual pode significar a perda de um direito importante para a parte por questões estritamente procedimentais, independente do mérito envolvido. Para evitar “injustiças”, o mérito apresentaria destaque em relação ao procedimento, avaliado, quando desrespeitado, a partir do grau de desrespeito à forma e à finalidade da regra.

Essa abordagem, no entanto, não poderia ser transferida para a lógica do processo penal, já que, na visão de boa parte dos doutrinadores contemporâneos, a forma é um limite ao próprio poder punitivo do Estado. Com efeito, na maioria das vezes no processo penal tem-se de um lado o Ministério Público, com amplos poderes investigativos e acompanhado da polícia judiciária, e do outro um réu, cidadão comum. Todavia, como se demonstrará mais à frente, no período estudado essa ideia de “instrumentalidade das formas” foi amplamente reproduzida pelos juristas que escreveram sobre processo penal, os quais muitas vezes embasaram seus argumentos em conceitos processuais civis.

A intenção aqui não é refletir sobre a disputa de vaidades que permeia os entraves no desenvolvimento do conhecimento jurídico, predominantemente produzido por homens brancos da época, nem argumentar que o processo penal deveria ocupar a posição central no currículo das ciências criminais. O ponto que me parece relevante é que questões fundamentais para a justiça criminal são frequentemente ignoradas quando dizem respeito a parcelas da população que não despertam o interesse dos formuladores do direito. Assim, as dinâmicas de poder que moldam a produção da cultura jurídica também influenciam a relevância atribuída a essa disciplina em particular.

## 1.2 TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS: UM PONTO DE PARTIDA

No campo jurídico, refletir sobre o tema de nulidades implica discorrer acerca de atos jurídicos defeituosos, realizados em desconformidade com o modelo estabelecido em lei. A depender do grau de desconformidade entre o modelo legal e o ato praticado, seus efeitos poderão ser desconsiderados no procedimento em que foi realizado. No procedimento penal, esses efeitos só poderão ser afastados por reconhecimento do magistrado. Dito dessa forma, a

temática pode parecer simples, mas a verdade é que o tema de nulidades é um terreno arenoso em quase todos os ramos do direito (GLOECKNER, 2018).

Em relação ao direito processual penal o quadro não é diferente. Há desde confusão conceitual acerca da natureza jurídica das nulidades na doutrina até falta de uniformidade na prática jurídica em relação ao seu alcance, tudo isso respaldado por um regramento legal desatualizado, que já não corresponde aos procedimentos previstos no Código de Processo Penal após suas inúmeras reformas.

Basta observar que o Livro III, Título I, do Código de Processo Penal, o qual carrega a nomenclatura “Das Nulidades”, sofreu apenas duas modificações ao longo desses quase oitenta anos de existência do Código. A primeira realizada pela Lei nº 263/1948, alguns anos após sua promulgação, acrescentando o parágrafo único ao art. 564 do CPP, e a segunda bem recentemente, com a Lei nº 13.964/19, conhecida no campo jurídico como “Pacote Anticrime”, que modificou o mesmo artigo ao adicionar o inciso V ao rol de nulidades previstas.

Nenhuma das modificações alterou a redação de seus dispositivos. Difícil conceber como após a reforma realizada pela Lei nº 11.719/2008, que modificou profundamente os principais procedimentos do Código de Processo Penal, a parte das nulidades não tenha sido modificada, especialmente o art. 564 do CPP, no qual há uma tentativa de elencar as desconformidades possíveis nos procedimentos existentes. Por óbvio, um problema tão gritante não escapa aos olhos da doutrina: praticamente todos os textos que tratam sobre nulidades processuais penais apontaram esse descompasso do tema – até mesmo, como se demonstrará no terceiro capítulo, os próprios doutrinadores da década de 1940.

Mesmo sendo reconhecidamente um problema antigo, o arcabouço legal inadequado continua se perpetuando até os dias de hoje, tanto teoricamente quanto na prática judicial, à qual as nulidades processuais penais estão diretamente conectadas. Como dito, tem-se um quadro jurídico em que todas as esferas apresentam problemas: a lei está desatualizada, a doutrina não consegue apresentar soluções uniformes que possam sistematizar a temática e a jurisprudência apresenta um conjunto, como disse Ricardo Gloeckner (2018), de “guerra” às nulidades. Essa “guerra” representa a dificuldade histórica que os juízes têm de reconhecer nulidades no cotidiano forense criminal que efetivamente impliquem a realização de um novo procedimento e a desconsideração do ato defeituoso.

Apesar de o desrespeito à forma afetar qualquer uma das partes no processo penal, acusação ou defesa, no cotidiano forense a maioria das nulidades são levantadas pela defesa, por ser a principal prejudicada pela falta de zelo pelas formas processuais no procedimento

penal. Seja porque, como se verá adiante, a forma representa uma garantia ao réu, mas também porque a acusação é representada por um órgão estatal, o Ministério Público, mais bem estruturado, auxiliado pela polícia judiciária e com atuação constante em conjunto com o próprio Poder Judiciário, o fato é que as normas processuais representam para a doutrina contemporânea uma limitação a esse amplo poder do Estado (PRADO, 2014).

Uma das hipóteses principais desse trabalho é a de que a confusão acerca do tema, tanto em termos práticos quanto teóricos, amplamente reconhecida pela doutrina jurídica, está relacionada à consequência que o reconhecimento de nulidades traz ao funcionamento do campo jurídico, notadamente para o processo penal, tendo em vista que as nulidades processuais penais demarcam a aptidão prática das normas processuais penais. Dito de outra forma, as regras que geram nulidades reconhecidas pelo Poder Judiciário terão mais força na produção prática do direito. E, nesse sentido, dar força à forma jurídica no processo penal não é desejável para os interesses dominantes que o direito criminal reproduz: os de punição e controle social dos indesejados.

### **1.2.1 Conceito e natureza jurídica das nulidades**

Na doutrina jurídica, há uma proposta de unificar o tema do descumprimento das formas processuais penais, com o intuito de que se possa seguir um modelo universal e adequado. Todavia, conforme apontado por Alberto M. Binder, que chama tal processo de tentativa de constituição de uma “teoria unitária” das nulidades, tais tentativas costumam ser fracassadas, notadamente porque não levam em consideração as trocas políticas que estão em jogo, associando as nulidades exclusivamente a um problema formal. Ademais, o fluxo das decisões judiciais costuma ser o oposto de uma “unidade” e a tentativa de pensar uma teoria que abarque essas diferenças “pode ser ingrata” (BINDER, 2003, p. 3) para o doutrinador que empreende essa tarefa.

Apesar de não ser o objetivo da pesquisa esmiuçar esse debate doutrinário, é importante apresentar algumas questões centrais da “teoria das nulidades” que costumam ser palco de ferrenhas discussões jurídicas. A primeira delas está na própria conceituação do termo “nulidade”. Na doutrina e na legislação, a exemplo do Código de Processo Penal, a palavra nulidade pode significar os tipos de defeitos formais que um ato jurídico pode ter, como também a consequência que esse descumprimento pode trazer juridicamente.

A nulidade pode se referir tanto às invalidades como à ineficácia do ato jurídico. Invalidade diz respeito aos defeitos de forma; já a ineficácia à ausência dos efeitos que os atos processuais poderiam produzir na prática (GLOECKNER, 2018). Ainda, as nulidades podem se referir aos tipos de descumprimentos ou à “sanção” desses mesmos descumprimentos. Conforme destaca Rosmar Alencar (2016), percebe-se essa confusão conceitual na própria redação do Código de Processo Penal brasileiro.

Com efeito, o primeiro artigo do Código de Processo Penal que trata sobre o tema exhibe a seguinte redação: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (BRASIL, 1941). O primeiro enunciado refere-se à nulidade enquanto forma de invalidade, relacionada aos tipos de defeitos que os atos jurídicos podem apresentar. Tanto é assim que o artigo subsequente apresenta um rol de nulidades possíveis relacionado aos atos processuais descritos em outros títulos do referido diploma legal, continuando, portanto, com a mesma utilização conceitual do termo “nulidade”.

Por sua vez, o art. 566 é construído da seguinte forma: “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (BRASIL, 1941). Nesse caso, o legislador refere-se à ineficácia dos atos processuais penais. Pode-se interpretar o enunciado relacionando-a à situação em que houve o desrespeito à forma, mas somente haverá a consequência da ineficácia quando tal invalidade não influir diretamente na decisão da causa. Desse modo, o termo nulidade é empregado com outro sentido pelo legislador: “não será declarada a nulidade” significa que não será determinada a ineficácia do ato jurídico processual.

Alguns autores, como Aury Lopes Jr. em seu manual de processo penal, nomeiam a temática como “teoria das invalidades”, fazendo referência específica aos defeitos de forma e não à sua consequência (LOPES JR., 2020), como uma tentativa de dirimir a confusão. Todavia, tal desordem conceitual está associada à própria construção do tema no campo jurídico. Afinal, o termo “nulidades” é utilizado em diversas áreas jurídicas de conhecimento, constituindo uma das temáticas tradicionais do direito.

A teoria jurídica é pautada pela construção de conceitos exclusivamente utilizados no campo jurídico e que constituem sua linguagem especializada, determinante na formação de seus agentes e à produção de respostas adequadas para os conflitos sociais. Diante disso, costuma-se ver importantes debates sobre conceituação dos institutos instrumentalizados no campo, bem como sobre sua natureza jurídica. Os agentes do campo jurídico não apenas definem certos institutos que serão utilizados na prática, mas também procuram estabelecer

grupos dentro dos quais classificarão institutos considerados similares, com “funções”, “estruturas”, “essências” parecidas. Tal tarefa de classificação contribui para a maior complexibilidade da linguagem jurídica.

Isso não quer dizer que estabelecer a natureza jurídica de um conceito esteja exclusivamente relacionado a um processo de classificação, puramente teórico. A linguagem também modifica a realidade e considerar um instituto de maneiras diferentes, com natureza jurídica variada, pode afetar o peso simbólico daquele conceito nas relações que constituem o campo. Nesse sentido, reflete Torquato Castro Jr.:

A doutrina realiza seu “ensinar” e “aprender” num ambiente de imagens familiares à comunidade de falantes. Essas imagens não são necessariamente nem verdadeiras, nem falsas. Elas constituem o mundo como ele parece ser. A coerência interna dos modelos teóricos jurídicos é um poderoso *tópos* de seu argumentar, que apresente discursivamente uma projeção metafórica do “mundo real” (CASTRO JR., 2009, p. 22-23)

Dito isso, a confusão teórica envolvendo o termo “nulidade” vai além de sua própria definição e perpassa a natureza jurídica do instituto. Bem verdade, definir a natureza jurídica das nulidades talvez seja o grande embate doutrinário do tema, cuja feição foi se modificando de acordo com a mudança das próprias disciplinas processuais, bem como do significado da relação jurídica processual. Historicamente, a divisão entre direito público e direito privado não era pautada nos termos em que ocorre hoje<sup>1</sup> e a reflexão sobre as formas jurídicas não distinguia entre o ato processual e o ato jurídico do direito material. Isso fez com que as formas processuais fossem associadas às formas dos negócios jurídicos, no que a nulidade corresponderia a um vício no negócio jurídico processual (BINDER, 2003).

Para Ricardo Gloeckner (2018), pode-se dizer que no século XIX predominou, na doutrina jurídica processual, notadamente na italiana, a ideia de nulidade como vício do negócio jurídico processual. Isso porque se pensava o processo em termos contratuais, associando-o à teoria política dominante do “contrato social” de Rousseau e à própria ideia do direito privado de que as relações jurídicas são formadas por negócios pactuados livremente entre as partes. Nesse contexto, a relação processual partia do pressuposto de que as partes se submeteriam

---

<sup>1</sup> “Que a referida dicotomia tenha sido e venha sendo uma das constantes estruturais mais características da ‘Ciência do Direito’ é inegável. Contudo, têm sido frequentes as suas oscilações, tanto no sentido de os ordenamentos jurídicos de certos contextos históricos não corresponderem a ela, quanto no sentido de a própria teoria do Direito questioná-la em certas ocasiões. A existência de uma parte do universo jurídico chamada “Direito Público” e de outra chamada “Direito Privado” é sob certo aspecto uma questão verbal; sob outro prisma ela é um dado histórico, concreto, porém variável; quanto ao caráter necessário da dicotomia, seria bastante discutível”. SALDANHA, 1994, p. 40)

voluntariamente à jurisdição e ao seu resultado, no mesmo formato dos demais contratos, uma vez que teriam pactuado o próprio funcionamento do Estado e da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006).

Posteriormente, o desenvolvimento da teoria processual revelou que um acordo realizado voluntariamente entre as partes não representava o mesmo instituto da submissão dos cidadãos à jurisdição estatal. Apesar do acerto na análise, a primeira resposta para esse problema foi traçar a natureza jurídica do processo enquanto um quase-contrato (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006). Nesse contexto, as nulidades processuais, aí incluídas as cíveis e as penais, continuariam a corresponder a defeitos de forma de um negócio jurídico.

Tal caminho de teorização foi totalmente superado no final do século XIX e início do século XX, mas alguns aspectos da teoria civilista das nulidades, e por consequência das regras relacionadas às formas contratuais, continuam presentes no desenvolvimento da teoria das nulidades. Para Gloeckner (2018), como consequência dessa antiga construção teórica, existe uma tendência a considerar o processo como um conjunto de atos processuais independentes, sem compreender o significado do procedimento como um todo. Para a teoria das nulidades, isso significa a possibilidade de isolar os atos, sem considerar a implicação que o defeito de forma poderá trazer para a função do processo como um todo.

Por outro lado, também se origina deste perfil privatista dos conceitos a ideia de diferenciar os defeitos dos atos entre os mais graves e menos graves - a tradicional classificação entre irregularidade, nulidade e inexistência, relacionada com a possibilidade de anulação dos atos, que será detalhada adiante (GLOECKNER, 2018). No direito civil, pensar sobre a validade do negócio jurídico perpassa avaliar os requisitos elencados no art. 104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não contrária ao estabelecido na legislação (BRASIL, 2002). Sem adentrar nos pormenores da questão, a tutela da liberdade de contratar, de realizar negócios jurídicos, é central no direito civil; a voluntariedade dos agentes envolvidos é essencial para a validade de um negócio jurídico. Gloeckner analisa que:

A consideração do ato jurídico processual penal como uma espécie de invalidade, seguindo a mesma lógica dos atos jurídicos em geral, movimenta-se a partir de uma declaração da vontade. À evidência, o acoplamento de uma teoria da vontade aplicada aos atos processuais, deu origem à inúmeros mal-entendidos, que acabaram por sustentar uma teoria privatista e contraproducente da nulidade processual penal. (GLOECKNER, 2018, p. 113)

A diferença entre os institutos de nulidades no direito civil e no exercício de jurisdição logo foram percebidos pelos doutrinadores do campo jurídico; afinal, o fundamento político do

exercício de contratos entre partes é diverso daquele que baseia a submissão à decisão da jurisdição, do Poder Judiciário. A jurisdição penal é o exercício da força do Estado, que será empreendida independentemente da vontade do acusado. O objeto da jurisdição penal é potencialmente um objeto ilícito.

Com o fortalecimento do positivismo, consolidou-se a interpretação das nulidades enquanto sanção, chegando sua teoria a ser intitulada “sistema sancionatório processual”, conjunto que incluía outras formas de ineficácia, como a preclusão, e demais sanções processuais, como as multas por descumprimento de atos processuais. A ideia de que a nulidade é uma consequência sancionatória do desrespeito às formas processuais prevalece em boa parte da doutrina até os dias atuais. Rosmar Alencar (2016) traz como exemplos dessa concepção os autores Eugênio Pacelli, Paulo Rangel, Fernando da Costa Tourinho Filho e Renato Brasileiro de Lima, todos conhecidos doutrinadores contemporâneos da área. A sanção seria assim a própria ineficácia, a perda dos efeitos. Além da popularidade das teorias positivistas no começo do século XX no âmbito penal, como já analisado, a ideia de sanção no processo penal o aproxima também do direito penal material, notadamente sancionatório (GLOECKNER, 2018).

Contudo, apesar da popularidade dessa construção teórica, existem algumas críticas importantes a essa concepção. A de maior destaque, sem dúvidas, é em relação à negatividade que o termo sanção carrega, notadamente no âmbito penal. Mesmo que a justificativa da punição tenha variado ao longo da história, não há como afastar a ideia de que a sanção é uma consequência negativa para um ato realizado em desconformidade com as normas jurídicas. Diante disso, a aplicação das sanções, notadamente da pena, deve ser restringida. Perceber as nulidades como sanções processuais significa interpretá-las negativamente, como um instituto que só deve ser aplicado em casos mais graves. Nesse sentido, Gloeckner considera que:

Ao possibilitar uma analogia ao tipo penal e à própria teoria da sanção, percebe-se claramente o empuxo de algumas regras e princípios operantes naquele ramo. O primeiro deles, o que se poderia denominar uma vertente do princípio da *ultima ratio* aplicado ao processo penal. A declaração de nulidade, como a sanção no direito material, corresponderia ao último recurso disponível pelo Estado. A regra é a não utilização da sanção para os casos menos graves (GLOECKNER, 2018, p. 122).

Atualmente, ainda são utilizadas algumas referências dos conceitos tradicionais na doutrina contemporânea. Contudo, a principal questão na definição das nulidades é a interpretação conforme os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, na medida em que as nulidades têm a função, para o campo jurídico, de dar eficácia ao sistema de garantias da Constituição de 1989 (DEZEM, 2018).



### 1.2.2 Classificações e demais conceitos relacionados com a teoria unitária das nulidades

Além do debate acerca da teoria das nulidades, alguns conceitos específicos são instrumentalizados com frequência na teoria unitária das nulidades. Os mais importantes estão relacionados com a diferenciação entre irregularidade, nulidade e inexistência no campo dos defeitos dos atos processuais. Tais conceituações, advindas, como visto, do direito privado, são amplamente divulgadas na doutrina processual penal, de maneira que é difícil encontrar um manual ou texto sobre nulidades que não aborde tais questões.

Essas três classificações relacionam-se com a possibilidade de tornar o ato ineficaz diante do grau de conformidade ao modelo legal estabelecido. No caso dos atos irregulares, o descompasso em relação ao modelo legal é pequeno, o que faz com que não haja a desconsideração dos efeitos na prática jurídica. Diz-se que o defeito não traz prejuízo para as partes envolvidas, nem para o andamento do processo ou a avaliação de mérito da questão. Na “mera irregularidade”, como a doutrina gosta de nomear, sequer há afetação da validade dos atos jurídicos (ALENCAR, 2016). No contexto processual penal brasileiro, a denúncia (petição que dá início ao procedimento da ação penal) realizada fora do prazo estabelecido em lei costuma ser considerado uma mera irregularidade, pois não traz consequência para a validade ou eficácia do ato (NASSIF, 2012).

Na outra ponta há o conceito de inexistência. Na teoria dos atos jurídicos do direito privado existem três planos diversos de composição do ato jurídico: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Pontes de Miranda foi um dos expoentes desta compreensão no direito privatista, como trabalhado por Torquato Castro Jr., em sua tese *A pragmática das nulidades e a teoria do ato inexistente*. Como explica o autor, em Pontes de Miranda o ato nulo não deixa de ser um ato jurídico, uma vez que tem suporte fático suficiente para adentrar no “mundo do direito”. Nesse sentido, a questão da inexistência reside exatamente nesta análise sobre se o ato foi apto a produzir efeitos jurídicos, ainda que diferentes daqueles esperados, por não ter alcançado o plano da validade. Ato inexistente, então, é aquele que de tão afastado do que está previsto na norma não consegue se inserir no jurídico; a ele carece a adjetivação de jurídico. A gravidade do afastamento entre norma e suporte fático caracteriza a inexistência (CASTRO JR., 2009).

Na teoria processual penal há a tentativa de instrumentalização do conceito de inexistência em termos parecidos com aqueles efetivados na teoria civilista. Ato jurídico

processual inexistente seria aquele que, em virtude de seu intenso afastamento do enunciado disposto na norma, sequer poderia ser considerado no plano da existência. Há autores processuais, como aponta Gloeckner, que diferenciam nulidade e existência a partir de conceitos típicos de processo, afastando as dimensões de existência, validade e eficácia, e utilizando a ideia de relação jurídica. Nesse contexto, inexistente seria o ato que comprometesse diretamente a relação jurídica em si, ou dito em termos jurídicos, os pressupostos processuais de existência, como por exemplo, uma decisão criminal proferida por juiz leigo, não dotado de jurisdição penal, ou por um de seus funcionários (ALENCAR, 2016).

Além de não existir argumento seguro para diferenciar quais defeitos de forma marcariam a diferença entre inexistência e nulidade, na prática a principal diferença entre um ato inexistente e um ato nulo seria a prescindibilidade de uma declaração judicial para o reconhecimento de sua ineficácia. A inexistência não necessitaria de uma decisão para não produzir efeitos no plano prático, diferentemente da ineficácia. Ocorre que, no processo penal, se o ato jurídico chega a compor o procedimento penal apenas poderá perder seus efeitos práticos caso exista uma decisão judicial reconhecendo sua ineficácia, não obstante a gravidade de sua desconformidade com a norma.

Assim sendo, caso um juiz leigo venha a proferir uma decisão decretando a prisão de um acusado e essa decisão tenha a capacidade de produzir efeitos, gerando no contexto fático a prisão, o réu não poderá ele mesmo sair do estabelecimento prisional sob o argumento de que a decisão foi inexistente (LOPES JR., 2020). Haverá a necessidade de aguardar uma decisão dotada de jurisdição penal para que o indivíduo possa ser posto em liberdade. Portanto, o conceito de inexistência acaba perdendo sua função no contexto da justiça criminal, uma vez que tanto a nulidade quanto a inexistência dependerão de manifestação judicial para a sua ineficácia.

Alguns autores, como Gustavo Badaró, defendem a utilização do conceito de inexistência no contexto processual penal. Para Badaró (2017), os atos inexistentes se diferenciariam dos atos nulos, pois poderiam ser reconhecidos como tal para se tornarem ineficazes, mesmo nos casos em que não coubesse a revisão criminal. Tal entendimento mostra-se problemático no contexto constitucional atual, tendo em vista que permitir esse reconhecimento significaria a possibilidade de questionar o trânsito em julgado de decisões absolutórias, favoráveis ao réu.

A meio caminho entre os conceitos de “mera irregularidade” e “inexistência” há o conceito de “nulidade”. Nulidade corresponderia, nessa diferenciação, ao descompasso entre

forma e ato praticado capaz de gerar a consequência da ineficácia. Ocorre que nem toda nulidade obrigatoriamente produz ineficácia e assim, dentro do conceito de nulidade, haverá mais uma diferenciação entre as nulidades relativas e as nulidades absolutas. Tal classificação é também bastante difundida na teoria unificada das nulidades, juntamente com a de irregularidade e inexistência.

A nulidade absoluta representaria um descompasso mais grave entre a forma e o ato praticado. Diz-se, assim, que o interesse público foi afetado. Para a doutrina, isso significa que diante desses casos o magistrado deverá impreterivelmente reconhecer a ineficácia do ato, pois não haverá possibilidade de corrigi-lo e o prejuízo que o descompasso traz para as partes envolvidas no processo é presumido. Esse reconhecimento poderá acontecer a qualquer momento do procedimento, a pedido das partes ou mesmo de ofício. No caso dos procedimentos que resultam em condenação ou aplicação de medida de segurança, a nulidade poderá ser indicada até mesmo após o trânsito em julgado. Atualmente, a doutrina costuma dizer que as nulidades absolutas afetam diretamente as garantias constitucionais, notadamente relacionadas à proteção do réu, justificando assim seu reconhecimento mais assertivo.

Por sua vez, a nulidade relativa representa o defeito do ato processual, que nem sempre vai gerar a ineficácia do ato produzido. A doutrina jurídica indica que o descompasso entre forma e norma nas nulidades relativas atinge o interesse da parte, sendo assim necessário que haja requerimento de reconhecimento dessa nulidade, que não pode ser reconhecida de ofício. No caso das nulidades relativas, haverá possibilidade de saneamento ou convalidação do ato produzido.

A convalidação, por seu turno, ocorre quando o ato é tornado válido por omissões da parte ou pela ocorrência de outro ato. No Código de Processo Penal, tem-se o exemplo dos artigos 568 e 569. No primeiro caso, quando há ilegitimidade do representante da parte a convalidação poderá ser efetivada se um novo representante regularmente constituído ratificar os atos anteriores. Já na segunda situação a convalidação ocorre pelo suprimento de eventuais omissões da denúncia ou da queixa, que pode ser levado a efeito a qualquer hora antes da sentença final por meio do aditamento.

### **1.2.3 Princípio da instrumentalidade das formas e o prejuízo no princípio *pas de nullité sans grief***

Como se pôde perceber no tópico anterior, a possibilidade de tornar ineficaz o ato nulo é, na verdade, o pano de fundo para a maioria dos conceitos anexos ao de nulidade. Joga-se com o reconhecimento da invalidade e da ineficácia, gerando a conhecida confusão até mesmo entre esses termos. A instrumentalização de tais conceitos torna árdua a tarefa, dentro da organização da justiça criminal, de efetivamente tornar sem efeitos aqueles atos e procedimentos realizados em desrespeito às regras do direito processual penal.

O fenômeno de relativização das nulidades, apontado de forma extensiva pela doutrina mais crítica, é um traço marcante do funcionamento jurisprudencial das nulidades brasileiras. Aquilo que na doutrina poderia ser considerado nulidade absoluta, na prática, acaba sendo considerada relativa. Tal fenômeno é notadamente justificado pelo chamado princípio do prejuízo, segundo o qual o reconhecimento da nulidade depende da comprovação do prejuízo trazido para a parte envolvida no processo. Tal princípio está expresso no art. 563 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Com base em tal regra, originária do brocardo *pas de nullité sans grief*, da doutrina processual francesa, exige-se que a parte comprove concretamente que o desrespeito à forma processual teria causado prejuízo direto à sua defesa ou à acusação. Sem essa comprovação, não haveria prejuízo e a nulidade não deveria ser reconhecida. A principal exceção a essa regra seria, de acordo com a doutrina majoritária, o reconhecimento da nulidade absoluta, na qual o prejuízo é presumido - o que significaria o reconhecimento automático da nulidade, até mesmo, como visto, de ofício pelo magistrado.

Tais possibilidades de relativização das formas processuais têm como pano de fundo jurídico o princípio da instrumentalidade das formas. De acordo com Gloeckner, tal princípio corresponde a uma regra de organização do sistema processual presente em muitos ordenamentos jurídicos ocidentais, cujo principal escopo é combater o rígido formalismo dos procedimentos processuais. Na lógica jurídica, a “instrumentalidade das formas” remete a uma relativização dos procedimentos previstos no andamento dos processos, uma vez que o mais importante seria o exercício da jurisdição e a tutela de direitos. E assim:

Segundo uma análise política do processo penal – pois denota certa expressão que deveria assumir o processo penal –, indica [a instrumentalidade das formas] um conjunto de dispositivos, de institutos, categorias e conceitos que teriam como tarefa fundamental tornar o processo mais célere e eficiente. A instrumentalidade corresponde a um sistema ou ideia-chave responsável pela gestão de ilegalismos processuais. Em outras palavras, corresponde a um sistema de maximização das

sanatórias dos atos processuais, segundo critérios teleológicos. (GLOECKNER, 2018, p. 89)

Nesse contexto, uma maior rigidez da forma processual pode significar a perda de um direito importante para a parte motivada por questões estritamente procedimentais, independente do mérito envolvido. Para evitar “injustiças”, o mérito apresentaria destaque em relação ao procedimento. Segundo tal visão, a forma é apenas instrumento para a consecução de direitos. E assim, tal princípio está associado com valores importantes para o direito processual contemporâneo, o da celeridade processual para a garantia de direitos.

Os dois princípios estão intimamente relacionados; alguns doutrinadores conceituam-nos com o mesmo teor. A necessidade de demonstrar prejuízo ao apontar a ocorrência de um desrespeito à norma significa uma suavização do sistema de controle de irregularidades processuais, nos termos preceituados pelo princípio da instrumentalidade das formas. Somente haverá consequência para aquela nulidade que, demonstradamente, trazer dano jurídico para a parte. Tal forma de pensar o sistema de nulidades processuais, presente em vários sistemas processuais, traz importantes debates para a teoria doutrinária.

Ainda seguindo as reflexões de Gloeckner, o princípio da instrumentalidade das formas está intimamente relacionado ao modelo inquisitório de sistema de justiça criminal. Além da regra prevista no art. 563 do Código de Processo Penal, compõe também a relativização das formas processuais a regra prevista no art. 566 do Código de Processo Penal, segundo a qual “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (BRASIL, 1941).

Como se vê, a teoria da instrumentalidade do processo concebe o processo como um instrumento, um meio que só se legitima em função dos fins a que se destina. O Código de Processo Penal estabelece que essa finalidade seria a busca da verdade real. A percepção instrumental do processo o coloca como mero instrumento da jurisdição que se realiza por meio de seus escopos metajurídicos na busca basilar pela defesa social.

Nesse sentido, a forma não importa, mas sim a função social concedida a ela. É em razão dessas premissas que o princípio da instrumentalidade das formas é considerado, na lógica constitucional do processo penal, como um forte sintoma do processo inquisitivo e autoritário.

#### **1.2.4 O fluxo das nulidades no sistema processual penal: percepções no cotidiano da prática e ensino jurídico**

O interesse em pesquisar o tema de nulidades no processo penal surgiu a partir de minha experiência em sala de aula, bem como de reflexões derivadas de outras pesquisas realizadas por mim. A primeira situação, a qual divido sem grandes pretensões de inovação, tendo em vista ser uma experiência bem corriqueira, está inserida no contexto de sala de aula.

Quando vão alcançando o final do curso os alunos de direito começam a cumprir os créditos das disciplinas práticas, as quais, de uma forma geral, os obrigam a participar de audiências, entre outras tarefas, para sentir a realidade jurídica “mais palpável”. Como professora de Processo Penal e Prática Penal, acompanho de perto essa “guinada”, por vezes com o mesmo grupo de alunos. A partir dos relatórios produzidos e conversas informais, é possível perceber que a diferença entre o que se aprende na teoria e as práticas cotidianas processuais penais é percebida de forma acentuada e bastante destacada pelos alunos.

Essa diferença não é exclusiva da área processual penal. Bem verdade, sei que estou destacando uma obviedade - até porque, se teoria e prática não diferissem, desnecessárias seriam as próprias aulas de prática jurídica. Os conceitos teóricos que aprendemos no direito nem sempre têm relevância prática, ou tomam outro sentido ao serem aplicados concretamente. É um fenômeno há muito debatido pela teoria, filosofia e sociologia jurídicas, que tem implicações inúmeras, como a ponderação sobre os limites do julgador, o papel da lei e da doutrina, ou ainda sobre a funcionalidade estrutural de poder que o saber jurídico tem na realidade, legitimando estruturas dominantes, econômicas e políticas.

Seguindo na esteira do conceito de campo jurídico na teoria de Bourdieu, já apresentado, esse jogo ou aparente disputa entre teoria e prática, entre juristas teóricos e juristas práticos, compõe também a estruturação do poder simbólico do campo (BOURDIEU, 2012). Por outro lado, caminhando para a filosofia do direito, Torquato Castro Jr. (2009, p. 19-20), ao refletir sobre a teoria das nulidades no direito civil, nos lembra a expressão do “céu” conceitual dos juristas, utilizada pelo filósofo e jurista alemão Rudolph von Jhering: “convém reconhecer [...]: muitas teorias existem em instâncias tão etéreas que realmente não vêm a afetar diretamente a prática jurídica”. Se não afetam o cotidiano jurídico, por que, então, existem? A resposta que o autor nos traz não se afasta daquilo que Pierre Bourdieu avalia, mas é produzida a partir de outra lente teórica, baseada em clássicos como Tércio Ferraz Jr. e Miguel Reale, e considera:

O que ocorre, parece, em tais situações, não haverá de ser apenas uma forma sofisticada de alienação, ou algum traço esquizofrênico presente da doutrina, como uma crítica radicalmente céptica talvez pudesse fazer crer (com argumentos, os mais corretos, possivelmente). Todo esse fenômeno pode significar uma outra coisa: a manifestação de uma refinada base metafórica, que constitui o espaço ideal e

imaginário em que se realiza a dinâmica do pensamento jurídico. (CASTRO JR., 2009, p. 22)

Como se vê, o debate não é novidade e nos leva a concluir que há uma razão de ser nessa diferença. Então por que se preocupar com os apontamentos dos alunos que sentem esse hiato entre teoria e prática? Porque, bem verdade, o que se mostra gritante até para os futuros juristas em formação é que essa diferença é muito mais intensa em relação à disciplina de processo penal do que em relação às demais, especialmente quando essa comparação é feita com as demais disciplinas de processo.

Por outro lado, a disciplina de processo penal abrange todas as regras de procedimento penal, desde a investigação até o julgamento dos delitos, bem como as regras de funcionamento das respectivas instituições responsáveis por esse processamento, e ainda normas sobre prisões antes da pena, produção em prova, etc. Em suma, tudo aquilo que está relacionado com as regras práticas do sistema de justiça criminal pode ser considerado dentro do saber convencionado a ser chamado de processo penal pelos juristas. O processo penal é, então, a face do sistema penal que pode ser sentida mais diretamente pelos cidadãos e, ainda mais, pelas pessoas selecionadas para serem punidas por esse sistema.

Dentro da lógica jurídica, a aplicação direta das regras de direito penal acontece por meio das instituições oficiais, o que significa dizer que não existe aplicação do direito penal sem processo penal, da mesma forma que não existe processo penal sem as regras de modelamento das condutas criminalizáveis pelo direito penal. Essa conclusão não é necessariamente verdade para outros ramos do direito; o processo civil e o direito civil, por exemplo, subsistem de forma autônoma - o processo civil dando corpo institucional a demandas diferentes daquelas trazidas pelo direito civil e o direito civil materializando-se em negócios jurídicos sem a participação do Poder Judiciário.

Boa parte do conteúdo ensinado pelo processo penal é voltado para a prática. Há, da mesma forma, importantes teorizações na disciplina, teorizações que nem sempre afetam diretamente o cotidiano das instituições - o processo penal também tem seus “céus”. Existir enquanto disciplina autônoma das demais, com suas próprias roupagens, buscando, inclusive validação no ordenamento jurídico constitucional, corresponde a um importante debate da área que afeta o tema das nulidades (LOPES JR., 2019).

Contudo, para a presente análise, as regras mais concretas do processo penal são as que de fato interessam. O que me causou e ainda causa inquietação é perceber como regras tão básicas de procedimento podem ser ignoradas na prática processual penal de forma tão habitual.

A situação é tão gritante que um estudante de direito que estagia em uma vara criminal não necessariamente entende como o processo penal funciona na teoria. Digo isso porque já me deparei com situações exatamente como essa. É claro que essa diferença pode variar a partir da forma que o ensino jurídico se dá; da mesma maneira, delegacias, varas, gabinetes do Ministério Público não atuam de maneira uniforme. No contexto de Recife, por exemplo, as varas da justiça comum são diferentes das varas da justiça federal. Com certeza, há também diferenças regionais dentro de cada estado e no Brasil.

As nulidades correspondem também a uma forma de controle da atividade jurídica. Quando um ato jurídico processual penal é praticado em desconformidade com o seu modelo legal, pode acontecer de ser tornado sem efeito pelo próprio juiz. Além de ser essencial para os rumos do procedimento em si, quando a mesma nulidade é decretada de forma sistemática também trará efeitos para à prática processual como um todo. As agências de criminalização, policiais, Ministério Público e o próprio Poder Judiciário irão procurar adaptar seus procedimentos, até por uma questão de eficiência. Afinal, qual o objetivo de realizar investigações que não seriam consideradas aptas posteriormente?

Com o intuito de tornar meu argumento mais concreto, chego no segundo ponto que me fez pensar sobre as nulidades no processo penal: as pesquisas que realizei ao longo dos últimos anos. A primeira delas foi a minha dissertação, *O dito pelo não dito: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife* (CASTRO, 2016), na qual fiz um estudo das sentenças de mulheres acusadas de crimes de tráfico de drogas nas varas especializadas do Recife.

O objetivo principal da pesquisa foi identificar a reprodução do discurso patriarcal de gênero nas sentenças proferidas pelos juízes, com a lente da criminologia feminista, segundo a qual as mulheres criminalizadas, além de serem julgadas a partir de estereótipos de “traficante”, também o eram a partir dos estereótipos de gênero de “boa moça”. Apenas à título de ilustração, questões sobre a maternidade e a vida sexual das mulheres foram observadas nas sentenças, ainda que sem relação com suposto crime cometido (CASTRO, 2016).

Na análise do campo, uma questão me chamou a atenção: a qualidade jurídica das sentenças. Apesar de ter feito o mestrado em dedicação exclusiva, recém-formada da graduação, havia estagiado na Defensoria Pública da União por quase dois anos, o que me permitiu formular a mesma análise que parte dos meus alunos também elabora: a prática processual penal é bem diferente daquele aprendida na teoria. Ainda assim, as sentenças proferidas em primeiro grau pelos juízes conseguiram exceder o limite que eu havia imaginado



para essa diferença. Além de desrespeito a entendimentos pacificados e por vezes sumulados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, não havia o menor constrangimento em escrever certos absurdos, tal qual:

Confesso que não entendi as preliminares de nulidades ventiladas [...], razão pela qual deixarei, portanto, à apreciação do Egrégio Tribunal a constatação de alguma irregularidade, se detectada, obviamente, quando de uma possível interposição recursal. (CASTRO, 2016, p. 96)

Em 2014, quando a pesquisa foi realizada, as varas criminais estudadas eram especializadas em crimes da Lei nº 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas. Diferentemente do que a redação do dispositivo legal nos leva a acreditar, reproduzindo o estereótipo do traficante perigoso que consegue enriquecer bastante com a prática da atividade ilícita, nosso sistema de justiça criminal está repleto de pessoas que estão na “base” do tráfico ilícito de entorpecentes, vulneráveis econômica e socialmente.

Para o funcionamento da justiça, isso significa dizer que ter varas especializadas nesse tipo de crime, poucas pessoas terão condições financeiras de arcar com um advogado. Em consequência, muitas serão assistidas pela Defensoria Pública e, mesmo quando conseguem pagar por um advogado, nem sempre conseguem arcar com a defesa durante todo o processo. Assim, muitas das sentenças proferidas pelos magistrados sequer serão alvo de qualquer recurso; o trânsito em julgado ocorrerá em primeiro grau.

A colheita das sentenças foi realizada em 2015, a partir dos nomes identificados nos livros de sentença em cada vara. Para não ficar tanto tempo nas varas, eu registrava os números dos processos com sentenças de mulheres e em casa, pelo sistema *online* do Tribunal de Justiça de Pernambuco, acessava o seu conteúdo. Todavia, parte desses processos não estava mais disponível para consulta, pois já haviam sido encaminhados para o arquivo do Tribunal, com menos de um ano da sentença de primeiro grau.

Em termos de produtividade, o encerramento de processos de forma rápida costuma ser considerado positivo. Contudo, em termos de prestação jurisdicional penal, especialmente em um cenário no qual a maioria das sentenças é condenatória, é negativo para as garantias processuais do réu. A apelação no ordenamento processual brasileiro corresponde à materialização da garantia constitucional conhecida como “duplo grau de jurisdição”. Trata-se da possibilidade de revisão da condenação, em todos os seus aspectos, por órgão hierarquicamente superior, prevista expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos (VASCONCELLOS, 2019).

Ainda mais importante para a reflexão sobre as nulidades processuais penais, em termos procedimentais, o encerramento em primeiro grau das ações penais representa uma ausência de controle significativo das práticas cotidianas das varas. Sabe-se que os Tribunais de Justiça não costumam reconhecer nulidades procedimentais penais; sem recurso, perde-se até mesmo a possibilidade de fazer tal questionamento. Como pude observar durante a pesquisa de mestrado, o desrespeito a entendimentos consolidados pelos Tribunais Superiores, que no funcionamento do campo jurídico deveriam pautar as instâncias de primeiro grau, eram efetivados sem nenhum constrangimento. Mas é preciso lembrar que tal descompasso não é exclusividade das varas especializadas; ele faz parte do cotidiano do Poder Judiciário e pode ser identificado facilmente em outras varas da justiça criminal.

O que de fato se destacou negativamente foi a ausência de preocupação com a própria produção da sentença e o conforto em registrar absurdos, de forma totalmente oposta ao estabelecido em lei. A falta de contraposição por uma atuação mais forte da defesa, mas especialmente o fato de que grande parte dos procedimentos empregados na vara não seria observado por outras instâncias, contribuiu para um quadro especialmente desorganizado. Bem verdade, a situação foi percebida externamente, uma vez que estava afetando o tempo dos processos, o que fez com que o Tribunal de Justiça de Pernambuco extinguisse as varas especializadas em crimes da Lei de Drogas na capital, transformando todas em varas penais comuns, como intuito de dirimir o problema.

## **2 DOCTRINA JURÍDICA E AS NULIDADES DE PROCESSO PENAL NA DÉCADA DE 40 DO SÉCULO XX**

### **2.1 DOCTRINA NO CAMPO JURÍDICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA ESTRUTURA**

A força do campo jurídico vem, entre outros fatores, da possibilidade de se firmar no campo social como um discurso neutro e racional, capaz de apresentar soluções para os conflitos sociais, no contraponto da suposta arbitrariedade que adviria de outras soluções. Essa neutralidade pode ser associada ao caráter científico atribuído ao conhecimento jurídico; segundo essa crença, a solução adequada é a cientificamente correta, fornecida por agentes devidamente formados nessa ciência (BOURDIEU, 2012). Neste capítulo, discutirei o conhecimento teórico estruturado sobre as nulidades processuais penais na década de 40 do século XX: aquele estabelecido pela doutrina.

De forma simples, a doutrina corresponde ao grupo de textos escritos por juristas que abordam temas do direito de forma explicativa ou crítica. Conceituação semelhante é compartilhada por Nelson Saldanha (1980). O autor esclarece, em seu livro sobre Sociologia do Direito, que os textos produzidos pela doutrina são classificados no campo jurídico de forma diferente dos textos legais e jurisprudenciais, por não terem a mesma força de aplicação, a mesma obrigatoriedade.

Com efeito, um dos debates centrais para os juristas na conceituação do direito está relacionado ao que pode ser classificado como fonte do direito. “Fonte”, no sentido jurídico, refere-se às formas que podem assumir o direito e a maneira pela qual se manifesta no mundo. Fontes seriam, assim, o costume, a jurisprudência, a lei etc. (SALDANHA, 1980; FERRAZ JR., 2011; BERGEL, 2006). Essa questão, central na disciplina de Introdução ao Estudo do Direito, que costuma introduzir os estudantes ao campo jurídico<sup>2</sup>, está associada à força que os textos possuem.

As fontes são textos centrais no discurso jurídico, uma vez que emanam de instituições do Estado, locais neutros e com autoridade para determinar soluções, especialmente do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (BERGEL, 2006). A doutrina, por sua vez, apesar de ser composta por textos produzidos também por agentes habilitados para tanto, não é classificada com a mesma força. A doutrina não cria o direito. Nesse sentido:

Nenhum autor defenderia atualmente que a doutrina é fonte de direito: todos reconhecem que ela não pode ser senão autoridade de direito. Qual é a diferença? Pode enunciar-se claramente assim: as opiniões da doutrina nunca são constitutivas de uma regra de direito por si próprias. Que a doutrina influencia o legislador ou o juiz é inegável, mas nunca por si mesma ela poderia criar direito. Ela não pode fazer mais do que influenciá-lo. (MIALLE, 2005, p. 221)

Mas, para além do debate conceitual interno do campo jurídico sobre fontes do direito, os textos doutrinários são elementos essenciais para sua estruturação. Além de materializarem uma das principais disputas do campo, aquela entre os juristas práticos e teóricos (BOURDIEU, 2012), são expressões da cultura jurídica produzida em determinado período (ALVES, 2016). É da doutrina, por exemplo, que muitas vezes nascem soluções para problemas que ainda não obtiveram resposta do judiciário ou do legislativo, notadamente a partir de construções teóricas desenvolvidas com base nos discursos e conceitos jurídicos (SALDANHA, 1980). Os próprios

---

<sup>2</sup> A disciplina surgiu como parte obrigatória da grade curricular brasileira em 1911, conforme regulamentação do Decreto nº 8.662, de 5 de abril de 1911. Portanto, já existia na década de 1940, período analisado.

discursos e conceitos são criados e delimitados pelos doutrinadores, essenciais para determinar o que integra o campo jurídico e ainda, dito de outra forma, o que faz parte da “ciência do direito”.

Por outro lado, existe um processo na produção dessas obras escritas que revela as lutas entre os agentes, as quais podem variar a depender de diversos fatores, como a posição que ocupam no campo, a escolha do estilo, dos temas, da forma pela qual são trabalhados, a circulação e aceitação que a obra adquire em relação aos demais agentes internos e externos ao campo. Tais variações são importantes vetores de compreensão do funcionamento do campo e da sua força simbólica, bem como de sua capacidade de mudança ou manutenção do *status quo* (BOURDIEU, 2011).

A análise de obras culturais tem por objeto a *correspondência entre duas estruturas homólogas*, a estrutura das obras (isto é, dos gêneros, mas também das *formas*, dos estilos e dos temas etc.) e a estrutura do campo literário (ou artístico, científico, jurídico etc.), campo de forças que é inseparavelmente um campo de lutas. O motor da mudança nas obras culturais, na língua, na arte, na literatura, na ciência etc., reside nas lutas cujo lugar são os campos de produção correspondentes: essas lutas que visam conservar ou transformar a relação de forças instituídas no campo de produção têm, evidentemente, o efeito de conservar, ou de transformar, a estrutura do campo das formas que são instrumentos e alvos nessas lutas. (BOURDIEU, 2011, p. 63)

Em relação à aparente disputa entre juristas práticos e teóricos, a doutrina está conectada à teoria, à “ciência” do direito. Os juristas teóricos estariam, nessa divisão, mais próximos às universidades, à pesquisa e às outras disciplinas que circundam o direito, como a filosofia e a sociologia (SALDANHA, 1980). São responsáveis por tentar uniformizar as práticas jurídicas a partir de uma maior racionalização dos problemas enfrentados cotidianamente pelos juízes e advogados, juristas associados à prática. Enquanto os juristas da prática precisam encontrar soluções nas situações específicas do cotidiano, é a produção teórica do direito que consagra o caráter científico e a possibilidade de produzir respostas uniformes e racionais para os problemas apresentados. Assim esclarece Soraya Sckell:

O primeiro tipo de relação de força que ele analisa ocorre entre os juristas teóricos dedicados ao ensino e à pesquisa, de um lado, e os juristas praticantes que representam clientes, de outro. Essas relações de força são caracterizadas por antagonismo e complementaridade. A razão para o antagonismo é, segundo Bourdieu, que os dois lados lutam no campo jurídico pelo monopólio da interpretação da lei. Pela interpretação do direito, o primeiro tipo de jurista visa à elaboração da doutrina jurídica, enquanto o segundo visa à avaliação prática de um caso particular. (SCKELL, 2016)

Como Mialle e Bourdieu já haviam percebido em suas análises sobre o campo jurídico, essa disputa é na verdade aparente. As duas áreas de atuação são complementares e acabam por reproduzir os interesses dominantes (MIAILLE, 2005) e aqueles importantes para a estruturação e perpetuação da força simbólica do campo jurídico (BOURDIEU, 2012). Os discursos produzidos pela doutrina, na maioria das vezes, legitimam aquilo que acontece na prática e vice e versa. Além disso, os agentes das duas áreas são, em boa parte das vezes, as mesmas pessoas. São os juízes, advogados e membros do Ministério Público os responsáveis pela produção teórica do direito, de uma forma geral.

No campo estudado, por exemplo, todas as obras analisadas foram produzidas por juristas que atuavam na prática, a maioria integrante do Poder Judiciário. Todavia, é preciso considerar que a teoria das nulidades no processo penal está associada com às disciplinas de processo, que teorizam sobre as regras dos procedimentos das práticas judiciais, diretamente associadas ao grupo de juristas atuantes no direito cotidiano.

E ainda mais: no período estudado, a disciplina de processo penal não apresenta força simbólica suficiente a ponto de contar com uma produção doutrinária mais consistente – como dito, a publicação do Código de Processo Penal pode ser considerada uma marca desse desenvolvimento. É certo que, no final do século XIX e início do século XX, existiram importantes doutrinadores brasileiros de processo penal, como João Mendes de Almeida Júnior (1901) - que, em sua obra, se preocupou em debater o desenvolvimento do processo penal e seus procedimentos no Brasil, bem como as discussões conceituais de cada instituto desse subcampo. Contudo, em comparação com suas disciplinas “irmãs”<sup>3</sup>, o direito penal e o processo civil, percebe-se que a produção doutrinária ainda era incipiente.

Pesquisas relevantes do subcampo da justiça criminal já analisaram os escritos teóricos dos juristas, notadamente com recortes históricos próximos ao desta pesquisa. Faço referência a três essenciais para a construção da presente análise: *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal* de Camila Prando (2013); *Revistas em tempos de reformas: pensamento jurídico, legislação e política*, dissertação de Mariana de Moraes Silveira (2013); e *Os penalistas na ditadura civil-militar: as ciências criminais e as justificativas de ordem* de Marcelo Mayoara (2016).

Nas décadas de 30 e 40 do século XX, a circulação de ideias jurídicas teóricas ocorria de duas maneiras principais: através dos textos veiculados nas revistas jurídicas, analisadas por

---

<sup>3</sup> A expressão “irmãs”, aqui, remete ao sentido conferido por Francisco Carnelutti (1994).

Camila Prando e por Mariana Silveira em seus trabalhos, e da produção de manuais, objeto do trabalho de Marcelo Mayoara. Enquanto os manuais ocupam um lugar de obra literária, cujo objetivo era explicar os principais conceitos de cada disciplina jurídica e produzido, na maioria das vezes, por um único autor, as revistas são compostas por vários textos de diferentes autores sobre temas importantes em circulação na época. Elas integram o que Mariana Silveira chama de “imprensa jurídica”. De acordo com a autora, as primeiras publicações desse gênero, em que é possível perceber a circulação de ideias jurídicas tanto em periódicos especializados na temática quanto na imprensa oficial, deu-se nas últimas décadas do século XVIII, na França.

Ainda que durante o século XIX, no Brasil, poucas revistas tenham sido publicadas de forma mais constante e consolidada (SILVEIRA, 2013), o surgimento de revistas jurídicas no país ocorreu na década de 1840; já o primeiro exemplar exclusivamente dedicado ao direito, *Gazeta dos Tribunais*, foi publicado em 1843. Importa frisar que esse tipo de produção nem sempre está associado à doutrina - por vezes, coletâneas de decisões do Poder Judiciário ou a divulgação de atos administrativos formam o conteúdo dessa documentação.

Durante os primeiros anos da República, as revistas foram consolidando o perfil conhecido até hoje: o de publicações periódicas, especialmente de cunho doutrinário. Nesse mesmo período surgiram as Revistas Acadêmicas, conectadas com as instituições universitárias. Sua criação ocorreu a partir de 1981, com a Reforma de Benjamim Constant, que, ao constituir regras uniformes para o ensino superior brasileiro, estabeleceu que os centros deveriam veicular revistas acadêmicas com as produções teóricas (VENANCIO FILHO, 2011).

A importância da circulação de ideias é destacada por Clovis Beviláqua, nas “palavras iniciais” da primeira revista publicada em direito pela Faculdade de Direito do Recife, em 1891, da qual o jurista era o principal redator e coordenador:

[...] estas revistas provocarão e incitarão a produção científica, ainda tão fraca em nosso país, e ao mesmo tempo servirão de veículo para sua distribuição e derramamento por onde os espíritos a solicitarem; porque estabelecerão laços de solidariedade intelectual entre os diversos núcleos produtores nacionais e estrangeiros e entre todos os que, no país, se dedicam ao cultivo de certo grupo de ciências, porque, no que respeita ao direito, poderão concorrer para a transformação do estudo, substituído a feição prática pela filosófica, a arte de encaminhar e julgar processos pela ciência que procura reconhecer as leis ou as uniformidades naturais a que estão sujeitos os fenômenos jurídicos. (BEVILAQUA, 1891, p. 5-6)

De fato, como já previa Clóvis Beviláqua em 1891, as revistas passaram a ser um centro de produção cultural importante, especialmente no campo jurídico, ultrapassando o próprio campo universitário. Revistas como a *Revista Forense* e a *Revista dos Tribunais*, editadas

respectivamente no Rio de Janeiro e São Paulo, conseguiram se consolidar nacionalmente e existem até os dias atuais.

Apesar da importância da imprensa jurídica, que abarcou, por exemplo, muitas das discussões realizadas nas reformas legislativas ocorridas durante o governo Vargas, notadamente em virtude do fechamento do congresso, a análise da doutrina nesta pesquisa terá como objeto os manuais de processo penal produzidos na época. Inicialmente, pensei em fazer o levantamento nas duas revistas acadêmicas mais consolidadas no início do século XX nas universidades: a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife e a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.

O objetivo seria, então, não apenas pensar o tema das nulidades processuais penais, mas qualquer um que pudesse estar relacionado com o procedimento penal, com o intuito de avaliar a importância que os agentes jurídicos atribuíam à própria disciplina de processo penal. Contudo, os assuntos da justiça criminal que circulavam com mais frequência nesses periódicos tratavam sobre direito penal material e criminologia. Na Revista da Faculdade de Direito do Recife (VAZ, 1908) encontrei apenas um artigo do início do século XX que trabalha o procedimento criminal propriamente dito. Na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, por sua vez, consegui encontrar artigos mais conectados com a prática. Todavia, reflexões sobre procedimento ocorriam na área de processo civil, com maiores discussões jurídicas nos artigos. João Mendes Almeida Júnior (1895, p. 91-93), por exemplo, escreveu alguns artigos no final do século XIX, um deles sobre a inquirição de testemunhas. Além de técnico, o artigo abordava o procedimento de uma maneira ampla, considerando também o processo civil.

Decidi observar de maneira preliminar também a Revista dos Tribunais, periódico mais conectado com o cotidiano dos tribunais, cujo objeto era também a circulação de jurisprudência. Apesar de existirem artigos tratando sobre processo penal (ABREU, 1943; BARRETO, 1942; CAMPOS, 1942; DUARTE, 1943), numericamente havia mais artigos sobre procedimento cível e sobre penal material, como já esperado.

Sendo assim, optei por integrar a doutrina dos manuais produzidos na década de 1940 à pesquisa. No momento dessa escolha, já havia restringido o assunto às nulidades processuais penais, devido à sua importância para o fluxo dos procedimentos e do processo em si. Uma vez que o Código de Processo Penal (CPP) dedicou um título inteiro para as nulidades, imaginei que os autores dos comentários seriam forçados a tratar do tema, ao menos de maneira superficial.

A hipótese estava correta e, de fato, todos os comentários do CPP trataram sobre as nulidades; alguns de maneira superficial, outros com maior profundidade nos debates teóricos. Neste capítulo, apresento de maneira detalhada os resultados que alcancei analisando as obras dos autores selecionados.

## 2.2 CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO: AGENTES DO CAMPO JURÍDICO E FLUXOS DA POLÍTICA BRASILEIRA NA DÉCADA DE 1940

A primeira metade do século XX trouxe importantes mudanças no contexto político, econômico e de crescimento populacional brasileiros. No campo jurídico, muito daquilo construído legalmente no período, notadamente entre as décadas de trinta e quarenta, continua existindo. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), o Código Penal, o próprio Código de Processo Penal, objeto desta pesquisa, foram elaborados nesse período histórico e, apesar de consideráveis modificações, seguem representando a principal legislação dos ramos do direito aos quais pertencem.

A década de 1940 é um momento relevante na história política do Brasil: nela termina o governo autoritário de Getúlio Vargas, iniciado em 1930, e inicia-se um breve período democrático que durou até o Golpe Militar de 1964. Nesses 34 anos o Brasil teve três constituições diferentes, cujos perfis diversos revelam o fluxo político e jurídico da época.

O final do século XIX também representou uma guinada relevante na cultura jurídica brasileira, importante para compreender os agentes do campo jurídico. Digo “cultura jurídica” nos termos pensados por Ricardo Fonseca (2006, p. 340), como “um conjunto de padrões e significados que circulavam e prevaleciam nas instituições jurídicas brasileiras”. Se, talvez, o *habitus* dos juristas não se modificou tão profundamente como alguns autores levam a crer, o próprio campo jurídico passou a “vender” essa mudança para fortalecer sua força simbólica.

Considerando a relação dos juristas com tais processos históricos, antes de analisar as obras doutrinárias selecionadas como fontes históricas para a pesquisa farei a contextualização de alguns pontos importantes da histórica política brasileira, desde o processo de descentralização vivido na Primeira República até o autoritarismo da Era Vargas.

Vale destacar que esses temas, em especial no período em questão, ainda são motivo de discussão para a historiografia brasileira. Contudo, apenas alguns elementos mais centrais serão abordados aqui, com o intuito de contextualizar os agentes do campo e auxiliar a interpretação de algumas ideias em circulação no período.



### **2.2.1 Descentralizando: a Primeira República, a política dos governadores e o jurista liberal**

Com a proclamação da República em 1889 e a promulgação da Constituição de 1891 inicia-se o período conhecido tradicionalmente como República Velha - hoje, mais adequadamente, chamado de Primeira República. A nomenclatura “República Velha” foi popularizada no período imediatamente posterior, a “Era Vargas”, com o intuito político de simbolizar uma oposição ao passado: o governo de Vargas representaria, então, o “Estado Novo”, a materialização do sentimento nacional e dos valores republicanos. A nova organização política vendia-se como contraponto às insatisfações sociais do início do século XX, apta para “resolver” todos os conflitos políticos e as insatisfações sociais marcantes no período anterior (SCHWARCZ; STARLING, 2015).

Nessa época, o movimento republicano no Brasil não era politicamente uniforme; setores sociais com ideais opostos criticavam a monarquia brasileira, em franca decadência política intensificada por crises econômicas. Se, por um lado, tem-se a figura do jurista Ruy Barbosa, defensor de ideais progressistas, iluministas e liberais, do outro há um governo conservador e autoritário formado por militares, como o Marechal Deodoro Fonseca, primeiro presidente do Brasil (SCHWARCZ; STARLING, 2015).

Com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 foi estabelecido um novo regime com bases tradicionais do modelo republicano: presidencialismo, federalismo, sistema bicameral e estado laico (BALEEIRO, 2001). Com a saída da família real, a ideia era modernizar o país. O sistema federalista era formado pelas antigas províncias do Império; a cidade do Rio de Janeiro, por sua vez, foi estabelecida como Distrito Federal, mantendo seu *status* de capital nacional. A descentralização do poder foi, portanto, a marca da gestão federal da Primeira República; e, juridicamente, havia ampla liberdade de organização legislativa e institucional estadual. No campo jurídico processual, por autorização tácita do ordenamento constitucional, cada estado passou a ter sua legislação própria - o que podia tornar árdua a tarefa de atuação jurídica interestadual.

Por outro lado, a Constituição consolidava o Poder Central ao permitir intervenção federal em caso de desrespeito aos princípios constitucionais pelos estados integrantes da federação (BALEEIRO, 2001). Também era prevista a possibilidade de decretação de Estado de Sítio em caso de ameaças à segurança nacional, instrumento utilizado de forma constante

durante a Primeira República como forma de controle de movimentos de oposição indesejados (SCHWARCZ; STARLING, 2015). Por atuação do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário se estabeleceu como força importante na tentativa de equilíbrio entre os poderes locais e centrais, tema que será avaliado no terceiro capítulo.

Politicamente, a Primeira República foi sustentada pelos poderes oligárquicos locais, que mantiveram sua hegemonia em seus territórios por meio do poder econômico, da violência no campo e nas cidades em formação e, em especial, das conhecidas fraudes eleitorais do período, garantindo, assim, a manutenção jurídica e política do poder nas mãos das mesmas pessoas e grupos dominantes (FAUSTO, 2020). Prudente de Moraes foi o primeiro presidente civil do país, mas foi com o seu sucessor, Campos de Sales, que se desenhou a conhecida política “café-com-leite” ou “Política dos Governadores”, cuja principal característica foi a sucessão do poder central nas mãos dos estados de São Paulo e de Minas Gerais (SCHWARCZ; STARLING, 2015).

Esse pacto velado, mantido salvo algumas exceções, como as do mandato de Epitácio Pessoa, político paraibano, em virtude da morte do paulista eleito Rodrigues Alves (BALEEIRO, 2001), sustentou-se em razão da força econômica dos dois estados - a economia brasileira no período ainda era baseada na produção de café -, mas também por serem estados populosos com grande concentração de eleitores do país. (SCHWARCZ, 2020). Por outro lado, o apoio dos demais estados ao poder central administrado pelo pacto entre São Paulo e Minas Gerais era conquistado através do apoio às oligarquias locais já dominantes, da não intervenção às costumeiras fraudes e ilegalidades nas eleições locais, bem como pelo combate de qualquer oposição por meio de violência e suspensão de garantias constitucionais, quando necessário.

## **2.2.2 A centralização: a Era Vargas, Francisco Campos e o jurista cientista**

O início dos anos de 1930 e do governo de Getúlio Vargas, que duraria quinze anos consecutivos até meados da década de 1940, juntamente com uma manobra política falha do último presidente “café-com-leite”, o paulista Washington Luís, deposto antes do final do seu mandato pelo golpe que consolidou Getúlio Vargas no poder, marcam o final dessa política e da Primeira República. Importa destacar o contexto social em que se encontrava o Brasil nesse momento.

Conforme sublinha Lilia Schwarcz, o começo do século XX marca uma mudança estrutural no perfil da população brasileira. Houve um crescimento populacional em

proporções ainda não vividas, intensificado pela política de incentivo migratório de mão de obra especialmente advinda do continente europeu. Os países diretamente envolvidos na Primeira Guerra Mundial, exportadores de produtos industrializados, enfrentaram crises de desabastecimento e se tornaram incapazes de suprir a demanda de países como o Brasil. Combinado a um momento em que a economia cafeeira começa a entrar em declínio, surge, assim, a necessidade econômica de investimento na industrialização nacional (SCHWARCZ; STARLING, 2015).

Além do crescimento, foi possível perceber uma mudança na distribuição geográfica da população. Até o final do século XIX, a população brasileira se encontrava primordialmente no campo, concentrada economicamente na produção de açúcar na região Nordeste, e, posteriormente, de café na região Sudeste. Com o declínio das economias do campo, muitos migraram para as cidades. Os grandes centros passaram a abrigar pessoas que foram escravizadas e se encontravam recém-libertas e imigrantes que não se adaptaram ao trabalho do campo, além de pessoas com alto poder econômico.

O caminho da industrialização acompanhava o sentimento político de diversos setores sociais acerca da necessidade de “modernização” e “progresso” do Brasil. Esse sentimento se imprimiria também no perfil das cidades, especialmente dos grandes centros, como São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte - essa última o primeiro centro urbano planejado do país, criado para abrigar, no lugar de Ouro Preto, a nova capital do Estado de Minas Gerais (SCHWARCZ; STARLING, 2015).

Diversos setores sociais que se consolidaram durante a Primeira República se insurgiram contra a ideia de um “progresso” pensado apenas para poucos, no qual não havia pretensão de inclusão social. Nesses setores estavam inclusos os trabalhadores industriais, os habitantes das cidades que estavam sendo “higienizados” de suas casas, além de um grupo central para a mudança política e consolidação do governo Vargas: os soldados de baixa patente que formavam as forças armadas brasileiras. Desse modo, a Primeira República também foi marcada por diversos levantes e movimentos nas ruas das recém-formadas urbes; um dos mais destacados nos livros de história são as revoltas tenentistas.

Apesar da força das ruas e das mudanças em ritmo acelerado, em comparação com períodos históricos anteriores, o “progresso” brasileiro do início do século XX ainda conviveu com características da sociedade rural do século anterior. A chegada da república não diminuiu os poderes dos coronéis locais, que exerciam seu domínio pelo controle da propriedade da terra. No campo jurídico, por exemplo, apesar de a Constituição de 1891 ter estabelecido a separação

entre a Igreja Católica e o Estado, os pensadores da igreja e a moralidade religiosa ainda determinavam os caminhos das escolhas institucionais. Em relação ao Direito Civil, mudanças importantes acabaram não se sustentando em razão da moralidade conservadora do período, sendo deixadas de fora na versão final do Código de 1916, pensado por Clóvis Bevilacqua - o qual, influenciado pelo liberalismo burguês do Código Civil francês de Napoleão, previa em sua redação original o divórcio e a igualdade civil das mulheres. A palavra divórcio, por exemplo, só veio a aparecer na legislação civil em 1977.

Foi no governo de Artur Bernardes, um dos mais conturbados da Primeira República, entre 1922 e 1926, quase todo governado em Estado de Sítio, que houve a primeira grande tentativa de reforma da Constituição de 1891. A intenção de Bernardes era fortalecer consideravelmente o poder do Executivo, diminuindo o papel do Legislativo e do Judiciário. De acordo com Aliomar Baleeiro, graças à resistência dos deputados do período muito pouco do que se pretendia reformar foi aprovado. Hoje é possível destacar como principal mudança a diminuição do alcance do *habeas corpus*, importante, como se verá no terceiro capítulo, para a limitação do poder político do Supremo Tribunal Federal (BALEIRO, 2001).

Após o período de Artur Bernardes, político mineiro, a política café-com-leite seguiu com a eleição do paulista Washington Luís, último presidente da Primeira República. Comparado com outros momentos, inclusive do seu antecessor, esse foi um período presidencial foi relativamente sereno e de maior estabilidade política, no qual não houve decretação constante de estado de sítio. Foi uma manobra política realizada no final do mandato, até hoje de motivação incerta, que, juntamente com as insatisfações sociais e econômicas do período, possibilitou a ocorrência do Golpe Militar de 1930 e a consolidação de Getúlio Vargas no poder.

Argumentamos que, a despeito da narrativa segundo a qual 1930 representa um marco do declínio da atuação política dos bacharéis em direito no Brasil, tais homens seguiram tendo um acesso privilegiado ao aparato estatal e ocuparam um lugar relevante no governo Vargas. Buscamos, igualmente, trazer à tona a complexidade dos laços entre juristas e Estado, mostrando que não se sustenta o “mito da resistência generalizada” à ditadura varguista que órgãos como o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) buscaram construir em suas memórias institucionais (Mattos, 2011: 64-69). (SILVEIRA, 2016, p. 445)

### 2.2.3 Os juristas do *corpus* da pesquisa: elementos da sua trajetória

Analisar as estruturas simbólicas do direito enquanto campo social, nos termos pensados por Bourdieu, significa que a biografia dos autores a serem estudados não importa tanto quanto o significado de suas práticas e discursos para a estruturação do campo e para o fortalecimento de seu poder simbólico dentro do campo social. Como colocado, Bourdieu (2012) não nega que as práticas e os interesses materializados pelos juristas, em sua maioria, são coincidentes com as práticas das classes dominantes; por outro lado, ele revela que o campo jurídico tem um funcionamento próprio que vai além da reprodução do interesse dessas classes.

Todavia, seguindo os passos traçados por Marcelo Mayora (2016) em sua tese de doutorado, decidi trazer algumas informações sobre a biografia dos autores que considereei essenciais para compreender o contexto da produção acadêmica e jurídica do processo penal no período estudado. Bem verdade, a tarefa de descobrir a trajetória profissional desses homens é bastante simples, tendo em vista que ao longo de suas vidas ocuparam espaços de poder em órgãos da burocracia brasileira, o que faz com que suas informações biográficas estejam disponíveis nos sítios eletrônicos desses órgãos.

Para materializar o que chamo neste trabalho de “doutrina”, escolhi as obras mais genéricas de comentários sobre o então novo Código de Processo Penal, que tivessem circulação entre os estudantes de direito da época, bem como eventuais obras específicas que tratassem sobre o tema pesquisado: nulidades no processo penal. Para realizar tal levantamento, retornei ao funcionamento das faculdades de direito brasileiras a fim de identificar onde essas obras poderiam estar circulando.

A partir da constatação de quais faculdades estavam em pleno funcionamento no período estudado e ainda estão nos dias de hoje, passei a pesquisar nas bibliotecas correspondentes, por meio dos sites de pesquisa integrada, quais obras jurídicas brasileiras de processo penal estavam disponíveis. A escolha desse caminho implica uma observação indispensável: pode haver falhas no sistema de catalogação *online* dos livros, além da possibilidade de obras terem se perdido pela deterioração do tempo. Entretanto, tais percalços foram minimizados na medida em que realizei a pesquisa nas faculdades existentes no período analisado, ficando de fora apenas aquelas que iniciaram suas atividades nos anos de 1951 em diante.

A partir da descrição realizada por Venâncio Filho (2011) e por meio de pesquisa direta nos *sites* das respectivas universidades, percebi que todas as instituições identificadas para compor o campo foram federalizadas posteriormente, especialmente a partir da década de 1950, ainda que algumas inicialmente tenham sido representantes do ensino livre. Existe, portanto,

uma constante na trajetória dessas instituições: salvo algumas exceções, como no caso do Paraná, a maioria foi aberta enquanto Faculdade de Direito para, depois, passar a integrar universidades com outros cursos existentes no local, sendo posteriormente federalizadas.

Isso não significa que universidades privadas atuais, especialmente aquelas ligadas à Igreja Católica, como as PUCs espalhadas pelo Brasil e a própria Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), responsável por proporcionar a presente pesquisa, não sejam essenciais para o ensino jurídico brasileiro. Entretanto, como já afirmei, aquelas universidades ou faculdades de direito que surgiram no final da década de 1940 ou no início da década de 1950 não integraram o campo de pesquisa escolhido. A Unicap, por exemplo, surgiu oficialmente em 1951; ainda que desde 1943 funcionasse a Faculdade de Ciências Econômicas sob a direção dos Jesuítas, a contribuição para o ensino jurídico só veio posteriormente.<sup>4</sup> O objetivo, aqui, é entender quais obras circularam entre os estudantes e juristas brasileiros em formação na primeira década de existência do Código de Processo Penal. É certo que instituições jurídicas que surgiram posteriormente podem ter em seus acervos obras do período, mas estas apenas podem ter sido adquiridas posteriormente.

Isto posto, foram pesquisados dezessete *sites* das bibliotecas de universidades espalhadas pelo Brasil. Seis delas estão na região que hoje conhecemos como Nordeste: Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Universidade Federal da Bahia (UFBA), Universidade Federal do Ceará (UFC), Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Universidade Federal do Piauí (UFPI) e Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Cinco das bibliotecas estão localizadas no que hoje entendemos como região Sudeste: Universidade de São Paulo (USP), Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Três estão na região Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (URGS), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Universidade Federal do Paraná (UFPR). Há duas na região Norte: Universidade Federal do Pará (UFPA) e Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Por fim, uma na Centro-Oeste, a Universidade Federal de Goiás (UFG).

O levantamento realizado a partir dos parâmetros pré-estabelecidos chegou a um total de sete obras com o perfil de manual. Com autorias diversas, a seleção acabou por não

---

<sup>4</sup> Cf. CABRAL, Newton Darwin de Andrade. Nascida no coração da Igreja no centro do Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 70 anos de educação superior católica. Sem ano. Disponível em: <[https://www1.unicap.br/?page\\_id=230](https://www1.unicap.br/?page_id=230)>. Acesso em mai. 2020.

contemplar alguns conhecidos nomes do processo penal na atualidade. Além disso, a partir dessa pesquisa, não identifiquei nenhum autor que tenha escrito especificamente sobre nulidades no processo penal nos dez anos pesquisados, o que fez com que estivessem presentes apenas obras mais genéricas de comentários ao Código de Processo Penal.

Após realizar todo o levantamento na forma descrita, consegui ter acesso à obra de José Henrique Pierangelli (1983), na qual o autor relata o caminho histórico das legislações processuais penais no Brasil e o desenvolvimento de alguns temas específicos. Ao final do capítulo acerca do Código de Processo Penal de 1941, Pierangelli faz uma descrição dos principais doutrinadores de processo penal do século XX até 1983, ano de publicação do livro, com o respectivo título, edição e ano de suas obras. Ao analisar os nomes e obras referidos pelo autor, identifiquei que apenas um dos autores do meu levantamento não estava presente na lista analisada, o que serviu para reforçar as conclusões alcançadas pela pesquisa nos sítios eletrônicos das bibliotecas.

É o caso, por exemplo, do primeiro autor que analisei, Florêncio Carlos Abreu e Silva, ou, como assina em seu manual *Comentários ao Código de Processo Penal*, de 1945, Florêncio Abreu. De pronto, descobri que Florêncio foi um dos primeiros diretores do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e que carrega exatamente o mesmo nome do pai<sup>5</sup>, também jurista e escritor, que chegou a ser Deputado Geral da Província do Rio Grande do Sul.<sup>6</sup> Não houve confusão entre os dois, pois o pai havia falecido em 1881, meses antes de Florêncio nascer.

Apesar de ter nascido no Rio de Janeiro, Florêncio Abreu desempenhou sua carreira de jurista por quase toda sua vida no estado do Rio Grande do Sul, onde começou o curso de direito na Faculdade de Direito de Porto Alegre, o concluindo na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais, no Rio de Janeiro. Foi Juiz Distrital, Desembargador do Supremo Tribunal do Estado, Procurador-Geral, Diretor do Arquivo Público do Estado do Rio Grande do Sul e Chefe de Polícia. Por fim, foi Presidente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE entre os anos de 1952 e 1954.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Memória**, 2020. Sínteses Históricas, Galeria de Presidentes, Florêncio Carlos Abreu e Silva. Disponível em: < <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/galeria-da-presidentes/florencio-carlos-de-abreu-e-silva.html> > Acesso em: 22 de jun. de 2020.

<sup>6</sup> Cf. FLORÊNCIO CARLOS ABREU E SILVA. In: **Wikipédia, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: < [https://pt.wikipedia.org/wiki/Flor%C3%A7%C3%A2ncio\\_Carlos\\_de\\_Abreu\\_e\\_Silva](https://pt.wikipedia.org/wiki/Flor%C3%A7%C3%A2ncio_Carlos_de_Abreu_e_Silva) >. Acesso em: 29 mai. 2020.

<sup>7</sup> Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Memória**, 2020. Sínteses Históricas, Galeria de Presidentes, Florêncio Carlos Abreu e Silva. Disponível em: < <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/galeria-da-presidentes/florencio-carlos-de-abreu-e-silva.html> > Acesso em: 22 de jun. de 2020.

Autor de cinco volumes da obra *Código de Processo Penal Anotado*, de 1941/1943, Eduardo Espínola Filho também carrega o nome do pai, Eduardo Espínola, autor baiano de direito civil, que foi, inclusive, Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1931 e 1945, englobando o período analisado no trabalho.<sup>8</sup> Por sua vez, Eduardo Espínola Filho formou-se na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais no Rio de Janeiro, apesar de ter iniciado seu curso na Faculdade de Direito da Bahia, local onde nasceu. Começou sua carreira jurídica como pretor do Distrito Federal, tendo sido promovido para Juiz de Direito e, por fim, para Desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal. Além de ter escrito obras na área de processo penal, também editou com o pai o *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Faleceu de forma trágica em 1967, quando retornava de um encontro de juízes em Foz do Iguaçu.<sup>9</sup>

O terceiro autor selecionado chama-se Antônio de Bento de Faria e seu manual, intitulado apenas *Código de Processo Penal*, foi publicado em 1942 em dois volumes, logo após a promulgação da legislação. Bento de Faria, nascido no Rio de Janeiro, foi uma importante figura política do cenário brasileiro à época, tendo participado ativamente da Proclamação da República, ainda enquanto estudante da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, o que lhe rendeu as honras de Alferes do Exército, concedida por Floriano Peixoto em setembro de 1894. Logo depois de formado foi Promotor de Justiça e Delegado de Polícia, mas posteriormente estabeleceu-se como advogado (RODRIGUES, 2002), ofício que exerceu até assumir o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal em 1925, o qual ocupou até 1945, quando se aposentou juntamente com o Ministro Eduardo Espínola.

Por sua vez, Ary Franco Azevedo, nascido em Vassouras, no Rio de Janeiro, também foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, assumindo o cargo em 1956. Formou-se em 1922 pela Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro. Em 1925, foi aprovado em concurso para pretor de justiça do Rio de Janeiro. Em 1931 voltou à faculdade, na qualidade de livre-docente de direito judiciário penal, tornando-se catedrático interino em 1932 e catedrático em 1935. Na magistratura, foi presidente do Tribunal do Júri do Distrito Federal de 1934 a 1946, quando foi promovido a desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal. Entre 1951 e 1954

---

<sup>8</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Eduardo Espínola. Presidentes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/presidente.asp?periodo=stf&id=179>. Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>9</sup> Cf. **CORREIO DA MANHÃ**. Rio de Janeiro, 17 dez. 1963. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842\\_07&pagfis=47043&url=http://memoria.bn.br/docreader#](http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_07&pagfis=47043&url=http://memoria.bn.br/docreader#). Acesso em: 23 jun. 2020.



foi presidente do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) do Distrito Federal e, de 1953 a 1954, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, onde permaneceu até 1956.<sup>10</sup>

O quinto autor selecionado, o paraense Sady Cardoso de Gusmão, formou-se na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro em 1924. Foi magistrado por 28 anos de sua carreira profissional; no momento de sua morte exercia o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.<sup>11</sup> Também foi diretor do Instituto Benjamin Constant entre 1930 e 1938, instituição de ensino para deficientes visuais. Seu pai era Juiz de Direito da Comarca de Lapa, interior do Paraná, e foi Procurador Geral do Estado do Paraná entre os anos de 1904 e 1909, tendo falecido quando Sady Cardoso ainda era criança.<sup>12</sup>

Por fim, tem-se o doutrinador Antônio Luiz da Câmara Leal, bastante conhecido por sua obra *Da prescrição e da decadência*, ainda muito citada nos trabalhos de processo civil. Nascido em Taubaté, na região do Vale do Paraíba em São Paulo, formou-se em 1914 pela Faculdade de Direito de São Paulo. Escreveu inúmeras obras na área processual, tanto cível quanto criminal, e atuou como advogado.<sup>13</sup> Apesar de seu nome ter sido o que mais apresentou circulação entre as obras jurídicas da contemporaneidade, como uma rápida pesquisa na plataforma de pesquisa do *Google* comprova, não foi possível identificar ligação histórica com nenhuma instituição, o que me leva a crer que dedicou sua vida profissional à advocacia.

Nesse contexto, o único autor para o qual não há informações de ter ocupado alguma função pública na justiça foi justamente Câmara Leal. Os demais participaram ativamente da burocracia brasileira, característica compartilhada pelos Ministros que compuseram o Supremo Tribunal Federal na década de 1940.

### 2.3 SEGURANDO A LUPA: DESCRIÇÃO DAS OBRAS E ELEMENTOS PARA A TEORIA DA NULIDADE NO PROCESSO PENAL DA DÉCADA DE 1940

<sup>10</sup> Cf. CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL - CPDOC. Ary de Azevedo Franco. In: CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL - CPDOC. **Verbetes**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas - FGV, 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/ari-de-azevedo-franco>. Acesso em: 02 dez. 2021

<sup>11</sup> **CORREIO DA MANHÃ**. Rio de Janeiro, 11 dez. 1965. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842\\_07&pagfis=67298&url=http://memoria.bn.br/docreader#](http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_07&pagfis=67298&url=http://memoria.bn.br/docreader#). Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>12</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ (Paraná). **Memorial**. Antonio Cardoso de Gusmão. Disponível em: <https://memorial.mppr.mp.br/pagina-91.html>. Acesso em: 20 jun. 2020

<sup>13</sup> FERRAZ, José Antônio Bittencourt. **Escritores valeparaibanos**. Antônio Luís da Câmara Leal. 2019. Disponível em: <https://escritoresvaleparaibanos.blogspot.com/2019/10/antonio-luis-da-camara-leal.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

A compreensão mais profunda do funcionamento do campo jurídico, notadamente acerca do que está em jogo na escolha de determinado caminho argumentativo por um jurista ou do resultado de uma decisão jurídica, vincula-se ao conhecimento dos conceitos jurídicos. Críticas externas, em que pese conseguirem identificar interesses nem sempre percebidos pelos agentes envolvidos, por vezes não logram acompanhar disputas e trocas internas que também estruturam o funcionamento do campo jurídico, como observado por Pierre Bourdieu (2012).

### 2.3.1 Florêncio de Abreu

O livro de Florêncio de Abreu é organizado seguindo a mesma ordem do Código de Processo Penal, por meio da reprodução do artigo constante no diploma legal e posterior exposição dos comentários, subdivididos em temas. A numeração das páginas é reiniciada em cada “livro” da divisão do Código de Processo Penal e as referências bibliográficas utilizadas são todas apresentadas logo no início, contendo o nome do autor, o título da obra e o ano. Antes de iniciar os comentários sobre cada artigo específico da legislação, o autor faz uma explanação mais geral sobre conceituações da disciplina e outros tópicos importantes, como se demonstrará a seguir (ABREU, 1945).

De pronto, é possível perceber que a maioria dos autores citados por Florêncio são processualistas italianos, evidenciando o que muitos juristas contemporâneos afirmam sobre o processo penal do período e especificamente sobre o Código de Processo Penal: há uma influência direta do direito italiano na produção dos artigos integrantes do diploma legal (GLOECKNER, 2018). Há também presença marcante de doutrinadores franceses de processo penal e civil. Nesse sentido, em relação ao tema de nulidades, a sistemática do Código de Processo Penal de 1941 é, em parte, baseada na doutrina francesa do *pas de nullité sans grief* e em sua ideia de prejuízo. É importante destacar que o autor analisado cita, do mesmo modo, nomes da produção nacional, alguns dos quais fazem parte do campo de estudo deste trabalho, como Antônio Luiz Câmara Leal, Bento de Faria e Eduardo Espínola Filho.

Florêncio de Abreu inicia sua exposição acerca do tema de nulidades já explicitando a dificuldade de sistematizar o assunto na disciplina de processo penal, em que pese a sua importância para as matérias processuais. Para tanto, expõe a discussão realizada na obra do processualista italiano Caetano Leto, traduzida para o Brasil em 1911, na obra de Oscar da Cunha, processualista civil brasileiro, além de abordar os comentários de Plínio Barreto na Revista Forense sobre a reforma do próprio processo penal em 1942.

Como se vê, as dificuldades hoje tão apontadas acerca do tema já eram preocupação dos juristas desde o período de promulgação do Código de Processo Penal. De acordo com Caetano Leto, citado por Abreu, existe uma aparente disputa entre legisladores e escritores, que podem ser vistos como doutrinadores:

Ao passo que os legisladores acusam os escritores de não terem sabido estabelecer sólidos princípios reguladores, estes, por sua vez, têm atribuído aos legisladores a falta de seguras normas positivas, - acusação essa infundada, frisa LETO, para quem quer que considere que não é dado ao legislador estabelecer os princípios racionais para deles tirar, depois, as normas reguladoras de um ou outro instituto jurídico. (ABREU, 1945, p. 6-7)

A natureza jurídica das nulidades, por sua vez, é considerada por Florêncio de Abreu e por outros doutrinadores da época como parte da categoria de sanções processuais, cominadas em caso de violação da própria norma relacionada à atividade processual. Como esse tipo de conceituação pode gerar confusão em relação às sanções relacionadas com às más práticas processuais, o autor as diferencia das chamadas fraudes processuais, na esteira do que faz Vincenzo Manzini. Ademais, ainda seguindo o processualista italiano, Florêncio de Abreu diferencia sanções de preclusão e de nulidade, sendo as primeiras as que impedem a atividade intempestiva por inadmissibilidade do ato enquanto as segundas “fulminam” os atos processuais já realizados (ABREU, 1945).

No próximo ponto abordado, Florêncio de Abreu discorre acerca do princípio da indeclinabilidade da forma, baseada no apontamento de que a necessidade de respeito à lei processual penal estava expressamente cominada nas constituições federais desde a Proclamação da República. Nesse contexto, adverte que:

E se é a nulidade a sanção processual para a transgressão das normas preestabelecidas na lei, pareceria indubitável e necessário que todo ato praticado com inobservância do preceito legal devesse ser anulado. Esse princípio, porém, não pode ser entendido de modo absoluto. Como observa CAETANO LETO, se o legislador chegasse ao ponto de cominar a nulidade para qualquer transgressão às leis do processo, ultrapassaria o fim deste; querendo assegurar a autoridade da lei, ele acabaria por enfraquecê-la, criando a cada passo, e muitas vezes sem razão, graves obstáculos e empecilhos, sempre prejudiciais, ao curso dos juízos. (ABREU, 1945, p. 10)

Em relação à conceituação, Florêncio Abreu afirma que, de maneira geral, nulidades processuais são vícios ou defeitos de forma que invalidam o processo. Os atos processuais, por serem também atos jurídicos, possuem elementos extrínsecos e intrínsecos na sua formação; a nulidade, por seu turno, pode ocorrer por desrespeito a qualquer um desses elementos. Como exemplo, Florêncio de Abreu cita, dentre outros, a sentença que pode ser perfeita na forma

extrínseca, mas eventualmente invalidada por incompetência do juízo. Outro exemplo é o de que a ausência do próprio ato pode constituir nulidade do processo ou de parte deste. Nesse sentido, a expressão “nulidade” pode ser “entendida em dois sentidos, - como causa, que torna o ato imperfeito, e como consequente da própria imperfeição do ato” (ABREU, 1945, p. 12).

Mais à frente, após apresentar uma disputa de conceituação entre dois processualistas italianos, Eugênio Florian e Remo Pannain, Florêncio de Abreu aborda uma classificação bastante difundida na doutrina e jurisprudência atuais, mas que não tinham a mesma força no período estudado: a diferenciação entre nulidades relativas e absolutas. A pouca difusão da classificação à época é revelada pelo estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade da teoria das nulidades nos casos concretos: com efeito, nenhuma decisão analisada fez referência direta a essa classificação.

Citando os ensinamentos de Eugênio Florian, Florêncio de Abreu (1945) afirma que existem três categorias diferentes de normas processuais: aquelas cujo desrespeito não comporta a sanção de nulidade, por não exprimirem um imperativo de dever jurídico; aquelas que comportam a sanção de nulidade, mas apenas de nulidades relativas, cuja imposição depende não só da apreciação do juiz, mas do interesse e diligência dos interessados, uma vez que são normas acessórias; e, por fim, aquelas cuja infração acarreta nulidade absoluta, já que são essenciais à estrutura orgânica do processo.

Caminhando para o fim dos comentários à parte geral da temática, antes de adentrar nos comentários específicos de cada artigo do Código de Processo Penal de 1941, o jurista resolve apresentar o debate doutrinário acerca da diferença entre nulidade, preclusão e decadência, uma vez que são todas formas diferentes de invalidade de atos processuais. Sobre esse aspecto, Florêncio de Abreu afirma que:

Posto se assemelhem, pois preclusão e nulidade são expressões da inidoneidade dos atos processuais para produzir efeitos, diferem, essencialmente, uma da outra: a nulidade é, em regra, objetiva, ao passo que a preclusão envolve conceito de caráter subjetivo, isto é, aquela fere o conteúdo ou a forma do ato e esta resulta do comportamento externo do sujeito investido de faculdade processual; a nulidade se reporta ao passado, a um ato processual já realizado, e a preclusão ao futuro, a um ato a realizar-se, o ato nulo é, em princípio, sanável, e o ato inexistente, por via preclusiva, é irrenovável. (ABREU, 1945, p. 16-17)

Os comentários específicos aos artigos do Código de Processo Penal são iniciados fazendo referência à origem histórica do sistema de nulidades no processo. Nesse esteio, o doutrinador procura construir um paralelo de direito comparado em relação à regra do art. 563, cuja redação é a seguinte: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo

para a acusação ou para a defesa”. Como é de costume entre os doutrinadores de direito, Florêncio de Abreu remete ao direito romano, passando pela Idade Média e desbocando na França do século XVII, tudo isso em apenas alguns parágrafos.

Para ilustrar a pesquisa historiográfica, o autor escolheu mencionar o processualista civil italiano Ludovico Mortara que, em 1923, escreveu seu *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*. É interessante notar que, no trecho escolhido por Florêncio de Abreu, o doutrinador italiano reconhece que o fluxo do sistema de nulidades pode mudar de acordo com o momento político do período analisado - o que, ao menos no processo civil, seria um indicativo de mau funcionamento do sistema:

Creio que o aspecto histórico-político da investigação seria o mais instrutivo, porquanto, em minha opinião, multiplicaram-se as sanções de nulidade no processo civil, agravadas com o rigor na sua aplicação foi sempre sintoma da influência política sobre as jurisdições; ou da porfia entre poderes jurisdicionais diferentes, sempre prontos a multiplicar os casos de nulidade dos atos praticados por outro, cujas funções se queria enfraquecer; ou dos privilégios políticos sociais de indivíduos e castas, para cuja salvação, em face de uma justiça imparcial, a anulação dos processos, sob qualquer pretexto, era o meio seguro e eficaz; ou da venalidade dos cargos judiciários e da administração da justiça, que induzia os magistrados a tornar a sua tarefa o quanto mais possível lucrativa, e, portanto, constringendo os litigantes a um vai-e-vem interminável de atos processuais, mediante sucessivas anulações; ou ainda a ignorância dos juízes, o odioso rigor das leis, suscitando a reação do sentimento de justiça contra abusos e embustes consumados à sombra da legalidade. (MORTARA, 1923 apud ABREU, 1945, p. 26)

Em seguida, Florêncio de Abreu passa algumas páginas explicando como foi a evolução da matéria de nulidades no direito processual penal francês no século XVIII. Para tanto, parte primordialmente do que descreve o doutrinador Faustin Hélie, apesar de também utilizar-se de outros juristas franceses. Nesse caso, o doutrinador justifica seu interesse pela “história” do direito processual francês em matéria de nulidades com uma explanação:

O Código francês, com o subsídio da jurisprudência que à sua sombra se fixou em matéria de nulidades, formou com ela um sistema, que influiu sobre a legislação e jurisprudência dos países ocidentais em geral, refletindo-se também sobre o nosso Cód. de Proc. Criminal de 1832 (vide nº15). (ABREU, 1945, p. 32)

De uma maneira geral, o sistema de nulidades francês passou do princípio da indeclinabilidade das formas, segundo o qual, ao menos em teoria, o desrespeito às formas sempre levaria à nulidade, para uma nova sistemática baseada na diferenciação entre formas substanciais ou acessórias. As formas substanciais seriam passíveis de receber a “sanção” nulidade, enquanto as acessórias não. Apesar de alguns doutrinadores modificarem a

nomenclatura, por um período a lógica dominante do sistema de nulidades processuais permaneceu a mesma: classificar os atos processuais para determinar a possibilidade de aplicação da nulidade.

Como demonstra Florêncio de Abreu, a própria doutrina francesa passou com o tempo a questionar a sistemática. Os juristas franceses identificaram nas práticas cotidianas e teóricas a dificuldade de delimitar quais atos seriam considerados essenciais e quais não seriam. Por sua vez, a enorme divergência entre o conteúdo de cada classificação tornava pouco sistemático o tema de nulidades. Nesse sentido:

Indagar, abstratamente, se dada forma é substancial ou meramente accidental é operação empírica, subjetiva, metafísica. O arbítrio do juiz, nessa matéria, passou a ser a lei. Daí a vegetação parasita das nulidades, que enfraquecida a cada passo a vitalidade dos processos, com o sacrifício da justiça. Criara-se uma mística das nulidades; qualquer transgressão de forma, sem causar real prejuízo, dava ensanchas à decretação de nulidade dos atos processuais. (ABREU, 1945, p. 40)

A regra *pas de nullité sans grief* - em tradução simples, não haverá nulidade sem prejuízo - surge como uma solução para essa falta de sistematização das nulidades processuais, tanto civis quanto penais. O prejuízo estaria conectado com a finalidade da norma: haverá prejuízo quando a finalidade não for cumprida. Citando outro processualista francês, E. Garsonnet, Florêncio (1945, p.37) considera que, dentre os quatro sistemas jurídicos existentes de nulidade, o sistema da consideração do prejuízo “será provavelmente a solução do futuro”.

Contudo, apesar da tentativa de sistematização do sistema de nulidades, tanto “prejuízo” quanto “finalidade” são conceitos abertos a diversas interpretações. Na própria explicação de Florêncio e de outros doutrinadores por eles referidos o conceito de prejuízo aparece com diferentes acepções: prejuízo quando o ato não atinge sua “finalidade processual” ou o “escopo da lei”, quando desrespeita a ideia de “defesa social” do processo e assim por diante.

Para tentar firmar uma ideia, Florêncio de Abreu, utilizando-se do processualista italiano Caetano Leto, mas também de importantes nomes da criminologia como Garofalo, este citando o próprio Lombroso, percorre novamente o caminho de considerar as nulidades processuais como um atraso, como um sistema capaz de desconstruir a própria legitimidade do processo:

GAROFALO, - recordando LOMBROSO já havia dito se fundarem os recursos em questões de forma, reconduzindo-nos aos tempos bizantinos e às extravagâncias de algumas raças mongólicas com perda de tempo, que nesses casos é tanto mais precioso, quanto dele depende quase todos o prestígio da justiça penal, - entende dever o magistrado que transgrediu a lei ser censurado, subsistindo porém, a sentença quando a

transgressão não tivesse, por assim dizer, mais que um importância burocrática. (ABREU, 1945, p. 38)

A explicação de Florêncio de Abreu segue agora para as legislações e doutrinas brasileiras. Ao versar sobre as hipóteses de cabimento do recurso de apelação o Código de Processo Criminal do Império fazia referência, em seu art. 301, às formalidades substanciais do processo. Nesse tópico, o autor faz um apanhado geral acerca dos comentários de doutrinadores brasileiros sobre a sistemática de nulidades a ser adotada. Mistura, para tanto, comentadores do Código de Processo Criminal, autores contemporâneos a ele e obras acerca do Código de Processo Penal de 1941. Dos doutrinadores referidos, Borges da Rosa e Bento de Farias integram o corpo do presente trabalho.

O próximo tópico de seu livro trata da legislação processual criada pelos estados brasileiros. No caso do tema nulidades, o autor ensina que a maioria das legislações adotou a sistemática de classificação abstrata das nulidades entre essenciais e secundárias. Abreu faz pequenas explanações acerca de cada código para, finalmente, chegar no Código de Processo Penal, objeto principal de sua análise. E, já de pronto, considera:

O Cód. de Proc. Penal nacional, ceifando quanto possível a vegetação parasitária das nulidades sem qualquer alcance prático, que tanto retardavam as decisões dos processos penais, com grave dano para a justiça repressiva, e acarretavam inutilmente, além da perda de tempo e de trabalho árduo e penoso, excessivas despesas para o erário público e para os particulares que intervinham na ação penal, prescreveu novas normas que, dando orientação objetiva ao juiz, lhe restringe, por outro lado, prudentemente, o arbítrio. (ABREU, 1945, p. 44)

Confirmando aquilo que já vinha construindo ao longo de suas explanações, Florêncio de Abreu observa que o Código de Processo Penal de 1941 tem como escopo a organização das nulidades processuais, com o objetivo de frear sua utilização excessiva. Com efeito, na sua visão, e em consonância com o entendimento dominante, esse era um dos motivos para o mal funcionamento do processo penal. Tal tarefa é contemplada pelo princípio do prejuízo, previsto expressamente na redação do art. 563, analisado pelo autor.

No entanto, apesar do posicionamento acima mencionado, Florêncio Abreu (1945, p. 45) também reforça a importância das nulidades para o controle da realização de determinados atos processuais, uma vez que sem elas “imperaria o arbítrio e a desordem.” No seu entendimento, parte das nulidades previstas expressamente no art. 564 do Código de Processo Penal devem ser consideradas essenciais, uma vez que o prejuízo seria presumido quando do desrespeito à forma desses atos. É interessante perceber que o autor acaba retornando ao sistema

de classificação das nulidades que tanto criticou ao longo de suas explicações, uma vez que adota a ideia de que existiriam nulidades com prejuízo presumido e outras não.

Para finalizar, o doutrinador explica que no ordenamento brasileiro há diferença entre nulidades absolutas e relativas, com a nulidade absoluta podendo ser decretada de ofício pelo julgador. De acordo com o entendimento majoritário do direito italiano à época essa diferenciação já não existia - o que justifica uma breve explanação de Abreu sobre essa questão no direito estrangeiro, cuja última reforma dos ditames de processo penal havia sido em 1930, com o “Código Rocco”. O debate circunda a possibilidade de sanar um ato processual praticado em desconformidade com os ditames legais. Da conclusão de que não existem nulidades absolutas, como no sistema italiano de então, decorre a aceitação de que todas as nulidades podem ser corrigidas pela sua não declaração, inclusive as consideradas centrais para a constituição do processo. Florêncio não chega a expressar uma opinião sobre a questão, mas apresenta rapidamente a opinião de alguns doutrinadores italianos: Manzini, principal voz contrária às nulidades absolutas, Remo Pannain, Eduardo Massari e Umberto de Martino.

### **2.3.2 Inocêncio Borges da Rosa**

Inocêncio Borges da Rosa optou por organizar seu manual de processo penal de forma um pouco diferente do que se costumava fazer na época. No lugar de comentar artigo por artigo, reproduziu todos os artigos de nulidades do Código de Processo Penal no começo e separou as seções por temas a serem analisados. Por sua vez, as referências utilizadas não foram apresentadas de forma sistemática; ao mencionar o autor que está citando, Borges da Rosa (1942) limita-se a referir o nome da obra.

O doutrinador Borges da Rosa iniciou sua explicação com organização bastante didática da conceituação de nulidades no processo penal. Apesar de parecer essencial que o início de uma explanação comece pela definição de seu objeto, o autor observa que, pela complexidade da questão das nulidades no processo penal, muitos autores não conseguem sistematizar de forma clara seu conceito. Pela análise das demais obras de doutrina da época, há razão na observação de Borges da Rosa.

Rituais e sacralidades são ínsitos à tarefa de “dizer o direito”, no sentido bourdieusiano. Logo, quanto mais o agente se mostra firme nessa empreitada maior a chance de atingir a autoridade necessária, alcançada com o caráter de neutralidade e cientificidade. O caminho escolhido para explicar o conceito de nulidades no processo penal por Borges da Rosa foi



apresentar outros conceitos já levantados por autores juristas de processo, apontar como são diferentes entre si e quais equívocos, na visão do autor, apresentam.

Assim sendo, o doutrinador reproduz uma metodologia comum em pesquisas científicas, mostrando os erros do passado com o escopo de apresentar uma solução melhor. Nesse caso, escolheu doutrinadores de área de processo penal e processo civil e comercial, como João Monteiro, Martinho Garcez, Pimenta Bueno, todos autores brasileiros, e Lodovico Mortara, italiano.

Ao final, chega na seguinte definição de nulidades: “nulidade é o defeito jurídico que torna sem valor ou pode invalidar o ato ou o processo, no todo ou em parte.” (DA ROSA, 1942, p. 304). De acordo Borges da Rosa (1942, p. 304): “esta definição se nos afigura completa, o que não sucede com as demais que têm sido formuladas”. E prossegue afirmando que com essa definição consegue abarcar todos os casos de nulidades que podem ocorrer.

No próximo ponto, Borges da Rosa faz uma diferenciação entre as disciplinas do campo jurídico. O autor considera que, para compreender melhor o tema de nulidades, é preciso dividir o campo jurídico entre disciplinas de direito material (substantivo), as quais produzem nulidades de atos jurídicos, e as disciplinas de direito processual, que, por sua vez, geram nulidades de atos processuais. Dentro do campo das disciplinas de direito material, é importante atentar-se para o fato de que o direito penal não produz ato jurídico independente do ato processual, o que faz com que o tema não esteja presente nessa disciplina. Ora, Borges da Rosa comina de outra maneira algo que pode ser sentido durante o estudo das disciplinas: o direito penal não produz nada sem relação com o processo penal, enquanto outras disciplinas, como o próprio direito civil, produzem atos jurídicos independentes do processo.

Segundo o autor, feita a diferenciação adequada, as nulidades, em cada uma dessas disciplinas, não podem ser conceituadas da mesma maneira, em que pese possuam alguns pontos em comum. Pode-se fazer correlações entre as nulidades nas disciplinas processuais, mas a correlação entre o direito material e processual deve ser realizada com atenção, uma vez que as normas que regulam o direito material devem ser regulamentadas de forma mais rígida do que as processuais.

No direito material as normas produzem diferentes atos jurídicos com finalidades diversas entre si; um desrespeito à forma jurídica pode significar a perda da finalidade do ato. Por sua vez, no direito processual todos os atos têm a mesma finalidade - o de, na visão do doutrinador, compor o processo como um todo. Sendo assim, não se pode guardar a mesma

rigidez na elaboração dos diferentes sistemas de nulidades dos atos processuais. Borges da Rosa utiliza a seguinte metáfora para explicar o seu ponto de vista:

Para mostrar que as normas que regulam os atos processuais não podem ter o grau de inflexibilidade que possuem as normas que regulam os atos jurídicos, já se comparou o Direito Substantivo à pessoa, e o Processo ao seu indumento ou vestuário. A alteração na pessoa, isto é, no Direito desfigura-o, desnatura-o, a alteração no vestuário não desnatura a pessoa, não deve desnaturar o Direito. Quando a alteração do ato processual, por obra da violação ou preterição da Lei, afeta também o ato jurídico, é porque a norma legal tem um caráter misto de ato processual e de ato jurídico, como só acontece em certos casos. (DA ROSA, 1942, p. 309)

Desse modo, o doutrinador expressa claramente que as nulidades de atos jurídicos do direito material, em suas explicações representado especificamente pelo direito civil e comercial, são mais importantes do que as nulidades de atos processuais - isso considerando que o grau de exigibilidade da forma de um ato confere a ele, dentro da lógica jurídica, maior importância.

A ideia expressada neste trabalho, segundo a qual o sistema de nulidades pode ser instrumentalizado como maneira de avaliar as dinâmicas de poder dentro do campo jurídico, aparece também nas explicações dos doutrinadores da época. Aqui, essa ideia foi associada à visão do campo jurídico perpetrada por Pierre Bourdieu. Na doutrina brasileira da década de 1940, por seu turno, tal relação aparece em virtude dos comentários do processualista civil a contribuição dessa dinâmica para o ideal de defesa social do sistema de justiça criminal, italiano Lodovico Mortara.

Para Mortara, de acordo com Florêncio de Abreu e Borges da Rosa, a rigidez na aplicação da sanção de nulidades significa um mau funcionamento do sistema, que quando analisado historicamente revela outras funções na anulação dos processos. Nas palavras de Borges da Rosa, fazendo referência ao mencionado autor:

Ora, originaram-se das emulações de jurisdição entre os poderes diversos, decidido um deles a multiplicar os casos de nulidade dos atos praticados por outro, cuja função se desejava enfraquecer. Ora originaram-se dos privilégios político/sociais de castas e de indivíduos, para cuja salvação, em face das exigências de uma justiça imparcial, a anulação do processo, sob qualquer pretexto, era meio eficaz e seguro. Ora originavam-se da venalidade dos Juizes que, para aumentarem os proventos dos seus cargos, constrangiam os litigantes a um vai-e-vem interminável, a uma repetição frequente de atos, mediante sucessivas decretações de nulidades. A essas causas recém apontadas juntavam-se outras, tais como: a ignorância dos Juizes, a sua fraqueza ou timidez em decidir contra interesses materiais ou morais de potentados ou magnatas, o rigor das Leis, por vezes excessivo etc. (DA ROSA, 1942, p. 310)

Das leituras que realizei acerca do sistema de nulidades, sem dúvidas as palavras de Borges da Rosa foram as mais incisivas a respeito de como o tema poderia ser instrumentalizado de forma inadequada pelos juristas. Proferindo palavras igualmente duras sobre o papel do julgador, o autor continua seus comentários indicando como os juízes sem conhecimento técnico ou pouco trabalhadores encontravam qualquer nulidade para encerrar o processo. E ainda:

Pode-se, sem receio de erro, afirmar que os sistemas de apreciação das nulidades no Processo são tanto mais complicados, extensos e insidiosos quanto pior e mais insuficientemente são garantidos os direitos individuais.

Os antigos sistemas judiciários, nos quais, para dizer com franqueza a verdade, a justiça da época achava, por um lado, muitas insídias e fraquíssimas garantias, ao passo que eram, por outro lado, férteis em sanções de nulidade, eram falhos, pelo menos em parte, daquilo que seria um corretivo ao excesso de rigores formalísticos, isto é, da segurança de constante uniformidade na sua aplicação.

Assim, é fácil concluir que justamente a facilidade nas decretações de nulidade podia servir a fins iníquos somente em virtude da falta do invocado corretivo, falta que permitia pronunciar ou não a nulidade, conforme se tratasse de favorecer ou oprimir uma das partes, de prolongar ou de terminar um litígio. (DA ROSA, 1942, p. 312)

Posteriormente o autor trabalha com os sistemas de apreciação da nulidade, a partir das classificações do direito francês. O primeiro sistema de avaliação das nulidades é o do absolutismo da lei, segundo o qual a nulidade ocorrerá nas situações em que a lei determinar, de forma taxativa. Para Borges da Rosa:

A regra “la forme emporte le fond”, isto é, que a forma arrasta consigo o fundo, estabelecia a superioridade da forma sobre o fundo, do texto da lei sobre o seu espírito, do meio sobre o fim. Segundo essa regra, numa noz ou numa laranja, a casca deve ser superior ao miolo, de sorte que, inutilizada a casca, deve-se por fora também o miolo. Vê-se, assim, quão insensata era a regra: “la forme importe le fond”. (DA ROSA, 1942, p. 316)

O texto segue apresentando o sistema da equidade, oposto ao anterior. Nesse caso, quem decide quando deverá ser reconhecida a nulidade é o próprio juiz, a partir do caso concreto e com fundamento no princípio da equidade. Isso não significa que não existam referências da regra na lei, mas que “algumas vezes, a justiça que é aplicada, não segundo o rigor da Lei, mas como uma moderação e brandura razoáveis.” (DA ROSA, 1942, p. 317). De acordo com Borges da Rosa esse é o sistema aplicado no direito inglês, já que o país preza pela aplicação das regras a partir de vetores da razão natural, com consciência e retidão.

Ao comparar a regência absoluta da lei e o sistema da equidade, o doutrinador explica que toda a história do direito tem como plano de fundo esse conflito entre as duas direções. Nesse sentido:

Com superior instinto, um jurista moderno notou que a aplicação textual da Lei é muita vez um ato profundamente dramático. E essa dramaticidade não escapou a Shakespeare, o maior dramaturgo de todos os tempos, que, no “Mercador de Veneza”, mostrou, com o poder de seu gênio, a revolta do Direito Justo contra o Direito escrito e assinalou os expedientes extremos de quase pueris de que lança mão o juiz humano para conciliar o seu respeito à Lei com os reclamos da equidade, com as exigências imperiosas dos fins humanos e sociais de todas as Legislações. E se não fossem os expedientes empregados pelos tribunais (equidade, interpretação teleológica, método racional, Direito Científico), a história do Direito seria um quadro dantesco e sombrio, cheio de terríveis episódios [...]. Ainda bem que os conflitos entre o espírito e a letra da Lei raras vezes assumem proporções épicas, e que a Jurisprudência superior se encarrega de realizar a obra, cada vez mais artística, humana e consciente, da retificação da Lei pelo Direito Justo, que é o Direito Científico, em que figuram a equidade e a interpretação evolutivo-sociológica. (DA ROSA, 1942, p. 320-321)

As explicações seguem com a introdução dos sistemas de má-fé e de distinção das formas. O primeiro entende que as nulidades serão decretadas quando houver má-fé comprovada da parte que realizou o ato. Assim, para que a nulidade não fosse reconhecida, a parte teria que provar sua boa-fé. Para Borges da Rosa, citando João Monteiro, esse é um dos piores sistemas de avaliação das nulidades.

Já o sistema de distinção das formas, pensado pelo italiano Romagnosi, também abordado com frequência pelos demais autores da pesquisa, refere-se à divisão entre formas intrínsecas ou essenciais e formas extrínsecas ou acidentais. Diante do desrespeito a uma forma legal o magistrado deveria identificar em qual grupo essa forma se enquadra, a fim de determinar se irá reconhecer a nulidade. A ausência de formalidade essencial significaria a inexistência do ato; já no caso do desrespeito à forma accidental o julgador avaliaria se a lei prevê ou não a nulidade para esses casos para, então, chegar a uma resposta final. Para Borges de Rosa:

Como se vê, o sistema de Romagnosi apega-se exclusivamente ao ato forense em si, não entrando, no seu critério, a finalidade da lei e nem os fins superiores do Direito Processual. E por se ater tão somente ao ato forense em si, ele cria, ao lado da nulidade, a inexistência do ato. O critério de decretação da nulidade, segundo ele, reside, essencialmente, na declaração da Lei. Isto demonstra que ele, Romagnosi, não pode encontrar outro critério, o que, afinal, vem a dar na ausência de critério. Por outro lado, se volta, de uma certa forma, ao absolutismo da Lei, pois só há nulidade, quando a Lei, mau grado a sua abstração, entende que há. (DA ROSA, 1942, p. 324-325)

O último ponto sobre os sistemas de apreciação das nulidades elencado por Borges da Rosa aborda “outros sistemas”. Nesse último tópico o doutrinador mistura vários autores, como Whitacker e Caetano Leto, que apresentam como pano de fundo o sistema de distinção das formas com outros critérios, como nulidades insanáveis e sanáveis, absolutas ou relativas. Novamente, as palavras do autor:

Do exposto se conclui que, segundo o sistema seguidos por Caetano Leto, Romagnosi, Pisanelli, Manfredo Pinto e outros, as nulidades assentam na distinção das formas dos atos forenses em substanciais, intrínsecas ou essenciais, e acidentais, extrínsecas ou secundárias e, daí, a existência de nulidades insanáveis, insupríveis ou absolutas e sanáveis, supríveis ou relativas.

À aparente simplicidade dessas designações, infelizmente, não corresponde uma real exatidão e distinção de ideias, porque a Lei nem sempre estabelece, de maneira clara e completa, os elementos ou as fórmulas dos atos, assim como, em muitos casos, é bem difícil distinguir se tal elemento, forma ou formalidade é substancial ou acidental. O sistema da distinção das formas está muito ligado ao formalismo.

O erro capital dos sistemas formalísticos está na preocupação exclusiva com a forma, como se esta se justificasse por si mesma, tivesse existência própria e caráter primacial. Esqueceram-se os formalistas de que a forma é uma coisa acessória, de que o Direito é a principal. Daí o erro de origem, de estabelecerem como critério, para a decretação da nulidade, a forma em si, sem levar em conta o Direito, que ela se destina a garantir, e para cuja existência, manifestação e reconhecimento ela foi criada. (DA ROSA, 1942)

Até aqui, é possível perceber que o manual de Borges da Rosa é o que trata de forma mais detalhada sobre as nulidades. Isso acontece porque o autor já havia publicado em 1935 uma obra sobre o tema, *Nulidades do Processo*, na qual ele defende o princípio da instrumentalidade das formas. O autor credita às suas próprias reflexões o modelo seguido pelo Código de Processo Penal.

### 2.3.3 Eduardo Espínola Filho

Eduardo Espínola Filho escolheu organizar sua obra no formato tradicional de comentários à lei, reproduzindo cada artigo e adicionando explicações jurídicas sobre sua definição e aplicação. As referências a outros autores foram sendo distribuídas ao longo do texto de forma detalhada, com o nome da obra, ano e página. Os comentários ao art. 563, primeiro do Título I do Código de Processo Penal, “Das nulidades”, apresenta as questões iniciais sobre o tema de nulidades no processo penal.

O doutrinador separou pontos em sua obra para tratar do sistema de nulidades do processo penal brasileiro diretamente, antes de adentrar na análise dos demais artigos. De

partida, atribui como a primeira característica do sistema de nulidades adotado a enumeração dos casos de nulidades pela legislação. A lista, apesar de taxativa, não é hermética “porque está de pé o art. 3º, autorizando a integração pelo processo da analogia ou pelo suplemento dos princípios gerais do direito.” (ESPÍNOLA FILHO, 1945, p. 397). O autor considera essa uma solução equilibrada entre a total taxatividade da lei e a liberdade de permitir que o julgador verificasse cada caso concreto para elaborar as hipóteses de possíveis nulidades.

A segunda característica do sistema seria a sanabilidade das nulidades. Além da nulidade ter que estar elencada no rol do Código, o julgador também precisaria verificar se a situação não se enquadra em uma das hipóteses de sanabilidade:

Além de só ser pronunciável a nulidade se a espécie se ajustar a um dos casos enumerados no art. 534 do Cód., ou for, por analogia ou pelo suplemento do princípio geral de direito, equiparável a eles (como salientamos no n. anterior e analisaremos nos ns. 1.160 a 1.178), é preciso, para afirmar-se a ineficácia do ato assim viciado, não haja a possibilidade de sanar a nulidade, pois, hodiernamente, está desprestigiada a lição de STÜBEL, quando afirmou ser insanável, em princípio, a nulidade de todo procedimento penal que violou a forma legal, devendo ser repetido na sua forma própria (*Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten*, 1811, §484). (ESPÍNOLA FILHO, 1945, p. 397 -398)

Percebe-se no trecho acima reproduzido que Espínola Filho traz um entendimento do início do século XIX, advindo da doutrina processual alemã, segundo o qual o desrespeito à forma do procedimento penal deveria acarretar necessariamente a repetição do ato. Para o autor esse entendimento não só estaria desatualizado como a possibilidade de correção das nulidades seria um sinal de evolução do direito. Para justificar sua visão o doutrinador faz referência ao processo penal italiano, com a citação de Giovanni Leone e Manzini, bem como aos autores do direito brasileiro Bento de Faria e o Ministro Philadelpho de Azevedo, em um de seus julgados do Supremo Tribunal Federal.

Ainda no mesmo tópico, Espínola Filho explica que as regras de sanabilidade tornam desnecessárias a classificação entre nulidades absolutas e relativas, tendo em vista que sua correção seria possível em qualquer hipótese. Contudo, acaba refletindo que na prática do direito existem exceções para essa possibilidade, em razão da própria natureza de algumas hipóteses de nulidade. Assim:

Mas, se, em princípio, pode dar-se como sanada toda nulidade, a realidade é que, na aplicação prática, há exceções, resultado verdadeiramente insanáveis algumas delas. Veremos, na análise completa dos casos de nulidade (ns. 1.160-1.178), não possibilidade de sanar a proveniente da ilegitimidade da parte, por exemplo: se o caso não era de denúncia, mas de queixa, exclusivamente, não é possível ilidir a nulidade,

resultante de ter sido a ação penal promovida pelo Minist. público, e, se a anulação não impede a entrada de queixa, para punição do mesmo fato, na realidade, a uma ação nova se dará corpo. (ESPÍNOLA FILHO, 1945, p. 413)

A sanabilidade das nulidades pode ocorrer, segundo o autor, quando a parte deixa de alegar no processo uma nulidade que poderia prejudicá-la ou de fato a prejudicou. Mesmo o prejuízo poderia ser desconsiderado diante do silêncio da parte. Além de citar Manzini, Espínola Filho também menciona um julgado de *habeas corpus* do Tribunal de Apelação de São Paulo, publicado na Revista Forense, segundo o qual a nulidade da citação por edital de réu preso não foi considerada, já que a parte não a alegou em momento oportuno, isto é, no recurso de apelação.<sup>14</sup>

Novamente, para tal regra também haveria exceção. A depender da gravidade da nulidade ocorrida o próprio juiz poderia reconhecê-la de ofício. Para justificar tal atitude, a nulidade teria que atingir diretamente princípios processuais penais fundantes do procedimento:

[...] o próprio juiz, tendo como evidente e provado o defeito ou falta do ato processual, com reflexo na apuração perfeita da verdade substancial do fato sujeito à sua decisão, que, por isso, sofreria a má influência daquele vício ou omissão, em casos determinados, toma, de ofício, a iniciativa da invalidação, e, pois, bem se compreende, a falta de oposição, o levantamento extemporâneo, a aceitação, mesmo, pela acusação ou pela defesa, do ato tal como se apresenta, não terá o mérito de sanar a nulidade. (ESPÍNOLA FILHO, 1945, p. 401)

Após a verificação das hipóteses de nulidades, se o caso não se enquadra em alguma das situações de sanabilidade, Espínola Filho considera que o magistrado deverá verificar algumas condições a fim de decretar a nulidade. A primeira delas seria a existência de prejuízo, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal. O art. 566 do mesmo diploma legal seria, para o autor, um complemento da regra do prejuízo. O dispositivo refere-se à necessidade de que a nulidade tenha influído na verdade substancial da causa para ser decretada. Para fundamentar sua análise o autor remete a João Monteiro e Bourdeaux, ambos processualistas civis, o primeiro brasileiro e o segundo francês.

#### 2.3.4 Sady Gusmão, Luiz Antônio da Câmara Leal, Ary Franco e Bento de Faria

<sup>14</sup> HC nº 3218/1944 do Tribunal de Apelação de São Paulo. *Apud*: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro anotado**. Comentários aos artigos 503/573. Vol. V. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1945, p. 401.

Optei por reunir esses autores em um mesmo tópico porque escreveram obras bem mais resumidas, consistentes em comentários ao Código no sentido mais restrito e simples desse tipo de produção.

Na organização de suas publicações, todos seguem a cartilha mais comum na época: reprodução dos artigos do Código de Processo Penal com comentários a cada um deles. Em relação ao zelo com as referências, Ary Franco é o mais cuidadoso, utilizando-se da sistemática de nota de rodapé para indicar detalhes da obra, com nome, ano e página de publicação.

Sady Gusmão, por seu turno, destaca-se por ter a obra mais resumida, com apenas cinco páginas de explicações sobre todos os artigos do tema das nulidades processuais penais. Até pela extensão do manual, o autor não traz novidades em relação àquilo que já foi apresentado pelos demais. De todo modo, Gusmão faz as seguintes considerações:

Neste livro e título, o Código estabeleceu regime novo quanto a nulidades: matéria de alta importância prática no processo penal. [...]  
Até o presente a questão das nulidades vem constituindo problema de difícil solução, havendo diversos sistemas, todos inspirados no respeito aos ditames da lei.  
As normas de processo se consideram ditadas por motivos de necessidade, conveniência prática e segurança, no que concerne à tutela da liberdade individual e à garantia de repressão ao crime. (GUSMÃO, 1942)

Por sua vez, Ary Azevedo Franco - que, como visto, foi Ministro do Supremo Tribunal Federal a partir de 1956 - editou os comentários ao Código de Processo Penal em 1943; anteriormente, portanto, à sua atuação no STF. Todavia, o autor já integrava o judiciário, presidindo o Tribunal do Júri na capital brasileira da época, Rio de Janeiro. Foi também professor e um dos fundadores da atual Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

Seus comentários à parte geral do tema “nulidades”, realizados nas referências do art. 563, CPP, são baseados nos comentários de Borges da Rosa, com reproduções inteiras de trechos do seu livro. Como outros, Ary Franco expõe a falta de sistematização da matéria, conferindo especial atenção à carência legislativa de fórmulas mais precisas em termos de nulidades processuais penais, no que se reporta ao jurista Vicente de Azevedo. Na visão de Franco, isso estaria permitindo diversos arbítrios dos juízes. Para comprovar seu ponto de vista, faz um breve retorno às legislações brasileiras do século XIX, enumerando-as e destacando que muitas sequer traziam a palavra “nulidades”: o mais comum era identificar a expressão “ausência de fórmula substancial”.



## 2.4 IMAGENS AUMENTADAS: ANÁLISE DAS DINÂMICAS DA PRODUÇÃO PROCESSUAL PENAL SOBRE NULIDADES DA DÉCADA DE 1940

### 2.4.1 Doutrina estrangeira e força simbólica no direito

A década de 1940, momento histórico em que ocorre o final da Era Vargas e início do período democrático que se estende até o golpe de 1964, tem como um dos principais traços culturais a tentativa de construção de uma identidade nacional, de uma cultura brasileira. Se essa preocupação já existia desde a Proclamação da República, consolida-se como uma questão central a partir de 1937.

Na época, como observado, o liberalismo foi considerado uma teoria política inadequada para a realidade social brasileira, vista, dentre outros elementos, como uma importação que não levava em consideração as vicissitudes da formação e educação do povo brasileiro. Tal ideia foi muito propagada por Francisco Campos (2001 apud SOMARRIBA, 2000), ao criticar especificamente o “liberalismo” difundido no Brasil durante a Primeira República, base da Constituição de 1889.<sup>15</sup> Esse embate, como bem observa Gizlene Neder (1995), serviu como base para outras teorias autoritárias e antiparlamentaristas que guiaram o campo político brasileiro no período.

Paradoxalmente a esse momento de afirmação da cultura nacional e produção de um direito mais científico e conectado com a realidade social, é difícil não perceber como as obras jurídicas processuais penais fazem referência constante ao direito estrangeiro, notadamente o italiano e o francês. Minha impressão é de que as obras precisam estar recheadas dessas referências para serem valorizadas no campo jurídico.

Tal questão não é novidade para a literatura jurídica nem para a produção de obras culturais em geral. Como destaca Mariana Silveira (2013), o fluxo de conhecimento também segue uma lógica de poder, com relações de forças que fazem com que muitas das teorias e conceitos utilizados no campo científico tenham se originado no continente europeu e, posteriormente, nos Estados Unidos, locais historicamente detentores de maior capital financeiro, político e científico no cenário internacional. com efeito, apenas no século XIX houve o surgimento de faculdades, importantes centros de difusão de conhecimento,

---

<sup>15</sup> Cf. CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001. SOMARRIBA, Valentina Gomes. Quando Caliban calou a voz de Ariel: as críticas de Francisco Campos ao liberalismo político nos anos 30. *Varia História*, Belo Horizonte, v. 1, n. 23, p. 205-2013, jul. 2000.

genuinamente brasileiras - e ainda assim o desenvolvimento de uma produção nacional considerada científica aconteceu com mais força apenas no final do mencionado século (SCHWARCZ, 1993; VENANCIO FILHO, 2011).

Esta pesquisa, por exemplo, possui como uma de suas principais referências teóricas um sociólogo francês, Pierre Bourdieu. Reconheço, portanto, que essa não é apenas uma lógica do *corpus*: mesmo as teorias mais críticas acabam perpassando teorias estrangeiras, o que faz com que essa não seja uma característica exclusiva do campo jurídico ou das obras da década de 1940.

No campo jurídico, a crítica à “importação” de ideias estrangeiras também é muito presente. No processo penal, especialmente na doutrina crítica, costuma-se fazer referência às ideias autoritárias perpetradas em direta influência do processo penal italiano, mais especificamente daquelas institucionalizadas pelo Código Rocco. O próprio Francisco Campos, ao introduzir o Código de Processo Penal, expressou que muitas das regras foram baseadas no Código Rocco italiano (GLOECKNER, 2018; GIACOMOLLI, 2015).

Para muito além de uma transposição de ideais, a referência a autores estrangeiros procura validar o conhecimento ali esposado. O tema de nulidades processuais penais, por exemplo, possui um perfil extremamente técnico, cuja cientificidade seria atestada por meio da citação da doutrina internacional.

#### **2.4.2 “Vegetação parasita”: a teoria das nulidades para os doutrinadores do *corpus***

A primeira coisa que salta aos olhos quando se observa a teoria das nulidades processuais penais construída pelos doutrinadores da década de 1940 é que os autores consideram esse um tema espinhoso. Espinhoso porque de difícil conceituação e aplicação no cotidiano da justiça criminal. Nesse contexto, o Código de Processo Penal, então recém-lançado, seria marco de uma nova sistematização, vista de maneira positiva.

Para os autores, as novas regras estabelecidas pelo mencionado diploma legal, notadamente as inseridas nos artigos 563 e 566, permitem que o reconhecimento das nulidades só ocorra em casos importantes, quando há prejuízo ou quando afeta a busca da verdade real. O princípio da instrumentalidade das formas é, assim, consagrado como sinônimo de modernização do procedimento. A forma do processo, além de guiar os passos do procedimento, também apresentaria a função social de gerar o melhor resultado para ambas as

partes - escopo que não seria atingido, na visão dos autores, por meio de uma grande rigidez procedimental.

Outros sistemas de apreciação das nulidades, notadamente aqueles que de alguma maneira distinguem ou classificam os tipos de desrespeito à forma, são vistos com ressalva. Antecipando algumas conclusões do exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, talvez por isso a diferenciação entre nulidades absolutas e relativas, embora já existente, não fosse empregada com frequência na prática. Com efeito, não cheguei a encontrar julgados com essa referência dentre os quase 150 estudados.

De maneira muito diferente, atualmente essa talvez seja uma das principais diferenciações feitas pela doutrina e pela própria jurisprudência. Vive-se um processo que muitos autores chamam de “relativização das nulidades”, em que desrespeitos importantes à forma processual apenas são considerados quando há prejuízo para alguma das partes. Costuma-se dizer que nas nulidades absolutas o prejuízo é presumido, não havendo necessidade de observar a regra do art. 563 do CPP. Em que pese esse tipo de argumento não ser tão frequente na década de 1940, o resultado acaba sendo o mesmo: o não reconhecimento das nulidades.

A verdade é que fica claro pelas considerações dos autores que o reconhecimento das nulidades é considerado como uma questão negativa no direito. Todos eles, sem exceção, fizeram referência a um passado de “curialismo”, no qual as nulidades eram aplicadas sem referência e de forma excessiva pelos operadores do direito. O excesso de formalismo em geral, não apenas com relação às nulidades, é bastante criticado.

Ao se observar as dinâmicas da cultura jurídica na virada do século XX, o tema das nulidades acompanha, em vários sentidos, a tentativa de profissionalização do direito. Seguir a lei de forma acrítica, tomando em consideração a forma do procedimento antes do direito almejado, representaria aquele “bacharelismo” do século XIX, a ser superado. Um jurista conectado com a sociedade e com a “ciência” do direito, antes de chegar a qualquer conclusão, deveria observar a finalidade do procedimento e a resposta mais adequada para a questão. Não se poderia deixar de reconhecer um direito da parte apenas por questões “frívolas” de procedimento.

Borges da Rosa, de forma especial, passa páginas referindo-se a como um sistema de nulidades complexo é sintoma de um processo penal que não valoriza princípios individuais. Em seus argumentos, crítica de maneira indelicada - não há outra forma de classificar suas palavras - os juízes que supostamente se utilizam das regras de nulidades para não trabalhar ou

evitar responder mais incisivamente aos casos em que as partes são pessoas mais poderosas. A crítica a julgadores do passado que agiam de forma inadequada também aparece em outros autores, até porque Borges da Rosa é uma referência direta para a maioria deles.

O interessante é reparar como todos adotaram o argumento de um passado complicado envolvendo a sistemática, um passado no qual qualquer desrespeito à forma gerava nulidade de todo o procedimento. Florêncio de Abreu (1943) menciona uma situação em que o juiz decretou nulidade de um julgamento do júri por não ter o sino badalado para marcar o início da sessão. São inúmeros os exemplos e as críticas nesse sentido, como é possível perceber a partir dos trechos reproduzidos no tópico anterior.

Contudo, apesar dos autores terem citado diversas vezes a jurisprudência dos Tribunais Estaduais e do próprio Supremo Tribunal Federal, ilustrando seus argumentos com exemplos práticos reais, com referência, inclusive, ao número do julgado, nenhum deles mencionou uma situação concreta em que, no passado jurídico recente ao período, a nulidade tenha sido aplicada de forma inadequada ou excessiva.

Do mesmo modo, nenhum autor utilizou o julgado dos estados antes da uniformização das regras processuais pelo Código de Processo Penal para demonstrar como a nova estruturação da lei poderia evitar o excesso de nulidades do processo. Não obstante, vários Códigos de Processo Penal dos estados tinham em seu corpo dispositivos tratando sobre as nulidades, especialmente sobre o princípio *pas de nullité sans grief*, expressado no artigo 563 do Código de Processo Penal, regra mais frequentemente instrumentalizada pelos juízes na prática penal.

Ou seja: a regra mais utilizada para não reconhecer as nulidades já existia antes no ordenamento jurídico brasileiro. Marcelo Mayora, em seu trabalho sobre os doutrinadores penalistas da Ditadura Militar, comenta sobre a autoridade com a qual os juristas abordam qualquer temática sem embasamento teórico, valendo-se de uma legitimidade conferida pelo “ser jurista” para opinar sobre qualquer tema social. Assim:

[...] também em razão de sua legitimação social, o penalista é relativamente livre para utilizar um mosaico de argumentos pseudocientíficos ou morais, geralmente por meio de *máximas*, de argumentos de autoridade (citação de outros cânones, direito comparado, etc.) de exemplos etc., extraídos da observação sem método da *realidade*, vista desde sua posição de classe e profissional – da cadeira dos operadores jurídicos nas salas de audiência, das visitas protocolares a prisões, dos raros encontros com os *criminosos* sobre os quais, não obstante, são especialistas. À observação sem método soma-se a ausência de reflexividade sobre os pressupostos epistemológicos mínimos – sobre quem olha e como olha, por exemplo – de uma análise científica da *realidade*. Nos manuais, portanto, encontramos uma narrativa sobre a *realidade*, inventada por

um agente específico, que analisa o mundo segundo sua posição no campo jurídico-penal e no espaço social”. (ALVES, 2016, p. 213-214)

Importa ressaltar que a realidade dos manuais de direito penal é diferente daquela dos manuais de processo penal, especialmente no período da década de 1940. Uma vez que o perfil das obras de processo penal é mais técnico, com o intuito de explicar a aplicação da lei e o cotidiano da justiça criminal, a referência a comportamentos sociais é bem mais reduzida. É claro que isso não significa que não seja possível identificar argumentos de autoridade em relação a questões sociais, mas em geral sua citação está conectada com algum caso concreto.

No caso do *corpus* analisado, essa característica se acentua pela seleção do trecho das obras que trabalha com nulidades processuais penais - um tema diretamente relacionado com o procedimento e, por consequência, bastante técnico. Talvez no início das obras, notadamente quando se trabalha a função do processo penal, estivesse o foco dos comentários mais frequentes sobre a criminalidade e o funcionamento da sociedade.

Contudo, é importante lembrar que cabe ao penalista do direito material justificar a existência do próprio direito penal, justificar a aplicação da pena, explicar o conceito de crime. Tais temas estão intimamente relacionados com a criminologia - que, no início do século XX, recebia grande influência da corrente positivista segundo a qual, de grosso modo, era possível estabelecer as características do criminoso, bem como dos ideais de defesa social, cujo escopo era pensar o direito penal enquanto instrumento de combate ao crime e defesa da sociedade. Mayora coloca a questão da seguinte maneira:

Desta forma, a criminologia etiológica constante nos manuais funciona como mediadora entre o direito penal e a *realidade*. O domínio retórico do saber criminológico transforma o penalista naquele jurista técnico apto a falar com legitimidade tanto da lei penal quanto do delinquente e dos métodos de combate ao crime. Daí que, por exemplo, o juiz penal é competente para, ao aplicar a pena, tratar não apenas dos aspectos formais dos delitos, ‘mas considerar a pessoa de quem o praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo da sua personalidade, sem olvidar, sobretudo a possibilidade de tornar a delinquir, ou a periculosidade’. (Magalhães Noronha, 1979, p. 263). (ALVES, 2016, p. 223)

Se o penalista se reveste dessa autoridade ao falar sobre história, antropologia e sociologia, sem o mínimo de cuidado com a observação científica da realidade que o cerca, dificilmente seria diferente quando o processualista penal discorre sobre o funcionamento do próprio direito. Quem poderia ter mais autoridade do que o próprio jurista para afirmar como o direito funciona e de que forma os processos se desenrolam na prática? Que outro agente social poderia questionar essas colocações?

Ocorre que, diferente do que a autoridade do conhecimento poderia levar a crer, não necessariamente os doutrinadores abordam o funcionamento do direito de maneira adequada. Não existiu texto de comentários sobre nulidades do período que não fizesse uma ponderação acerca da ideia de utilização exacerbada das nulidades. Além do texto do *corpus* de doutrinadores, artigos na imprensa jurídica também caminhavam nesse sentido. Com isso, criou-se uma “lenda jurídica” de que os procedimentos de “antigamente” eram excessivamente formais.

### **3 OUTRAS IMAGENS APROXIMADAS: NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1942 – 1951)**

#### **3.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS: CONSTRUÇÃO DO *CORPUS* DE ANÁLISE E O CONTEXTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF COMO FONTE HISTÓRICA**

No campo jurídico brasileiro, a palavra “jurisprudência” se refere ao conjunto de decisões do Poder Judiciário, que podem ser utilizadas como parâmetro para decisões posteriores, na tentativa de construção de um marco de referência. Com o desenvolvimento do campo e as mudanças de interesses, o conjunto de decisões tende a sofrer modificações (SALDANHA, 1980). Os juízes e os advogados correspondem aos agentes que estariam mais relacionados ao cotidiano forense, contrapondo-se, nas disputas internas do campo, aos agentes da doutrina, que pensam as regras jurídicas em termos mais abstratos (BOURDIEU, 2012). Sendo assim, olhar para o subcampo da jurisprudência visa compreender a prática, a resposta fornecida pelo campo jurídico para questões diversas da sociedade. Enquanto a doutrina fala para dentro do campo, construindo o conhecimento especializado do direito, a jurisprudência fala para fora dele, concretizando parte das soluções jurídicas para as questões sociais.

Quando decidi pesquisar o tema de nulidades sob uma perspectiva histórica, meu primeiro intuito foi pensar no discurso edificado pela doutrina acerca do tema. Na análise das obras doutrinárias, seria possível compreender a dinâmica dos argumentos utilizados em torno do tema das nulidades no processo penal na década de 1940. Essa ideia surgiu a partir de outras pesquisas de história do direito que já haviam feito essa escolha, com a tese de Camila Prando (2013), que analisou a Revista de Direito Penal na década de 1930, e a de Marcelo Mayoara (2016), que estudou sobre a doutrina de direito penal no período da ditadura militar brasileira, ambas mencionadas diversas vezes ao longo deste trabalho. Contudo, a doutrina jurídica da área processual penal, no tema de nulidades, possui um perfil mais técnico do que a doutrina perpetrada na área do direito material. Diferente daquilo percebido por Mayoara, poucas são as opiniões que esses doutrinadores emitiram sobre a criminalidade e o funcionamento da sociedade brasileira.

Em parte, tal característica é explicada pelo perfil do próprio recorte da matéria processual: as nulidades processuais penais. Trata-se de um tema técnico, relacionado diretamente ao procedimento da justiça e ainda em expansão, esquematizado de forma mais uniforme no campo brasileiro somente pelo próprio Código de Processo Penal, marco temporal

inicial da pesquisa. É de se esperar, por exemplo, que o capítulo introdutório das obras doutrinárias de processo penal trouxesse temas mais amplos acerca do funcionamento da justiça criminal. Ainda assim, como pude observar nas obras manejadas por mim na biblioteca da Universidade de São Paulo, os livros do período eram principalmente explicações do Código de Processo Penal, o que reforçava seu caráter mais técnico-legalista.

Decerto a importância da doutrina e de seu discurso para a construção do poder simbólico do direito permanece - por esse motivo a obra dos doutrinadores selecionados foi analisada no capítulo anterior. Porém, não se pode negar que o funcionamento do campo jurídico na seara das nulidades processuais penais é especialmente pautado pela dinâmica das decisões judiciais. Como avaliado no primeiro capítulo, o advento da nulidade no processo penal requer o reconhecimento por meio de decisão judicial. A nulidade será decretada quando o desrespeito às normas processuais for suficientemente importante a ponto de o julgador considerá-lo apto a tornar o ato processual sem efeito. Sendo assim, a pesquisa jurisprudencial é indispensável para a compreensão das dinâmicas de argumentação e instrumentalização da teoria das nulidades no campo jurídico.

Diante dessas considerações, passei a pesquisar como seria possível fazer esse levantamento jurisprudencial e histórico. Acessei o *site* do Supremo Tribunal Federal e descobri que havia na ferramenta de pesquisa jurisprudencial a possibilidade de acessar julgados anteriores a 1950. Logo na primeira pesquisa, apareceram 899 acórdãos que se enquadravam no termo de pesquisa “nulidade”. Na linguagem jurídica, acórdão é uma decisão judicial proferida por um tribunal colegiado. Boa parte das vezes corresponde a uma segunda ou até mesmo, como no caso no Supremo Tribunal Federal, a uma terceira instância de julgamento.

Esses acórdãos estavam organizados em um grupo especial, previamente selecionado, sobre o qual não era possível fazer uma pesquisa aprofundada por outros vetores de análise, como a data de julgamento. A única possibilidade era a de os acessar de forma aleatória. Diante dessa limitação, passei a realizar a análise fortuita dos acórdãos publicados, desconsiderando aqueles anteriores a 1942 ou aqueles relativos a outras áreas do direito, os quais eventualmente apareciam no conjunto. O recorte temporal foi escolhido para contemplar os julgados efetivados após a vigência do Código de Processo Penal, iniciada exatamente em 1942.

O intervalo de dez anos acompanhou o que escolhi para a doutrina: uma década de adaptação ao novo sistema processual, com mudanças políticas importantes simbolizadas por uma nova Constituição que marcou período democrático vivenciado pelo Brasil a partir de 1945. A escolha metodológica inspirada na micro-história (BARROS, 2010) poderia



recomendar, inclusive, um período mais restrito de estudo. Contudo, uma vez que as fontes são jurídicas, as mudanças do campo ocorrem de maneira mais lenta. Basta lembrar que integra o poder simbólico do campo jurídico a capacidade de manutenção das suas próprias estruturas internas, como linguagem e conceitos específicos.

Na construção do *corpus* de análise, o período de levantamento foi atravessado por uma mudança no *site* do STF, o que fez com que os acórdãos mais antigos passassem a ser disponibilizados nos mesmos moldes dos mais atuais. Isso significou que a pesquisa poderia ser feita de forma mais detalhada, considerando vetores como o nome dos ministros relatores, a data de julgamento, a data de publicação, o tipo de acórdão, se foi julgado por alguma turma ou pelo pleno. Inicialmente considerei buscar novos rumos para a pesquisa, mas preferi seguir a análise do *corpus* segundo os mesmos critérios que já estava utilizando. A única organização final que realizei, diferente do levantamento aleatório, foi equilibrar a amostra entre os anos da pesquisa, 1942 a 1951, com objetivo de que um período não fosse privilegiado em detrimento de outro.

Talvez a mudança mais atrativa proporcionada em relação à análise do conjunto de decisões tenha sido, naquele momento, a de avaliar como cada ministro decidia acerca do tema. Apesar de o STF ter mudado consideravelmente sua configuração ao longo do período estudado, notadamente com a passagem do governo ditatorial de Vargas para o período democrático em 1945 (COSTA, 2006), avaliar as trocas simbólicas entre os agentes do campo jurídico, o funcionamento da jurisprudência não implica determinar a decisão pessoal de cada ministro que passou pelo STF. Até porque, como revela a análise do campo, adiante explicitada, as decisões diferem pouco, seguindo um padrão facilmente identificável ao longo dos períodos históricos. Ricardo Gloeckner (2018), inclusive, já havia percebido essa movimentação em sua análise sobre nulidades no referido Tribunal. Esta pesquisa mais aprofundada na verdade confirmou sua hipótese acerca da dificuldade histórica de reconhecimento de nulidades no subcampo da justiça criminal.

No segundo capítulo, fiz uma breve exploração do perfil dos agentes do campo jurídico, suficiente para os objetivos da presente pesquisa. Muitos dos doutrinadores estudados integravam também o Poder Judiciário e outras instâncias do sistema de justiça criminal. Estudar os ministros que passaram pelo Supremo Tribunal Federal não revelaria grandes mudanças no perfil de formação jurídica desses agentes. Portanto, o foco permaneceu nos detalhes da produção dos documentos enquanto fontes históricas. Todavia, um eventual interesse acerca dessas informações pode ser contemplado pelo ótimo levantamento realizado

por Lêda Boechat Rodrigues (2002), no Volume IV da série “História do Supremo Tribunal Federal”.

No campo jurídico, o exame de decisões jurídicas deve levar em consideração a repetição de termos e situações. Já havia vivenciado essa experiência de pesquisa no meu mestrado, no qual analisei as sentenças relativas a crimes cometidos por mulheres, em 2014, no âmbito da Lei nº 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas. Na época, antes mesmo da realização da pesquisa, parti do pressuposto de que, em virtude da utilização de modelos salvos nos computadores, muitas das sentenças apresentariam repetições - o que seria dirimido pelas situações específicas de cada caso a ser julgado. Para minha surpresa, a repetição foi muito maior do que esperado em um contexto de varas especializadas em tráfico de drogas na cidade do Recife contemporâneo.

No levantamento atual, algumas questões específicas me fizeram supor que talvez o cenário fosse diferente. A primeira delas foi o período histórico estudado. Na década de 1940, não existiam computadores que permitissem a adaptação de modelos prontos para cada caso avaliado. Além disso, os acórdãos estudados são registros dos julgamentos que ocorreram nas duas turmas em funcionamento ou na formação do pleno do Supremo Tribunal Federal, o que remete à existência de discussões e fluxos específicos daquele momento. Novamente, uma surpresa: os acórdãos sobre nulidades processuais penais também apresentavam um padrão extremamente semelhante. Os modelos do campo jurídico transcendem a existência de computadores que permitem a repetição com mais facilidade.

Tendo em vista a metodologia de análise escolhida para a presente pesquisa, entendi que não haveria necessidade de estabelecer com exatidão o montante, dentre os 899 acórdãos inicialmente encontrados, de decisões que se referem à área penal ou a outras áreas do direito. Com o intuito de obter um parâmetro geral, selecionei na ferramenta de edição do *site* julgamentos de *habeas corpus*, recursos em *habeas corpus* e cartas testemunháveis, que são exclusivos da área penal, somados a uma porcentagem aproximada de recursos extraordinários, que abrangem diversas áreas do campo jurídico.

Cheguei, assim, a um número aproximado de 550 acórdãos relativos a processo penal no total do período. Independente de números exatos, percebi claramente que o tema de nulidades circulava nos julgados do STF com mais frequência em processos de natureza penal do que cível ou administrativa. Levando em consideração o total apontado anteriormente, 899, 550 decisões representam aproximadamente 61,45% de acórdãos diretamente relacionados com a área criminal.

A repetição do padrão das decisões revelou que não seria necessário realizar a análise de todos os acórdãos da área criminal disponíveis no período. Isso representaria um trabalho excessivo, tendo em vista as poucas alterações nos resultados alcançados, mesmo que o objetivo ainda fosse delinear com detalhes esse fluxo. Bem verdade, a determinação da quantidade de amostras para um estudo também quantitativo é um dos desafios da pesquisa das ciências sociais - que pretende verificar o quanto de análise é preciso para que os resultados sejam gerais o suficiente para fazer afirmações válidas sobre o problema de pesquisa, sem perder de vista as especificidades do *corpus* estudado. Tal decisão do pesquisador pode afetar suas conclusões e a qualidade do seu trabalho, como analisa Howard S. Becker (2007) ao escrever sobre metodologia das ciências sociais; e, por esse motivo, merece atenção.

Amostragem é um grande problema para qualquer tipo de pesquisa. Não podemos estudar todos os casos de tudo quanto nos interessa, nem gostaríamos de fazê-lo. Todo empreendimento científico tenta descobrir algo que se aplicará a *todas as coisas* de certo tipo por meio do estudo de *alguns exemplos*, sendo os resultados do estudo, como dizemos, “generalizáveis” a todos os membros dessa classe de coisas. Precisamos da amostra para convencer pessoas de que sabemos alguma coisa sobre toda a classe. (BECKER, 2007, p. 96)

Não existem regras pré-definidas que possam orientar o quanto de material humano é satisfatório para análises sociológicas, históricas ou antropológicas, o que dependerá muito da metodologia escolhida no trabalho. Para o pesquisador do campo jurídico, especialmente quando a pesquisa é voltada para os agentes e a produção do campo, para os fluxos dos próprios juristas, esse problema é dirimido. O direito é constituído por *habitus* bem acentuados; os padrões das relações objetivas mostram-se mais simples de serem notados, o que facilita a pesquisa em vários sentidos.

No caso deste trabalho, senti de forma natural, juntamente com o caminhar do prazo para o levantamento – limite também essencial para qualquer pesquisador –, que 143 acórdãos seriam suficientes para a formação do campo de estudo - quase 10% das decisões penais proferidas no período. Dessas 143 decisões, selecionei 38, que se destacaram no tema específico das nulidades processuais penais, para análise atenta em relação à linguagem. O resultado desses passos está demonstrado neste terceiro capítulo.

Por outro lado, a mesma característica conservadora dos fluxos jurídicos também dificulta outras etapas da pesquisa. O caminho para as conclusões finais não guarda grandes surpresas. É possível entender muito do que acontece com o direito ao avaliá-lo com lentes sociais mais estruturais, sem necessariamente considerar sua linguagem própria. Não foi

necessário o exame de cada decisão para a compreensão de que a área jurídica da justiça criminal vem seguindo há muito tempo um padrão de seletividade, nos quais as decisões de punição são injustamente distribuídas aos homens pretos e pobres, excluídos dos pactos sociais dominantes. Tampouco é preciso observar as decisões judiciais para concluir que essa desigualdade da produção do direito pouco tem relação com a quantidade de ações criminosas cometidas por cada classe social (BARATTA, 2011), avaliação que constitui uma das grandes contribuições da criminologia crítica para os estudos contemporâneos da justiça criminal (LARRAURI, 2000).

Não obstante, pesquisas que focam mais em aspectos técnicos de decisões do campo jurídico possuem a capacidade de revelar muito do que acontece. Ricardo Gloeckner (2018), já mencionado diversas vezes, estuda, em um dos capítulos de sua obra sobre nulidades processuais penais, as decisões do Supremo Tribunal Federal a partir de exemplos colhidos do início do século XX até o século XXI, percebendo nesse conjunto mais generalizado de decisões, escolhidas de forma aleatória, boa parte das questões que serão avaliadas na presente pesquisa. Nesse sentido, o autor indica que o Supremo Tribunal Federal, enquanto instância que padroniza muitas das decisões, utiliza-se notadamente do argumento relacionado com o prejuízo das nulidades processuais penais para não reconhecer de forma sistemática nulidades apontadas pelas partes. Quando observei os tipos de argumentações e a frequência com que eram utilizadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na década de 1940, cheguei à mesma conclusão: há muita resistência do Poder Judiciário ao reconhecimento das nulidades.

Ainda assim, pensando a partir dos pressupostos de funcionamento do campo jurídico indicados por Bourdieu, optei por detalhar de forma bem aproximada as relações objetivas entre os agentes que aconteciam no processamento do tema das nulidades processuais penais no início da vigência do Código Processual Penal. Trata-se de uma tentativa de conjugar o olhar estrutural e a linguagem interna do campo jurídico.

Muito do que enxerguei já foi percebido, de maneira que corro o risco de ser, em muitos aspectos, repetitiva. Em outros, a lente de aumento torna possível escancarar quanto do funcionamento do campo jurídico permite a manutenção do mecanismo de poder, exclusão e morte no sistema criminal, lógica essa que não será quebrada somente com mudanças de ordenamento constitucional. Com efeito, não se trata apenas de reprodução de ideias do autoritarismo, mas também do próprio fluxo segundo o qual se estabeleceu o campo jurídico.

Já na introdução do trabalho, revelei minha escolha metodológica de encarar as decisões e a doutrina como fontes históricas nos termos da micro-história. Como principal guia para a

pesquisa, utilizei o texto de José Barros e os passos estabelecidos pelo historiador para lidar com as fontes históricas, notadamente as fontes documentais que ele considera como dialógicas. Nesse sentido, acho importante destacar que apesar de José Barros usar como principal exemplo de fontes dialógicas os procedimentos investigativos penais, nos quais é possível identificar vozes de diferentes agentes - a vítima, o acusado, o próprio delegado, o membro do Ministério Público -, as decisões do STF não são compostas da mesma multiplicidade de olhares.

É verdade que as decisões do STF na seara penal integram o procedimento penal, que costuma iniciar com os inquéritos policiais. Então, a maioria das decisões proferidas pelos ministros fazem parte de um todo que possui características dialógicas como aquelas apontadas por Barros. Contudo, o julgamento dos *habeas corpus* e dos recursos que chegam ao STF corresponde a um recorte específico desse procedimento, no qual uma terceira e, muitas vezes, última instância de julgamento avalia apenas aspectos específicos do procedimento. Com o recorte da palavra “nulidade” nos sites de busca dos acórdãos, essa especificidade recebe uma configuração ainda mais intensa.

Os acórdãos avaliam aspectos de desrespeito ao procedimento legal ao longo de toda a instrução processual, raras vezes abordando questões mais detalhadas sobre o acontecimento delitivo em si. Sendo assim, a principal fala ali presente é a dos próprios ministros; não há mais colheita de testemunhos. Feita essa distinção, ainda considero que os documentos da presente pesquisa, especialmente quanto ao conjunto das fontes, doutrina e jurisprudência, ainda possuem um aspecto dialógico. Com efeito, observei expressões de diferentes agentes em papéis diversos dentro do campo jurídico.

Em relação ao tratamento das fontes, assim como realizado no capítulo anterior com as obras doutrinárias, empreendi a tarefa da maneira mais descritiva possível, seguindo os passos apresentados por José Barros (2010) em seu texto: descrição, contexto e contextualização, polifonia das fontes estudadas. Essa descrição minuciosa é, bem verdade, o que mais se parece com a micro-história, uma vez que o dialogismo é reduzido para dentro do campo jurídico e o estilo da escrita empreendido até aqui segue a estrutura de um trabalho acadêmico tradicional. Como exemplo dessa diferença, uma das características mais marcantes da obra de Carlo Ginzburg, historiador italiano e referência na micro-história, são suas formas de narrativas livres e seus ensaios históricos.

### **3.1.1 Acórdãos do Supremo Tribunal Federal na década de 1940: formato de sua produção, destinatários e contexto das fontes**

No período de 1942 a 1951, o Supremo Tribunal Federal funcionava em duas turmas, cada uma composta por cinco ministros. Essa estrutura foi estabelecida informalmente em 1931 e oficializada no regimento interno do tribunal em 1937 (KORNIS; JUNQUEIRA; HIPOLITO, 2009)<sup>16</sup>. Assim, os julgamentos podiam ser realizados pelos ministros que compunham cada uma das turmas ou por todo o conjunto de ministros, que formavam o pleno. Quase todos os acórdãos analisados foram produzidos pelo pleno do STF, porque tanto o *habeas corpus* quanto o recurso em *habeas corpus*, que formam a maioria das decisões selecionadas, eram julgados nesse formato. Do quadro de recursos e ações integrantes do *corpus*, as Cartas Testemunháveis e os Recursos Extraordinários eram decididos por uma das turmas.

Em termos formais, os documentos de registro dos acórdãos eram compostos por uma folha de rosto, na qual é possível identificar informações acerca do conteúdo geral da decisão: trata-se da ementa. Nela consta a decisão final proferida pelos ministros, bem como se realizada de forma unânime ou não; o estado de origem do processo; o nome do paciente ou das partes do recurso, além da data de julgamento da petição. Ademais, essa folha de rosto era assinada pelo Ministro Relator e pelo Presidente do STF no momento da realização da sessão.

O Ministro Relator era aquele responsável pela leitura direta dos autos do processo originário e por elaborar o resumo dos principais pontos do próprio procedimento e da demanda da parte. Após a leitura do resumo, o relator é também o ministro responsável pela elaboração e leitura, no momento do julgamento, do primeiro voto acerca da questão. Em grande parte das vezes, os demais ministros concordam com o relator, formando uma decisão unânime. Nesses casos, o registro da sessão fica reduzido ao relatório e ao primeiro voto. Ao final do documento existe um novo resumo da decisão, com as informações acerca do paciente ou recorrente, se o julgamento foi realizado pelo pleno ou por uma das turmas, a data de julgamento e, por fim, a assinatura do subsecretário, responsável pela datilografia da minuta do julgamento.

Em algumas situações, os ministros discordam de algum ponto do voto do relator e há debate na sessão de julgamento. Esse debate fica registrado na minuta do acórdão, com uma página específica para a colocação do ministro divergente, eventualmente com o debate mais prolongado realizado entre os ministros. Nesse sentido, importa destacar que o julgamento se

---

<sup>16</sup> Cf. KORNIS, Mônica; JUNQUEIRA, Eduardo; HIPOLITO, Regina. Supremo Tribunal Federal. In: CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL - CPDOC (Rio de Janeiro). Fundação Getúlio Vargas (org.). **Dicionários**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/supremo-tribunal-federal-stf>. Acesso em: 15 maio 2021.

refere tanto à legalidade do instrumento manejado pela parte - o que, juridicamente, significa o recebimento do recurso ou ação autônoma proposta - como ao mérito, conteúdo daquilo que foi peticionado pela parte. A divergência pode ocorrer em ambos os sentidos.

Como um importante exemplo de divergência, tem-se que no ano de 1942 Getúlio Vargas declarou guerra contra os países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão), iniciando a participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial, em andamento desde 1939 (FAUSTO, 2020)<sup>17</sup>. Fora editado no período o Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, no qual se regulava a suspensão de determinadas garantias constitucionais durante o estado de guerra, nos termos do art. 171 da Constituição de 1937<sup>18</sup>. Para os Ministros Barros Barreto e Bento de Farias, por força dessa regulamentação do presidente, que limitava diversas liberdades, inclusive a de ir e vir, não poderiam ser julgados *habeas corpus* de qualquer natureza até a finalização do Estado de Guerra. Essa preliminar foi vencida de forma recorrente no tribunal, notadamente porque as decisões proferidas tratavam de casos do cotidiano da justiça criminal e não tinham nenhuma relação direta com o Estado de Guerra. De toda forma, permanecia registrado ao final do julgamento a divergência dos ministros pela não continuidade das ações.

De forma direta, os acórdãos são expressão do pensamento dos agentes jurídicos do Poder Judiciário e, no caso do *corpus*, dos ministros do STF que compuseram o tribunal durante os dez anos da pesquisa. Reduzidas a termo, registrados em papel pelos funcionários do tribunal, as opiniões ali expressas são efetivamente desses agentes. Os destinatários dessas fontes históricas são diretamente as partes envolvidas no conflito; afinal, na justiça criminal discute-se a existência de uma conduta delitiva por meio de um procedimento.

Nesse procedimento, participam o Ministério Público ou a vítima, ou seus familiares, a depender da hipótese jurídica, como titulares da pretensão acusatória. Mesmo quando a vítima não está diretamente no procedimento, também pode interessar a ela o resultado da demanda fornecida pela decisão, visto que sofreu as consequências da conduta praticada. Por outro lado, tem-se o acusado, ou autor da conduta delitiva, a quem o resultado, do mesmo modo, interessa diretamente, pois a pena, a consequência do julgamento, significa boa parte das vezes sua prisão. O advogado que participa da defesa é outro agente jurídico que integra o grupo de destinatários diretos do acórdão.

<sup>17</sup> Cf. FAUSTO, Boris. A vida política. In: GOMES, Angela de Castro (org.). **Olhando para dentro: 1930-1964**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020. (História do Brasil Nação: 1808-2010).

<sup>18</sup> “Art. 171 - Na vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República.” (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 10 nov. 1937.)

De forma indireta, todos os agentes sociais são destinatários das decisões e podem ter acesso ao funcionamento da justiça criminal. A especialidade técnica do campo jurídico e a dificuldade de circulação dessas decisões no período histórico levam a crer que sua divulgação para além dos agentes jurídicos era restrita. Algumas decisões mais importantes para o campo político eram publicadas na imprensa comum, costume que passou a acontecer especialmente na Primeira República, conforme aponta Emília Viotti (2006).<sup>19</sup> Contudo, grande parte das decisões do *corpus* analisado integra o cotidiano da justiça criminal, com delitos que, individualizados, não possuem importância política.

Para os agentes do próprio campo, os acórdãos têm a função de construir a jurisprudência e, por consequente, criar decisões referentes à solução de outros casos. Para tanto já existia a imprensa jurídica, composta de revistas e publicações especializadas na divulgação da produção jurídica. Como visto no segundo capítulo, essas revistas podiam ser ligadas a uma Faculdade de Direito ou ser de produção independente, como a até hoje existente Revista dos Tribunais. No corpo dessas publicações havia a reprodução de decisões dos tribunais consideradas importantes, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, também integravam o grupo de destinatários indiretos os agentes jurídicos como um todo, que precisam estar conectados com esse fluxo de decisões para dominar a linguagem especializada do campo jurídico.

A participação de terceiros não integrantes do tribunal nas sessões de julgamento, por seu turno, foi registrada em poucos acórdãos. O procedimento de julgamento admite a participação dos advogados das partes que podem sustentar oralmente, diante dos ministros, suas razões jurídicas. A distância e a dificuldade maior de deslocamento na década de 1940, sem dúvidas, influenciaram na menor presença de advogados ou das próprias partes. Porém, notei que grande parte dos acórdãos correspondia a casos em andamento no Rio de Janeiro, local onde estava instalada a sede do STF. Por outro lado, ainda existe a hipótese de que o registro da presença do causídico atuante diretamente no caso não fosse toda vez realizado nos acórdãos.

Curiosamente, um dos acórdãos que se destacou quanto à participação da defesa foi originário de Pernambuco, estado em que moro e trabalho, dentre um total de três acórdãos advindos deste estado. Digo isso porque em nenhuma outra decisão estudada houve referência

---

<sup>19</sup> Cf. Cf. COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2ª edição. São Paulo: Unesp, 2006.



nesses termos à sustentação do advogado: “Sr. Presidente, o Tribunal ouviu a palavra vibrante do ilustre advogado, que veio sustentar da tribuna o recurso.”<sup>20</sup> Ou ainda:

O SR. MINISTRO OROSIMBO NOTATO – Sr. Presidente, o caso dos autos é curioso. E o ilustre advogado o expôs com o brilho costumeiro, procurando colocar o Tribunal nos fins deste dilema; [...].<sup>21</sup>

O “brilhante advogado” era José de Britto Alves, conhecido advogado criminalista do período, que tinha como destaque sua excelente oratória no Tribunal do Júri. Formado em 1911 pela Faculdade de Direito do Recife, José de Britto Alves foi por um período Promotor Público e dedicou toda sua vida à advocacia criminal, acompanhando os principais casos criminais de Pernambuco e da região Nordeste (ALVES, 2012).<sup>22</sup>

A utilização das decisões judiciais, notadamente as do STF, como fontes históricas em trabalhos da área de história do direito e em outras áreas das ciências sociais não é novidade no campo. Existem inúmeros trabalhos sobre o Supremo Tribunal Federal e suas decisões. Por sua centralidade na história da República brasileira, muitos pesquisadores já se debruçaram sobre o funcionamento da Corte. Os trabalhos relacionados ao STF têm, em sua maioria, o perfil do Direito Constitucional e da Teoria do Estado, uma vez que o tribunal tem e teve, desde sua criação, como uma de suas competências principais questões relacionadas diretamente à aplicação da Constituição e à organização estatal nela estabelecida.

A tese *Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collor e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal*, de Larissa Assis, por exemplo, escolheu dois momentos em que o tribunal participou ativamente de grandes escândalos de corrupção que afetaram consideravelmente o funcionamento dos poderes Executivo e Legislativo. Com referências também à teoria dos campos de Bourdieu, Larissa procurou estabelecer como o campo jurídico relaciona-se com o campo político e como as decisões podem ser instrumentalizadas a partir de valores de governança e governabilidade, não apenas por meio de questões jurídicas. A autora utilizou no *corpus* de análise os acórdãos dos mandados de segurança dos processos de impeachment e dos *habeas corpus* e processos penais

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.451 – Pernambuco. Paciente: Mario Fonseca de Albuquerque Maranhão. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1946. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, p. 3.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.451 – Pernambuco. Paciente: Mario Fonseca de Albuquerque Maranhão. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1946. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, p. 7.

<sup>22</sup> Cf. ALVES, Roque de Britto. Em memória do pai. **Revista da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas: Aniversário de 45 anos da APLJ e posse de acadêmicos.**, Recife, v. 3, n. 1, p. 39-41, abr. 2022.

relacionados aos dois casos (ASSIS, 2017).<sup>23</sup> Em sua descrição do campo, considerou as etapas do procedimento e não apenas a decisão em si.

Algumas pesquisas sobre o STF sequer utilizam como fonte primária os acórdãos do STF. Andressa Lewandowski (2014), por exemplo, em trabalho defendido no Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (UNB), estuda o funcionamento do cotidiano da Corte, realizando uma etnografia que acompanha todo o procedimento interno e a relação entre aqueles que constituem o STF para a produção do direito ali efetivada. Os acórdãos não são o campo de análise direto, mas os processos e as relações que os antecedem.<sup>24</sup>

No âmbito da história do direito, Andrei Koerner (2010) dedicou-se a estudar os fluxos do Poder Judiciário na formação da República brasileira. Apesar de sua pesquisa possuir como marco inicial o ano de 1841 e não versar apenas sobre o STF, no período da Primeira República, até 1920, Koerner analisou as lutas políticas que envolveram o STF, notadamente através das decisões em que era responsável pela solução de conflitos entre estados e a própria União, integrando os fluxos de força entre facções políticas e entre centralização e descentralização do poder.<sup>25</sup>

Além disso, encontrei outras pesquisas de história do direito que consideram os detalhes da formação do tribunal, como a de Wagner Silveira Feloniuk (2016), defendida no Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Para a compreensão das estratégias políticas e interesses em jogo na criação da Corte, o pesquisador utiliza jornais de grande circulação na época, revistas e doutrinadores jurídicos que trabalharam sobre o tema no período de criação do tribunal e nos anos subsequentes, bem como os projetos e decretos relacionados à criação e ao desenho de atuação que o STF deveria ter. Nessa pesquisa, o STF é considerado muito mais em sua institucionalidade do que na sua produção jurídica sobre temas específicos através de seus acórdãos.<sup>26</sup>

Em razão dos diferentes temas abordados pela Corte, é comum dentro do campo de pesquisa jurídica o estudo de decisões específicas do STF. A frequência desses estudos não se

---

<sup>23</sup> Cf. ASSIS, Larissa Maria Melo Ambrozio de. **Corrupção, Governança e Governabilidade**: um estudo sobre os julgamentos do *Collorgate* e do Mensalão pelo Supremo Tribunal Federal. 2017. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

<sup>24</sup> Cf. LEWANDOWSKI, Andressa. **O Direito em última instância**: uma etnografia do supremo tribunal federal. 2014. 227 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Sociais, Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>25</sup> Cf. KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2ª edição. Juruá: Curitiba, 2010.

<sup>26</sup> Cf. FELONIUK, Wagner Silveira. **A criação do Supremo Tribunal Federal em 1890**. 2016. 302 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

motiva necessariamente pela importância do STF no quadro político brasileiro, mas pela questão jurídica abordada no acórdão – à semelhança da pesquisa aqui empreendida, em que o STF foi escolhido pela facilidade de acesso às decisões que emanou no começo do século XX, muito mais do que pela sua inegável importância política na formação da República brasileira.

O objetivo, portanto, é analisar a instrumentalização da teoria das nulidades processuais penais pelos agentes jurídicos, o que poderia ser feito também a partir do estudo de decisões de outro tribunal. Se no procedimento criminal o principal objeto de análise acabam sendo os processos de *habeas corpus*, em outras áreas do direito é possível encontrar importantes julgados de mandados de segurança e de recursos extraordinários que tratam de temas centrais para o campo jurídico.

Textos jurídicos como o de Aliomar Baleeiro, editado em 1968, tratam da atuação da Corte em aspectos específicos do campo jurídico, como a instrumentalização do *habeas corpus* protetor das liberdades constitucionais. Acórdãos, selecionados pela sua importância política, são comentados em detalhes ao longo dos capítulos divididos em temas específicos (BALEIRO, 1968). Por sua vez, Lêda Boechat Rodrigues debruça-se sobre a história do Supremo Tribunal Federal desde sua formação, em 1891, abordando questões que vão desde o funcionamento do tribunal durante diferentes períodos históricos ao estudo das decisões mais importantes proferidas pelos ministros, divididas em temas abordados (RODRIGUES, 1991-Vol. 1; 1991 Vol. 2; 1991 Vol. 3 2002). Em sua pesquisa, os acórdãos são reproduzidos e estudados de forma detalhada, com relatos dos próprios julgamentos ocorridos. O quarto e último volume de sua obra abrange o período de 1930 a 1963, significando que a jurista acompanhou a história do STF até o final do período democrático iniciado em 1945. Lêda também era formada em Direito e estudiosa do Direito Constitucional e da Suprema Corte dos Estados Unidos, além de ter trabalhado por muitos anos no próprio STF.

Essas duas obras, clássicos da literatura jurídica acerca do STF no campo jurídico, trazem uma perspectiva histórica a partir da análise dos conteúdos jurídicos produzidos pela decisão e de seus significados para o campo jurídico constitucional e de outras áreas do direito. As conclusões, pela própria relação que os autores tiveram com a Corte - Aliomar foi ministro e Lêda assessorou os ministros por muitos anos - enquadram-se em uma análise interna ao campo, que se concentra na valorização das decisões do STF para o funcionamento do Estado brasileiro.

Por sua vez, Emília Viotti da Costa (2006), pesquisadora do campo da história, escreveu a obra *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, na qual acompanha os

desdobramentos políticos do tribunal ao longo de diferentes governos brasileiros até a promulgação da Constituição de 1988 (COSTA, 2006), levando também em consideração decisões de destaque, notadamente aquelas com maior importância política. Diferente dos autores anteriores, Emília não detalha os acórdãos, enfocando os marcos importantes da historiografia brasileira e a maneira pela qual afetaram o funcionamento do tribunal.

### 3.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX: IMPORTANTES MARCOS DE ATUAÇÃO DA CORTE

Desde sua criação, com a proclamação da República brasileira, O Supremo Tribunal Federal vem exercendo suas principais funções como última instância de julgamento do Poder Judiciário, guardião das constituições e garantidor dos direitos individuais do cidadão. Historicamente, o tribunal participou ativamente dos fluxos políticos do país, mantendo uma relação ora conturbada ora alinhada com o Poder Executivo e publicando decisões consideradas marcos da história do Brasil (COSTA, 2006).

Conforme estabelecido, o objetivo desta pesquisa não é compreender o funcionamento do Supremo Tribunal Federal pela sua importância política e histórica, mas observar o cotidiano de processos criminais que chegavam à alçada da Corte para julgamento. De todo modo, com o intuito de entender o contexto histórico e político no qual os agentes estavam inseridos, alguns marcos da atuação dos ministros serão destacados, bem como sua competência de julgamento, delineado pelas constituições que existiram até meados do século XX.

Criado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, e confirmado pela Constituição de 1891, o Supremo Tribunal Federal substituiu o então Supremo Tribunal de Justiça, com uma composição inicial de quinze ministros, escolhidos pelo Presidente da República, com aval do Senado, entre os cidadãos de notório saber e reputação (BRASIL, 1891). Curioso notar que a Constituição não exigiu a formação de jurista, o que fez com que Floriano Peixoto, primeiro presidente da República, nomeasse como ministro o médico Barata Ribeiro, que chegou a exercer a função até o Senado determinar que somente juristas poderiam ocupar o cargo (BALEEIRO, 2001). Andrei Koerner (2010) destaca que o requisito ainda foi descumprido de outras maneiras, pois foram indicados bacharéis sem conhecimento jurídico adequado - como Alberto Torres, cuja posse foi postergada para que tivesse tempo de se preparar adequadamente para o cargo de Ministro.

Nos primeiros anos de funcionamento do STF o desempenho dos ministros foi mais discreto; não houve sequer publicação de suas decisões. Apesar das mudanças envolvendo o fim do período imperial e o começo da república, boa parte dos ministros escolhidos para integrar a Corte compunha o extinto Supremo Tribunal de Justiça. Com o passar dos anos, tendo sido incitado a decidir acerca de importantes questões relacionadas à garantia de direitos individuais, bem como a casos de conflitos entre os poderes locais dos estados e o governo federal, o STF encerrou sua primeira década de funcionamento começando a se firmar como uma espécie de Terceiro Poder, nem sempre subordinado aos interesses do Executivo ou do Legislativo. Suas decisões passaram a ser publicadas em 1897 na *Revista de Jurisprudência* e muitos de seus julgamentos acompanhados pela imprensa e pelos cidadãos (COSTA, 2006).

Politicamente, a Primeira República é marcada pelos poderes oligárquicos estatais, que se mantinham no Poder através de estratégias de fraude nas eleições e compra de votos. Se anteriormente, durante o império, o equilíbrio entre os diferentes grupos políticos locais era administrado pelo Poder Moderador do Imperador, que determinava qual grupo estaria formalmente no poder na administração de cada estado, a depender dos fluxos políticos do momento, na Primeira República foi possível manter um relativo equilíbrio por meio da conhecida Política dos Governadores, ou “café-com-leite”. Diz-se relativo porque o período foi marcado por sucessivos decretos de Estado de Sítio e intervenções federais em estados dissidentes. Contudo, de fato, o poder central da república manteve-se firme a partir dos acordos firmados com as oligarquias locais (KOERNER, 2010).

O Estado de Sítio é um instrumento jurídico constitucional, com certa frequência previsto nas constituições ocidentais, que permite a suspensão de liberdades e garantias em situações de perigo iminente à nação; na Constituição de 1891 seus contornos eram estabelecidos pelo artigo 89.<sup>27</sup> Mesmo à época, percebeu-se que esse instituto estava sendo utilizado para que divergências políticas pudessem ser abordadas com repressão violenta, com apoio do próprio campo jurídico.

Ainda no governo de Floriano Peixoto<sup>28</sup> ocorreu um dos primeiros julgamentos famosos do STF, justamente relacionado à questão do estado de sítio. O impetrante foi Ruy Barbosa,

---

<sup>27</sup> “Art. 80. Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, nº. 21). Percebe-se que a Carta de 1891 trouxe as mesmas hipóteses de declaração.” (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 24 fev. 1891).

<sup>28</sup> Floriano Peixoto foi Presidente do Brasil entre os anos 1891 e 1894. Cf. SCHWARCZ, Lilia Moriz (org.). *A abertura para o mundo: 1889-1930*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020. (História do Brasil Nação: 1808-2010).

defensor da “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, referência à utilização mais ampla do remédio constitucional:

Perseverantemente, em casos memoráveis, fez o Supremo Tribunal Federal construir o que hoje se designa como a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, isto é, a sua ampliação muito mais além de sua finalidade histórica do mandamento para restauração da liberdade de ir, vir e permanecer, “*ius manendi, ambulandi, eudi ultro citroque*”. (BALEEIRO, 1968, p. 63)

Na ocasião, o Presidente enfrentou ferrenha oposição ao apoiar deposições nos estados, recebendo manifestações na imprensa de integrantes das Forças Armadas pedindo a substituição de seu governo. Floriano, então, decretou estado de sítio por três dias e prendeu os opositores. Em sequência, mesmo com o fim do estado de sítio, muitos continuaram presos, a maioria sem decisão jurídica ou processo que pudesse justificar a restrição de liberdade. Com base nessa decisão do Executivo, Ruy Barbosa defendeu em plenário a ilegalidade do estado de sítio decretado pelo Presidente. Ainda, de forma subsidiária, argumentou que mesmo se o ato fosse considerado legal, o fim do período de suspensão de direitos deveria significar a soltura daqueles que foram encarcerados (COSTA, 2006; BALEEIRO, 1968). O jurista, compreendendo a importância política dessa atuação, faz as seguintes considerações antes de iniciar suas argumentações:

É a primeira vez, senhores juízes, que esse órgão tem de funcionar solenemente na mais delicada e na mais séria das suas relações com a vida moral do país, entre os direitos inermes do indivíduo e os golpes violentos do poder. Relevai, pois, ao impetrante a animação da linguagem, esculpe-o com benevolência, através do extenso desenvolvimento, a que o assumpto o obriga. Sob a impressão de imediata responsabilidade, que o liga a essa constituição, em cuja obra lhe coube uma das partes mais preponderantes e amplas, ele sente intensamente o alcance da sentença, que ideo proferir, na delineação da fisionomia deste tribunal, no seu destino histórico para a consolidação da república federativa, que nos Estados-Unidos, é, sobretudo, uma vitória do Supremo Tribunal Federal; e, sentindo-o o impetrante não pode encarar sem emoção a sorte deste requerimento. (BARBOSA, 1892).

Em resposta, o STF, de forma praticamente unânime, denegou a ordem. De acordo com Emília Viotti (2006), a partir de então, mesmo diante de uma decisão favorável ao Executivo, a tensão continuou crescendo entre os dois poderes. No ano subsequente houve outro julgamento com situação fática semelhante, novamente impetrado por Ruy Barbosa, no qual o STF, com a mesma formação de ministros, proferiu decisão oposta, ainda que por maioria, concedendo a liberdade aos pacientes.

Nesse contexto, importa destacar que os ministros do STF eram nomeados dentre os auxiliares do próprio Presidente da República, que escolhia juristas alinhados politicamente com ele, ou como forma de compensação para grupos políticos que haviam perdido eleições. Ocorre que a Constituição de 1891 estabeleceu que o cargo de ministro do STF era vitalício, fazendo com que a Corte não pudesse ser completamente preenchida pelo grupo oligárquico dominante no momento. Nesse sentido:

Por ser vitalício, o cargo de ministro do STF implicava uma situação peculiar na dinâmica das alianças e dos conflitos entre facções políticas. Uma mudança da situação política resultava na substituição dos ocupantes dos mandatos parlamentares ou executivos. Os ministros do STF, ao contrário, permaneciam bastante tempo em seus cargos, durante o qual ocorriam realinhamentos nas alianças entre as facções, ou mesmo o desaparecimento da facção à qual pertenciam. (KOERNER, 2010, p. 173)

Desse modo, o Judiciário, e especialmente o STF, foi utilizado estrategicamente em muitos embates para a emissão de decisões jurídicas sobre questões políticas. Com a aparência de neutralidade científica típica do campo do direito, proferiu, por vezes, decisões contrárias ao grupo dominante. É certo que as disputas ocorriam entre grupos que detinham, de ambos os lados, poderes econômicos e políticos nos estados, então a “resistência” da Corte não significava necessariamente uma defesa de grupos não dominantes economicamente. Não obstante, ainda assim o STF proferiu decisões importantes para a defesa de garantias dos cidadãos. Nesse sentido, Emília Viotti considera:

Apesar da frequente falta de quórum, do visível partidarismo político de seus membros, do inevitável caráter classista do Tribunal e do desrespeito do Executivo a algumas decisões do Supremo, não se pode negar que este tenha desempenhado papel importante na construção das instituições republicanas e na defesa das garantias constitucionais dos cidadãos. É de se admirar que um Tribunal de Justiça pudesse funcionar, com uma relativa isenção, em um período em que o país viveu a maior parte do tempo em estado de sítio, com todas as garantias constitucionais suspensas. Esse também explica a amplitude dada ao conceito de habeas corpus. (COSTA, 2006, p. 49)

A autora também se refere à abrangência do *habeas corpus*. De fato, historicamente o HC teve uma importância mais acentuada para o STF na Primeira República, notadamente quando se observa sua atuação política. Desde a Proclamação da República e a criação do Tribunal até 1926, momento em que houve uma importante Emenda Constitucional à ainda vigente Constituição de 1891, politicamente articulada pelo então presidente Artur Bernardes (BALEEIRO, 2001), a jurisprudência e doutrina brasileiras foram evoluindo até conferirem um maior alcance à ação constitucional. Nesse sentido, o remédio servia para cessar qualquer

ameaça ilegal às liberdades constitucionais dos cidadãos, desde que o direito fosse líquido, certo e incontestável, e não apenas à proteção da liberdade de locomoção como ocorria em sua aplicação histórica (RODRIGUES, 1991, Vol. 3).

Como se verá mais adiante, o *habeas corpus* integra o campo jurídico do direito constitucional. A principal referência à origem deste instituto é a Magna Carta de 1215 da Inglaterra. No direito brasileiro, foi introduzido pela Constituição de 1824 e incluído na regulamentação do Código de Processo Penal de 1832 (BALEIRO, 1968). A interpretação mais abrangente, albergada pela abertura da redação da Constituição de 1889, já mencionada, ficou conhecida como “doutrina brasileira” do *habeas corpus*. De acordo com Lêda Boechat:

Diante da falta de outros remédios existentes no direito aglo-americano – o *mandamus*, a *injunction*, o *certiorari* e o *quo warranto* – o Supremo Tribunal Federal viu à sua frente apenas um caminho: ampliar o *habeas corpus* através da interpretação lata ou *construction* do texto constitucional, art. 72 §22, na visão liberal que dele teve, em primeiro lugar como grande advogado e excelso constitucionalista, Rui Barbosa. (RODRIGUES, 1991, vol. 3)

Além da questão da extensão dos instrumentos construídos pelo campo jurídico brasileiro do período, as décadas de 1910 e 1920 foram marcadas por intensas agitações sociais e políticas, especialmente contrárias aos poderes oligárquicos locais que dominavam o campo político brasileiro, advindos do eixo São Paulo e Minas Gerais. Tal insatisfação política, por sua vez, abriria caminho para a “Revolução de 1930” (SCHWARCZ, 2015; COSTA, 2006). Nesse contexto, o *habeas corpus* contribuiu para a força política do STF, sendo impetrado em inúmeros conflitos do Executivo com seus opositores, com o intuito de fazer contraponto a prisões ilegais e arbitrárias, além de outras restrições, muitas das quais sem embasamento de um procedimento considerado adequado pelo campo jurídico (COSTA, 2006).

Muitos assuntos ocupavam o Tribunal: defesa das imunidades parlamentares, liberdade de culto, liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade profissional, constitucionalidade dos atos do executivo e do Legislativo, limites entre Estados, responsabilidades e limites dos monopólios concedidos a empresas estrangeiras e nacionais, questões relativas a impostos, funcionalismo público etc. As decisões eram frequentemente controversas, dentro e fora do Tribunal, repercutindo, como sempre, na imprensa e no Congresso. (COSTA, 2006, p. 52)

A Primeira República foi, como visto, um período de grandes mudanças no Brasil. Se o papel do Supremo Tribunal Federal se delineou como uma frente importante para o balanço do Poder, não se pode dizer o mesmo da “Era Vargas”, iniciada pelo governo provisório instituído pela “Revolução de 1930”, com a ascensão de Getúlio Vargas à presidência. O golpe foi



apoiado por diferentes setores da sociedade, com ideais até mesmo opostos, mas que tinham em comum a insatisfação com os rumos da política brasileira, notadamente em relação à crise econômica que assolava o país.

Os ideais liberais defendidos na Primeira República levaram o Brasil a uma imensa dívida externa, desvalorização da moeda nacional e dos produtos de exportação que até então haviam movimentado a economia, como a cana-de-açúcar, a borracha e o café. A população urbana, que aumentou consideravelmente, também estava insatisfeita com as péssimas condições de trabalho nas novas indústrias. Simultaneamente, se dava a consolidação de uma classe média que, mesmo com certo prestígio econômico, não conseguia participar politicamente das decisões do país, uma vez que não integrava o círculo das tradicionais oligarquias que dominaram o início da república brasileira (SCHWARCZ, 2015).

O clima de insatisfação permitiu que um governo autoritário se estabelecesse com apoio de diferentes setores da sociedade civil e das Forças Armadas. A partir da tomada de poder, Vargas fechou o Congresso Nacional e as casas legislativas dos estados e municípios, estabelecendo interventores diretamente subordinados ao poder federal para governar cada estado, com o objetivo, especialmente, de diminuir os poderes locais. Os estados estavam proibidos, por exemplo, de contrair qualquer empréstimo externo sem autorização federal, bem como de armar suas polícias locais com forças bélicas superiores às do Exército brasileiro (FAUSTO, 2020).

Para o Supremo Tribunal Federal as medidas não seriam diferentes. Uma série de decretos também limitou a atuação do Poder Judiciário durante o Governo Provisório e especialmente no período do Estado Novo, iniciado a partir da Constituição de 1937. Decisões de cunho político, acerca da liberdade de cidadãos contrários ao poder dominante, sobre os limites de intervenções federais ou de eleições nos estados, passaram a representar o passado das decisões da Corte.

Em 3 de fevereiro de 1931, Vargas estabeleceu o Decreto nº 19.956, que, em meio a outras modificações, diminuiu o número de ministros do STF para onze. Foi a partir dessa modificação que a Corte passou a funcionar no regime de turmas, com cinco ministros cada - o reconhecimento regimental dessa organização só se deu em 1937 (KORNIS; JUNQUEIRA; HIPOLITO, 2009). Vargas também determinou que os relatórios, decisões e votos dos ministros deveriam ser obrigatoriamente datilografados, como forma de controle do que era dito nas sessões de julgamento. Em relação à atuação individual dos membros da Corte, proibiu

aos magistrados o exercício de qualquer cargo público por eleição, nomeação ou comissão, salvo o de magistério (COSTA, 2006).

Para o julgamento dos crimes políticos, contrários à ideologia do Estado em consolidação, criou-se um Tribunal Especial, embrião do Tribunal de Segurança Nacional, criado oficialmente em 1936 após a aprovação, em 1935, da Lei de Segurança Nacional. Tais mudanças representaram um novo acirramento do autoritarismo, após um breve respiro democrático com a promulgação da Constituição de 1934.

Outra característica da Era Vargas foi a paulatina mudança dos membros do STF, o que fez com o Estado Novo se iniciasse em 1937 com apenas um ministro nomeado por um presidente da Primeira República - Antônio Bento de Faria, nomeado por Artur Bernardes em 1925. Os demais aposentaram-se ou morreram antes de 1937, sendo, por óbvio, substituídos por indicações do próprio Vargas, então Chefe do Executivo. Algumas aposentadorias foram voluntárias, mas pela primeira vez na República ministros foram aposentados compulsoriamente pelo Poder Executivo: ao assumir o poder, Vargas aposentou seis ministros da Corte (COSTA, 2006).

Além de afetarem o funcionamento do cotidiano do STF, essas mudanças, segundo Emília Viotti (2006), também atingiram o espírito dos ministros em exercício, que expressaram muitas vezes seu descontentamento em discursos ou escritos. Mesmo assim, a maioria permaneceu na atuação do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que seu funcionamento e prestígio não era pautado apenas por decisões políticas ou pela relação com os demais poderes. Como se verá mais à frente, muitas das decisões jurídicas do cotidiano no campo jurídico passavam pela Corte, que tinha a palavra final em vários processos.

Até 1934, Vargas permaneceu no poder sem a edição de uma nova constituição, modificando a estrutura do Estado por meio de decretos do Executivo. Contudo, pela pressão social, notadamente com a guerra civil de 1932 ocorrida em São Paulo, que tinha como uma das suas principais pautas uma revolução constitucionalista (POLETTI, 2001), houve a tentativa de organização de uma nova ordem constitucional. Apesar de derrotado o levante civil de 1932, a capacidade de movimentação de diferentes parcelas da população preocupou o Executivo, que percebeu não ser possível governar sem o apoio de São Paulo, já então um dos estados mais ricos da federação.

Apesar de os agentes jurídicos terem participado ativamente do Governo Vargas, a defesa da democracia, a abertura do legislativo e o respeito aos ideais liberais eram questões que ainda circulavam nos debates dessa classe. Mariana Silveira (2017) aponta, por exemplo,

que a escolha do paulistano José de Alcântara Machado para a formulação do Código Penal foi uma tentativa de acenar para as forças de São Paulo - em que pese, ao final, o projeto do jurista ter sofrido modificações, findando com sua insatisfação acerca do processo.

No início da década de 1940, o Supremo Tribunal Federal continua com a mesma configuração e papel que teve desde o início da Era Vargas, período que finalizou apenas em 1945 e, institucionalmente, com a Constituição de 1946. A partir de então, o Supremo Tribunal Federal desempenhou um papel de apoio à redemocratização - o primeiro ato de José Linhares, após a saída de Vargas do poder, foi o de extinguir o Tribunal de Segurança Nacional (COSTA, 2006). Juridicamente, sua competência constitucional permaneceu muito parecida com aquela que já possuía. A novidade maior foi a criação do Tribunal Federal de Recursos, com o intuito de desafogar o fluxo do STF, uma vez que uma das maiores críticas ao funcionamento do tribunal era a excessiva quantidade de processos com os quais lidava (BALEEIRO, 2001).

### 3.3 ACÓRDÃOS COMO FONTES HISTÓRICAS: RESULTADO DA ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 1942 a 1951

#### 3.3.1 Tipos de decisões encontradas: a prevalência do *habeas corpus*

Uma das características do *corpus* analisado é que os julgamentos de HC ou RHC abrangem 94,4% dos acórdãos estudados, conforme dados reproduzidos na tabela abaixo:

Tabela 1 - Tipos de acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| <b>Tipo de acórdão</b>   | <b>Nº de acórdãos</b> | <b>%</b>       |
|--------------------------|-----------------------|----------------|
| Carta Testemunhável      | 1                     | 0,70%          |
| Habeas Corpus            | 78                    | 54,55%         |
| Recurso Extraordinário   | 7                     | 4,90%          |
| Recurso em Habeas Corpus | 57                    | 39,86%         |
| <b>Total</b>             | <b>143</b>            | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

Em uma breve explicação dos conceitos, o *habeas corpus* é um instrumento jurídico usado para tutelar a liberdade de ir e vir dos cidadãos que eventualmente seja afetada de forma ilegal. O *habeas corpus* serve, desse modo, como forma de provocar o Poder Judiciário para que, a partir de sua decisão, cesse a ilegalidade que fira ou ameace a garantia de liberdade de locomoção. Apesar de o HC abranger temas que ultrapassam a área penal, no campo do direito

a principal forma de retirada da liberdade é a prisão relacionada com o cometimento de crimes. Por essa relação mais acentuada, a sua regularização procedimental encontra-se no Código de Processo Penal, desde sua redação original em 1942<sup>29</sup>.

Qualquer ilegalidade manifestada no berço de um procedimento criminal pode servir de justificativa para a petição de *habeas corpus* - desde questões jurídicas procedimentais, como a maioria das estudadas no *corpus* de análise, às relacionadas à existência do crime, à produção de prova, às prisões processuais etc., hipóteses essas previstas no art. 648 do CPP<sup>30</sup>, em redação original que prevalece até hoje. O resultado do *habeas corpus* - juridicamente, a concessão ou não concessão da ordem de HC - pode resultar no reconhecimento de uma nulidade procedimental ou na determinação da liberdade do indivíduo, sua soltura da prisão. O art. 652 do CPP estabelece que o reconhecimento da nulidade significará a nova realização do processo (BRASIL, 1941). O acórdão da Petição de *habeas corpus* nº 28.705 de Minas Gerais materializa bem essa possibilidade:

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: concederam a ordem para que o Tribunal de Minas se pronuncie sobre o mérito da apelação, continuando o réu preso, contra o voto do Exmo. Sr. Ministro José Linhares que indeferira o pedido. Vencidos nas preliminares de não se conhecer o habeas-corpus, em vista do estado de guerra, os Exmos. Srs. Ministros Barros Barreto e Bento de Faria.<sup>31</sup>

Nesse caso, o paciente alegou que teria havido um equívoco no reconhecimento de nulidade pelo então Tribunal de Apelação de Minas Gerais. O réu, acusado de homicídio doloso por ter matado o suposto amante de sua esposa, foi absolvido por legítima defesa da honra pelos jurados do Conselho de Sentença. O Ministério Público, na sequência, recorreu questionando o mérito do julgamento dos jurados. O Tribunal, por sua vez, julgou a apelação declarando nulidade por omissão de quesitação no julgamento, uma vez que não foi questionada o excesso de culpa na legítima defesa. Após o julgamento da apelação, o réu foi novamente preso. Diante

<sup>29</sup> “Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941.

<sup>30</sup> “Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.705 – Minas Gerais. Paciente: Paulo Roque dos Santos. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>

desse quadro, o advogado do paciente impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal.

Ao analisar o caso, o relator Ministro Waldemar Falcão considerou que essa não foi a primeira vez que um *habeas corpus* dessa natureza é posto para julgamento no Supremo Tribunal Federal advindo do mesmo Tribunal de Apelação de Minas Gerais. Na visão do Ministro, a ausência de quesitação sobre a possibilidade de excesso de defesa é compensada pelo quesito no qual se pergunta se o réu se utilizou de meios moderados para a realização de sua defesa. Tal questionamento foi devidamente realizado pelo juiz da instrução e respondido de forma positiva pelos jurados do caso. Segue, assim, afirmando que as nulidades só serão reconhecidas caso exista prejuízo, o que não se configurou, em sua visão, no caso relatado, tendo assim votado pela concessão da ordem.

No julgamento, o Ministro Philadelpho Azevedo, apesar de concordar com o Ministro Relator, destaca que a concessão da ordem não deve implicar a soltura do réu. Em seguida, os ministros acabam por concordar, por maioria, que os efeitos da decisão servirão somente para obrigar o Tribunal de Apelação de Minas Gerais a julgar o mérito da apelação, mas que não implicarão a liberdade do paciente. Em outro caso, os ministros chegam a discutir entre si sobre essa função do *habeas corpus*:

O Sr. MINISTRO JOSÉ LINHARES (Relator): - Sr. Presidente, o *habeas corpus* tem por fim dar ou não liberdade ao paciente; não é o *habeas corpus* meio de anular processo.

O Sr. MINISTRO OROSIMBO NONATO: - É muito comum. Desde que haja constrangimento ilegal, assim se faz.

O Sr. MINISTRO JOSÉ LINHARES (Relator): - Não há disposição de lei que permita ao Tribunal proceder assim.

O Sr. MINISTRO OROSIMBO NONATO: - Até ex-officio, se houver constrangimento à liberdade.<sup>32</sup>

Desenha-se, portanto, um quadro no qual o *habeas corpus* serve como controle procedimental das instâncias subordinadas ao Tribunal, função observada com frequência no *corpus* analisado. Apesar de não colocada nessas exatas palavras, a nulidade foi reconhecida em relação ao próprio acórdão do Tribunal de Minas Gerais, com determinação final de nova realização do ato.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.594 – São Paulo. Paciente: Martinho Isidóro. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, p. 62.

Em relação à competência de julgamento, tanto a Constituição de 1937<sup>33</sup> quanto a de 1946<sup>34</sup>, ambas em vigência em diferentes momentos do período analisado, traziam previsões expressas em seus artigos acerca do papel da Corte em julgar tal remédio constitucional. A atribuição do STF residia em avaliar aqueles HCs nos quais o coator fosse autoridade imediatamente subordinada à corte ou, em sede de recurso, para os casos de decisões denegatórias em única ou última instância. No caso apresentado, o coator foi o Tribunal de Apelação de Minas Gerais. Importante lembrar que no período de 1942 a 1952 não existia o Superior Tribunal de Justiça, criado apenas com a Constituição de 1988. Portanto, após os Tribunais dos estados, a próxima instância correspondia ao próprio STF.

Outra questão importante sobre o funcionamento do Poder Judiciário no período está relacionada com a nomenclatura dada aos tribunais. No campo estudado, houve mudança em sua organização com a promulgação da Constituição de 1946. Na Constituição de 1937, imediatamente anterior, os Tribunais dos Estados eram chamados de Tribunais de Apelação e o Supremo Tribunal Federal voltou a ser nomeado dessa maneira. Digo isso porque durante a breve vida da Constituição de 1934 o STF chamou-se Corte Suprema<sup>35</sup>. Por sua vez, os tribunais dos estados passaram a ser chamados de Tribunais de Justiça, nomenclatura empregada até os dias de hoje.

Segundo tipo de acórdão estudado, a Carta Testemunhável é um recurso elencado no Código de Processo Penal, cujo objetivo é questionar decisão que atrapalha o andamento de um outro recurso interposto - seja por denegá-lo, seja por de outra forma obstar sua continuidade, nos termos do art. 639 do Código de Processo Penal.<sup>36</sup> Como é possível observar na tabela

---

<sup>33</sup> “Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: [...] o *habeas corpus*, quando for paciente, ou coator, Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição do Tribunal, ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e, ainda, se houver perigo de consumar-se a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido; [...] II - julgar: [...] 2º) em recurso ordinário: [...] b) as decisões de última ou única instância denegatórias de *habeas corpus* [...]” (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 10 nov. 1937).

<sup>34</sup> “Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: [...] h) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for Tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e quando houver perigo de se consumar a violência, antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido; [...] II - julgar em recurso ordinário: a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão; [...]” (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 18 set 1946.)

<sup>35</sup> Cf. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 10 nov. 1937.

<sup>36</sup> “Art. 639. Dar-se-á carta testemunhável: I - da decisão que denegar o recurso; II - da que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo *ad quem*.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941.)

apresentada, apenas um acórdão dessa natureza foi selecionado. Trata-se de caso no qual o recorrente Nicolau João, condenado por falência fraudulenta, teve seu Recurso Extraordinário, que impugnou decisão denegatória da Revisão Criminal, negado pelo então Tribunal de Apelação do Estado de São Paulo em 1943.<sup>37</sup> Assim, o recurso tinha como escopo a revisão dessa decisão para que os ministros do STF decidissem acerca da continuidade do Recurso Extraordinário.

O interessante desse caso é que a regra jurídica estabeleceu no Código de Processo Penal que a Carta Testemunhável serviria exclusivamente para questionar a não continuidade de um recurso, uma questão procedimental. O mérito, relacionado ao conteúdo da decisão recorrida pelo primeiro recurso, aquele denegado, seria analisado quando da continuidade procedimental. Todavia, no caso avaliado, houve na própria sessão de julgamento a avaliação do mérito do RE interposto Nicolau João, o que levou ao debate acerca da ocorrência da nulidade levantada por ele, com argumentos interessantes sobre a teoria das nulidades. A singularidade dessa situação justificou a escolha desse acórdão para integrar o conjunto de acórdãos submetidos à análise mais detalhada.

Na visão do relator, Ministro Castro Nunes, o RE seria cabível nos termos das regras constitucionais, motivo pelo qual deferiu o recurso da Carta Testemunhável. Em sua fundamentação, o Ministro já se posicionou desfavoravelmente ao mérito do recorrente, expondo que apesar do art. 505 do Código de Processo Penal<sup>38</sup> elencar, na época, que a denúncia pelo crime de falência fraudulenta deveria ser instruída pelo Relatório do Síndico<sup>39</sup>, o Ministério Público fez a juntada desse documento mais à frente no decorrer do procedimento. Tal fato, no

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>

<sup>38</sup> “Art. 505. A denúncia ou a queixa será sempre instruída com cópia do relatório do síndico e da ata da assembléia de credores, quando esta se tiver realizado.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941.).

<sup>39</sup> Em 1943, o relatório do síndico estava previsto no Decreto nº 5746/1929 e corresponde ao documento produzido pelo síndico, responsável pela administração da massa falida até a finalização do procedimento de falência, conforme se vê: “Art. 65. O syndico, logo que nomeado, assignará, nos autos, termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e de assumir todas as responsabilidades na qualidade de depositario e administrador, e entrará immediatamente, na administração da massa. No acto da assignatura desse termo, entregará em cartorio a sua habilitação de credito redigida nos termos do art. 82, mas em uma só via, ficando-lhe, porém, reservado o direito de juntar aos autos os titulos comprobatorios do seu credito, que não estejam em seu poder, mas que declarará onde se encontram, dentro do prazo marcado no § 3º do art. 83. Cumpre-lhe, além de outros deveres, que a presente lei lhe impõe: [...] 6º Apresentar em cartorio, até tres dias antes da assembléa dos credores, relatorio circunstanciado sobre as causas da fallencia, valor estimativo do activo e do passivo, procedimento do devedor antes e depois de declarada a fallencia, os actos susceptiveis de revogação e especificar com todas as minuncias os actos ou factos puniveis por esta lei o pelo Codigo Penal, praticados pelo devedor, directores ou gerentes das sociedades, cumplices e outras pessoas”. (BRASIL. Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929. Modifica a Lei de Fallencias. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 09 dez 1929.)

entendimento do Ministro, não geraria nulidade por ausência de prejuízo, uma vez que foi apresentado antes da sentença. Ainda assim, deferiu o recurso:

Mas tudo isso será o mérito do recurso, razões para o seu não provimento, no caso de entender que o Cod., exigindo embora que a denúncia seja instruída com o relatório do síndico não capitula entre as nulidades que enumera essa formalidade, senão a ausência de inexistência da denúncia tão somente.

Para a cabida, porém, do recurso extraordinário basta a antinomia irrecusável que existe o julgado que teve por dispensável o relatório do síndico no oferecimento da denúncia e o texto legal que o exige sempre, imperativamente.<sup>40</sup>

Após a leitura do voto do Ministro Relator, o Ministro Philadelpho Azevedo defendeu o julgamento de pronto do mérito da questão, sem a necessidade de julgar procedente a CT, que teria exclusivamente o intuito dar continuidade ao Recurso Extraordinário. Os demais ministros presentes na sessão acabam por seguir a decisão do ministro divergente, julgando improcedente a Carta Testemunhável, com fundamento na inexistência de nulidade em relação à apresentação do Relatório do Síndico. Castro Nunes, por sua vez, mantém sua decisão:

Julgo cabível a carta; no julgamento de recurso, possivelmente, negar-lhe-ei provimento. Todavia, acho que ele deve subir, para ser discutida, perante o Supremo Tribunal Federal, como é direito da parte, essa questão.<sup>41</sup>

Esse julgado materializa muitas das discussões perpetradas no campo jurídico, notadamente na área processual. No caso específico, a regra debatida é estritamente jurídica: são estabelecidas as situações em que o recurso será cabível e, ao mesmo tempo, disponibiliza-se à parte meios de questionar essas situações de cabimento, caso o juízo que proferiu a decisão delibere pela não continuidade do recurso. A questão procedimental está claramente dissociada do mérito em si. A interpretação restrita do Código de Processo Penal leva a um quadro mais próximo àquele desenhado pelo Ministro Castro Nunes, relator do caso. O julgamento da CT deveria versar somente sobre o recebimento ou não do recurso, tendo a parte direito de ver o mérito levado a julgamento por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, o seguimento do Recurso Extraordinário, quando a totalidade dos Ministros já compreendeu e expressou o não reconhecimento da nulidade quando não há a

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 3.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 6.



apresentação junto com a denúncia do Relatório do Síndico, é visto como um excesso de formalidade. Decidir de pronto essa questão pode significar uma economia processual, uma celeridade na decisão jurídica e na prestação jurisdicional, função típica do Poder Judiciário. Esse valor foi destacado indiretamente pelos ministros, tendo a decisão final julgada a CT improcedente - não porque o Recurso Extraordinário não era cabível no caso, mas porque o mérito deste recurso seria julgado improcedente pela não ocorrência de nulidade. Nesse contexto, o Ministro Philadelpho Azevedo assentou: “Sr. Presidente, de acordo com o meu ponto de vista, entro, logo, no exame do caso e nego provimento ao recurso”<sup>42</sup>. Seguindo a mesma linha, Ministro Annibal Freire colocou ainda:

O recurso foi fundado na letra a. Nesses casos, sistematicamente, só dou provimento ao recurso quando há violação de lei federal.  
Ora, na hipótese, o debate esclareceu que não houve tal violação.  
Assim julgo improcedente a carta.<sup>43</sup>

No raciocínio do Ministro Annibal e da maioria, a CT só poderia ser julgada procedente caso o mérito do recurso cujo andamento foi negado fosse também procedente. A análise iria além da potencialidade da discussão - no caso, a possibilidade de discussão da aplicabilidade da alínea “a” do art. 101, III da Constituição de 1937 - para a avaliação direta do cabimento da alínea. Nessa interpretação, a função da CT seria apenas abrir a possibilidade de o processo subir para o STF, uma vez que, sem esse recurso, morreria no Tribunal de Apelação de Minas Gerais após a negativa de andamento do RE pelo mesmo Tribunal. Não haveria necessidade de o procedimento chegar ao STF, ser julgada a CT, depois retornar ao Tribunal de Apelação de Minas Gerais para dar seguimento ao RE e, por fim, se chegar à solução do caso, quando o RE voltasse para julgamento pelo STF.

No início do século XX existiam remessas físicas entre os estados e o STF – este sediado na cidade do Rio de Janeiro, enquanto o Tribunal de Apelação de Minas Gerais ficava em Belo Horizonte. Certamente, tal fato torna esse caminho procedimental ainda mais demorado e complexo. Por outro lado, seguir a interpretação mais restrita das regras do Código de Processo Penal para a Carta Testemunhável poderia significar que o recorrente se depararia com outra

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 5.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 7

configuração das turmas do Supremo Tribunal Federal; mesmo se com os mesmos ministros, entendimento diverso poderia surgir com o decurso do tempo. Como disse o Ministro Castro Nunes, é direito da parte ver seu recurso originário julgado devidamente. Em última instância, de forma simples, esse caminho procedimental está determinado em lei pelo Código de Processo Penal.

No julgado em análise, tanto o recebimento do recurso quanto o próprio julgamento de mérito apresentam questões parecidas, relacionadas ao respeito à forma estabelecida em lei. O quanto do procedimento é respeitado também está em jogo nessa decisão. Estão sendo analisados tanto o mérito como a análise da nulidade em caso de não apresentação do relatório do síndico em crimes falimentares na denúncia, mas também do próprio recurso, com a avaliação de cabimento ou não da CT.

Ademais, para além de questões procedimentais relacionadas ao não reconhecimento da nulidade e à continuidade do procedimento, a decisão significa a manutenção da condenação - o que, como se verá mais à frente, é constante nas decisões no Supremo Tribunal Federal. Mesmo em situações que há o reconhecimento do desrespeito à norma processual, a manutenção da decisão é a regra. Valores como a celeridade processual e a ideia de prejuízo são colocados em primeiro plano em relação à lisura do procedimento penal em si.

Por sua vez, o Recurso Extraordinário, em termos procedimentais, é previsto nas constituições brasileiras e corresponde ao recurso típico de acesso ao Supremo Tribunal Federal. As constituições brasileiras costumam diferenciar os recursos dos tribunais superiores entre recursos ordinários e extraordinários. Os ordinários referem-se a recursos de abrangência mais ampla, no sentido de devolver toda a matéria trabalhada na ação originária. Já os recursos extraordinários são mais restritos, levando ao Tribunal matérias específicas de direito elencadas na letra da Constituição em vigência. São estes últimos os mais frequentes no cotidiano do Supremo Tribunal Federal no período.

No caso do *corpus*, os REs apresentam fundamentação no art. 101, III, de ambas as constituições vigentes no período, Constituição de 1937<sup>44</sup> e Constituição de 1946<sup>45</sup>. Apesar da redação não ser exatamente a mesma, as alíneas do inciso III do art. 101 das duas Cartas referem-se a situações jurídicas parecidas, o que significa que a mudança do ordenamento constitucional não modificou a utilização do recurso. De forma geral, o instrumento serve para questionar decisões que tenham sido proferidas de forma contrária à Constituição, às leis federais, bem como à jurisprudência do próprio STF ou outro Tribunal. Hoje, parte dessa análise recursal é de competência de julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

Nos REs do *corpus*, quatro recursos dos sete acórdãos analisados foram interpostos pela acusação. Como exemplo, tem-se o RE nº 9.526 do Rio de Janeiro, julgado em 1945, interposto pela Companhia Ultragaz S.A em desfavor de Serafim Cadette. De acordo com o resumo do caso, Serafim Cadette foi empregado da Ultragaz, sendo demitido por desvio de verbas da empresa. Diante disso, houve investigação criminal e denúncia do Ministério Público. O Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro anulou o processo no julgamento de *habeas corpus* impetrado pelo réu, em virtude do reconhecimento de nulidade relacionada à realização do exame pericial pela Polícia.<sup>46</sup>

A empresa, que atuou enquanto assistente de acusação durante o decorrer da instrução, interpôs o Recurso Extraordinário julgado no acórdão em análise, de relatoria do Ministro Castro Nunes. Primeiramente, foi estabelecido ser possível a interposição de Recurso Extraordinário pelo assistente de acusação, interpretando de forma extensiva a possibilidade

---

<sup>44</sup> “Art. 101. [...] III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa”. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 10 nov. 1937.)

<sup>45</sup> “Art. 101. [...] III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal”. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 18 set 1946.)

<sup>46</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 9.526 – Rio de Janeiro. Recorrente: Companhia Ultragaz S.A. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1945. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

concedida pelo Código de Processo Penal, que determina expressamente, em seu art. 598, a possibilidade de interposição de apelação apenas pela acusação.<sup>47</sup>

A decisão determina a reforma da decisão do HC impetrado perante o Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro. Foi considerado que a nulidade da perícia realizada em sede policial, quando deveria ter sido feita em instrução criminal, não pode ser fundamento para a anulação do processo inteiro, mas apenas desse ato processual e dos que diretamente derivem dele. Assim, o RE foi julgado procedente com base no art. 101, III, “a” da Constituição, com fundamento no desrespeito ao art. 573 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez, a nulidade não foi reconhecida em prol da manutenção da condenação originária. Nesse caso soou ainda mais gritante essa característica, constante nos julgados, na medida em que o Tribunal havia inicialmente reconhecido a nulidade e o STF modificou a decisão. É ainda estranho pensar que a sentença não derivou do conjunto probatório constituído ao longo da instrução processual: o defeito foi reconhecido, mas a consequência da nulidade não foi aceita.

### **3.3.2 Limitação regional: de onde se originavam os processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal**

No momento em que escolhi analisar as sentenças disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal, parti do pressuposto de que estaria analisando o campo jurídico sob uma perspectiva nacional, uma vez que a Corte instrumentaliza recursos e ações que podem ser provenientes de qualquer estado. No levantamento da doutrina procurei construir o mesmo panorama, direcionando a pesquisa nos acervos das bibliotecas das universidades existentes no período ao intuito de selecionar obras processuais penais com inserção em diferentes estados do Brasil.

Contudo, ao longo do levantamento do *corpus* de decisões processuais penais do STF, percebi que a maioria dos acórdãos era originária do Rio de Janeiro ou de São Paulo, revelando uma limitação regional dos *habeas corpus* impetrados perante o Tribunal. Na compilação dos dados quantitativos, abaixo reproduzida, é possível visualizar tal fenômeno:

---

<sup>47</sup> “Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo. Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público”. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941.)

Tabela 2 - Estados de origem dos acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| Estados de origem   | Nº de acórdãos | %              |
|---------------------|----------------|----------------|
| Bahia               | 3              | 2,10%          |
| Espírito Santo      | 2              | 1,40%          |
| Goiás               | 2              | 1,40%          |
| Mato Grosso         | 1              | 0,70%          |
| Minas Gerais        | 8              | 5,59%          |
| Pará                | 1              | 0,70%          |
| Paraíba             | 8              | 5,59%          |
| Paraná              | 6              | 4,20%          |
| Pernambuco          | 3              | 2,10%          |
| Piauí               | 1              | 0,70%          |
| Rio de Janeiro      | 56             | 39,17%         |
| Rio Grande do Norte | 1              | 0,70%          |
| Rio Grande do Sul   | 5              | 3,50%          |
| Santa Catarina      | 5              | 3,50%          |
| São Paulo           | 41             | 28,67%         |
| <b>Total</b>        | <b>143</b>     | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

Como se vê, quase 40% das decisões relacionadas a processos criminais são provenientes do estado do Rio de Janeiro<sup>48</sup>. A prevalência do Estado do Rio de Janeiro não é por si só uma surpresa. A sede do Supremo Tribunal Federal estava localizada no Rio de Janeiro, o que facilita o acesso geográfico à corte. Na década de 1940, os processos eram físicos e necessitavam serem transportados para julgamento entre as comarcas e os tribunais, o que inclusive implicava, boa parte das vezes, custos para a parte interessada no recurso e nesse traslado. Desse modo, os impetrantes ou recorrentes que possuíam seus processos no mesmo estado do STF já apresentavam uma vantagem em relação aos demais.

São Paulo, por sua vez, foi o segundo estado que apareceu com maior número de acórdãos dentre o montante estudado. Sozinho, representou perto dos 30% das decisões. No período, São Paulo já havia se consolidado como um centro político e econômico, uma vez que na década de 1940 o ciclo do café já atingira o seu auge. Se considerarmos o critério de importância política, o eixo Rio-São Paulo representa aproximadamente 68% dos casos, o que limita consideravelmente a atuação do STF no cotidiano das justiças pelo Brasil.

<sup>48</sup> Importa ressaltar que nessa porcentagem estão contabilizados os acórdãos advindos do Tribunal do Distrito Federal, que no período era localizado no Rio de Janeiro, e do Tribunal – de Apelação ou de Justiça – do Rio de Janeiro, que abrangia os processos das comarcas do restante do estado.

Com certeza não foi a centralidade desse eixo que surpreendeu, mas sim a sub-representação dos demais estados. Observando os dados, é fácil perceber que nenhum outro Estado apareceu com frequência superior a 6%, ou oito acórdãos. Minas Gerais, um dos estados eixos da modernização do século XX, marcada pela criação da capital planejada de Belo Horizonte, mesmo exercendo seu poder na política café-com-leite no período histórico imediatamente anterior da Primeira República e geograficamente mais próximo do Rio de Janeiro do que os estados do Norte, Nordeste e Sul, também não atingiu patamar considerável de representação no *corpus*.

Mesmo reconhecendo a participação do Tribunal no julgamento de acórdãos em todos os estados, percebe-se que o fluxo de decisões revela que, no cotidiano da justiça criminal, o eixo Rio – São Paulo é privilegiado em relação aos demais no que tange à atuação da Corte. Os crimes analisados no *corpus* são, como se verá mais à frente, crimes habituais das cidades no período analisado: furto, roubo, estelionato e crimes contra os costumes. Isso significa que um cidadão comum morador do Rio de Janeiro ou São Paulo que está respondendo a um processo criminal na década de 1940 possuía mais facilidade de recorrer ao STF do que se fosse proveniente dos demais estados do Brasil. A defesa é a parte do processo que mais alega nulidades: quase todas foram levadas para exame do STF pelos advogados dos réus. Ainda que o reconhecimento dessas nulidades seja muito tímido, e que boa parte dos *habeas corpus* e dos recursos apresentados não modificasse a situação jurídica da defesa, recorrer ao STF, notadamente por meio do remédio constitucional *habeas corpus*, acaba se concretizando como uma oportunidade de defesa a mais para esse grupo de réus.

No julgamento do Habeas Corpus nº 29.351/1946 de Minas Gerais, o relator Ministro Barros Barreto não conheceu da ação por falta de instrução com documentos necessários para a compreensão do mérito colocado na petição inicial. Informações foram requeridas ao tribunal do estado, que não respondeu ao ofício em tempo hábil. O Ministro Lafayette de Andrada divergiu do relator, e teve voto vencedor, ao indicar a necessidade de diligência. Nesse sentido:

O Sr. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA – Sr. Presidente, data vênica divirjo do sr. Ministro Relator. Se o paciente é miserável, não deve ser prejudicado pela falta de informações do Tribunal dado coator. De modo que eu proponho se converta o julgamento em diligência afim de insistir nas informações do Presidente do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, salientando a urgência nestes informes, prestando-os

diretamente ou por intermédio do juiz a quem considere competir prestar as mesmas informações.<sup>49</sup>

Nesse caso específico, houve solução inicialmente benéfica para o paciente, tendo em vista que o tribunal estadual não cumpriu determinação do próprio STF. Isoladamente, demonstra o esforço da Corte em julgar os casos, mesmo com as dificuldades geográficas. Contudo, pareceu natural para os ministros, pela discussão que se instaurou no julgamento, a decisão denegatória de *habeas corpus* por ausência de instrução pelo paciente, mesmo quando essas informações foram negadas por outro órgão jurídico. Para obter os votos favoráveis, o Ministro Lafayette destacou que no caso específico dos autos o paciente era pobre e, diante disso, deveria contar com tratamento jurídico diferenciado, argumento que angariou a concordância dos demais ministros.

Após a diligência, o Tribunal de Minas Gerais encaminhou ofício que informava os processos desfavoráveis do paciente. Diante disso, o *habeas corpus* teve ordem denegada de forma unânime, sob o argumento de que as nulidades não foram apontadas de forma adequada e também em razão da existência de outro procedimento já em fase de revisão criminal:

Além disso, segundo consta do ofício de fls. 19, encontra-se em andamento no referido Tribunal outro processo de revisão criminal do mesmo condenado. Infere-se, do exposto, que o paciente não está sofrendo constrangimento ilegal, e, destarte, denego a ordem.<sup>50</sup>

Apesar de não ter sido uma das hipóteses iniciais do trabalho, a limitação regional dos acórdãos não afeta todas as conclusões da pesquisa sobre o campo jurídico processual penal brasileiro. Isso porque, é importante lembrar, o perfil do funcionamento da justiça criminal tem semelhanças estruturais em todas as regiões do país - os tipos de crime, o perfil dos réus, o comportamento dos agentes do campo, os formatos das decisões raramente saem do padrão. O caráter científico do direito está relacionado com a sua aparente constância e previsibilidade.

No entanto, não se pode negar que a distância e o fluxo de procedimento jurídico entre os tribunais estaduais e o STF afetam o funcionamento do Poder Judiciário na concretização das decisões proferidas. Caso o Tribunal de Justiça do Distrito Federal proferisse

---

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.351 – Minas Gerais. Paciente: Mauro Camarinho. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1946. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, p. 3.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.351 – Minas Gerais. Paciente: Mauro Camarinho. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1946. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, p. 14.

constantemente decisões contrárias ao entendimento da Corte, a padronização de decisões pela instância superior seria realizada com maior facilidade, uma vez que o fluxo de recursos, ações e de demandas se torna maior. Estados como o Maranhão, que sequer apareceram no *corpus* estudado, podem ter o funcionamento de seu Tribunal de Justiça – ou de Apelação – em maior descompasso com a instância superior.

A padronização das decisões jurídicas é um valor importante para o campo jurídico, uma vez que representa a segurança, a cientificidade das decisões proferidas. No direito, o juiz não decide apenas porque quer, mas em atendimento às regras estabelecidas em leis e regulamentos do campo. Contudo, na prática, o campo pode produzir decisões diferentes para situações semelhantes, ou até mesmo diametralmente opostas. Isso ocorre não apenas em face da diferença entre os agentes, que integram outros campos sociais, com valores e *habitus* próprios, ou dos interesses dominantes do campo político ou econômico, mas por vezes em decorrência da própria interpretação da linguagem expressa pelas normas. No julgado abaixo, por exemplo, o STF procura uniformizar decisões advindas do Tribunal de Apelação de Minas Gerais:

Sr. Presidente, já em sessão de 4 de novembro de 1942 teve este Egrégio Tribunal Pleno de se pronunciar sobre uma hipótese semelhante.

Era um caso, também de Minas Gerais, em que havia o Tribunal local anulado o julgamento do Júri, em hipótese em que fora reconhecida em prol do réu a legítima defesa, anulação essa calcada sobre um só fundamento adotado pelo Tribunal, isto é, de que teria havido omissão do quesito relativo ao excesso culposo por parte do réu ao repelir a agressão atual.

O Tribunal pleno, nessa sessão, tendo sido Relator o Sr. Ministro Goulart de Oliveira, achou que, em verdade, não deveria interpretar o dispositivo pelos arts. 563 e 564 n. III, letra k, do Código de Processo Penal, por forma a autorizar a nulidade do julgamento quando houvesse tal omissão.

E com esse entendimento, embora aceitando a tese de que fora aconselhável sempre a inclusão desse quesito em se trabalhando de alegação de legítima defesa, o Tribunal pleno concedeu a ordem para pôr o paciente em liberdade.<sup>51</sup>

Seja como for, uma das funções jurídicas dos recursos e das ações autônomas é a tentativa de padronização da resposta jurídica. Ao definir o que é nulidade no processo penal, bem como sua extensão prática, o STF não decide apenas para as partes, mas também para os próprios agentes do campo. Muitos desses acórdãos integraram posteriormente a imprensa jurídica como decisões de referência, seja em revistas especializadas ou em jornais de ampla

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.705 – Minas Gerais. Paciente: Paulo Roque dos Santos. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 6/7.



circulação. Com efeito, a função direta do recurso extraordinário e a indireta do *habeas corpus* é fazer com que o STF padronize interpretações diferentes das fornecidas pela própria Corte.

### 3.3.3 Tipos de delitos que apareceram nos acórdãos: crimes, contravenções e a justiça criminal do cotidiano

A literatura acerca do funcionamento do Supremo Tribunal Federal durante a primeira metade do século XX procura destacar a atuação da Corte em julgados de importância política - especialmente ao longo da Primeira República, em que o STF abrangeu o julgamento do *habeas corpus*, decidindo por meio desse instrumento questões sobre liberdade de imprensa, liberdade política etc. Mostrei anteriormente marcos importantes desse período.

Com base nas leituras realizadas, ao acessar as decisões da Corte no início da pesquisa, imaginei que iria facilmente me deparar com casos importantes da política brasileira. Contudo, talvez pela escolha do recorte de “nulidades em processo penal”, o *corpus* selecionado difere consideravelmente do esperado. Apenas um caso, posteriormente foi excluído da pesquisa quantitativa por ter sido julgado antes da vigência do Código de Processo Penal de 1941, apresentava essa característica.

O exemplo corresponde ao HC nº 28.020/1941 do Ceará<sup>52</sup>. O CPP apenas entrou em vigência em 1942, tendo sido o remédio julgado em dezembro de 1941. De todo modo, trata-se de um caso de homicídio realizado durante a eleição estadual, no qual um dos candidatos mata o seu concorrente. Ainda assim, é absolvido duas vezes pelo Tribunal e do Júri e a Procuradoria Geral recorre em ambas as situações. No terceiro júri, o paciente Raimundo Pereira Lima é condenado e é dessa condenação que seu advogado, por sua vez, recorre, alegando nulidades no julgamento e no recurso da acusação. O caso, relevante politicamente, fez com que o Ministro Waldemar Falcão se considerasse impedido de atuar no caso:

Sr. Presidente, sinto-me impedido de funcionar no presente julgamento, por se tratar de crime eleitoral praticado contra amigo político meu, em campanha em que também fui partícipe, como senador federal, que era a esse tempo, tendo, pois, interesse na punição dos culpados. Pela revolta que me causou esse crime, que vitimou um

---

<sup>52</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.020 – Ceará. Paciente: Raimundo Pereira Lima. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1941. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

membro prestigioso do partido político a que eu também pertencia, não tenho serenidade bastante para julgá-lo.<sup>53</sup>

O julgamento em análise versa sobre um crime comum, porém relacionado a embates políticos. O resultado, como a maioria dos encontrados, não reconheceu a nulidade e denegou a ordem do remédio constitucional, mantendo a condenação do paciente.

É exatamente esse tipo de crime, como o homicídio, que está presente no cotidiano da justiça criminal brasileira e que ocupava a Corte habitualmente na década de 1940. Se, no exercício da construção desta pesquisa, prezei pela compreensão das relações dos agentes do campo jurídico entre si, as diferentes modalidades de crimes que apareceram nos processos me forçaram de, certa forma, a “olhar para fora” - seja para observar as estruturas, seja para entender a porta de entrada da justiça penal do Poder Judiciário, a atuação policial. Os dados coletados não revelaram detalhes sobre os pacientes ou recorrentes que chegavam ao STF, mas os tipos de crime permitem perceber várias nuances.

O funcionamento da Justiça Criminal pelo país tem perfis bastante semelhantes no início do século XX. O crescimento das polícias nos grandes centros urbanos representava a tentativa de controle e exclusão repressiva da população urbana “indesejada”, que não se integrava a um projeto de “desenvolvimento” e “progresso” estruturado de forma mais aberta e clara pelo período ditatorial do governo Vargas (SCHWARCZ, 2020). Esse crescimento pode ser percebido em cidades como Recife (VALENÇA, 2018), Salvador (NOVAES, 2017), São Paulo (SOUZA, 2009) e Rio de Janeiro (CHALHOUB, 1988; BATISTA, 2003), além de, com certeza, nas demais capitais brasileiras do período. Tal controle tem como pano de fundo um aumento vertiginoso da população brasileira, crescimento econômico e modernização dos meios de produção que não integraram em seu projeto a diminuição da desigualdade no país (GOMES, 2020).

Essas estruturas moldaram o funcionamento do sistema penal nas cidades e são relevantes para a compreensão dos tipos de crime que chegaram à alçada do STF. Apesar de não ser o foco da pesquisa, acho importante destacar que, ao estudar esses fluxos na cidade do Recife, Manuela Abath (2018) percebeu que a relação das forças policiais com a sociedade e com as prisões é complexa e pode variar a depender do tipo de polícia, do local de atuação e, também, do momento histórico e político analisado. O policiamento, por vezes, concentrava-se

---

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.020 – Ceará. Paciente: Raimundo Pereira Lima. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1941. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 224.

no combate de uma prática delitiva específica, como o jogo do bicho, jogos de capoeira e assim por diante, o que pode afetar os resultados de seu funcionamento, notadamente nas prisões.

Esse controle do cotidiano das cidades pelas polícias, em paralelo com os processos penais efetivados pelo Ministério Público e o Poder Judiciário, representam os dois lados do funcionamento da justiça penal no Brasil e na América Latina. Manuela Abath, ao analisar o funcionamento da justiça criminal no início do século XX, considera que:

É como se tivéssemos dois grandes sistemas penais em funcionamento concomitantemente: um essencialmente policial e outro essencialmente judicial; um é o das contravenções e o outro, dos crimes; um que se desenvolve nas ruas e nos corredores da delegacia e outro que se passa em corredores do fórum. Não quero dizer com isso que, no sistema policial funcionava o “chute de porta” e nada mais; muito menos que no sistema judicial funcionava a aplicação lisa da lei e de suas ideias correcionalistas. (VALENÇA, 2018, p. 178)

Nessa lógica, o que é possível entender por meio dos acórdãos do STF é o funcionamento da parte declarada desse sistema. Não apenas em relação aos seus discursos correcionalistas e de defesa social, bastante difundidos pelos juristas autores do Direito Penal material (ALVAREZ, 2003; PRANDO, 2013), mas quanto à própria aplicação das regras do campo jurídico no subcampo de penalização pelo Poder Judiciário. Essa é apenas uma face do sistema punitivo, que funciona legitimando “cientificamente” as demais práticas, com a autoridade típica do agente jurídico, seja pela validação direta ou pelo silenciamento.

As práticas policiais não eram assunto de preocupação dos juristas que trabalhavam com penal ou processo penal, seja na teoria ou na prática. Nos acórdãos estudados, poucos processos pensaram nulidades nas práticas investigativas; falava-se de procedimento a partir da instrução processual. É interessante perceber que muitos ministros do STF integraram em sua trajetória a força policial ou o Ministério Público, como Procuradores Gerais ou Chefes de Polícia e, mesmo assim, conviviam com os processos e elaboravam os seus votos como se não soubessem das atuações cotidianas das polícias ou das prisões no Brasil.

O único julgamento da pesquisa em que um ministro fala abertamente sobre a atuação policial na rua e utiliza sua experiência para fundamentar o voto refere-se a uma discussão sobre a necessidade de abordagem em flagrante para a contravenção de porte de arma ilegal, previsto no art. 19 da Lei de Contravenções Penais<sup>54</sup> - trata-se do RE nº 8.361/1944 de São Paulo, que

---

<sup>54</sup> “Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 13 out 1941.)

será detalhado mais à frente. No debate realizado pelos ministros, Philadelpho Azevedo utiliza sua experiência enquanto Procurador Geral para defender que a exigência de flagrante para apuração do porte poderia significar impunidade para esse tipo de delito:

Não posso aceitar o argumento do eminente relator do acórdão recorrido, cuja autoridade tanto respeito: o de que a infração só é punível enquanto durar a periculosidade objetiva do fato, sendo necessário surpreendê-lo ao tempo em que ela está presente e é potencial.

Assim, o contraventor ganhará a impunidade, se, burlando a vigilância policial, terminar o porte de armas sem ser surpreendido, embora manifestando a mesma periculosidade potencial. [...]

Porque assegurar-lhe a impunidade, apenas por haver logrado exercer habitualmente sua atividade reprimida, sem que surgisse a formalidade de um flagrante?

Alguns autores, não o V. acórdão recorrido, exemplificam como exigindo flagrante a contravenção de vadiagem: confesso que nunca vi no foro, e fui Procurador Geral desta grande Capital, coisa mais caricata do que esses autos artifícios a procurar surpreender alguém perambulando sem ocupação fixa.<sup>55</sup>

A fala do Ministro, que se refere diretamente à vadiagem, corrobora a divisão feita por Manuela Abath entre o sistema penal da contravenção e dos crimes mais graves, um que não gera procedimento formal e outro que segue o caminho do Código Penal. No período anterior à Lei de Contravenções, promulgada em 1941 junto com o Código de Processo Penal, as contravenções eram elencadas no Código Penal de 1890. Ademais, era comum a caracterização de tipos de contravenções fundamentadas pelo próprio conhecimento policial do que seriam práticas desviantes, sem rigor técnico ou embasamento legal. O objetivo da polícia era, na verdade, lidar com sujeitos e não necessariamente com condutas. “A preocupação era com os vagabundos e desordeiros da cidade, aqueles sujeitos cuja imagem era a representação do perigo [...]” (VALENÇA, 2018, p. 135).

Assim, o que não estava de acordo com os princípios constitucionais e processuais do campo jurídico poderia ser “esquecido” ou “ignorado” com facilidade pelos juristas. Manuela Abath percebeu esse movimento na doutrina do início do século até 1920, padrão seguido pela doutrina e legislação na década de 1940. O art. 564 do Código de Processo Penal, objeto de estudo desta pesquisa, não traz em seu corpo exemplos de nulidades nos procedimentos policiais. Apenas dois tipos de nulidades podem ser associados ao primeiro momento da investigação: a necessidade de exame de corpo de delito para crimes que deixam vestígio, prevista na alínea “b” do inciso III, e a obrigatoriedade de acompanhamento de um curador em

---

<sup>55</sup> Ministro Philadelpho Azevedo. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8.361 – São Paulo. Recorrente: Procurador Geral do Estado. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 166.

todas as fases para os réus menores de 21 anos, expresso na alínea “c” do mesmo inciso e artigo.<sup>56</sup>

Feitas essas considerações, um dos critérios mais importantes para identificar de quais processos se ocupava a justiça criminal ao pensar sobre nulidades processuais penais é a modalidade de crime que justificou o procedimento penal. Para facilitar a compreensão do fluxo, resolvi agrupar alguns delitos de natureza semelhante; outros que apareceram isolados na tabela, também apareceram na pesquisa de forma isolada, conforme se pode perceber na reprodução abaixo:

Tabela 3 - Modalidades de delitos encontrados nos acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| Modalidades de crimes                                   | Nº de acórdãos | %      |
|---------------------------------------------------------|----------------|--------|
| Alteração de substância alimentícia ou medicinal        | 1              | 0,70%  |
| Apropriação indébita                                    | 1              | 0,70%  |
| Atentado violento ao pudor                              | 3              | 2,09%  |
| Crimes contra a honra                                   | 1              | 0,70%  |
| Crimes contra a Administração Pública                   | 3              | 2,09%  |
| Crimes contra os costumes sem violência ou grave ameaça | 15             | 10,49% |
| Crimes contra a economia popular                        | 5              | 3,50%  |
| Curandeirismo                                           | 1              | 0,70%  |
| Desrespeitar ordem da mobilização                       | 1              | 0,70%  |
| Espionagem                                              | 1              | 0,70%  |
| Estelionato                                             | 15             | 10,49% |
| Estupro                                                 | 4              | 2,80%  |
| Falência fraudulenta                                    | 5              | 3,50%  |
| Falsidade de documentos públicos                        | 2              | 1,40%  |
| Furto em diferentes modalidades                         | 12             | 8,39%  |
| Homicídio doloso                                        | 14             | 9,79%  |
| Injúria de imprensa                                     | 2              | 1,40%  |
| Jogo do bicho                                           | 12             | 8,39%  |
| Lesão corporal em diferentes modalidades                | 14             | 9,79 % |
| Porte de arma                                           | 2              | 1,40%  |
| Receptação culposa                                      | 1              | 0,70%  |
| Resistência                                             | 1              | 0,70%  |
| Roubo e extorsão em diferentes modalidades              | 11             | 7,70%  |

<sup>56</sup> “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...] 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; [...]” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941.)

|                        |            |                |
|------------------------|------------|----------------|
| Uso de documento falso | 1          | 0,70%          |
| Não informado          | 15         | 10,49%         |
| <b>Total</b>           | <b>143</b> | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

Em um quadro geral e considerado o recorte do tema de nulidades processuais penais, os crimes julgados pelo STF no período consistem em crimes do cotidiano da justiça criminal. Seguindo a classificação realizada por Luís Antônio de Souza (2009) ao avaliar as práticas policiais na cidade de São Paulo entre 1889 e 1930, são crimes sexuais, como estupro, atentado violento ao pudor e sedução; crimes de sangue, como homicídio e lesão corporal; e crimes patrimoniais como furto, roubo, falsidades e estelionato. Além desse grupo mais relacionado com o cotidiano das investigações nas ruas, apareceram com certa frequência crimes conexos a uma maior circulação de dinheiro, tal qual a falência fraudulenta e crimes contra a economia popular. Constatam ainda alguns recursos advindos do Tribunal de Segurança Nacional, existente até 1945 (CPDOC, 2020), que julgavam crimes da antiga Lei de Segurança Nacional, editada em 1935, como espionagem (BRASIL, 1935).<sup>57</sup>

É também possível observar na tabela algumas contravenções penais, notadamente o jogo do bicho, que representa um pouco mais de 8% dos casos, e o porte de arma. A alta presença numérica do jogo do bicho ocorre em virtude da controvérsia jurídica existente no período. Com efeito, alguns estados estabeleceram autoridades específicas, diversas da autoridade policial comum, para realizar a investigação dessa contravenção - algo comparável a uma “força tarefa”, nos termos utilizados por Manuela Abath. O Rio de Janeiro organizou-se desta forma, instituindo o Serviço de Repressão a Jogos Proibidos por meio de portaria da autoridade policial em 1945.

Ocorre que muitos pacientes alegaram a nulidade da investigação dessa contravenção, sob fundamento de não terem respeitado a competência estabelecida pelo Código de Processo Penal. Na pesquisa, destaco o HC nº 29.652/47 do Distrito Federal<sup>58</sup>, que versa sobre um caso exatamente nesses moldes:

Tenho voto fundamentado como Relator de caso idêntico, em que se alegava a nulidade decorrente de Serviço policial instituído a bem da mais eficiente repressão dos jogos proibidos. Salientei nesse voto não constituir nulidade a incompetência

<sup>57</sup> BRASIL. Lei nº 38, de 4 de abril de 1935. Define crimes contra a ordem política e social. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 28 jun. 1935 (Republicação).

<sup>58</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.652 – Distrito Federal. Paciente: Juvenal de Almeida Cunha. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1947. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

relativa dessa ou daquela autoridade policial, de vês que, naquele como neste caso, o réu fôra e foi processado policialmente no Distrito Federal, onde praticou a infração e foi autuado em flagrante.

Não tenho porque modificar esse entendimento, aliás já reiterado.

Mera irregularidade, si tanto, sem relevo para configurar nulidade, ainda porque, como observou na sessão passada, o eminente M. Hahnemann Guimarães, nem mesmo a incompetência do Juízo acarreta a nulidade, senão tão somente a remessa do processo ao juiz competente, princípio que deu entrada na processualística penal e articula-se com a regra básica de não pronunciamento da nulidade quando não afetado interesse substancial do acusação ou da defesa. Não se vê, aliás, em que possa ter comprometido a defesa do paciente o fato de ter sido preso em flagrante e submetido a inquérito perante o delegado comissionado no Serviço de Repressão do jogo e não perante outra autoridade policial.<sup>59</sup>

O Ministro Castro Nunes foi cirúrgico no seu entendimento sobre a nulidade por incompetência da autoridade investigativa nas contravenções de jogo do bicho porque esse era um tema frequente na Corte. A reprodução acima coincide com o inteiro teor do voto. Tal entendimento não é unânime, existindo outros casos que reconhecem a nulidade na mesma situação fática. No HC em questão, por exemplo, a ordem foi denegada por maioria, tendo os Ministros Lafayette de Andrada, Edgard Costa, Goulart de Oliveira e Laudo Camargo votado pela concessão.

Já o RHC nº 29.996/1947 do Distrito Federal, julgado no mesmo ano do anterior, resultou na concessão da ordem por maioria, com voto de minerva do Presidente do STF no momento, Ministro José Linhares<sup>60</sup>. O Relator do caso, Ministro Ribeiro da Costa, havia sido Chefe de Polícia do Rio de Janeiro e foi responsável pela portaria que regulamentava a repressão de jogos. Em outros processos julgara-se suspeito, mas no processo em análise resolveu se manifestar. Parece-me estranho que tenha superado sua suspeição por iniciativa própria, quando para casos semelhantes se absteve. Contudo, como não houve manifestação dos colegas ou das partes na distribuição da relatoria acerca do ponto, restou apenas como observação do próprio Ministro “suspeito”. De forma surpreendente, o voto do relator foi favorável à concessão da ordem no *habeas corpus*, mas perdeu na votação.

Os crimes patrimoniais apareceram de forma expressiva no quadro. Somando estelionato, falsidades, furto em suas diversas modalidades, roubo e extorsão, receptação culposa, tem-se que esse grupo representa 30% do total dos processos consultados. Não houve

<sup>59</sup> Ministro Castro Nunes. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.652 – Distrito Federal. Paciente: Juvenal de Almeida Cunha. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1947. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 112.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 29.996 – Distrito Federal. Pacientes: Arthur Villaza Brandão, Fernando Costa Filho e Ernani Leite Fernandes. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1947. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

nenhum caso específico que se destacasse entre o conjunto pesquisado, talvez porque esses crimes não gerem discussões de procedimento passíveis de nulidade no Poder Judiciário, especialmente no STF. De todo modo, acredito ser importante destacar algumas observações feitas por Luís Antônio de Souza acerca desse tipo de crime.

Desde o começo do século XX, o autor percebeu como, na investigação dos crimes patrimoniais, a polícia e a imprensa construíram a imagem da criminalidade organizada das quadrilhas, dos malfeitores e daquele criminoso eventual. Esse ideal, além de contribuir para a imagem da eficiência da própria atuação policial – que, ao prender um sujeito com um perfil de “gatuno” regular, tornava-se essencial para a proteção e segurança da sociedade –, também justificava buscas e investigações secretas sem as formalidades legais (SOUZA, 2009). Apesar da identificação desse fluxo, nenhum caso sobre nulidade ou ilegalidade no procedimento investigativo apareceu no corpo de pesquisa, corroborando a hipótese do silenciamento da Justiça em relação às práticas cotidianas do policiamento.

Por sua vez, os crimes sexuais, representados na pesquisa pelo grupo dos crimes contra o costume sem violência ou grave ameaça, e os tipos penais de “estupro”<sup>61</sup> e “atentado violento ao pudor”<sup>62</sup>, são também numericamente bastante relevantes, totalizando 22, ou 15,40%, do total de acórdãos selecionados. No grupo dos delitos contra os costumes sem violência física o principal tipo penal identificado foi o de sedução<sup>63</sup>, seguido do rapto consensual<sup>64</sup> e da posse sexual mediante fraude<sup>65</sup>.

O período abarcado pela pesquisa de Luís Antônio de Souza (2009) acerca das práticas policiais na cidade de São Paulo é anterior ao estudado na presente pesquisa, uma vez que vai até a década de 1930 do século XX, antes do Estado Novo. Nessa época estava em vigor o

---

<sup>61</sup> “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 07 dez 1940.)

<sup>62</sup> “Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão de dois a sete anos.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 07 dez 1940.)

<sup>63</sup> “Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 07 dez 1940.)

<sup>64</sup> “Art. 220 - Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento: Pena - detenção, de um a três anos.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 07 dez 1940.)

<sup>65</sup> “Art. 216 - Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de um a dois anos. Parágrafo único - Se a ofendida é menor de dezoito e maior de quatorze anos: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 07 dez 1940.)



Código Penal de 1890, cuja redação apresentava diferentes crimes de natureza sexual. Por exemplo, um dos crimes frequentes no cotidiano policial era o de defloração<sup>66</sup>, previsto no art. 267 do Código Penal de 1890, bem como o crime de estupro, elencado no art. 268 do mesmo diploma legal.<sup>67</sup>

Ambos os tipos penais referidos apresentam especificamente como vítima uma mulher, apesar de o Código Penal de 1890 ter se diferenciado do seu antecessor por trazer a possibilidade de crimes sexuais com vítimas homens (MONTENEGRO, 2015) no crime de atentado violento ao pudor previsto no art. 267.<sup>68</sup> A diferença reside no fato de que no crime de defloração a relação é concedida pela mulher menor de 18 anos e maior de 14, em virtude de sedução, engano ou fraude, enquanto no de estupro há o emprego de violência e grave ameaça. No estupro, há uma diferença significativa nas penas previstas para caso de mulheres honestas em comparação ao estupro de prostitutas ou mulheres públicas.

Apesar das diferenças entre os tipos penais dos períodos em questão, alguns pontos ainda podem ser observados na década de 1940. Conforme lembra Manuela Abath, os crimes sexuais, especialmente o delito de defloração, correspondem a um importante vetor de análise da relação das polícias com a sociedade, especialmente em relação à sua parcela mais pobre. Isso porque:

Na polícia, famílias pobres e negras procuravam um espaço para discutir não só a violência contra suas filhas, mas também a manutenção da honra familiar e uma autoridade que obrigasse o agressor a se casar. Em suma, a polícia faria as vezes de uma jurisdição familiar. (VALENÇA, 2018)

Os crimes relacionados à sexualidade da mulher têm como pano de fundo o controle da sua sexualidade e manutenção da honra: o ideal de mulher honesta, expressamente ou não, acompanha a evolução da legislação e do funcionamento da justiça criminal em relação às mulheres até os dias de hoje (ANDRADE, 2012). Marília Montenegro nos mostra, por exemplo, que a mudança do crime de estupro no Código de 1940 – que passou a não mais diferenciar

<sup>66</sup> Cf. SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **Lei, cotidiano e cidade: Polícia Civil e práticas policiais na São Paulo republicana**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

<sup>67</sup> “Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão celular por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena - de prisão celular por seis mezes a dous annos.” (BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 11 out 1890.)

<sup>68</sup> “Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena - de prisão celular por um a seis annos. Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.” (BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 11 out 1890.)

quem poderia ser a vítima, muito menos se a vítima seria mulher honesta - gerou críticas de doutrinadores considerados importantes no campo jurídico, como Magalhães Noronha. Em seus ensinamentos, o doutrinador argumentou que a mulher prostituta apenas tem como prejuízo a violência sofrida, mas que nada perde em sua honra, o que justificaria a diferenciação pelo legislador (MONTENEGRO, 2015).

O doutrinador defendia, assim, a ideia de que antes da integridade física há de se proteger a honra dessas mulheres - mas não de todas elas; a das mulheres honestas. Com o desenvolvimento das ideias da criminologia feminista, foi possível entender que o campo da justiça criminal funciona reproduzindo também papéis de gênero tradicionais da sociedade patriarcal (BARATTA, 1999; ANDRADE, 2005).

No *corpus* analisado, um caso sobre violência sexual se destacou entre os demais - não pela gravidade do fato em si, mas pelo desenrolar jurídico do julgamento. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 10.690/49 do Espírito Santo, que teve como recorrente Almerina Gomes de Lima. O julgamento a que tive acesso foi ao de Embargos pelo pleno da Corte, após decisão da 1ª Turma.<sup>69</sup> Almerina, responsável pela representação para início da ação penal pelo Ministério Público, era mãe de uma jovem vítima do crime de sedução. Em primeira instância, o réu foi absolvido e o Ministério Público não recorreu, tendo a recorrente interposto apelação na condição de assistente à acusação. Ocorre que, ao longo do procedimento em segunda instância, a filha de Almerina se casou com “terceira pessoa” e requereu arquivamento do processo juntamente com seu marido, o que fez com que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo julgasse extinta a apelação. Contudo, a mãe não aceitou o encerramento do procedimento e resolveu interpor o RE em comento. Explica o Ministro Abner Vasconcelos no relatório:

[...] Entretanto, a solução proferida por linha oblíqua, por ter o Ministério Público deixado de recorrer o recurso interposto por iniciativa da mãe da menor, que perdeu, com o casamento da filha, a sua representação legal. Convinha, assim, à tranquilidade moral do novo lar o silêncio do processo. Inconformada, a assistente manifestou o recurso extraordinário que foi ter à Egrégia Primeira Turma.<sup>70</sup>

A discussão jurídica por trás desse descompasso de vontade entre as partes resume-se a decidir quem teria legitimidade para representar a vítima - que, no caso dos autos, era menor de

<sup>69</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Extraordinário nº 10.690 – Espírito Santo.. Recorrente: Almerina Gomes de Lima. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1949. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

<sup>70</sup> Ministro Abner Vasconcelos. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Extraordinário nº 10.690 – Espírito Santo.. Recorrente: Almerina Gomes de Lima. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1949. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 152/153.

18 anos. A interpretação vencedora no pleno, que inicialmente foi a vencida na 1ª Turma, era a de que com o casamento a mãe teria perdido a condição de representante legal de sua filha. No processo, como o Ministério Público não recorreu e aceitou a absolvição, Almerina não teria mais legitimidade para recorrer, uma vez que não era mais representante legal da filha, e sim o novo marido.

Os embargos foram apresentados pelo acusado e foram, ao final, julgados procedentes. Como o resultado diferiu do proferido pela 1ª Turma, a argumentação e a discussão entre os ministros foi mais completa, com elogios a cada um dos votos e muitas observações sobre o caso:

É também digno de menção o brilhante acórdão recorrido. Discutiu-se com erudição e desenvolvimento a tese, ainda não envelhecida, que indaga se o casamento da ofendida com outro que não o ofensor, põe silêncio definitivo ao processo. O assunto é delicado e relevante, havendo razões que justificam satisfatoriamente os dois pontos de vista objetos do direito jurídico.<sup>71</sup>

É possível, através dos comentários dos ministros, entender com clareza como a mulher é compreendida como um objeto do processo e de seus tutores. Além de o “bem jurídico” de proteção à sua integridade física não ser levado em consideração em nenhum momento pelos envolvidos, é a honra e a “tranquilidade moral do novo lar” que importam ao campo jurídico. O crime de sedução pressupõe que o sexo foi consensual, mas as ideias sobre representação nos crimes contra a honra e o papel da vítima nesse desenrolar pode ser aplicado para todos os crimes desse grupo. O Ministro Abner Vasconcelos explica essa questão no seu voto:

E se o art. 35 do mesmo Cod. de Proc. Penal, dispõe que a mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, a quem devia competir, no silêncio do M. P. a interposição de recurso, em processo provocado pela mãe, como assistente, quando representa.  
Não podia ser à mãe que perdeu o exercício do pátrio poder, mas àquele que, pelas núpcias com a menor ofendida, adquiriu o poder material.<sup>72</sup>

Diante disso, confirma-se que os *habeas corpus* que chegaram ao Supremo Tribunal Federal apresentavam o perfil de uma justiça do cotidiano, notadamente com a atuação da

<sup>71</sup> Ministro Abner Vasconcelos. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Extraordinário nº 10.690 – Espírito Santo.. Recorrente: Almerina Gomes de Lima. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1949. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 155

<sup>72</sup> Ministro Abner Vasconcelos. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Extraordinário nº 10.690 – Espírito Santo.. Recorrente: Almerina Gomes de Lima. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1949. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 156.

Polícia Civil que, por ser a polícia judiciária, encarregava-se da investigação do procedimento penal. Por outro lado, também se confirma que as contravenções e as prisões por averiguação não chegavam na justiça formal, muito menos à Corte.

### 3.3.4 E novamente, a tal da “vegetação parasita”: fluxo de reconhecimento das nulidades no período analisado

O SR. MINISTRO WALDERMAR FALCÃO: - Sr. Presidente, o direito processual contemporâneo, entre nós, se orienta no sentido de fugir o mais possível às declarações de nulidade, quando a omissão do ato de que se origina a nulidade alegada não tiver prejudicado a substância do processo. É o que ocorre no caso destes autos, quanto à defesa do direito de uma das partes no processo.

[...]

Destarte, não há como se evitar, fugindo ao formalismo algo obsoleto, que, antigamente, via, na omissão de qualquer ato processual, causa de nulidade – a conclusão de que não é de se acolher a alegação de nulidade do processo por esse fundamento.<sup>73</sup>

A característica mais marcante do fluxo de nulidades dos acórdãos estudados, que confirma uma das principais hipóteses da pesquisa, é a dificuldade que o judiciário - e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal - tem em reconhecer a ocorrência das nulidades. Mais ainda, como se pode observar no trecho abaixo reproduzido, os agentes consideram que a sistematização das nulidades tem como função evitar a ocorrência de nulidades “frívolas e extemporâneas” ou, como a doutrina do período nomeou, que compõem a “vegetação parasita” do campo jurídico:

Insisto no refrão de repulsa a nulidade frívolas e extemporâneas, incompatíveis com o atual processo, civil ou penal.  
Há poucos dias, revalidamos nesta turma, dois processos indevidamente anulados, no Maranhão e do Estado do Rio.<sup>74</sup>

Coloca-se em prática, assim, aquilo que Francisco Campos havia apontado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal<sup>75</sup> e que todos os doutrinadores da pesquisa desenvolveram em suas obras: a sistemática de nulidades servirá para evitar reconhecimentos excessivos de nulidades, chamados de “frívolo curialismo” pelo então Ministro da Justiça. No

<sup>73</sup> Ministro Waldemar Falcão. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>

<sup>74</sup> Ministro Philadelpho Azevedo. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>

<sup>75</sup> CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Disponível em:

*corpus* levantado, apenas 15% das decisões reconheceram a ocorrência de nulidade apontada no recurso ou na ação constitucional de *habeas corpus*:

Tabela 4 – Existência de reconhecimento de nulidades nos acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| Há nulidades reconhecidas? | Nº de acórdãos | %              |
|----------------------------|----------------|----------------|
| Não                        | 121            | 84,62%         |
| Sim                        | 22             | 15,38%         |
| <b>Total</b>               | <b>143</b>     | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

Percebi, através da leitura dos acórdãos, que os votos pelo reconhecimento das nulidades tendem a necessitar maiores justificativas, correspondendo às decisões mais longas e debates mais intensos entre os próprios Ministros. Para expressar essa impressão em números, resolvi observar o fluxo de divergência nas decisões. As divergências entre os Ministros revelam os assuntos mais sensíveis em julgamento, aqueles que não possuem entendimento unânime na Corte - alguns impasses, inclusive, persistem em julgados similares ao longo dos anos. Do total de 143 acórdãos, aproximadamente 22% das decisões não foram unâimes, o que totaliza 32 acórdãos. O motivo da ausência de consenso podia ser relativo ao recebimento do recurso ou ação, ao respeito do recorrente às regras formais do próprio recurso, ao próprio mérito ou à parte da decisão atacada que o recorrente pretendia questionar.

Verifiquei que 13% dos acórdãos totais apresentam divergência quanto ao mérito do recurso e, por consequência, quanto à discussão acerca da sistemática das nulidades, uma vez que esse foi o parâmetro de seleção das decisões. Os 9% restantes, incluídos no grupo da divergência, tratam sobre questões formais do procedimento recursal ou de HC. Assim, em números, entre as decisões com divergência 19 abordavam o mérito da sistemática de nulidades, enquanto 13 se debruçavam sobre questões formais do procedimento, fosse ele recursal ou de HC. É importante lembrar que esses números são aproximados, tendo em vista que a fronteira entre o que é juízo de admissibilidade ou de mérito nem sempre é desenhada com exatidão pelos ministros - como no exemplo apresentado em que a Carta Testemunhável foi meio para julgamento do Recurso Extraordinário interposto, cujo andamento havia sido barrado na instância originária. E assim, observa-se o seguinte quadro:

Tabela 5 – Quantidade de acórdãos com divergência nas decisões dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| <b>Há divergência nas decisões?</b> | <b>Nº de acórdãos</b> | <b>%</b>       |
|-------------------------------------|-----------------------|----------------|
| Não                                 | 111                   | 77,62%         |
| Sim, no mérito                      | 19                    | 13,29%         |
| Sim, conhecimento do recurso        | 13                    | 9,09%          |
| <b>Total</b>                        | <b>143</b>            | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

Há, portanto, 19 acórdãos nos quais os ministros não foram unânimes em suas decisões. Por outro lado, 14 dos 22 acórdãos que reconheceram a ocorrência de nulidades também foram decididos por maioria e não por unanimidade. Verifiquei em quantos desses 14 processos a divergência estava relacionada à admissibilidade do recurso e cheguei a apenas um representante desse grupo. Novamente, pode-se visualizar:

Tabela 6 – Quantidade de acórdãos sobre reconhecimento de nulidades com divergência nas decisões, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| <b>Há divergência nas decisões<br/>sobre reconhecimento de<br/>nulidades?</b> | <b>Nº de acórdãos</b> | <b>%</b>       |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|----------------|
| Não                                                                           | 8                     | 36,36%         |
| Sim                                                                           | 13                    | 59,10%         |
| Sim, conhecimento                                                             | 1                     | 4,54%          |
| <b>Total</b>                                                                  | <b>22</b>             | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

Focando apenas em divergências dos ministros relacionadas ao mérito, 13 dos 19 acórdãos que levaram à discordância dos ministros correspondem a decisões de reconhecimento da nulidade, totalizando aproximadamente 68% deste recorte de acórdãos. Confirma-se, desse modo, a impressão obtida pela leitura inicial das decisões: os debates e a necessidade de justificativa estão mais presentes quando se trata de reconhecer nulidades do que para negá-las. Conclui-se que o cotidiano do STF, que abarca decisões menos complexas, contempladas nos modelos de repetição típicos do campo jurídico, é formado pelas constantes negativas de reconhecimento de nulidades, que sequer necessitam de grandes justificativas e costumam ter apoio do restante dos ministros.

Nesse sentido, é mais fácil para o agente jurídico posicionar-se em desfavor da nulidade. Mais fácil em termos de argumentação jurídica - cuja estrutura, de diversos tipos, já vinha sendo

edificada há muito tempo na prática judiciária - e também no que tange à aceitação dos pares que compõem o Tribunal - vetor importante para a valorização do agente no campo, uma vez que está em jogo a interpretação adequada do direito naquela situação concreta. Uma divergência costuma ser permeada por palavras de elogio entre os ministros e precisa ser devidamente justificada: não se discorda apenas por discordar de um colega ministro.

Tal dinâmica de discordância no campo jurídico é revelada pela utilização da expressão “data vênia”. Amplamente utilizada no campo jurídico até os dias de hoje, o termo é assim definido no dicionário Oxford: “expressão respeitosa com a qual se inicia uma argumentação, contrariando a opinião de outrem; com a devida licença”<sup>76</sup>. Outro exemplo, extraído dos próprios acórdãos, exemplifica os cuidados que cercavam a expressão da divergência: “Sr. Presidente, peço permissão ao eminente Sr. Ministro Relator para divergir do seu luminoso voto [...]”<sup>77</sup>.

Como identificado por meio da análise da doutrina processual penal da década de 1940, um dos principais argumentos que embasam a necessidade de limitação do reconhecimento das nulidades é o de que existiria no campo jurídico uma tendência de reconhecê-las excessivamente, o que atrapalharia o andamento processual e a resposta do Estado às demandas sociais. No caso processual penal, as nulidades representariam um empecilho à concretização da punição e ao próprio prestígio da justiça criminal: daí a expressão “vegetação parasita”, utilizada por Florêncio de Abreu (1945) em seu manual de processo penal.

O excesso de nulidades é entendido como um sintoma do mau funcionamento do sistema processual; a forma não é considerada mais importante do que o exercício do poder punitivo do Estado. Não há, no período, preocupação acerca das garantias do réu similar à que os processualistas penais costumam expressar no campo jurídico contemporâneo. Em geral, como percebi na análise da doutrina, a ideia de direito das partes teria o mesmo peso para a defesa e a acusação, repetindo as ideias que circulam no processo civil. Assim sendo, reconhece-se a importância de ter certo controle das formas processuais; contudo, não sob o fundamento de que a forma é garantia para o réu, mas apenas como respeito ao procedimento estabelecido em lei.

<sup>76</sup> DATA VÊNIA. In.: **Oxford Languages**, Dicionário Onlin de Português, 2022. Disponível em: <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/> Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>77</sup> Ministro Hahnemann Guimarães. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 30.516 – Piauí. Paciente: José Eugênio da Silva. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1948. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, p. 6.

As regras de controle do reconhecimento das nulidades processuais penais, notadamente a de existência de prejuízo, elencada no art. 563 do Código de Processo Penal, com a mesma redação até os dias de hoje, são constantemente instrumentalizadas nas decisões estudadas, como se verá adiante. O interessante é que essas regras não são exatamente uma novidade no campo jurídico; apenas passaram a ser sistematizadas em um Código válido para todo território nacional.

Para os doutrinadores do período e para o próprio Ministro da Justiça Francisco Campos, que esteve à frente do projeto do Código de Processo Penal, a nova legislação representaria um marco para o sistema das nulidades processuais penais, uma vez que seria possível ter regras mais claras de sua aplicação prática e, por consequência, seriam evitadas situações como aquela narrada pelo Autor, na qual o procedimento do júri foi anulado por não ter sido tocado o sino na abertura da sessão. Esses exemplos de um passado jurídico tão afeito às nulidades são referidos de forma genérica - não identifiquei nos livros estudados, por exemplo, nenhuma referência a um processo específico ou a algum tipo de levantamento numérico desse processo para localizar o processo que teria sido anulado pela ausência do toque de um sino.

Uma hipótese que surgiu a partir da leitura da doutrina selecionada no *corpus*, mas também pela leitura das legislações estaduais anteriores ao Código de Processo Penal, é a de que a dificuldade de reconhecimento dessas nulidades é anterior a qualquer sistematização. De fato, não se pode deixar de reconhecer que a então nova legislação trouxe regras mais claras do que as antes existentes. Por sua vez, também estavam certos os agentes jurídicos que, mesmo antes da promulgação do Código de Processo Penal, já indicavam que o sistema de nulidades processuais penais não era aplicado de forma sistemática: situações semelhantes ora levavam à anulação do ato processual, ora mantinham sua eficácia. O advogado Plínio Barreto, em crônica escrita para a Revista dos Tribunais publicada em janeiro de 1942, narra situações que vivenciou na sua prática forense, abaixo reproduzidas:

A primeira coisa que procurei no Código de Processo Penal, que vai entrar em vigor no dia 1º de janeiro próximo, foi o capítulo de nulidades. Nada me atormentou, quando iniciei minha vida profissional de advogado, como as nulidades em processos criminais. Mais tarde, no tempo em que redigia para o *Estado de S. Paulo*, o resumo dos debates travados no Tribunal de Justiça, as nulidades continuaram a ser a fonte comum de minhas surpresas. Por qualquer motivo os processos caíam, máxime quando instaurados por queixa particular. Comigo mesmo, de uma feita, deu-se este fato: depois de preparar a defesa escrita de um cliente, lembrei-me de, nos últimos parágrafos do meu trabalho, alegar uma nulidade. Lancei aquilo displicentemente para que se não dissesse haver surgido um processo sem nulidade alguma. Pois bem: com espanto meu, essa alegação frívola impressionou os juízes e a queixa foi anulada, pelo fato que invoquei, o qual não passava de mera irregularidade. [...]



Para maior tormento dos advogados e das partes, sucedia, frequentemente, que fatos considerados nulidades em determinados processos eram em outros havidos, apenas, como simples irregularidades. Explicou-se um ministro de então, e dos mais ilustres, que assim acontecia para que o Tribunal pudesse corrigir os desmandos do júri. Quando as sentenças do tribunal popular eram escandalosas, os ministros do Tribunal viam-se obrigados, para a defesa da sociedade e da Justiça, a considerar nulidade falhas processuais realmente insignificantes, e quanto as sentenças eram justas, fechavam os olhos para essas falhas. (BARRETO, 1942, p. 483)

Em sua narrativa, Plínio depara-se com situações em que as nulidades são instrumentalizadas para outras funções que não aquelas declaradas pela sua sistemática. Os crimes que no período eram iniciados por queixa-crime enquadravam-se no grupo de delitos menos graves do que aqueles conduzidos pelo Ministério Público; assim, haveria menos interesse dos ministros em dar continuidade ao seu procedimento. Nesse mesmo sentido, os crimes do Título VI do CPP, então denominados “Crimes contra o costume” - que abarcam o estupro, o atentado violento ao pudor e outros crimes relacionados à dignidade sexual, especialmente da mulher, principal vítima desses delitos -, também eram iniciados por meio de queixa no período estudado. Na literatura acerca do funcionamento da justiça criminal em relação às violências vivenciada pelas mulheres, sabe-se que o interesse no andamento desses processos, em que pese a maior gravidade dos delitos, é esparso para casos específicos em que há interesse na preservação da honra da mulher vítima ou de sua família.

Esses seriam processos, assim, em que as nulidades são reconhecidas com maior facilidade. Em virtude do prazo decadencial de seis meses previsto para o ajuizamento da queixa-crime, o reconhecimento da nulidade significa o encerramento do processo, pois não haverá nova oportunidade para realização do ato, notadamente se a nulidade estiver na queixa em si. A nulidade, em termos de administração da justiça, encerra o processo de forma rápida sem a necessidade de discussão acerca do mérito. Tal situação é diferente do que ocorre nos crimes de ação penal pública, em que o ato anulado poderá ser novamente realizado - até mesmo a própria denúncia poderá ser novamente apresentada, desde que a prescrição não tenha atingido o crime em julgamento.

São muitos os motivos que revelam que o fluxo de reconhecimento de nulidades não está necessariamente associado à ausência de conhecimento técnico acerca da sistemática das nulidades, ou à inexistência de uma legislação mais clara, que determine os casos de nulidade. Em sua narrativa, o advogado Plínio Barreto afirma que um dos ministros do tribunal havia explicado que a falta de sistematização no reconhecimento das nulidades acontece especialmente no Tribunal do Júri. Isso porque haveria necessidade de controle de decisões por vezes esdrúxulas efetivadas pelos jurados que compõem o conselho de sentença, responsável

pelo veredicto popular no procedimento. Assim, quando consideram injusta a decisão, os Ministros reconhecerão como nulidade qualquer informalidade; por outro lado, se a decisão foi considerada adequada, os Ministros farão “vista grossa” para irregularidades outrora consideradas graves o suficiente para gerar uma nulidade.

No julgamento do Habeas Corpus nº 28.594 de São Paulo, datado de 1943, o paciente Martinho Isidório procura o Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento da nulidade de acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo, o qual reconheceu nulidade de julgamento do Tribunal do Júri por defeito na quesitação e determinou sua prisão até a realização de novo julgamento. Ocorre que tal argumentação não fora levantada pelo Ministério Público, autor do recurso que permitiu o reconhecimento da nulidade, tendo na verdade o recorrente indicado como fundamento o art. 593, III, “b”, do Código de Processo Penal, segundo o qual a decisão dos jurados integrantes do conselho de sentença seria injusta em relação às provas existentes<sup>78</sup>. O tribunal local agiu, portanto, sem provocação para reconhecer a nulidade observada pelos próprios desembargadores.

Esse exemplo está intimamente relacionado com a argumentação do ministro no caso narrado pelo advogado Plínio Barreto. Isso porque Martinho Isidório foi acusado de matar seus irmãos com uma arma de fogo, mas foi absolvido pelo Tribunal do Júri, que o enquadrou no §1º do art. 24 do Código Penal. Tal artigo, em sua redação original, estabelecia que seria isento de pena aquele que praticasse o crime sob embriaguez causada por caso fortuito ou força maior que o deixasse incapaz no momento da ação ou omissão<sup>79</sup>. Pela gravidade do crime cometido, notadamente praticado contra seus irmãos, é grande a probabilidade de o Tribunal de São Paulo ter instrumentalizado a teoria das nulidades exatamente para “corrigir” as injustiças perpetradas pelos jurados no Tribunal do Júri.

O resultado final do julgamento do HC no STF foi pela concessão da ordem no sentido de anular a decisão do Tribunal de Apelação de São Paulo, a fim de que novo julgamento fosse

---

<sup>78</sup> “Art. 593. Caberá apelação: [...] III – das decisões do tribunal do júri, e fundada nos seguintes motivos: a) nulidade posterior à pronúncia; b) injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário; c) injustiça da sentença do juiz presidente, quanto à aplicação da pena ou da medida de segurança. [...]” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941).

<sup>79</sup> “Art. 24. Não excluem a responsabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 07 dez 1940.)

realizado, dessa vez restrito às argumentações trazidas pelo Ministério Público em sua apelação. Contudo, apesar de inicialmente a decisão beneficiar o paciente, este julgamento representa um dos poucos, no corpo estudado, em que foi necessário o voto de desempate do Presidente, naquele momento o Ministro Eduardo Espínola, que votou a favor da concessão. O Ministro Relator José Linhares denegou a ordem em seu voto. Em suas razões, além de considerar que a nulidade pode ser reconhecida de ofício, o ministro expressa que a gravidade da conduta deve ser considerada para a decisão no caso em concreto, como se vê:

Penso que ainda que se considere que a apelação em processo criminal seja de natureza restrita, ainda assim não impede que o Tribunal ad quem possa, encontrando nulidade, prover recurso para sujeito o criminoso a novo júri desde que se trate de manifesta nulidade.

A hipótese se reveste de várias circunstâncias de fato que torna o crime praticado muito alarmante, em vista do estado indefeso das vítimas, praticado com surpresa.<sup>80</sup>

Com isso, confirma-se que as nulidades apenas são parasitas quando atingem um procedimento de punição do acusado, podendo atuar como instrumentos de auxílio aos julgadores quando discordam do resultado material fornecido por outro tribunal. A abertura conceitual permite esse jogo sem grandes dificuldades.

Por outro lado, é interessante pensar que tal argumentação do ministro e o caso em concreto demonstram que os agentes do campo jurídico de fato se sentem mais legitimados do que as pessoas que não pertencem ao campo – como os jurados do conselho de sentença – para fornecer as soluções adequadas para as questões criminais. Camila Prando dedica-se a demonstrar que um dos assuntos mais debatidos nas revistas antes da reforma trazida pelo Código Penal e Código de Processo Penal tratava exatamente da permanência do procedimento do Tribunal do Júri. Um novo formato mais técnico e científico, com valorização dos agentes do campo e especialmente do Poder Judiciário, não abarcaria um procedimento que valoriza a decisão popular. Nesse esteio:

As demandas por burocratização (na especialização de saberes e práticas) e racionalização (na submissão à lei e aos limites do poder de punir) da Justiça Penal, definidas pela dimensão técnica da legalidade, acentuavam e reatualizavam as discussões em torno da legitimidade do júri popular. Ele passava a ser a representação do atraso do saber penal em relação aos progressos científicos da criminologia e ao impulso dogmatizador do direito penal, que exigiam, para sua aplicação, um poder judiciário profissionalizado. (PRANDO, 2013, p. 218)

---

<sup>80</sup> Ministro José Linhares. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.594 – São Paulo. Paciente: Martinho Isidoro. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 4.

Para Plínio, em consonância com aquilo que os doutrinadores e os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal consideram, a solução para evitar esse tipo de instrumentalização equivocada das nulidades seria exatamente a referência ao prejuízo, ou à regra *pas de nullité sans grief* – segundo a qual sem a ocorrência de prejuízo para uma das partes não haveria de ser reconhecida a nulidade. Eis sua argumentação:

O novo Código de Processo poupará aos advogados de amanhã as torturas que eu e outros colegas padecemos. Dispõe ele, como toda a sabedoria que “nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. É esse, efetivamente, o critério que deveria ser adotado de há muito. Se a defesa e acusação se desenvolvem em plena liberdade, sem o menor embaraço, por que anular o processo devido a uma outra irregularidade formal? [...]  
Deu também o novo Código de Processo golpe de morte na chicana, estatuinto que nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interessa. Mas ainda: estabeleceu que não será declarada nulidade de ato processual que houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

O advogado resume em sua crônica todas as limitações ao reconhecimento das nulidades que foram sistematizadas na legislação processual. Como se vê, existia grande expectativa de que a alteração legislativa efetivaria mudanças consideráveis no fluxo de reconhecimento de nulidades pelo Poder Judiciário. Na medida em que as decisões anteriores a janeiro de 1942 foram descartadas do *corpus* construído, não é possível realizar uma análise com esse recorte específico.

Entretanto, algumas questões ainda podem ser apontadas. Primeiro, uma mudança legislativa nos moldes da promulgação do Código de Processo Penal não modifica o fluxo de decisões de forma tão rápida: é necessário um tempo para que os ministros dos tribunais passem a usar as referências da nova legislação. Além do mais, o que foi considerado com grande acerto pelo advogado Plínio Barreto, os dispositivos do CPP correspondem a regras que já existiam em nosso ordenamento, seja nas legislações estaduais, seja como construção doutrinária que também orienta a atividade jurídica.

Nesse contexto, para a compreensão mais acertada desses fluxos, avaliei o reconhecimento das decisões em duas etapas. A divisão foi realizada a partir da mudança de ordenamento constitucional vivenciado pelo Brasil com a promulgação da Constituição de 1946 e o final do governo ditatorial do Presidente Vargas. Meu objetivo foi avaliar se a mudança de um governo ditatorial para uma democracia faria diferença para o fluxo de reconhecimento das nulidades, considerando que o primeiro possui características mais marcantes de procedimento

inquisitorial em suas investigações e na maneira de utilizar a repressão, enquanto o embasamento ideológico democrático está mais conectado com as características acusatórias.

Por coincidência, o marco de promulgação da Constituição se localiza na metade do período analisado, o que abarca também outra questão acerca da proximidade com a mudança legislativa. Se, como previsto por Plínio Barreto, a legislação tivesse a capacidade de modificar o fluxo de decisões, alterando a cultura jurídica que as fundamenta, seria natural que na segunda metade do período estudado, passados quatro anos de vigência do CPP, esse fluxo apresentasse alguma diferença considerável.

Pois bem. Na primeira metade do período analisado, final do período conhecido como Era Vargas, o Supremo Tribunal Federal se relacionava no Executivo ainda com o governo de Vargas. Apesar de o tribunal ter se mostrado como ponto de resistência em relação a alguns temas levados à Corte, a maioria dos ministros ali presentes tinham sido indicados pelo próprio Presidente (COSTA, 2006). Dessa maneira, o tribunal trabalhava, em grande parte, apoiando as decisões do Executivo. Foi nesse período, por exemplo, que foi efetivada a conhecida decisão de extradição de Olga Benário, então grávida, para a Alemanha - o que, em virtude de ser comunista e judia, significou sua sentença de morte.

De acordo com Ricardo Gloeckner (2018), uma das características do processo penal autoritário seria a relativização das nulidades e supressão das nulidades absolutas, em prol do combate a um excesso de formalismo. Desvaloriza-se, com isso, o procedimento estabelecido em privilégio do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual a forma não é um fim em si mesmo. Sendo assim, a tendência de um processo relacionado a um regime também autoritário seria a dificuldade de reconhecer a ocorrência da nulidade na prática. Foi exatamente esse fluxo o encontrado entre os anos de 1942 e 1946 no Supremo Tribunal Federal, com aproximadamente 86% das decisões não reconhecendo as nulidades levantadas pelas partes. Os números foram organizados na tabela abaixo:

Tabela 7 – Quantidade de acórdãos do que reconheceram nulidades no período 1942-1946, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| Houve reconhecimento de nulidades? | Nº de acórdãos | %              |
|------------------------------------|----------------|----------------|
| Não                                | 66             | 85,71%         |
| Sim                                | 11             | 14,29%         |
| <b>Total</b>                       | <b>77</b>      | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

Esses dados também ajudam a descortinar a afirmação feita pela maioria dos agentes jurídicos do período de que as nulidades eram aplicadas de forma frívola e excessiva nas cortes criminais do país. Ora, não seria possível que em apenas quatro anos de vigência de Código de Processo Penal houvesse uma mudança tão drástica no fluxo de decisões acerca das nulidades processuais penais, a ponto de deixarem de ser reconhecidas de forma descontrolada para o serem em apenas 14% dos acórdãos efetivados pelo STF. Sequer a configuração do Tribunal foi modificada nesse período, que permaneceu composto basicamente pelos mesmos ministros entre 1942 e 1946. Tais resultados corroboram a noção de que dificilmente o fluxo das trocas jurídicas, que tende a ser especialmente conservador, sofreria uma mudança tão radical numericamente.

Bem verdade, a noção de que nulidades eram reconhecidas sem limitação pelo Poder Judiciário faz parte muito mais de um folclore construído pelas doutrinas nacional e estrangeira do que de uma prática efetivamente identificável no funcionamento da justiça. Isso não significa dizer que fossem falsas as afirmações feitas pelo advogado Plínio Barreto ou por tantos outros juristas; mas esse excesso não representava um problema estrutural, como se levou a crer por tantos anos. Afinal, não é possível atribuir qualquer espécie de mau funcionamento da Justiça Criminal a um excesso de formalismo dos agentes do campo jurídico brasileiro.

Como visto no segundo capítulo, percebe-se que as matérias processuais foram historicamente relegadas a um plano simbólico inferior em relação aos demais ramos do direito. Isso se reflete na estrutura do ensino jurídico - durante um longo período do século XIX, apenas um semestre da grade curricular era destinado para todos os tipos processos (VENANCIO FILHO, 2011) - e na ideia, instituída com a Primeira República, de que não haveria necessidade de a matéria processual ser legislada nacionalmente, podendo cada estado determinar seu funcionamento processual. Segundo essa lógica o procedimento não tem uma importância central; portanto, a conclusão de que as nulidades já foram tão valorizadas, em uma espécie de culto cego às formas, não se sustenta.

A estratégia de fazer afirmações sobre o funcionamento dos campos sociais sem levantamento de dados é algo que faz parte das trocas costumeiras do campo jurídico. Se, como demonstra Marcelo Mayora (2016), os doutrinadores penais do período ditatorial sentiam-se legitimados para emitir opiniões acerca de questões de saúde dos “delinquentes” ou do combate ao crime, imagine-se o quão confortáveis se sentiam para emitir opiniões acerca do processo em que atuam diretamente. A autenticidade das afirmações vem do fato de o locutor ser agente do campo jurídico e carregar consigo a força simbólica de possuir o conhecimento técnico-

científico do direito. A experiência de Plínio Barreto enquanto advogado que atuava em São Paulo foi suficiente, em conjunto com a concordância dos demais agentes jurídicos, tendo em vista que Plínio não diverge da opinião geral, para que ele fizesse afirmações partindo do lugar de “quem sabe como a justiça funciona”.

O efeito dessa construção é justificar a necessidade de controle das nulidades processuais, já que estariam, conforme a ideia dominante, sendo aplicadas de forma excessiva. Ao menos teoricamente, o processo brasileiro também valoriza-se simbolicamente ao se aproximar das formas produzidas no continente europeu, notadamente na Itália, referência importante e constante no campo jurídico, como já avaliado no estudo da doutrina do período. Como consequência, o procedimento criminal resta ainda mais enfraquecido - o que, ironicamente, aumenta a possibilidade de sua instrumentalização pelos julgadores.

O segundo período, de 1947 a 1952 - abarcando, dessa forma, a vigência da Constituição de 1946 -, apresenta um fluxo praticamente igual ao do primeiro bloco. Novamente, tem-se os dados compilados:

Tabela 8 - Quantidade de acórdãos do que reconheceram nulidades no período 1947-1951, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| <b>Houve reconhecimento das nulidades?</b> | <b>Nº de acórdãos</b> | <b>%</b>       |
|--------------------------------------------|-----------------------|----------------|
| Não                                        | 55                    | 83,33%         |
| Sim                                        | 11                    | 16,67%         |
| <b>Total</b>                               | <b>66</b>             | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

Numericamente, os dois períodos não apresentaram exatamente o mesmo número de acórdãos. Isso se deu porque, inicialmente, não havia pensado em utilizar o ano de 1951 como marco final da coleta, por limitação do próprio site do STF, já explicada; além disso, a seleção dos acórdãos foi aleatória. Contudo, no momento de fechar o levantamento, procurei selecionar aleatoriamente alguns acórdãos para chegar a um certo equilíbrio entre os anos estudados. Ao final, houve uma diferença de apenas dez decisões entre os dois blocos temporais.

Apesar dessa diferença, a proporção entre o reconhecimento ou não das nulidades permaneceu praticamente a mesma: 83% das decisões não considerou as nulidades apresentadas pelas partes, enquanto aproximadamente 17% reconheceu a nulidade em debate. Em comparação com o período anterior, tem-se apenas 2% a mais de decisões positivas, o que não é capaz de representar uma mudança de fluxo. Pelo contrário, evidencia-se um equilíbrio que confirma a principal hipótese: não há um culto ao formalismo processual, mas sim um desrespeito constante e institucionalizado das formas estabelecidas em lei.

Nem mesmo a chegada do período democrático fortaleceu a ideia da presunção de inocência ou a associação de que forma seria garantia para o acusado, construída pela doutrina mais contemporânea. O princípio da presunção de inocência, importante referência para a valorização das formas processuais penais, está presente nas duas constituições, de 1937 e de 1946. Por sua vez, a suposição de que sua concretização seria mais eficaz em períodos com valores democráticos não é sustentada pelos dados apresentados. Na verdade, os sinais demonstram que a justiça criminal do cotidiano, com réus desprovidos de elementos que os insiram em grupos dominantes, opera reproduzindo injustiças independente do regime político vivenciado pelo Estado.

### **3.3.5 Formas de fundamentação na análise das nulidades: centralidade do artigo 563 do Código de Processo Penal e da ideia de “prejuízo”**



Para compreender a instrumentalização da teoria das nulidades, examinei quais argumentos foram utilizados pelos ministros para fundamentar suas decisões. A grande maioria desses acórdãos, nos termos já avaliados, não reconheceu as nulidades apontadas pelos recursos ou pelo *habeas corpus*; as argumentações serão, desse modo, desfavoráveis às nulidades.

Para empregar referências mais objetivas na análise, estabeleci na construção do *corpus*, via tabela do Excel, alguns elementos específicos que poderiam existir na argumentação da decisão. Relacionados às esferas que integram o campo jurídico, os primeiros vetores estão associados à menção direta dos ministros à lei, Código de Processo Penal ou a obras doutrinárias do período. Assim, procurei identificar o quanto os ministros, representantes do direito na prática, recorriam diretamente a outros agentes jurídicos, doutrinadores e legisladores, representantes de um direito mais teórico e abstrato.

De uma forma geral, percebi que os acórdãos tecem argumentações jurídicas com base em dispositivos legais do Código de Processo Penal. Sem dúvidas, explicações de interpretações legais foram as mais presentes nos votos dos ministros - o que não constitui por si só nenhuma surpresa, tendo em vista que a função clássica do juiz no campo do direito é de aplicar a lei ao caso concreto. Em relação às decisões já proferidas, ou à construção de uma jurisprudência, o que seria outro papel do julgador, o comum era a referência a seu próprio entendimento na questão jurídica debatida, notadamente quando se tratava de um tema apresentado com frequência para julgamento em relação às nulidades processuais penais. Como exemplo, veja-se este trecho, abaixo reproduzido, do voto do Ministro Castro Nunes:

Suponho mesmo já haver votado no sentido que não constitui nulidade a ser pronunciada em habeas-corpus a falta do termo de apelação, por isso que da inobservância dessa formalidade nenhum prejuízo resulta para a defesa do réu, não tendo, portanto, o relevo que, data vênha, se lhe emprestou nos julgamentos apontados pelo impetrante.<sup>81</sup>

Ainda assim, em termos absolutos, a maneira mais usual de construção dos votos dos ministros era sem o acompanhamento de justificativas legais ou doutrinárias diretas. Os ministros decidiam a partir do seu ponto de vista. Simplesmente, a força da decisão já estava em ser proferida pelo próprio Poder Judiciário. Isso era possível especialmente porque, como

---

<sup>81</sup> Ministro Castro Nunes. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 28.087 – Santa Catarina. Paciente: Octavio Bruel. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1942. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, p. 5.

demonstrado no tópico anterior, o resultado de não reconhecimento das nulidades e de manutenção do processo criminal não trazia grandes mudanças para o *status quo* da prisão.

Em termos quantitativos, a fundamentação mais frequente encontrada nos acórdãos do *corpus* foi a referência ao Código de Processo Penal, com um pouco mais de 15% das decisões:

Tabela 9 – Quantidade de acórdãos com referência direta aos dispositivos do Código de Processo Penal sobre nulidades, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| Houve referência direta aos dispositivos do CPP sobre nulidades? | Nº de acórdãos | %              |
|------------------------------------------------------------------|----------------|----------------|
| Não                                                              | 121            | 84,62%         |
| Sim                                                              | 22             | 15,38%         |
| <b>Total</b>                                                     | <b>143</b>     | <b>100,00%</b> |

Fonte: Acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Elaboração própria.

No momento do levantamento, escolhi apenas considerar a referência aos artigos do Livro III, Título I, “Das Nulidades”, ne medida em que estava focada em pensar a instrumentalização da teoria das nulidades no processo penal. Contudo, para a compreensão do fluxo entre os agentes do campo, posteriormente considereei que talvez tivesse sido importante ter contabilizado qualquer referência ao Código de Processo Penal. De todo modo, um possível retrabalho de contabilização nesse caso não traria importantes frutos, uma vez que foram poucos os julgamentos que deixei de contabilizar. Sendo assim, faço a referência apenas para esclarecimento da metodologia utilizada.

Em relação às menções de produção doutrinária do campo jurídico do período pelos ministros, um dos acórdãos que mais se destacou foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 8361/1944 de São Paulo. A discussão perpetrada dizia respeito à possibilidade de iniciar o procedimento de contravenção penal de porte de arma de fogo<sup>82</sup> por portaria da autoridade policial, nos termos do art. 531 do Código de Processo Penal<sup>83</sup>, ou apenas por auto de prisão em flagrante, em virtude da natureza da conduta delitiva. No caso, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Apelação de São Paulo mantiveram a anulação do procedimento por ausência de

<sup>82</sup> “Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 13 out 1941.)

<sup>83</sup> “Art. 531. O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941.)

auto de prisão em flagrante. No tribunal houve discussão entre os desembargadores, que decidiram por maioria pela anulação. A partir do voto vencido, o Procurador Geral do Estado interpôs Recurso Extraordinário com o objetivo de modificar a decisão de reconhecimento da nulidade<sup>84</sup>.

Apesar da redação do artigo em debate ser clara no sentido de possibilitar o início do procedimento de contravenção penal por meio de portaria, existia, à época, uma controvérsia doutrinária – da qual participava, inclusive, o doutrinador italiano Manzini - segundo a qual a natureza do crime de porte de arma de fogo ilegal faria com que sua materialidade só pudesse ser comprovada pelo próprio flagrante. No relatório do caso, o Ministro Relator Annibal Freire esclarece a querela, ao resumir a fala de um dos desembargadores do Tribunal de São Paulo:

Examina em seguida o sentido da expressão “porte de armas”, idêntica à expressão usada no código italiano. Invoca o comentário de Manzini e sustenta que o próprio Art. 531 do atual Código de Processo penal não socorre os que têm opinião contrária à exigência do auto de flagrante para o caso como o dos autos, em que o “fato presente” do porte de arma, nas condições previstas na lei é que constitui a contravenção, a qual exige, como condição de sua subsistência a “surpresa em flagrante”.<sup>85</sup>

Mesmo sendo o porte de armas uma contravenção de menor gravidade, gerou uma controvérsia jurisprudencial de grande dimensão nos tribunais. Ao fim, o STF se posicionou pela interpretação literal da lei. Como disse o Ministro Annibal Freire, “a vulgaridade do fato gerador do processo contrasta com a importância da tese tão brilhantemente versada por ambas as partes nesse processo”<sup>86</sup>. Em seguida, o relator segue a interpretação italiana acerca do fato e vota pelo não provimento do recurso extraordinário, mantendo o reconhecimento da nulidade por ausência de auto de prisão em flagrante:

A expressão do nosso Código é idêntica à do Código italiano e a propósito o acórdão recorrido recorda o ensinamento de Manzini, invocado igualmente por Bento de Faria. (...) Um dos autores mais recentes sobre a matéria, depois de recordar as fases por que passou a legislação repressora do porte de armas, acentua que o delito é de natureza

<sup>84</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8.361 – São Paulo. Recorrente: Procurador Geral do Estado. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8.361 – São Paulo. Recorrente: Procurador Geral do Estado. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 152.

<sup>86</sup> Ministro Annibal Freire. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8.361 – São Paulo. Recorrente: Procurador Geral do Estado. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 154.

permanente. Esta consideração não exclui, porém, a necessidade do flagrante para a caracterização do ato presente. O mesmo autor declara:

–“Na verdade, o delito se comete no momento em que a pessoa se afasta da habitação ou da dependência desta e dura até o momento em que os agentes ou oficiais da polícia judiciária verificam a contravenção. (Sabatini - Delle contravvenzioni in particolare, do Trattato di diritto penale. De Florian, 1937, pg. 337).<sup>87</sup>

No entanto, o resultado do julgamento foi contrário ao voto do relator. Os demais ministros seguiram, em sua totalidade, o voto revisor do Ministro Castro Nunes, que, em suas justificativas, apesar de reconhecer a existência de outras interpretações, defende a interpretação literal da lei - tanto do art. 531, já apontado, como do art. 564, III, “a”, ambos do Código de Processo Penal. Este segundo artigo, integrante do título das nulidades, expressa que a nulidade ocorrerá no caso das contravenções por ausência de portaria da autoridade policial ou do auto de prisão em flagrante. Sendo assim, para Castro Nunes, seria necessário apenas um dos dois para o início do procedimento. De todo modo, nas fundamentações realizadas, quase todos os Ministros fizeram menção a doutrinadores do período - que inclusive, integram esta pesquisa: Bento de Faria, Camara Leal e Espínola Filho.

Nesse caso, diferente de outros encontrados no *corpus*, percebe-se que a literalidade da lei prevaleceu sobre outras interpretações. Já no caso da Carta Testemunhável nº 11.233 de São Paulo por duas vezes a interpretação literal da lei não prevaleceu: nem a do art. 505 nem a do art. 639, ambos dispositivos do Código de Processo Penal<sup>88</sup>. Nos dois casos destacados, independentemente da maneira pela qual foi realizada a interpretação, o desfecho foi pela manutenção da condenação.

Já em outro caso interessante, o RHC 30.663/49 de Goiás<sup>89</sup>, o defensor dativo do réu não apresentou as alegações em memoriais durante a instrução processual, desrespeitando o que o art. 500 do CPP<sup>90</sup> estabelecia no período: prazo de três dias para apresentação da peça.

<sup>87</sup> Ministro Annibal Freire. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8.361 – São Paulo. Recorrente: Procurador Geral do Estado. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 156.

<sup>88</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

<sup>89</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 30.633 – Goiás. Paciente: Manoel Gonzaga de Menezes. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1949.. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

<sup>90</sup> “Art. 500. Esgotados aqueles prazos, sem requerimento de qualquer das partes, ou concluídas as diligências requeridas e ordenadas, será aberta vista dos autos, para alegações, sucessivamente, por três dias: I - ao Ministério Público ou ao querelante; II - ao assistente, se tiver sido constituído; III - ao defensor do réu. § 1º Se forem dois ou mais os réus, com defensores diferentes, o prazo será comum. § 2º O Ministério Público, nos processos por crime de ação privada ou nos processos por crime de ação pública iniciados por queixa, terá vista dos autos depois do querelante.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out. 1941.)

Nessa situação, em que pese a reconhecida importância da peça de defesa para o réu, apontada pelo próprio ministro, o Relator Edgard Costa entendeu que a literalidade do art. 564, III, “c” e “l”, ambos do CPP<sup>91</sup>, não elencava como exemplo de nulidade a não apresentação da defesa. E assim:

A jurisprudência - embora com decisões divergentes, - não empresta à essa omissão a eiva de nulidade; e, parece-se, acertado esse entendimento ad instar do que se dispõe relativamente à defesa prévia escrita, cujo oferecimento não é também obrigatório, como resulta do art. 396, não obstante tratar-se de peça muito mais essencial à defesa que as alegações finais. Não colhe o argumento tirado à disposição do art. 564, III, letra l, que considera nulidade a falta de defesa oral na sessão do julgamento; porque importante também em nulidade, pelo mesmo dispositivo, a falta de acusação, ter-se-ia que admitir como nulidade também a falta de alegações escritas do querelante ou do assistente, o que jamais sequer se arguiu. Demais, verifica-se da colocação desse dispositivo que o legislador teve principalmente em vista o julgamento pelo júri, e, assim, o que ele prevê é a própria solenidade desse ato, que sem a acusação e a defesa não poderá considerar-se completo. Nego provimento ao recurso.<sup>92</sup>

Revela-se com clareza, nesse trecho, a cultura jurídica do período – a qual, como já indicado na análise das obras doutrinárias sobre o tema, não enxergava a forma processual como uma garantia do réu no procedimento penal. A defesa e a acusação estavam no mesmo patamar processual e o que era considerado para uma parte também era, do mesmo modo, para a outra. Era a ideia de defesa social, segundo a qual o papel do procedimento penal é proteger a sociedade dos delitos cometidos, que direta ou indiretamente prevalecia nas decisões.

Em 1944, a maioria dos ministros integrantes da Corte havia sido indicada por Vargas, que permaneceu no poder até 1945. Muitos desses ministros, como todos os quatro citados na descrição dos últimos acórdãos - Annibal Freire, Philadelpho Azevedo, Castro Nunes e Edgard Costa -, tiveram outros cargos públicos antes de sua nomeação ao STF. Annibal Freire chegou a ter mandato eletivo como deputado federal pelo Estado de Pernambuco, Castro Nunes foi juiz federal e ministro do Tribunal de Contas, Philadelpho Azevedo foi Procurador Geral do Distrito Federal, função máxima do Ministério Público no estado, e Edgard Costa foi juiz de direito e desembargador do Tribunal de Apelação (RODRIGUES, 2002, vol IV). Essa lista contempla

<sup>91</sup> “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...] c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; [...] l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; [...]” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out 1941).

<sup>92</sup> Ministro Edgard Costa. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 30.633 – Goiás. Paciente: Manoel Gonzaga de Menezes. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1949.. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 55.

apenas os cargos mais importantes que ocuparam, pois todos também desempenharam outros papéis na administração pública.

Como já mencionado no capítulo anterior, os agentes do campo jurídico estão intimamente relacionados com o funcionamento do Estado e tem grande importância para sua estruturação. Ainda que o século XX tenha representado uma certa resistência àquele bacharelismo considerado acrítico, proveniente do século XIX, o campo jurídico ainda era central para as classes dominantes brasileiras. É inclusive difícil encontrar um agente considerado grande jurista do período que não tenha, em algum momento de sua carreira, integrado diretamente a burocracia estatal. Por outro lado, a Era Vargas é marcada pela atuação dos juristas e pela defesa da aplicação adequada da “ciência” do direito na construção do Estado e como caminho para o progresso da nação (SILVEIRA, 2016). Foram muitas as reformas e os caminhos traçados pelos juristas no período, o que pode ser atestado pela trajetória de nomes como o de Francisco Campos.

Fazer parte da estrutura estatal é prezar também pelos ideais de segurança e defesa social. Os ministros parecem considerar que sua atuação, baseada em ditames científicos do direito, é essencial para o andamento dessa estrutura. Além de julgar o caso concreto em si, o Poder Judiciário deve prezar pela segurança da sociedade.

Por sua vez, a alusão dos ministros à doutrina nacional e internacional para a construção dos seus argumentos nos votos, apesar de existir em casos específicos, não era habitual no cotidiano dos julgamentos. Nos termos da tabela abaixo reproduzida, somente em 7% dos acórdãos tal referência aconteceu, confirmando que o modo de fundamentação direta, sem grandes justificativas, era o padrão de atuação:

Tabela 10 - Quantidade de acórdãos com referência direta à doutrina processual penal, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| <b>Houve referência direta à doutrina processual penal?</b> | <b>Nº de acórdãos</b> | <b>%</b>       |
|-------------------------------------------------------------|-----------------------|----------------|
| Não                                                         | 133                   | 93,01%         |
| Sim                                                         | 10                    | 6,99%          |
| <b>Total</b>                                                | <b>143</b>            | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.

O objetivo central da pesquisa é compreender como a teoria das nulidades foi instrumentalizada pelos agentes do campo jurídico na década de 1940. Nos termos explicados

no primeiro capítulo, parti do pressuposto de que essa teoria representa um importante instrumento de controle dos procedimentos realizados no direito. Quais artigos serão respeitados pelo cotidiano da justiça, quais serão aplicados em sua interpretação literal, são escolhas que dependem, dentre outros fatores, do desenho de um caminho de consequências negativas geradas pelo desrespeito à lei. A criação de tal desenho, por sua vez, depende do Poder Judiciário, notadamente dos tribunais. No caso das nulidades, a consequência negativa seria a ineficácia do ato processual praticado.

Até aqui, foi possível perceber ao analisar o funcionamento dos agentes em diferentes esferas do campo jurídico. Sem dúvidas, o caminho não é tão simples, uma vez que a própria construção da jurisprudência não é uniforme e não tem a mesma importância para as justiças dos estados na década de 1940. Os interesses e as relações objetivas entre os agentes podem mudar. Contudo, ao menos, avaliar a teoria das nulidades com atenção é compreender a centralidade que os próprios agentes davam à problemática no período.

Para tentar alcançar essa compreensão, elenquei vetores de argumentos utilizados na teoria para verificar se apareciam nas decisões tomadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Pela leitura da doutrina da década de 1940, pude perceber que algumas das questões tratadas atualmente não circulavam no conhecimento jurídico do período – como a divisão das nulidades entre absolutas e relativas, algo central na doutrina contemporânea. Com efeito, apenas um dos doutrinadores falou sobre essa diferenciação nas obras estudadas.

Ainda assim, no intuito de não deixar nada de fora, organizei na tabela de levantamento a possibilidade de aparecerem dois grupos de argumentos centrais para a teoria das nulidades no processo penal: a ideia de prejuízo e a relativização das nulidades. Como esperado, em nenhuma decisão estudada os ministros argumentaram sobre a nulidade ser relativa ou absoluta, característica que definiria a anulabilidade de cada ato processual.

Por sua vez, o grupo que destaquei como prejuízo abrange, na verdade, qualquer argumento jurídico relacionado ao princípio da instrumentalidade das formas. No primeiro capítulo, expliquei que este princípio é uma regra de organização do sistema processual, segundo o qual há relativização das formas processuais a partir de alguns vetores. O mais conhecido deles é o princípio do prejuízo, ou *pas de nullité sans grief*, elencado no art. 563 do Código de Processo Penal. Como explanado, esse princípio estabelece que, mesmo quando há desrespeito ao modelo legal desenhado pelo legislador, se não houver prejuízo para nenhuma das partes o ato processual continuará produzindo seus efeitos. Este é o argumento mais citado pelos ministros para fundamentar o não reconhecimento de uma nulidade.

Em aproximadamente 22% dos 143 acórdãos estudados houve ministros que fundamentaram sua decisão no princípio do prejuízo e, de forma expressa ou não, nos dizeres do art. 563 do Código de Processo Penal. Levando em consideração as demais formas de fundamentação analisadas, como referência direta à lei, outras decisões ou a obras doutrinárias, o argumento do prejuízo foi, sem dúvidas, o mais empregado, como se depreende da tabela abaixo:

Tabela 11 – Quantidade de acórdãos com argumentação utilizando o princípio do prejuízo, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| Houve argumentação utilizando o princípio do prejuízo? | Nº de acórdãos | %           |
|--------------------------------------------------------|----------------|-------------|
| Não                                                    | 112            | 78,32       |
| Sim                                                    | 31             | 21,68       |
| <b>Total</b>                                           | <b>143</b>     | <b>100%</b> |

Fonte: elaboração própria.

O recurso a tal princípio, defendido pelos agentes do campo jurídico como a grande solução para os problemas da teoria das nulidades, foi sem dúvida a característica mais marcante de todo o *corpus* analisado. Apesar de já existente no direito brasileiro antes da promulgação do Código de Processo Penal, o princípio foi publicizado e defendido diversas vezes como um sinal de modernidade do novo sistema processual iniciado com o CPP: havia sido descoberta a resposta para a “vegetação parasita” espalhada pelo país.

A argumentação acerca do prejuízo pode também ser vantajosa para o reconhecimento de uma nulidade, afinal o magistrado pode reconhecer a ocorrência de prejuízo no caso concreto levado à sua apreciação. Diante disso, fiz uma verificação mais detalhada acerca do objetivo do magistrado ao mencionar tal princípio - se para reconhecer a nulidade apontada pela parte ou para afastá-la. Ao final, cheguei ao seguinte quadro:

Tabela 12 – Quantidade de acórdãos que utilizavam o princípio do prejuízo pelo reconhecimento da nulidade, dentre os acórdãos sobre nulidades processuais penais julgados pelo STF (1942-1951)

| Houve utilização do princípio do prejuízo pelo reconhecimento da nulidade? | Nº de acórdãos | %              |
|----------------------------------------------------------------------------|----------------|----------------|
| Não                                                                        | 22             | 70,97%         |
| Sim                                                                        | 9              | 29,03%         |
| <b>Total</b>                                                               | <b>31</b>      | <b>100,00%</b> |

Fonte: elaboração própria.



O resultado alcançado foi demonstra que um pouco mais de 70% das fundamentações dos ministros utilizou o princípio do prejuízo com o intuito de considerar que no caso em julgamento não ocorreu a nulidade. Esse resultado já era esperado, até mesmo em uma porcentagem mais alta, se considerado o fluxo de não conhecimento geral das decisões. A verdade é que a centralidade do princípio é tamanha que, mesmo ao reconhecer as nulidades em favor da defesa, a existência de prejuízo também é base da fundamentação do magistrado. Veja-se a fala do Ministro Castro Nunes sobre o tema:

O SR. MINISTRO CASTRO NUNES (Relator) (...) Tenho entendido que o Código de Processo Penal, considerando sanada a nulidade quando o ato, ainda que inobservada a forma legal, atinge o fim colimado e, ainda, consoante a regra expressa no art. 566 que manda releva a nulidade que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa - tenho entendido que desses dispositivos, cujo sentido é não prestigiar demasiado a forma em detrimento do fundo, resulta a regra de que a nulidade da instrução criminal é apreciada em concreto, tendo em vista a repercussão que para a acusação ou defesa se apure da inobservância do preceito legal, inoperante por si só, sem demonstração de um prejuízo realmente verificado ou razoavelmente presumido, para autorizar o pronunciamento da nulidade apontada.

[...]

Reconheço que o uso dessa faculdade ou poder reservado ao magistrado no tocante à observância das regras formais é de extrema delicadeza, porque um passo a mais, uma tolerância demasiada poderá comprometer todo o sistema, levando ao extremo inadmissível de ser o réu processo, não de acordo com a forma prescrita na lei, mas pelas variantes que, em cada caso, adote o juiz da culpa.<sup>93</sup>

Uma das nulidades mais reconhecidas pelos ministros no *corpus* analisado diz respeito a uma questão jurídica que não faz mais sentido no processo penal atual: trata-se da necessidade de um curador para o réu menor de 21 anos, desde a instauração da investigação. Como exemplo, cito o HC nº 29.529 do Paraná, no qual o Ministro Orosimbo Nonato esclarece a importância da regra:

O SR. MINISTRO OROSIMBO NONATO [...]. Se a nomeação de curador ao menor, ainda na fase policial, é mandamento desenganado da lei e se o assunto se relaciona direta o imediatamente com a defesa que, no sistema do Código, e para repetir palavras do eminente Ministro Francisco Campos, constitui "indeclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal", racionável parece a conclusão da infringência da lei, em parte tão importante e melindrosa, resulta nulidade inafastável, nos termos, ainda, que descomportam distinções da letra c do art. 564 do C. de Proc.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Ministro Castro Nunes. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.957 – São Paulo. Paciente: Angelo Longo. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1945. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

<sup>94</sup> Ministro Orosimbo Nonato. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.529 – Pará. Paciente: José Antônio Vasconcelos. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1946. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 78.

É interessante notar que as conclusões do ministro em muito se assemelham a uma argumentação que hoje se consideraria ser sobre nulidade absoluta: uma regra tão importante que a consequente resposta do Judiciário a um eventual desrespeito obrigatoriamente seria o reconhecimento da nulidade. A tendência de reconhecimento de nulidade diante dessa ausência de curador se confirma nos números, haja vista que 9 acórdãos do *corpus* levantaram esse tipo de nulidade. Mesmo assim, existiram acórdãos que não consideraram esse desrespeito à forma processual como passível de nulidade.

Atualmente, uma das principais críticas ao princípio do prejuízo é relativa à dificuldade em conceituar o que poderia ser prejuízo no procedimento penal, notadamente para o réu. Mesmo quando se consiga pensar no que seria esse prejuízo, permanece a dificuldade de provar essa condição (GLOECKNER, 2018). Nenhum doutrinador do período, por exemplo, apesar de todos defenderem a importância do princípio, conseguiu definir o que seria esse prejuízo. Assim, atualiza-se a antiga crítica da demasiada abertura dos conceitos e classificações da teoria das nulidades, a qual impediria sua aplicação mais sistemática na prática.

Essa observação não é novidade: o Ministro Orosimbo Nonato se manifestou acerca da questão, pontuando a utilização excessiva da ideia de prejuízo. O ministro defende, inclusive, que o prejuízo seja presumido, ainda que de forma relativa, para os casos de desrespeito à defesa. Considera, para tanto, que seria excessiva a exigência dessa comprovação, que se traduz em uma tarefa “diabólica” para a parte. Reproduzo os argumentos abaixo:

Entende-se que o princípio pas de nullité sans grief domina no processo criminal ainda com mais império que no processo civil e que, em qualquer caso, é necessário se produza prova de prejuízo pela vulneração da lei processual ou infringência de formalidades legais. Demais disso, alega-se, e é exato, que pelo sistema de processo penal, as nulidades cobrem-se pelo silêncio da parte, pela não arguição em tempo hábil.

Data vênha dos eminentes colegas, sempre opus temperamentos ao radicalismo dessas proporções e julgo que em muitos casos se presume, ainda que iuris tantum, a ocorrência de prejuízo. Em todos os casos ligados à defesa, ausência de citação, etc., tenho que o ônus da prova do prejuízo não compete ao réu, que o alega, o que seria diabólico, assim como ocorre na ausência de curador ao menor. Entendo que o prejuízo se presume, ainda que a presunção seja vencível.<sup>95</sup>

Por sua vez, o Ministro Goulart de Oliveira também tensiona a utilização excessiva da ideia de prejuízo. Segue um caminho argumentativo parecido com o do Ministro Castro Nunes,

<sup>95</sup> Ministro Orosimbo Nonato. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 29.967 – D. Federal. Paciente: Albino Gomes Correia. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1947. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, p. 9.

porém alegando ser impossível a comprovação do prejuízo, o qual, defende, deve ser percebido a partir do olhar do magistrado. Apesar de Castro Nunes ter criticado anteriormente a não existência de presunção da ocorrência das nulidades, discorda de Goulart, afirmando ser possível a comprovação do prejuízo. Nesses termos:

O SR. MINISTRO GOULART DE OLIVEIRA: - Sr. Presidente. (...) Não me convence o fato de se sustentar que, na sistemática do Código em vigor, não se presume prejuízo da defesa ou da acusação. Não há possibilidade de exigir se faça prova de uma ofensa à defesa ou à acusação. Essa presunção está a cargo do espírito esclarecido do intérprete, do julgador, sobretudo. Nós, aqui, nunca teríamos de apreciar essa possibilidade, que é básica na organização do nosso Direito Penal, se tivéssemos de exigir sempre provado o prejuízo da defesa.

O SR. MINISTRO CASTRO NUNES - Pode ser demonstrado.

O SR. MINISTRO GOULART DE OLIVEIRA: - Essa demonstração se faz por circunstâncias que se fixam, de tal maneira, que se espírito do julgador que o convencem de que houve injustiça na falta de asseguramento da defesa, ou prejuízo da acusação. Neste sentido, tem sido o julgamento dos tribunais e posso dar testemunha, em relação a mim, nunca encontrei demonstrado, de maneira evidente, o prejuízo da defesa. Em relação ao menor tenho sustentado sempre isso: a orientação da defesa, em relação ao menor, se faz desde o início da apuração da sua culpa. Se se permitir a nomeação do curador, apenas, no juízo, a defesa não é assegurada e isto é o que, segundo o meu parecer, prevaleceu na sistemática do nosso processo penal.<sup>96</sup>

Esses dois trechos foram os mais críticos à ideia de *pas nullité sans grief* que encontrei na pesquisa. Apesar de tais questionamentos, sem dúvidas a ideia de prejuízo foi a mais instrumentalizada nos acórdãos, possuindo uma centralidade enorme para a teoria das nulidades no processo penal. A abertura da conceituação de “prejuízo”, por seu turno, permite que os ministros utilizem o princípio conforme suas necessidades, seja para não reconhecer a nulidade, como na maioria das vezes, seja para reconhecê-la.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.771 – Paraná. Paciente: Augusto Rosmar. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. P. 31/32.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O formato escolhido para a pesquisa exigiu de mim uma imersão intensa em textos jurídicos. Textos, para dizer a verdade, cansativos de acompanhar, em razão da linguagem empregada, da repetição de temas e conceitos, da quantidade de referências e autorreferências que nem sempre faziam sentido ou acrescentavam conteúdo. Por vários momentos, cheguei a me questionar se tanta leitura da doutrina de manual e das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre nulidades processuais penais seria interessante para uma pesquisa. O recorte, de fato, atingiu o objetivo inicial: adentrar nas trocas simbólicas do campo jurídico. Cheguei, posso dizer sem medo, quase ao “tipo ideal” do momento em que o direito se reproduz sobre si mesmo.

A sistemática das nulidades trata das consequências que o desrespeito à forma legal estabelecida gera para um procedimento jurídico. O objeto da pesquisa é, assim, o próprio direito. O quanto da burocracia vamos respeitar na prática cotidiana do direito e da justiça criminal é o que está em jogo diretamente. De forma indireta, esse procedimento pode significar a efetivação de um direito material de alguém ou, no caso do processo penal, a efetivação do poder de punir do Estado. A partir daí, podemos seguir em várias temáticas correlatas.

Discutir o tema das nulidades é importante para as disputas internas do campo jurídico. O direito é um campo conservador, não apenas no sentido de manutenção das estruturas dominantes, mas também no sentido de autopreservação. Uma das grandes contribuições do texto de Bourdieu é perceber como o funcionamento do campo permite que mesmo ideias anteriormente desvantajosas para as classes dominantes passam a integrar o campo jurídico e a fortalecer a sua lógica. Nessa lógica, o caminho legítimo da resistência passa pelo campo jurídico, que é visto como o caminho legítimo para a proteção de todos os interesses sociais envolvidos.

A primeira característica da doutrina e da jurisprudência que merece ser destacada é a capacidade de manutenção dos discursos e da linguagem. Essa dinâmica foi percebida com mais nitidez em virtude da minha trajetória enquanto professora de direito, em especial de processo penal. Os textos lidos, salvo alguns trechos que não fazem mais sentido no direito contemporâneo, poderiam estar localizados historicamente no momento atual. Os acórdãos do Supremo Tribunal Federal têm a mesma estrutura e a mesma linha de raciocínio dos atuais. Por vezes essa produção de decisões semelhantes, um “copia e cola”, é atribuída à tecnologia atualmente disponível, que apresenta a possibilidade de armazenar modelos no computador e reutilizá-los para diferentes casos.

Se, sem dúvidas, a tecnologia facilita a reprodução do modelo jurídico, não foi por causa da tecnologia que ele passou a existir. A forma no campo jurídico importa bastante - não a forma do procedimento, mas a forma de relações dentro do próprio campo. Estar apto a fazer parte das trocas, ser considerado jurista, exige do agente que consiga reproduzir essa teatralidade nas audiências e na produção de peças escritas. Assim, a repetição vem do próprio modelo de funcionamento do direito.

Essa constância, ainda mais quando observada de perto, promove um certo desânimo em relação ao funcionamento da justiça criminal. Todos os conceitos, mesmo aqueles considerados mais importantes para as garantias constitucionais - hoje bastante difundidas - já existiram em determinado momento. Borges da Rosa, doutrinador pesquisado que mais se dedicou ao tema das nulidades, até porque já havia escrito uma obra específica sobre o assunto, traz a referência de que a forma já foi considerada em processo penal como garantia do réu e por isso seguia, nesse período histórico, o sistema de avaliação das nulidades taxativo em relação às hipóteses legais.

Para Borges da Rosa esse entendimento estava ultrapassado; mostrava um direito desconectado da realidade. De certa forma, o juiz “boca da lei” ou o juiz “bacharel”, no sentido pejorativo que o termo acabou carregando à época, não cabia mais na análise do doutrinador. Considerar apenas a letra da lei, sem compreender a finalidade do processo - que seria a punição e a segurança social - correspondia a um entendimento ultrapassado. Agora, o julgador deveria estar ciente de seu papel “científico” e atento à realidade social.

Em termos dos conceitos jurídicos, tratar o processo a partir de sua finalidade é respeitar o princípio da instrumentalidade das formas, uma referência para o direito “moderno”, o direito do jurista e não do bacharel. A forma não seria considerada apenas pela forma, mas pela finalidade do processo. O problema é que o argumento de que a forma teria valor também para as garantias do acusado não teve inserção no discurso: a finalidade do processo penal era a punição, a proteção ou até mesmo a recuperação do criminoso. A finalidade da forma é para a punição.

Hoje, alcançamos um ponto em que é difícil encontrar um discurso jurídico que não compreenda a importância das nulidades no processo penal ou da forma enquanto garantia essencial ao réu. Isto é, se você vai ser punido e sua liberdade retirada, o mínimo que se espera é que seja respeitado o devido processo legal. Contudo, os fluxos de não reconhecimento dessas nulidades continuam os mesmos. De certa maneira, percebo que os discursos vão e vêm, enquanto algumas características centrais da prática jurídica permanecem inabaláveis.

Praticamente não há doutrina que não critique o problema de conceituação e sistematização das nulidades. Na década de 1940 isso também é verdade. Criticava-se então, critica-se hoje. Com a promulgação do Código de Processo Penal e a sistematização dos dispositivos da matéria em um só título, a solução dos problemas já estava dada pela lei; a questão seria ajustar sua implementação com os aplicadores do direito - que, segundo alguns doutrinadores da pesquisa, chegavam a ter má-fé e preguiça na análise dos casos concretos, motivo pelo qual a sistemática não seria bem aplicada.

Hoje, em um ordenamento constitucional que preza pela presunção de inocência e ampla defesa, o problema está nesse mesmo Código de Processo Penal que foi produzido na década de 1940, durante um governo abertamente autoritário e inspirado em outro código advindo de outro governo autoritário. Essa lei que permite, por sua falta de sistematização e organização, a produção de arbitrariedades pelos juízes, notadamente na seara das nulidades processuais penais que não são reconhecidas quando deveriam. É assim que os discursos do campo jurídico circulam, vão e vêm.

Retornar ao momento atual durante uma pesquisa histórica, apesar de certa forma inevitável, pois o presente é o ponto de partida do pesquisador, pode ser um movimento traiçoeiro e deve ser executado com atenção. Contudo, no caso da presente pesquisa, essa dinâmica de período autoritário e democrático aconteceu na própria década de 1940. A chegada da democracia com a Constituição de 1946 em nada modificou o fluxo de decisões das nulidades ou a maneira como o procedimento era valorizado dentro da justiça criminal. Demonstrei por meio de números que não houve diferença nem no conteúdo das decisões nem na solução apresentada.

Ainda relativamente às permanências do campo jurídico, a principal delas é a dificuldade que se tem em reconhecer as nulidades no procedimento penal. Usar o termo “dificuldade” talvez seja abrandar um pouco a questão. Há de fato recusa em reconhecer as nulidades de procedimentos desconectados com o modelo legal, sob o receio de, assim, contribuir para o controle do procedimento penal. Essa é, sem dúvida, a maior permanência identificada no *corpus* estudado.

Para efetivar o não reconhecimento das nulidades, a primeira estratégia dos julgadores é instrumentalizar o princípio do prejuízo, derivado do princípio da instrumentalidade da forma. Essa conceituação jurídica é, sem dúvidas, a mais presente dentre as falas do período. Representa, na doutrina, o direito científico preocupado com as questões sociais; na

jurisprudência, simboliza a possibilidade de não reconhecimento dos desrespeitos à forma processual pelas partes e pelos juízes das instâncias inferiores.

Os doutrinadores consideravam a sistemática das nulidades processuais um tema de difícil conceituação. Para a solução desse embate, recorreram à aplicação da ideia de prejuízo. O desrespeito à forma só será considerado nulidade, com a desconsideração de parte ou todo o processo, caso seja comprovado a ocorrência de prejuízo para alguma das partes, acusação e defesa em igual medida. Ocorre que ninguém consegue (ou não tem vontade de) conceituar o que seria esse prejuízo e como ele poderia ser comprovado, nem nos textos doutrinários, nem nas decisões.

Por exemplo: em um dos casos, o advogado de defesa do réu não apresentou as alegações finais no procedimento. Posteriormente, o réu impetra *habeas corpus*, argumentando nulidade no julgamento, pois havia sido cerceada a sua defesa. A primeira fundamentação, nesse caso, foi que a regra do Código de Processo Penal estabelecia a necessidade de o prazo ser concedido à parte. Consequentemente, o não cumprimento do prazo concedido não seria desrespeito à forma. Em outras palavras, seria um problema do réu se o advogado não cumpriu o prazo, posto que o Poder Judiciário fez sua parte ao intimá-lo para apresentação dos memoriais. No entanto, o ministro também considerou que não foi comprovado prejuízo na situação e que o réu foi julgado adequadamente.

Ora, se o réu não ter tido oportunidade de apresentar a defesa adequada após a instrução processual não se enquadra no conceito de prejuízo, torna-se uma tarefa difícil saber o que seria o prejuízo pelo desrespeito à forma. Também é interessante pensar como o réu comprovaria esse prejuízo: de que maneira a defesa conseguiria comprovar no *habeas corpus* que a ausência de apresentação das alegações finais influiu na decisão do julgador? Ou, ainda, que a apresentação das argumentações teria o condão de mudar o entendimento do magistrado?

De todo modo, essa discussão chegou a ser realizada nos próprios debates entre os ministros. Apesar de terem sido apreciados casos específicos, um dos ministros apontou a dificuldade de comprovar, segundo a sistemática atual, quando o prejuízo ocorria, ponderando-a como uma tarefa hercúlea. Posteriormente, em outro caso, foi considerada a possibilidade de determinados prejuízos, notadamente aqueles relacionados à defesa, serem presumidos - algo parecido com o que a doutrina contemporânea entende como nulidade absoluta.

Não obstante, não identifiquei preocupação dos doutrinadores nesse sentido, apesar de a doutrina dos manuais de processo penal ser o espaço mais propício para realizar esse tipo de debate e conceituação. O comum era que os doutrinadores apresentassem um panorama rápido

da historicidade do princípio *pas de nullité sans grief*, seguido da defesa de como a ideia de prejuízo iria apresentar a solução para a sistemática das nulidades e para o excesso de zelo pela forma.

Porém, os números altos de indeferimento da ordem de *habeas corpus* sem o reconhecimento das nulidades, bem como a constância desse quadro ao longo dos dez anos estudados levam-me a crer que esse período de intenso zelo às formalidades no procedimento penal, tão referido pelos doutrinadores como pertencente a um passado “infernai”, nunca existiu na prática.

De fato, talvez esse passado não tenha existido sequer teoricamente – afinal, as primeiras legislações que efetivamente apresentaram uma certa sistematização das nulidades foram alguns códigos estaduais no período da descentralização das normas processuais na Primeira República. O manual de João Mendes de Almeida Jr., datado de 1901, apesar de ser um dos mais completos do período - pois não se trata de uma obra de comentários ao Código de Processo Penal, mas de um manual mais profundo com debates teóricos da área -, sequer possui um tópico específico destinado às nulidades. Eventualmente considerar um ato processual importante não significaria um apego tão expressivo à forma processual.

O que me parece mais provável é que o princípio da instrumentalidade das formas - e, por consequência, o princípio do prejuízo - acabou por simbolizar um tipo de agente do campo jurídico valorizado desde o começo do século XX. Nessa composição, a figura do bacharel, formado em direito e reproduzidor acrítico de leis de forma, é associado ao período do Império, ao velho, ao decadente. A partir da República, com a valorização dos cursos superiores e do conhecimento científico, o agente jurídico deve se enquadrar na figura do jurista - conhecedor não apenas das leis, mas também das “ciências sociais” como um todo. Ocorre que o conhecimento considerado racional nem sempre significa menos conservadorismo; pelo contrário, as práticas e os silenciamentos permaneceram no processo.

O debate sobre bacharelismo chama atenção para outro aspecto importante da pesquisa: os integrantes do campo jurídico, ao menos aqueles que se interessam ou trabalham com o processo penal, tem sua trajetória marcada pela participação na burocracia estatal. Isso se aplica não apenas os julgadores do *corpus*, que por óbvio integram o Poder Judiciário, mas também aos doutrinadores, que foram, ao longo de sua atuação profissional, juizes, ministros, diretores, deputados, membros do Ministério Público e da própria força policial.

São, assim, representantes do Estado, com *habitus* referentes a esse metacampo. A circulação dos discursos, portanto, também tem a intenção de manter tais agentes nesses



espaços de poder, muitos reservados exclusivamente para o jurista. Não é de surpreender que a finalidade do processo seja considerada a partir da visão do Estado, de defesa social e combate à criminalidade, em detrimento da visão da defesa, do réu.

O discurso em voga pode até ser modificado com o aumento da complexidade das teorias jurídicas e da sistemática constitucional, mas o papel de centralidade política dos juristas permanece o mesmo. Coincidência ou não, o fluxo de não reconhecimento das nulidades levantadas pela defesa é mínimo, padrão percebido por várias pesquisas.

Comecei falando de silenciamento. Decido, assim, também terminar mencionando-o. É possível perceber que a figura desenhada por Manuela Abath – sobre a existência de duas justiças criminais paralelas no início do século XX, uma relativa ao cotidiano das cidades, com prisões para averiguação e contravenções penais, e outra dos delitos mais graves, processados pela polícia civil e marco inicial do procedimento penal em si - também se reproduz na presente pesquisa. Nesse cenário, o silenciamento é justamente a solução de convivência entre esses dois modelos; o silenciamento total sobre a existência daquilo que não é institucionalizado de forma adequada. Silencia-se sobre a atuação na ponta inicial do procedimento, com a polícia ostensiva, mas também se silencia sobre seu final, o processo de execução da pena aplicada. Tal silenciamento é uma das estruturas que permite ao campo da justiça criminal funcionar mantendo a desconexão entre o que se fala na teoria e o que se faz na prática.

Esse debate é complexo - e talvez a escolha de mergulhar tão profundamente nas trocas do campo, nos textos produzidos, nas dinâmicas de quem disse isso ou aquilo, de quem se referiu a quem, tenha excluído do corpo da pesquisa importantes debates. De todo modo, espero que os textos escolhidos e as discussões levantadas contribuam para uma maior compreensão do direito e do funcionamento da justiça criminal.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Florêncio de. Princípios informativos do Código de Processo Penal. **Revista Forense: Mensário Nacional de doutrina, jurisprudência e legislação**, Rio de Janeiro, v. 96, n. 484, p. 13-19, out. 1943.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. Inquirição de testemunhas. In: **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo: Vol. 03, 1895, 91-93.
- ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e Juristas: saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- ALVES, Marcelo Mayora. **Os penalistas na ditadura civil-militar**. As ciências criminais e as justificativas de ordem. 2016. 413 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- ALVES, Roque de Britto. Em memória do pai. **Revista da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas: Aniversário de 45 anos da APLJ e posse de acadêmicos.**, Recife, v. 3, n. 1, p. 39-41, abr. 2022.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. In: **Sequência**. V. 50, 2005, p. 71-102.
- ASSIS, Larissa Maria Melo Ambrozio de. **Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo sobre os julgamentos do Collorgate e do Mensalão pelo Supremo Tribunal Federal**. 2017. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**. Coleção Constituições Brasileiras. Vol. II. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- BALEEIRO, Aliomar; BARBOSA, Lima Sobrinho. **Constituições brasileiras: 1946**. Coleção Constituições Brasileiras. Vol. V. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARBOSA, Ruy. **Habeas Corpus**. Salvador: Typografia do Diario da Bahia, 1892.

BARRETO, Cunha. Revisão Criminal. In: **Revista Forense**: Mensário Nacional de doutrina, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro, v. 90, n. 466, p. 52-61, abr. 1942

BARRETO, Plínio. As nulidades em face do novo Código de Processo Penal. In: **Revista Forense**: Mensário Nacional de doutrina, jurisprudência e legislação, Rio de Janeiro, v. 89, p. 283-285, jan. 1942.

BARRETO, Tobias. Introdução ao estudo do direito. In: BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 5-40. (V). História do Direito brasileiro. Direito Penal

BARROS, José D'Assunção. Fontes históricas: olhares sobre um caminho percorrido e perspectivas sobre os novos tempos. In: **Albuquerque**: Revista de História. Campo Grande, MS. V. 2, n. 3, p. 71-115, jan./jun. 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECKER, Howard S. **Segredos e truques da pesquisa**. São Paulo: Zahar, 2007.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BORTOLUCI, José Henrique; JACKSON, Luiz C.; PINHEIRO FILHO, Fernando A. Contemporâneo clássico: a recepção de Pierre Bourdieu no Brasil. In: **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, [S.L.], n. 94, p. 217-254, abr. 2015. FapUNIFESP (SciELO).

BEVILAQUA, Clovis. Palavras Iniciais. In: **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Vol. 01. Recife: Typohraphia de F. P. Boulitreau, 1891.

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

BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O senso prático**. Petrópolis: Vozes, 2013.

BOURDIEU, Pierre. Os juristas, guardiões da hipocrisia coletiva. In: F. Chazel e J. Commaille (eds.). *In: Normes juridiques et régulation sociale*. L.G.D.J., Paris, 1991. Traduzido por Eduardo Emanuel Dall'Agnol de Souza. Disponível em: <http://direitosociedadecultura.blogspot.com.br/2011/03/os-juristas-guardiaes-dahipocrisia.html>. Acesso em 16/06/2015.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. 11ª Edição. Campinas: Papirus, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017

CABRAL, Newton Darwin de Andrade. **Nascida no coração da Igreja no centro do Recife**: Universidade Católica de Pernambuco, 70 anos de educação superior católica. Sem ano. Disponível em: <[https://www1.unicap.br/?page\\_id=230](https://www1.unicap.br/?page_id=230)>. Acesso em: 15 de mai. 2020.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. 1940.

CAMPOS, José. Código de Processo Penal Brasileiro. In: **Revista Forense**: Mensário Nacional de doutrina, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro, v. 89, n. 465, p. 860-862, mar. 1942.

CARNELUTTI, Francisco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994.

CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. **O dito pelo não dito**: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. 2016. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. Reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL - CPDOC (Rio de Janeiro) (org.). **Anos de Incerteza (1930 - 1937)**: Tribunal de Segurança Nacional. In: CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL - CPDOC (Rio de Janeiro). Fundação Getúlio Vargas (org.). **A Era Vargas: dos anos 20 a 1945**. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/RadicalizacaoPolitica/TribunalSegurancaNacional>. Acesso em: 03 maio 2021.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL - CPDOC. Ary de Azevedo Franco. In: CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL - CPDOC. **Verbete**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas - FGV, 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/ari-de-azevedo-franco>. Acesso em: 02 dez. 2021

CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro. *In: Revista Brasileira de História*. V. 8, n. 16, p. 83-195, mar./ago., 1988.

CHARTIER, Roger. Pierre Bourdieu e a história. Debate com José Sérgio Leite Lopes. **Topoi**. Revista de História. Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, p. 139-182, mar. 2002. Disponível em: <http://revistatopoi.org/site/topoi4/>. Acesso em: 01 fev. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMACO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2ª edição. São Paulo: Unesp, 2006.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DUARTE, José. Monopólio da Ação Penal. *In: Revista Forense: Mensário Nacional de doutrina, jurisprudência e legislação*. Rio de Janeiro, v. 96, n. 485, p. 249-255, nov. 1943.

FELONIUK, Wagner Silveira. **A criação do Supremo Tribunal Federal em 1890**. 2016. 302 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

FERRAZ, José Antônio Bittencourt. **Escritores valeparaibanos**. Antônio Luís da Câmara Leal. 2019. Disponível em: <https://escritoresvaleparaibanos.blogspot.com/2019/10/antonio-luis-da-camara-leal.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª edição: revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011.

FLORÊNCIO CARLOS ABREU E SILVA. *In: Wikipédia, a enciclopédia livre*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Flor%C3%A7%C3%A2ncio\\_Carlos\\_de\\_Abreu\\_e\\_Silva](https://pt.wikipedia.org/wiki/Flor%C3%A7%C3%A2ncio_Carlos_de_Abreu_e_Silva)>. Acesso em: 29 mai. 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do Século XIX. *In: Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. Vol. 35. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006. p. 339-371.

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. **A criminologia no ensino jurídico no Brasil**. 2014. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

GOMES, Angela de Castro (org.). **Olhando para dentro**: 1930-1964. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020. (História do Brasil Nação: 1808-2010).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Memória**, 2020. Sínteses Históricas, Galeria de Presidentes, Florêncio Carlos Abreu e Silva. Disponível em: < <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/galeria-da-presidentes/florencio-carlos-de-abreu-e-silva.html>> Acesso em: 22 de jun. de 2020.

JOURDAIN, Anne; SIDONIE, Naulin. **A teoria de Pierre Bourdieu e seus usos sociológicos**. Coleção Sociologia: pontos de referência. Petrópolis: Vozes, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2ª edição. Juruá: Curitiba, 2010.

KORNIS, Mônica; JUNQUEIRA, Eduardo; HIPOLITO, Regina. Supremo Tribunal Federal. *In*: CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL - CPDOC (Rio de Janeiro). Fundação Getúlio Vargas (org.). **Dicionários**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/supremo-tribunal-federal-stf>. Acesso em: 15 maio 2021.

LARRAURI, Elena. **La herancia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000, 3ª edição.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; HOFFMANN, Grégora Beatriz. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em termos de reparação e prevenção de violações de direitos humanos e o alcance de suas sentenças sob a perspectiva das “sentenças estruturantes”. **XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**: Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, Santa Cruz do Sul, maio 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/index>. Acesso em: 23 jun. 2020.

LEWANDOWSKI, Andressa. **O Direito em última instância**: uma etnografia do supremo tribunal federal. 2014. 227 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Sociais, Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOUREIRO, Antônio Tovo. **Nulidades & limitação de punir**: análise de discurso dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ (Paraná). **Memorial**. Antonio Cardoso de Gusmão. Disponível em: <https://memorial.mppr.mp.br/pagina-91.html>. Acesso em: 20 jun. 2020

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

NASSIF, Aramis. NASSIF, Samir Hofmeister. **Considerações sobre nulidades no processo penal**. 2ª edição: revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995

NOVAES, Bruna Portella de. **Embranquecer a cidade negra**: gestão do trabalho de rua em Salvador no início do século XX. 2017. 144 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983

[[PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934. Coleção Constituições Brasileiras. Vol. III. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

OXFORD LANGUAGES, Dicionário Online de Português, 2022. Disponível em: <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/> Acesso em: 10 jan. 2022.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Defesa das liberdades civis (1891-1898). Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Defesa do federalismo (1899-1910). Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Doutrina brasileira do Habeas-Corpus (1910-1926). Volume III. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 1930-1963. Volume IV. Tomo I. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

SALDANHA, Nelson. **Estudos de teoria do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do direito**. 2ª Edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SOMARRIBA, Valentina Gomes. Quando Caliban calou a voz de Ariel: as críticas de Francisco Campos ao liberalismo político nos anos 30. **Varia História**, Belo Horizonte, v. 1, n. 23, p. 205-213, jul. 2000.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **Lei, cotidiano e cidade**: Polícia Civil e práticas policiais na São Paulo republicana. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SCHWARCZ, M. Lilia. STARLING, Heloisa M. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das letras, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moriz (org.). **A abertura para o mundo**: 1889-1930. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020. (História do Brasil Nação: 1808-2010)

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. *In: Tempo Social*, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 157-178, 18 mar. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00157.pdf>.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. Morte e vida de um “projeto bandeirante”: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. *In: Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, Minas Gerais, V.1, p. 61-88, 17 mar. 2017. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/6>

SILVEIRA, Mariana de Moraes. **Revistas em tempos de reformas**: pensamento jurídico, legislação e política. 2013. 391 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de História, Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. Direito, ciência do social: o lugar dos juristas nos debates do Brasil dos anos 1930 e 1940. **Estudos Históricos (Rio de Janeiro)**, [S.L.], v. 29, n. 58, p. 441-460, ago. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s2178-14942016000200007>. Acesso em: 29 dez. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Eduardo Espínola. **Presidentes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/presidente.asp?periodo=stf&id=179>. Acesso em: 23 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *In: Wikipédia*, a enciclopédia livre. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Supremo\\_Tribunal\\_Federal](https://pt.wikipedia.org/wiki/Supremo_Tribunal_Federal)>. Acesso em: 12 dez. 2021.

Valença. Manuela Abath.



VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania Policial no Recife no início do Século XX**. 2018. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VAZ, Augusto. Processo criminal. *In*: **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Vol. 16. Recife: Typohhraphia de F. P. Boulitreau, 1908.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2011.

VILLEGAS, Mauricio García. On Pierre Bourdieu's Legal Thought. **Droit Et Société**: Revue Internationale de Theorie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris, v. 56-57, n. 1, p. 57-71, jan. 2004. Disponível em: [https://www.persee.fr/issue/oai:cairn.info:drs\\_056](https://www.persee.fr/issue/oai:cairn.info:drs_056). Acesso em: 06 mai. 2019.

WACQUANT, Loïc. Esclarecendo o *habitus*. *In*: **Revista Educação & Linguagem**, Marília, Ano 10, n. 16, p. 63-71, jul./dez., 2007, p. 65.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.705 – Minas Gerais. Paciente: Paulo Roque dos Santos. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.771 – Paraná. Paciente: Augusto Rosmar. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.957 – São Paulo. Paciente: Angelo Longo. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1945. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.351 – Minas Gerais. Paciente: Mauro Camarinho. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1946. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.451 – Pernambuco. Paciente: Mario Fonseca de Albuquerque Maranhão. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1946. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.529 – Pará. Paciente: José Antônio Vasconcelos. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1946. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 29.652 – Distrito Federal. Paciente: Juvenal de Almeida Cunha. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1947. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 29.967 – D. Federal. Paciente: Albino Gomes Correia. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1947. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 29.996 – Distrito Federal. Pacientes: Arthur Villaça Brandão, Fernando Costa Filho e Ernani Leite Fernandes. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1947. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 30.516 – Piauí. Paciente: José Eugênio da Silva. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1948. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 30.633 – Goiás. Paciente: Manoel Gonzaga de Menezes. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1949. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

## Legislação

BRASIL. Decreto nº 8.662, de 5 de abril de 1911. Approva o regulamento das Faculdades de Direito. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal, Seção 1, Página 3997. 6 abril 1911

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 24 fev. 1891

BRASIL. Lei nº 38, de 4 de abril de 1935. Define crimes contra a ordem política e social. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 28 jun. 1935 (Republicação).

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 10 nov. 1937.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 18 set. 1946.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 11 out. 1890.

BRASIL. Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929. Modifica a Lei de Fallencias. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 09 dez. 1929.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 07 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 13 out. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 03 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Distrito Federal. 11 jan. 2002.

## FONTES HISTÓRICAS

ABREU, Florêncio de. **Comentários ao Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)**. Vol. V. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro anotado**. Comentários aos artigos 503/573. Vol. V. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1945.

FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. Dec.-lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941. Arts. 394 a 811. Volume II. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. Comentários aos artigos 394 a 811, seguidos de formulários correspondentes. Vol. 2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1943.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. **Código de Processo Penal**. Breves anotações. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro**. Art. 563 a 811. Vol. IV. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1943.

ROSA, Inocencio Borges da. **Processo Penal Brasileiro**. Obra de teoria e prática sobre o Código do Processo Penal do Brasil – Dec.-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Volume 3. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942.

## Decisões

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Testemunhável nº 11.233 – São Paulo. Recorrente: Nicolau João. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8.361 – São Paulo. Recorrente: Procurador Geral do Estado. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1944. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos em Recurso Extraordinário nº 10.690 – Espírito Santo.. Recorrente: Almerina Gomes de Lima. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1949. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 9.526 – Rio de Janeiro. Recorrente: Companhia Ultragaz S.A. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1945. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 28.087 – Santa Catarina. Paciente: Octavio Bruel. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1942. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 28.594 – São Paulo. Paciente: Martinho Isidoro. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal. 1943. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.