

FACULDADE DE DIREITO
DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO -
MESTRADO.

PIETRO CARDIA LORENZONI

A REGRA DO PREJUÍZO APLICADA ÀS NULIDADES PROCESSUAIS
PENAIIS: ESTUDO À LUZ DA EXPANSÃO DO CONTROLE ESTATAL PELA
VIA PENAL

Porto Alegre

2018

PIETRO CARDIA LORENZONI

**A REGRA DO PREJUÍZO APLICADA ÀS NULIDADES PROCESSUAIS
PENAIAS: ESTUDO À LUZ DA EXPANSÃO DO CONTROLE ESTATAL PELA
VIA PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Tutelas à efetivação de direitos indisponíveis. Linha de pesquisa: Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados.

Orientador: Dr. André Machado Maya.

Porto Alegre

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Cardia Lorenzoni, Pietro

A regra do prejuízo aplicada Às nulidades processuais penais: estudo À luz da expansão do controle estatal pela via penal / Pietro Cardia Lorenzoni. -- Porto Alegre 2018. 200 f.

Orientadora: André Machado Maya.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Processo Penal. 2. Nulidades. 3. Regra do Prejuízo. 4. Garantia. 5. Expansão do Direito Penal Lato Sensu. I. Machado Maya, André, orient. II. Título.

PIETRO CARDIA LORENZONI

**A REGRA DO PREJUÍZO APLICADA ÀS NULIDADES PROCESSUAIS
PENAIAS: ESTUDO À LUZ DA EXPANSÃO DO CONTROLE ESTATAL PELA
VIA PENAL**

DISSERTAÇÃO PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

COMISSÃO JULGADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Dr. André Machado Maya

2º Examinador: Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

3º Examinador: Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho

4º Examinador: Prof. Dr. Diogo Rudge Malan

Porto Alegre, 2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devo agradecer à minha família: minha mãe por ser base, minha irmã por ser fonte de inspiração, meu pai pelo apoio, meu padrasto pelo incentivo.

Em seguida, agradeço à família que eu escolhi. Meus amigos-irmãos Marcelo e Octavio, obrigado. Agradeço a vocês pelos cafés, pelos debates e pelo fundamental apoio.

Aos colegas de mestrado, agradeço pela convivência, pelos estudos e pela crítica. Um agradecimento especial aos meus amigos Mateus, Vinicius e Gabriela, obrigado por fazerem a jornada no mestrado ser mais leve e proveitosa.

Ao professor Anízio Pires Gavião Filho, agradeço pelos debates sobre a teoria dos princípios e argumentação jurídica.

Ao professor Francisco José Borges Motta, agradeço pela busca às perguntas certas.

Ao meu orientador e amigo, o professor André Maya, agradeço pela confiança, pelas oportunidades e pela orientação.

Agradeço também ao corpo docente e aos funcionários da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

A todos que participaram direta ou indiretamente dessa jornada, agradeço pois o mérito de uma dissertação é sempre compartilhado.

Finalmente, agradeço à minha inesquecível amiga - Doris Terra. Obrigado por ser fonte de inspiração, luz e energia, mesmo que longe da tua presença física. Obrigado.

RESUMO

A presente investigação, ao examinar a função das nulidades no processo penal como garantidoras de direitos fundamentais, insere-se na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, que integra a área de concentração de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Na pesquisa, parte-se da hipótese de que as nulidades processuais penais são uma forma de garantia de direitos públicos incondicionados durante o processo para analisar o papel das nulidades processuais penais e, especialmente, da norma do art. 563 do Código de Ritos Criminais na consolidação do respeito aos direitos e garantias fundamentais no processo penal brasileiro, o qual sofre uma transformação em razão da expansão do direito penal *lato sensu*. Assim, no primeiro capítulo, analisam-se as bases para a compreensão proposta de Estado Democrático Deliberativo de Direito, dos espaços de atuação do Legislador e do Judiciário e a Teoria Constitucional que pautará a pesquisa. No segundo capítulo, analisam-se as bases para a compreensão do avolumamento do direito penal *lato sensu*, focando-se em algumas das transformações pelas quais a sociedade e o direito penal passam. As nulidades processuais penais são apresentadas no terceiro capítulo a partir da ótica tradicional da doutrina e da jurisprudência. Por fim, no quarto capítulo, apresenta-se uma perspectiva crítica das nulidades processuais penais e da norma do prejuízo. Além disso, são feitas propostas de aperfeiçoamento das nulidades de modo a garantir direitos fundamentais sem renunciar às modernizações que ocorrem no processo penal pátrio contemporâneo. Objetiva-se, com isso, auxiliar na solução da insegurança jurídica que paira sobre a jurisprudência em matéria de nulidades processuais penais. A abordagem básica do estudo desenvolveu-se por meio do método dedutivo, e a técnica de pesquisa empregada foi o estudo bibliográfico, jurisprudencial e legislativo.

Palavras-chave: Processo Penal. Nulidades. Regra do Prejuízo. Garantia. Expansão do Direito Penal *lato sensu*.

ABSTRACT

The present investigation examines the function of the nullities in the criminal process as guarantors of fundamental rights and it is part of the research line of Investigations for the Effect of Public Unconditional Rights, which integrates the area of concentration of ways to the Effective Unconditional Rights of the Program of Post-Graduation in Law at the Faculty of Law of the Rio Grande do Sul Public Prosecutor's Office. In the research, it starts from the hypothesis that the nullities can be a way of protection of fundamental rights during and protecting the due process of law to analyze the role of criminal procedural nullities and, especially, the norm of art. 563 of the Code of Criminal Rites in the consolidation of respect for fundamental rights and guarantees in the Brazilian criminal process, which undergoes a transformation due to the expansion of criminal law *lato sensu*. Thus, in the first chapter, we analyze the bases for the proposed understanding of the Democratic Deliberative State of Law, the spaces of action of the Legislator and the Judiciary and the Constitutional Theory that will guide the research. In the second chapter, we analyze the bases for the comprehension of the widening of the criminal law *lato sensu*, focusing on some of the transformations by which society and criminal law passes. Criminal procedural nullities are presented in the third chapter from the traditional point of view of doctrine and jurisprudence. Finally, in the fourth chapter, a critical perspective is presented on the nullities of criminal procedure and the norm of the art. 563. In addition, proposals for improving nullities in order to guarantee fundamental rights without renouncing the modernizations that occur in the contemporary domestic criminal proceedings are made. The aim is to assist in resolving the legal uncertainty that surrounds the case-law on criminal procedural nullities. The basic approach of the study was developed through the deductive method and the research technique used was the bibliographic, jurisprudential and legislative study.

Keywords: Criminal procedure. Nullities. Prejudice rule. Guarantee. Expansion of the criminal law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade.
AGRG – Agravo Regimental.
ARE – Agravo em Recurso Extraordinário.
Art. – artigo.
BVerfGE – Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (Tradução livre: Decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão).
CPP – Código de Processo Penal.
DJ. – Diário de Justiça.
DJe. – Diário de Justiça Eletrônico.
HC – Habeas Corpus.
Infs. – Informativos.
J. – Julgado em.
Min. – Ministro.
Nº - Número.
p. – Página.
RE – Recurso Extraordinário.
RESP – Recurso Especial.
RHC – Recurso em Habeas Corpus.
STF – Supremo Tribunal Federal.
STJ – Superior Tribunal de Justiça.
T. – Turma.
TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	10
1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE DIREITO:	12
1.1 O PONTO DE PARTIDA: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RAZÃO NA TEORIA DE ROBERT ALEXY.	12
1.2. BREVE ANÁLISE DO PAPEL DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:	18
1.3 O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO	26
1.3.1 Pilares do Estado Democrático Deliberativo de Direito:	26
1.3.2 A força normativa da Constituição Federal:	30
1.4 TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY:	34
1.4.1 Conceituação da ponderação:	35
1.4.2 Estrutura da ponderação:	37
1.4.3 A fórmula peso:	40
1.4.4 O papel dos princípios formais	42
1.4.5 A dogmática dos espaços:	43
1.5 O PODER JUDICIÁRIO, A JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE DIREITO E A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DOS TRIBUNAIS:	49
1.5.1 Crítica a atuações representativas da corte constitucional:	55
1.5.2 A atuação representativa no caso concreto e alguns de seus reflexos:	59
2. VÍNCULOS ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE DIREITO, O PROCESSO PENAL E A EXPANSÃO DO CONTROLE PENAL PELA VIA ESTATAL	65
2.1. A TEORIA GARANTISTA NO PROCESSO PENAL E SUA APROXIMAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:	65
2.1.1 Anotações para uma compreensão da Teoria Garantista:	65
2.1.2 Um modelo (ou espantelho) do direito penal clássico:	68
2.2. AS MUDANÇAS DE PARADIGMAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O RISCO:	77
2.3. A EXPANSÃO DO CONTROLE ESTATAL PELA VIA PENAL:	84
2.4. A JURISDIÇÃO CRIMINAL, OS REFLEXOS DA EXPANSÃO E O PAPEL DA FORMA NO PROCESSO PENAL:	98
2.4.1 A jurisdição criminal como garantia:	98
2.4.2 A forma como garantia e as nulidades como garantias secundárias:	102
3. AS NULIDADES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: O ESTADO DA ARTE.	106
3.1. O ATO JURÍDICO PROCESSUAL:	106
3.2. AS INEXISTÊNCIAS, AS IRREGULARIDADES E AS NULIDADES:	118
3.2.1. O ato irregular no processo penal:	119
3.2.2. O ato inexistente:	120
3.2.3. O ato anulável:	121
3.2.4 O ato nulo e as nulidades relativas e absolutas:	122
3.3. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA TEORIA DAS NULIDADES.....	126

3.3.1. A norma da instrumentalidade de formas:	127
3.3.2. A norma do interesse:	128
3.3.3. A norma da convalidação:	129
3.3.4 A norma da causalidade:	131
3. 4. A NORMA DO PREJUÍZO:	132
3.4.1 Origem histórica da norma do prejuízo:.....	134
3.4.2 A norma do prejuízo para a doutrina:	138
3.4.3 A aplicação da norma do prejuízo pela doutrina:.....	139
3.4.4. A aplicação da norma do prejuízo na jurisprudência:	142
4. UMA PROPOSTA DE LEITURA DA REGRA DO PREJUÍZO E DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS:	
.....	145
4.1. CRÍTICAS AO ESTADO DA ARTE:	145
4.1.1. Anotações sobre uma base inquisitorial histórica e a expansão do processo penal:.....	146
4.1.2 A classificação das nulidades e sua relativização: um problema doutrinário e jurisprudencial:.....	148
4.2 UMA ALTERNATIVA: A RELEITURA DA REGRA PREJUÍZO E SUA RELAÇÃO COM AS NORMAS ORIENTADORAS DA TEORIA DAS NULIDADES:	154
4.2.1 As nulidades e a norma do interesse:.....	155
4.2.2 A norma do prejuízo e sua classificação como regra:	156
4.2.3 A regra do prejuízo e a norma da instrumentalidade de formas:	159
4.2.4 A garantia constitucional como critério verificador do prejuízo e a possibilidade de se utilizar a finalidade da norma como critério:	161
4.3. DIRETRIZES INTERPRETATIVAS PARA A ANÁLISE DO PREJUÍZO: ..	165
4.3.1. A presunção de prejuízo:	165
4.3.2 O ônus argumentativo:	169
4.3.3 A norma do interesse como óbice à verificação do prejuízo:	171
4.3.4. A perda da oportunidade processual como critério verificador do prejuízo:.....	173
4.3.5 A norma da convalidação e o prejuízo:	175
4.4 UMA MUDANÇA NO ASPECTO PRÁTICO:.....	177
4.4.1. A nulidade pela inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal:	177
4.4.2. A nulidade pela ausência de defesa preliminar no rito de drogas:	180
4.4.3. A nulidade pela ausência de fundamentação no recebimento da inicial acusatória:	182
4.4.4 A nulidade pela ausência do defensor técnico na audiência:.....	185
4.5 UMA ANÁLISE DAS NULIDADES NO PROJETO DE LEI Nº 8.045 DE 2010:	186
CONCLUSÃO:	193
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	197

INTRODUÇÃO:

O presente estudo versa sobre as nulidades no processo penal brasileiro. A vigamestra das nulidades processuais penais é o art. 563 do Código de ritos penais, razão pela qual é dado destaque para a norma do prejuízo. Assim, a partir da pesquisa do papel do prejuízo e das nulidades no ordenamento jurídico pátrio, procura-se analisar a aplicação desse microsistema, especialmente como forma de garantir direitos públicos incondicionados dentro da expansão do direito penal *lato sensu*.

Para tanto, depara-se com alguns problemas de pesquisa, a que se pretende responder durante o desenvolvimento do trabalho, como qual o mais adequado enquadramento como espécie normativa do art. 563 do Código de Processo Penal e qual interpretação melhor condiz com um processo penal compromissado com o ordenamento constitucional e com a democracia deliberativa. Nessa perspectiva de processo, examinar-se-ão também a relativização das nulidades na jurisprudência, o posicionamento da carga argumentativa do prejuízo e a possibilidade de a norma do prejuízo colidir com princípios constitucionais ou legais.

Nessa senda, o estudo da Teoria dos Princípios adquire primazia para traçar as bases para a compreensão de uma teoria das normas, da democracia deliberativa, do Estado Constitucional de Direito e do papel do Poder Judiciário no ordenamento brasileiro, elementos que serão brevemente tratados no primeiro capítulo desta pesquisa. Percebe-se, a partir da análise de um caso prático no final do primeiro capítulo, que há, na atualidade, uma expansão do controle estatal pela via penal.

Destarte, no segundo capítulo, analisam-se as bases para a compreensão desse avolumamento do direito penal *lato sensu*. Assim, privilegiam-se algumas das transformações pelas quais a sociedade contemporânea passa, de forma que possibilitem uma melhor análise das demandas sociais por modificação nas bases do direito penal material e processual. No fim desse capítulo, percebe-se que alguns fundamentos clássicos do direito penal tradicional alteram-se para que ele mantenha seu legítimo papel na realidade brasileira contemporânea.

Com efeito, a partir das bases traçadas no primeiro capítulo contextualizadas pela expansão do controle estatal pela via penal como abordado no segundo capítulo, examinam-se as nulidades processuais penais no ordenamento jurídico brasileiro. No

terceiro capítulo, o microsistema é trabalhado da forma que a doutrina majoritária o faz, que condiz com a sua aplicação na jurisprudência pátria.

No quarto capítulo, as nulidades processuais penais são abordadas numa perspectiva crítica. Ademais, propostas de aperfeiçoamento são feitas, objetivando a modernização das nulidades sem perder sua função principal, qual seja: a de garantia de direitos e do devido processo legal.

A importância maior das investigações propostas se dá pela necessidade de efetivação dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988 dentro do processo penal brasileiro, visto que este ainda é regulado por um regramento jurídico outorgado no período da ditadura do Estado Novo de Vargas (1937-1945), que dispõe sobre alguns instrumentos de forma muito afastada do ideal democrático instaurado pela Constituição Cidadã. De outro giro, há a necessidade de estabelecer limites e racionalidades para a expansão do direito penal e para a interpretação judicial das nulidades processuais penais. Justifica-se, ante o exposto, uma investigação aprofundada sobre a norma do prejuízo nas nulidades processuais penais como forma de garantir direitos públicos incondicionados no contexto de expansão do direito penal brasileiro.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE DIREITO:

Para o desenvolvimento do presente trabalho, deve-se fazer uma explicitação da base teórica que se usará para a compreensão do que é direito e como está pautada a democracia em que vivemos. Então, apresentam-se esses conceitos para depois expor o que há de se entender por democracia e Estado Democrático de Direito, suas funções e como influenciarão o Poder Judiciário e a jurisdição e para, no próximo capítulo, entrar na discussão sobre o processo penal dentro da expansão do controle estatal pela intervenção penal.

1.1 O PONTO DE PARTIDA: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RAZÃO NA TEORIA DE ROBERT ALEXY.

O ponto de partida será o pensamento de Robert Alexy. Neste trabalho, pretende-se ir além da mera explicitação da diferença entre os princípios e as regras e o papel do princípio da proporcionalidade. Efetivamente, há de se tratar a teoria de Alexy como um sistema (KLATT, 2012, p. 1), no qual o direito, o Estado Constitucional de Direito, a democracia deliberativa e a Teoria dos Princípios constantemente complementam-se.

Robert Alexy (2015a, p. 35) defende a democracia deliberativa, que, além de uma organização procedimental, constitui um sistema no qual o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano de argumentos no qual todos os participantes buscam uma solução política correta. Nessa senda, Alexy entende, conforme o Tribunal Constitucional Federal Alemão, que a discussão racional livre é o verdadeiro fundamento da sociedade democrática¹.

A democracia deliberativa, nesse sentido (ALEXY, 2015a, p. 35), exige dois fundamentos, quais sejam: a existência de discursos racionais e a institucionalização da democracia deliberativa até onde for realizável. Assim, segue-se a seguinte linha de raciocínio: quem quer correção nas decisões vindas do poder estatal deve querer discursos; quem quer discursos deve querer democracia.

¹ BVerfGE 90, 1 (20 f.)

Antes de aprofundar os estudos sobre a democracia deliberativa de Alexy e como ela se relaciona com o Estado Democrático de Direito brasileiro, deve-se entender a natureza do direito proposto por Alexy. A filosofia do direito do referido autor trata da institucionalização da razão. Robert Alexy (2015a, p. 19) entende que a filosofia do direito é composta por três elementos de definição: 1) a decretação de acordo com a ordem; 2) a eficácia social do direito; e 3) a correção quanto ao conteúdo. Na sua teoria, o decretado e o eficaz formam o lado fático e institucional do direito. Já a correção, forma a sua dimensão ideal. Esses três elementos constituem uma dupla fundamentação do sistema jurídico.

Nesse sentido, Alexandre Trivisonno (2015, p. 102-103) afirma que, na concepção alexyana, o positivismo jurídico entenderá como elementos do direito apenas a autoridade do ordenamento jurídico, ou seja, o estabelecimento em conformidade com o direito posto e a eficácia social. Alexy aceitará que os dois elementos do conceito positivista fazem parte do conceito de direito, mas ele adiciona um terceiro: a correção moral.

Essa adição significa que, além da dimensão real, representada pelos dois elementos do conceito de direito positivista - legalidade autoritativa, nas palavras de Trivisonno (2015, p. 103), e pela eficácia social -, o direito tem uma dimensão ideal, que implicará uma conexão necessária entre direito e moral. Com efeito, é da união das duas dimensões que Alexy sustentará o conceito de direito como detentor de uma natureza dúplice (2010, p. 167).

Segundo Alexandre Trivisonno (2015, p. 103), cada uma das duas dimensões é representada por um princípio: a dimensão real pela segurança jurídica e a dimensão ideal pela correção moral ou justiça. Como se dará essa vinculação entre o ideal e o fático será demonstrado em três pontos: o primeiro sobre o elemento ideal, o segundo sobre os elementos fáticos e o terceiro numa relação de prevalência *prima facie* do fático sobre o ideal.

O primeiro passo consiste na base uniforme das decisões e dos atos dos detentores de poder, que é a pretensão de correção. O direito promove uma pretensão de correção, visto que seus intérpretes na aplicação do direito fazem uma afirmação de que seus atos jurídicos estão corretos quanto ao conteúdo e ao procedimento (KLATT, 2012, p. 5). Além disso, o promover da pretensão de correção consiste na garantia da

fundamentação dos atos jurídicos e na esperança do reconhecimento da correção do ato jurídico perante terceiros (ALEXY, 2015a, p. 21).

Ademais, é necessário que o direito promova uma pretensão de correção, visto que o direito está intimamente ligado à correção, ou de forma ainda mais finalística, à justiça. É inegável que existem diversos entendimentos sobre o que é justiça. Contudo, não se pode pensar um sistema jurídico baseado numa concepção de injustiça ou, como exemplo de Alexy (2015a, p. 21), numa constituição que, em seu artigo primeiro, estabelece que se trata de uma república federal injusta; o exemplo por si só é absurdo. Nessa senda, a própria Constituição Federal brasileira, no seu preâmbulo, elege a justiça como um valor supremo para o direito².

Cumprido frisar que as pretensões de correção não existem apenas no direito. Conforme Alexy (2015a, p. 23), elas são promovidas com sentenças de valor e obrigações morais, e sua forma mais geral é enlaçada com o ato de falar da afirmação. Tomadas de posições morais sem pretensão de correção tornam-se meras expressões de emoções e sentimentos, ou seja, de extrema subjetividade. Caso a fundamentação de posições jurídicas se desse sem pretensões de correção, a racionalidade do próprio sistema jurídico estaria afastada (ALEXY, 2015a, p. 24).

Quem desiste da pretensão de correção perde a possibilidade de estabelecer afirmações racionais, porque afirmações são atos de fala com uma pretensão de verdade, conforme defende Alexy (2015a, p. 24). Caso se perca essa base, que é a promoção da pretensão de correção ou verdade, a própria comunicação se transformaria, visto que fundamentações dariam lugar a manipulações. Então, entende-se que a pretensão de correção é necessária para qualquer discurso racional e, principalmente, para o direito.

O conteúdo da pretensão de correção irá depender do contexto, já que diferentes contextos demandam diferentes critérios de correção (ALEXY, 2015a, p. 24). Por exemplo, os critérios de correção de uma proposta de norma do Poder Legislativo devem ser diferentes dos critérios de correção do controle constitucional promovido pelo Poder Judiciário. Contudo, todas as pretensões de correção têm, em seu núcleo, a necessidade de fundamentação.

² Sabe-se que, conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal, o preâmbulo não possui relevância jurídica; contudo, a expressão no preâmbulo pode servir de orientação para a compreensão da ordem constitucional, visto que ele proclama nos sentidos dos princípios insculpidos na carta constitucional. ADI nº 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso, 15.08.2002, DJ, 08.08.2003, e Infs. STF nº 277/2002 e nº 320/2003, 08 a 12.12.2003.

Além disso, cumpre frisar que a correção aqui analisada significa tanto uma correção com o sistema jurídico, quanto uma correção do sistema jurídico (KLATT, 2012, p. 6). Assim, a correção estará relacionada com o quanto a afirmação ou a decisão jurídica está de acordo com o sistema jurídico e com o quanto o sistema jurídico estará correto por não promover uma injustiça extrema (ALEXY, 2015a, p. 33).

A fundamentação será suportada por uma teoria do discurso, que nada mais é que um procedimento de argumentação. Alexy elabora sua teoria do discurso racional e da argumentação jurídica³ num sistema de 26 regras (KLATT, 2012, p. 6) e formas (ALEXY, 2017a, p. 279-282). As mais importantes regras deste procedimento de argumentação consistem na proteção da liberdade e da igualdade dos participantes do discurso (ALEXY, 2015a, p. 26). Muitas críticas foram feitas à teoria do discurso concernente à sua aplicação, visto que o discurso como proposto por Alexy consiste num modelo ideal e inatingível.

Nessa senda, afirma Alexy (2015a, p. 28):

Sob o ponto de vista da aplicabilidade, a fraqueza principal da teoria do discurso consiste nisso, que seu sistema de regras não oferece um procedimento que permite, em um número finito de operações, sempre chegar, rigorosamente, a um resultado. Isso tem três fundamentos. As regras do discurso não contêm, primeiro, nenhuma determinação com respeito aos pontos de partida do procedimento. Pontos de partida são as, cada vez, existentes convicções normativas e interpretativas dos interesses dos participantes. Segundo, as regras do discurso não determinam todos os passos da argumentação. Terceiro, uma série de regras do discurso tem caráter ideal e, por conseguinte, só aproximativamente é cumprível.

A ideia do discurso ideal é regulativa e está sempre presente em discursos reais, ou seja, sabe-se que o ideal não será atingido, mas o importante papel que ele cumpre é o de servir de medida para a racionalidade dos discursos reais (ALEXY, 2015a, p. 28). Cumpre observar que não se entende a teoria do discurso apresentada como uma forma de argumentação livre de subjetividades, perfeita e completamente racional. Não há de se buscar uma hiper-racionalidade. Deve-se admitir, portanto, que a racionalidade real e prática tem limites que também devem ser levados em conta (PULIDO, 2006, p. 199).

³ Não se relaciona com o objetivo do trabalho o estudo aprofundado da teoria da argumentação jurídica de Alexy. Contudo, as suas teorias permearão toda a presente dissertação. Para quem deseje pesquisas específicas sobre a teoria da argumentação jurídica e da tese do caso especial, indicam-se os trabalhos: ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Colisão de Direitos Fundamentais, argumentação e ponderação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 e para crítica: ATIENZA, Manuel. Las Razones Del Derecho. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2005.

Além disso, não se deve considerar a racionalidade do discurso como uma garantia de verdade universal ou de solução correta, tampouco esta é a ideia defendida por Alexy (2017a, p. 175). Nesse sentido é que se afirma: a racionalidade não pode equiparar-se à certeza absoluta (ALEXY, 2017a, p. 175).

Então, entende-se pela importância da relação entre o discurso real e o discurso ideal e pela possibilidade de que eles dão as ferramentas para eliminar boa parte dos resultados indefinidos. Assim, afirma Alexy (2015a, p. 29) que há resultados corretos pela aproximação suficiente do discurso real do ideal sobre a impossibilidade ou necessidade de certas decisões. Exemplifica-se: Alexy entende que a escravidão é impossível numa democracia deliberativa. De outro giro, a democracia é discursivamente necessária. Contudo, há um espaço de decisões meramente possíveis discursivamente, ou seja, decisões que, de modo racional e fundamentado, podem chegar a resultados diferentes (ALEXY, 2015a, p. 30).

Aqui, percebe-se uma aproximação com Dworkin, visto que ele também entenderá que “algumas questões morais e jurídicas podem não ter, de fato, uma única resposta certa, ou seja, podem ser realmente indeterminadas” (MELO e MOTTA, 2017, p. 737). Compreende-se, neste trabalho, que, apesar de partirem de premissas e concepções filosóficas diferentes, um dos objetivos comuns a ambos os autores, Dworkin e Alexy, é o de eliminar, ou pelo menos minimizar, espaços de arbitrariedade dentro da aplicação do direito (Nesse sentido, por Dworkin: MOTTA, 2009, p. 15, 16 e 20; já por Alexy: GAVIÃO FILHO, 2010, p. 375). Frisa-se que esse objetivo não é incompatível com conceitos indeterminados ou com a ausência de uma única resposta correta em alguns casos jurídicos.

Desse limite da teoria discursiva, percebe-se a necessidade de procedimentos juridicamente regulados que garantam uma decisão, e aqui examinam-se os elementos fáticos, ou seja, o segundo ponto da teoria. A necessidade de imposição e de organização da ordem jurídica, segundo Alexy (2015a, p. 30-31), demonstram a importância do direito para a teoria do discurso, visto que a última, por si só, não teria um poder organizado de coerção.

O problema da imposição nasce porque o conhecimento da legitimidade da norma não determina o seu cumprimento, o que demonstra a necessidade do direito como um sistema de normas armadas com coerção. Lembra-se do conceito de direito

proposto, no qual a eficácia social cumpre importante papel, uma vez que abarca a coerção organizada (ALEXYa, 2015, p. 31).

Já a organização resulta da necessidade da própria administração do direito. O direito deve ser organizado pelo direito. Isso significa uma intensificação do peso da decretação de acordo com a ordem e da eficácia social no próprio conceito do direito (ALEXY, 2015a, p. 31).

Na análise do terceiro ponto da vinculação entre o ideal e o fático, percebe-se como se dará a relação de vinculação. Tal é o sentido quando se afirma que, em situação dita normal, a decretação de decisões de acordo com a ordem jurídica e a sua eficácia social determinam um valor superior à segurança jurídica do que à correção do conteúdo. Contudo, há casos em que essa prioridade muda, por exemplo, na aplicação da fórmula de Radbruch⁴, o que demonstra a complementação entre a ordem jurídica, a eficácia social e a pretensão de correção quanto ao conteúdo (ALEXY, 2015a, p. 31).

Assim, não se trata de uma proposta de vinculação absoluta entre direito e moral ou de uma justificação moral para as manifestações do direito como bem adverte Feldens (2012, p. 34-35). Trata-se de aceitar que o direito incorpora a moral como limite externo de modo a superar o juspositivismo acrítico. Tal é o sentido da afirmação que “as normas jurídicas perdem sua validade quando ultrapassam o umbral da extrema injustiça” (FELDENS, 2012, p. 35).

Essa complementação é condição de legitimidade do direito. Cumpre afirmar, contudo, que a complementação não exige uma cobertura completa do direito com a moral. Reforça-se: o direito valerá mesmo quando injusto; a fórmula de Radbruch servirá apenas de limite exterior ao direito em casos extremos⁵ (ALEXY, 2010, p. 176).

⁴ Aqui cumpre explicar quando essa prioridade pode mudar e as consequências da falta de complementaridade, no acerto de Robert Alexy (2015, p. 31-32): “se os melhores argumentos falassem a favor de uma primazia rigorosa do decretado de acordo com a ordem e da eficácia social sobre a correção quanto ao conteúdo, a famosa proposição de Kelsen ‘por isso, cada conteúdo qualquer pode ser direito’ seria exata em sua totalidade. Radbruch objetou contra isso, após 1945, que o conflito entre a justiça, portanto, a correção quanto ao conteúdo, e a segurança jurídica, sem dúvida, fundamentalmente, deve ser solucionado a favor da segurança jurídica, mas isso não vale ilimitadamente. A primazia do decretado e do eficaz sobre o correto bate em um limite, quando a contradição de uma lei positiva com a justiça obtém uma medida insuportável. Isso deixa trazer-se à fórmula concisa: antijuricidade extrema não é direito”.

⁵ Para uma investigação sobre o que seria injustiça extrema na teoria de Robert Alexy, indica-se: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, o que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy in Joaçaba, v. 16, nº 3, p. 97-122, Edição Especial 2015.

Dessa forma, afirma-se que a correção quanto ao conteúdo tem, com isso, ainda que somente pela determinação de um limite extremo, um significado definidor de direito e, com isso, diante da decretação de acordo com a ordem e da eficácia social, um peso autônomo. Assim, nas situações de exceção, há um limite para a norma; já nas situações normais, há uma complementação da tríade que compõe o próprio conceito do direito. Nesse raciocínio que se entende: “o discurso precisa do direito para obter realidade, e o direito precisa do discurso para obter legitimidade” (ALEXY, 2015a, p. 33), e essa é a relação proposta entre a dimensão ideal e real do direito.

Segundo Alexy, a teoria do discurso leva ao Estado Constitucional Democrático, porque ela coloca duas exigências fundamentais ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico: a democracia e os direitos fundamentais como discursivamente necessários (ALEXY 2010, p. 177). Então, essas exigências discursivas passam a ser analisadas.

1.2. BREVE ANÁLISE DO PAPEL DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

As duas exigências fundamentais de Alexy seguem a linha da democracia conforme definida por Norberto Bobbio na obra “O Futuro da Democracia”. A democracia, segundo Bobbio (1997a, p. 22), nasceu de uma concepção individualista da sociedade.

A sociedade, principalmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos. Na Idade Antiga e na Idade Média, reinava uma concepção orgânica de sociedade, que a democracia vem para enfrentar, trazendo uma concepção individualista de sociedade e de Estado. Tal mudança de concepção demonstra uma reviravolta nos próprios estudos da Teoria do Estado e no papel do sujeito transformador da relação de poder. Enquanto a concepção orgânica de sociedade defendia que o Estado é anterior a cada um dos indivíduos, visto que existe por natureza, Johannes Althusius, em sua época, um dos artífices dessa nova concepção, defendera que a política é a arte por meio da qual os homens se associam com o objetivo de instaurar, cultivar e conservar entre si a vida social (BOBBIO, 1977b, p. 64).

A doutrina democrática parte do objetivo de consolidar um Estado sem corpos intermediários, tendo como premissa o indivíduo como soberano que entra em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos para criar a sociedade política (BOBBIO, 1997a, p. 23). Assim, muda-se de uma visão *ex parte principis* para uma *ex parte populi*. A nova concepção de um Estado criado para o indivíduo supera a concepção de que o indivíduo vive para o Estado. Nesse rumo, lembra-se de Aristóteles, que, apesar de defender que o Estado e a política nascem com o próprio indivíduo, define que o fim do Estado é a felicidade dos seus cidadãos (ARISTÓTELES, 2017, p. 13; 2014, p. 47 e 82).

Destarte, grandes doutrinadores defendiam a prevalência de direitos naturais individuais frente a ações estatais. Exemplifica-se: Locke defendia que a garantia da propriedade do cidadão é o fim do governo civil, cujo direito precede à própria origem do Estado, já Rousseau se preocupava que a liberdade fosse tal direito (BOBBIO, 1997b, p. 65).

A mais alta expressão relevante dessa inversão são as declarações americanas⁶ e francesas de direitos⁷, as quais determinam expressamente que o governo é para o indivíduo, e não o indivíduo para o governo. Assim, fortalece-se a mudança de paradigma, impondo limites claros ao poder estatal. E esse ponto é de extrema importância para a compreensão dos ordenamentos jurídicos modernos e do Estado de Direito, que visam precisamente subordinar o Estado ao respeito de direitos básicos elencados pelo povo.

Trata-se da célebre mensagem do presidente americano Abraham Lincoln (BASLER, 1946, p. 734) na dedicatória do Cemitério de Gettysburg em 10 de

⁶ O preâmbulo provavelmente é a maior demonstração dessa compreensão: *All men are born free and equal, in dignity and in rights, and, being endowed by nature with reason and conscience, they should conduct themselves as brothers one to another. The fulfillment of duty by each individual is a prerequisite to the rights of all. Rights and duties are interrelated in every social and political activity of man. While rights exalt individual liberty, duties express the dignity of that liberty.* Tradução livre: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros. O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.

⁷ Tal determinação está enraizada em diversos artigos da declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789, talvez, com maior força no *article II: le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme.* Tradução livre: artigo 2º: O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.

novembro de 1863, no período da guerra civil dos Estados Unidos da América quando falava da democracia:

Four score and seven years ago our father brought forth on this continent, a new nation, conceived in Liberty, and dedicated to the proposition that all men are created equal⁸. (...) It is rather for us to be here dedicated to the great task remaining before us – that from these honored dead we take increased devotion to that cause for which they gave the last full measure of devotion – that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain – that this nation, under God, shall have a new birth of freedom – and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth⁹.

A passagem mais famosa: “o governo do povo, pelo povo para o povo” refere-se ao próprio conceito de democracia republicana. Nesse caminho, Bobbio (1997a, p. 4) propõe um conceito mínimo de democracia, que consiste basicamente em um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados. Acrescenta-se ao conceito geral de democracia, ainda, que há de se observar o compromisso entre as partes através do livre debate para a formação de uma maioria (BOBBIO, 1997a, p. 5).

Contudo, um maior detalhamento do conceito apresentado é necessário e tal pode ser encontrado nas próprias proposições de Bobbio (1997a, p. 18-20). Assim, o conjunto de regras de procedimento que caracterizam a democracia estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e por quais procedimentos. Isso ocorre, pois todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência tanto interna quanto externamente.

Entretanto, as decisões acabam sendo tomadas por um número específico e mais reduzido de indivíduos, por causa de uma dificuldade latente do grupo todo deliberar e tomar tais decisões. Por isso, para que uma decisão tomada por indivíduos possa ser aceita como a decisão coletiva vinculante, regras que determinam quais são os

⁸ Observa-se que os dois pilares da democracia republicana dos Estados Unidos da América condizem com as duas normas fundamentais que possibilitarão a democracia discursiva de Alexy: a igualdade e a liberdade na teoria do discurso.

⁹ Tradução livre: Há 87 anos, nosso Pai fez surgir neste continente uma nova nação concebida na Liberdade e dedicada à proposição de que todos os homens são criados iguais. (...) É para nós estarmos aqui dedicados à grande tarefa que se apresenta - que por esses mortos honrados tomamos maior devoção a essa causa pela qual eles deram o último suspiro de completa devoção - que aqui resolvemos que estes mortos não tenham morrido em vão - que esta nação, debaixo de Deus, tenha um novo nascimento de liberdade - e esse governo do povo, pelo povo, para o povo, não perecerá da Terra.

indivíduos autorizados a tomar as decisões e quais os procedimentos para a tomada de decisão são necessárias.

Quanto ao respeito às modalidades de decisão, a regra procedimental fundamental da democracia é a regra da maioria, que determina que sejam válidas as decisões aprovadas pela maioria dos competentes para tomar a decisão (BOBBIO, 1997, p. 19). Rawls (1997, p. 388) defende que a regra da maioria trata-se de uma regra predominantemente procedimental que não será o único pilar da democracia, visto que não se tem nenhuma garantia de que, uma vez respeitada a regra, dali será elaborada uma legislação justa ou legítima. Assim, a maioria pode ignorar os interesses da minoria, de forma que a decisão seja injusta com essa, mesmo que pautada na regra formal (MOTTA, 2014, p. 69).

Ademais, Bobbio entende que a atribuição de direitos de participação nas decisões coletivas a um elevado número de cidadãos e o respeito à regra da maioria não bastam para concretizar o conceito de democracia (BOBBIO, 1997a, p. 20), visto que ela ainda necessita do respeito pela preservação do catálogo homogêneo de direitos e deveres fundamentais (RAWLS, 1997, p. 388), destarte obtendo a devida legitimidade das decisões coletivas vinculantes.

Há uma relação intrínseca entre a regra da maioria como exercício de poder na democracia e o respeito aos direitos fundamentais como limite ao poder (CANOTILHO, 2004, p. 329-330). Segundo Canotilho, as bases da democracia reconduzem-se aos princípios da igualdade democrática e autodeterminação. Por sua vez, esses princípios estarão dentro dos direitos de igualdade e liberdade, que são as bases da teoria discursiva, a qual irá reconduzir para a democracia. Observa-se aqui a aproximação à concepção comunitária de democracia defendida por Dworkin¹⁰, apesar de desenvolvida por argumentos diferentes (MOTTA, 2014, p. 70-71).

Nessa lógica, se a liberdade de participação é igual e determinará o que valerá para todos, exige-se a concordância da maioria. Assim, os indivíduos livres e iguais possibilitam, através do voto livre e igual, a adoção de um método político de decisão que, pelo menos, beneficia uma legitimidade quantitativa majoritária.

¹⁰ Para um aprofundamento nessa concepção defendida por Ronald Dworkin, aponta-se a seguinte pesquisa: MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada na decisão jurídica democrática, 2014. Tese (Doutorado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014.

Logicamente, tal relação não significa o domínio da maioria sobre as minorias. Isso porque, conforme leciona Ingo Sarlet (2007, p. 71), os direitos fundamentais asseguram a proteção das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria. Visa-se a uma legitimidade, a uma racionalidade e a uma limitação da estrutura de poder.

É precisamente nesse contexto que Ferrajoli entende que nenhuma maioria, nem sequer por unanimidade, terá legitimidade para decidir e exercer seu poder, visando à violação de um direito fundamental (1995, p. 33). Assim, a defesa das minorias é o catálogo de direitos e garantias fundamentais, formando o limite material interno da regra da maioria (RAWLS, 1997, p. 388). Nesse mesmo caminho, Francisco Motta (2009, p. 18) afirma que é decisiva a instituição desses direitos fundamentais, visto que representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e sua igualdade serão respeitadas.

Então, consoante afirma Canotilho (2004, p. 329), “o direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias”. Assim, o respeito aos direitos fundamentais sobrepõe-se a norma formal majoritária, de maneira que não ocorra uma ditadura da maioria sobre as minorias.

Canotilho, na análise da fórmula de Popper, propõe uma justificação negativa da democracia da seguinte forma (CANOTILHO, 2004, p. 291): “‘A democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser’. A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais pretende pôr em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção dos governantes”. Sem se olvidar que, concomitantemente aos procedimentos de escolha, há os mecanismos de limitação prática do poder, visando criar, desenvolver e proteger instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem tentações de tirania (CANOTILHO, 2004, p. 291).

É precisamente para servir de mecanismo de limitação do poder que existem os direitos fundamentais. É indispensável que os indivíduos igualmente soberanos que compõem a sociedade sejam dotados desses direitos, ou seja, que tenham direitos mínimos que permitam a participação igual e livre nas decisões coletivas como os direitos de liberdade, expressão, reunião, opinião, associação, patrimônio entre outros (BOBBIO, 1997a, p. 20). Aqui, concilia-se com o proposto por Alexy na teoria da

democracia discursiva, que necessita dos direitos fundamentais para possibilitar a teoria do discurso e a ampla participação dos cidadãos no debate público e político (ALEXY, 2015a, p. 26). Esses direitos garantirão que o Estado exerça seu poder dentro dos limites constitucionais dos direitos invioláveis do indivíduo, pois eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento procedimental ou formal da democracia. Os direitos fundamentais constitucionais são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo da democracia (BOBBIO, 1997a, p. 20).

Os direitos fundamentais, conforme lição de Ingo Sarlet (2007, p. 70), são concomitantemente pressuposto, garantia e instrumento da própria democracia. Assim, a autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento de direitos fundamentais, dar-se-á de tal sorte, que a positivação e a garantia do efetivo exercício desses direitos garantirão a participação igual dos cidadãos no processo democrático, podendo ser o reconhecimento dos direitos um fundamento funcional da ordem democrática (SARLET, 2007, p. 70).

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a concretização da democracia, ou seja, eles têm uma função democrática (CANOTILHO, 2004, p. 290). De outro giro, Alexy (2015a, p. 53) analisa duas funções aparentemente contraditórias dos direitos fundamentais, quais sejam: uma função antidemocrática e outra função democrática. Esta se revela de forma muito parecida com a concepção de Canotilho (2004, p. 290).

Explica-se: para Alexy (2015a, p. 53), os direitos fundamentais são democráticos, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida. Isso ocorre porque eles asseguram as condições fundamentais do processo democrático com a garantia de participação no debate democrático mediante um catálogo de direitos fundamentais, da mesma forma que defendido por Bobbio. Ou seja, os direitos fundamentais serão os responsáveis por estabelecer a igualdade dos cidadãos a qual permitirá a efetiva contribuição de cada um no processo democrático, o que acabará, na concepção de Alexy (2015a, p. 53), por auxiliar na legitimação da estrutura de domínio na qual o poder político está assentado.

Já o caráter não democrático dos direitos fundamentais que Alexy (2015a) defende é o papel de proteção da minoria contra a maioria, ou seja, eles desconfiam do

processo democrático e limitam-no. Assim, com a vinculação também do legislador, os direitos fundamentais subtraem poderes de decisão da maioria parlamentarmente legitimada. Exemplifica-se com algo que ocorre em muitos Estados, inclusive no Brasil: a oposição perde alguma disputa política no processo democrático e obtém, depois, uma vitória diante do tribunal constitucional (ALEXY, 2015a, p. 53). No sistema pátrio, é visível que importantes partidos políticos brasileiros que não têm grande bancada no legislativo capaz de aprovar reformas ou emendas constitucionais participam de maneira ampla do jogo político por intermédio de ações constitucionais.

Observa-se que a contradição entre as funções dos direitos fundamentais é meramente aparente (ALEXY, 2010, p. 178), visto que a democracia substancial exige a preservação e proteção dos direitos fundamentais, e eles não são, logicamente, antidemocráticos. Trata-se de artifício linguístico para demonstrar a relação de tensão que eles podem ter com o poder estatal (FELDENS, 2012, p. 41). Apesar de ilustrativo, neste trabalho continuar-se-á por mencionar esta função como contramajoritária.

Nesse contexto, cumpre afirmar que a necessária dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e a democracia expressa-se de diversas maneiras. Mais concretamente: ao pressupor a participação igual dos cidadãos, a democracia entrelaça-se com os direitos subjetivos dos cidadãos que formarão um processo democrático substancial e formal. Ademais, os direitos de liberdade criam um espaço pessoal que funciona como garantia contra o exercício do poder antidemocrático, e, numa concepção legitimadora, eles autorizam o domínio democrático, assegurando o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência (CANOTILHO, 2004, p. 291). Ou seja, os direitos fundamentais funcionam também como forma de direcionamento do poder estatal para os fins legítimos insculpidos na constituição.

A garantia contra o poder estatal é a defesa dos direitos fundamentais, a qual, consoante Canotilho (2004, p. 407- 408), consiste na proteção da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Lembra-se: essa função constitui um dos fundamentos do nosso Estado, consoante art. 1º da Constituição Federal. Ou seja, os direitos fundamentais constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo a ingerência destes na esfera jurídica individual, além de

compreender o poder do indivíduo de exigir positivamente do Estados tais omissões, de forma a evitar lesões à sua esfera jurídica pessoal.

Em caminho semelhante, José Afonso da Silva (2010, p. 188) assinala que as garantias constitucionais caracterizam imposições, positivas ou negativas, ao Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais, além de tratá-las como forma de impedimento ao arbítrio estatal que pode vir do desrespeito aos direitos e às garantias fundamentais (DA SILVA, 2010, p. 188).

A regra da maioria, portanto, não exclui, mas antes respeita o pensamento alternativo, assentando-se politicamente num relativismo pragmático. Citando Ernst Benda, ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal Alemão, “o pressuposto básico da praticabilidade do princípio majoritário é a ausência de pretensões absolutas de verdade” (BENDA, *konsens und mehrheitsprinzip im Grundgesetz und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1986 *apud* CANOTILHO, 2004, p. 330).

Trata-se de um conceito predominantemente procedimental da democracia com um claro limite substancial de proteção de direitos que, apesar de estar aberto a uma grande quantidade de conteúdos, é, conforme adverte Bobbio (1997, p. 5), muito exigente no respeito às instituições e às regras, e essa é a vantagem desse método. Observa-se que são as regras formais da democracia que introduziram na sociedade antiga as técnicas de convivência destinadas a resolver os conflitos sociais sem o recurso à violência, mas ao debate (BOBBIO, 1997a, p. 39).

Apenas onde as referidas regras são respeitadas o adversário deixa de ser um inimigo que precisa ser eliminado e passa a ser um opositor que amanhã pode ocupar o nosso lugar. Nessa senda, Norberto Bobbio afirma que apenas a democracia permite a formação e a expansão das revoluções silenciosas, ou seja, a renovação gradual da sociedade por meio do livre debate das ideias, da mudança da mentalidade e do modo de viver do grupo (BOBBIO, 1997a, p. 39).

Então, percebe-se a importante vinculação entre a democracia, a regra da maioria e os direitos fundamentais como limitação substancial do Poder estatal e a importância destes para a democracia deliberativa. Em sentido semelhante, afasta-se do que Streck (2012, p. 85) analisa como o Estado Social Burocrático, isto é, a forma de Estado Social, que se edificou a partir da aposta em uma discricionariedade política,

legitimada por uma maioria eventual, por exemplo, é uma aposta no poder executivo, como ocorreu nos Estados Totalitários do entreguerras. E aproxima-se da construção de uma estrutura de Estado que garanta direitos fundamentais e que proteja efetivamente as minorias da vontade discricionária das maiorias eventuais. Assim, nas palavras de Streck (2012, p. 85), fala-se em um Estado Social de Direito, que visa limitar o exercício da discricionariedade política, a partir de um sistema acostado à Constituição o qual conforma o poder. Com efeito, deve-se investigar, como a relação até aqui analisada, o modo pelo qual democracia deliberativa e direito irão se relacionar com o efetivo, nas palavras de Alexy, Estado Constitucional Democrático (2015a, p. 41).

1.3 O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma vez esclarecidas as funções da democracia e dos direitos fundamentais, cumpre examinar o conceito utilizado por Alexy: Estado Constitucional Democrático. Para tanto, uma brevíssima revisão histórica deve ser feita. Conforme afirma Canotilho (1999, p. 24-26), “a ideia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e as condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano”.

1.3.1 Pilares do Estado Democrático Deliberativo de Direito:

Na Inglaterra, sedimentou-se a ideia de *rule of law* (Império do direito), principalmente por meio de um direito consuetudinário. Na França, emergiu a existência do *État legal* (Estado de legalidade). Na Alemanha, construiu-se o princípio do *Rechtsstaat* (Estado de direito), isto é, um Estado subordinado ao direito. Dos Estados Unidos, provém a exigência do Estado Constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição – lembra-se da passagem de Lincoln, na qual a nação nasce da criação popular da constituição. (CANOTILHO, 1999, p. 24). Ressalta-se que cada uma dessas concepções possui particularidades próprias, não sendo possível tratá-las como sinônimas. Contudo, elas referem-se à mesma necessidade de limitação do poder do Estado pelo direito.

A partir da concepção inglesa de império do direito, Canotilho (1999, p. 24) propõe quatro pilares que sustentam o Estado de Direito, quais sejam: 1) a obrigatoriedade da adoção de um processo justo legalmente regulado para possibilitar o julgamento e punição de cidadãos, privando-os de sua liberdade ou propriedade; 2) a prevalência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real; 3) a sujeição de todos os poderes executivos à soberania dos representantes do povo (parlamento); e 4) direito e igualdade de acesso aos tribunais por parte de qualquer indivíduo a fim de defender seus direitos segundo os princípios do direito comum perante qualquer entidade ou pessoa.

Nesse caminho, a doutrina americana acrescenta um importante pilar para a sustentação do Estado de Direito: o poder constituinte do povo, ou seja, o direito de o povo fazer uma lei superior (constituição) na qual constem os esquemas essenciais do Estado e uma declaração de direitos forte a fornecer os limites do governo político (BEATTY, 2014, p. 4). Então, os direitos e as liberdades dos cidadãos histórico e juridicamente gerados na república assumiam-se como elemento central do Estado. Assim, este apenas estará justificado enquanto for subordinado às leis que carreguem os princípios e regras do direito explicitados na constituição (CANOTILHO, 1999, p. 25). Essa característica fica clara na seguinte passagem de Tocqueville: “Nos Estados Unidos, a constituição governa tanto o legislador como o cidadão privado”, ou seja, ela é fonte de limitação do poder representativo, garantindo os direitos fundamentais e as regras democráticas (TOCQUEVILLE, 1969, p. 89).

Chega-se, assim, a um conceito aproximado do Estado Constitucional de Direito. O Estado Constitucional é, então, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder por meio do Estado de Direito. Entretanto, tal concepção é incompleta, pois falta a legitimação democrática do poder. Explica-se: o Estado Constitucional que apenas respeita as liberdades negativas, os direitos liberais de primeira geração carece da legitimidade do poder político e de sua legitimação, segundo Canotilho (1999, p. 28). O elemento democrático foi introduzido não apenas para frear o poder, mas também para legitimar o mesmo poder.

Como defende Canotilho (1999, p. 29), se quisermos um Estado Constitucional que se assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir dois aspectos: um é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo legislativo; e outro é a

legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político no Estado Democrático. O Estado de Direito precisa da democracia também para dar resposta à indagação: de onde vem o poder. Lembra-se que, conforme Alexy (2015, p. 30), a democracia é discursivamente necessária.

Com efeito, o princípio da soberania popular, segundo o qual “todo o poder vem do povo”, unido com os direitos fundamentais no papel apresentado de igual participação de todos no processo decisório assegura e garante a legitimidade democrática na Constituição (TOCQUEVILLE, 1969, p. 56 e 57). Assim, a Constituição, concretizada pelo princípio da soberania popular, serve de conexão entre o Estado de Direito e o Estado Democrático, possibilitando a compreensão moderna da fórmula Estado Democrático de Direito (CANOTILHO, 1999, p. 30; TOCQUEVILLE, 1969, p. 89).

Dessa maneira, obtém-se a legitimidade do poder que promulga as decisões coletivas vinculantes também como defendidas por Bobbio (1997, p. 20). Isso ocorre pois esse poder vem da própria soberania dos indivíduos que compõem o Estado Democrático.

Tais considerações permitem a compreensão do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Assim, concorda-se com a proposta de Canotilho (1999, p. 30) que entende pela necessidade existencial da democracia no Estado Constitucional e vice-versa. Há, assim, uma democracia de Estado de Direito e um Estado de Direito da democracia na República Federativa brasileira.

Então, observa-se que a legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito, conforme assinala André Maya (2015, p. 185), advém do direito em uma dupla fundamentação, qual seja: pela vinculação dos atos de poder político aos direitos fundamentais e pela observância das regras e procedimentos legais que o Estado deve respeitar. Nesse viés, pode-se afirmar que a legitimação do poder estatal decorre, além dos procedimentos formais previstos, dos direitos fundamentais, e a realização deles será o critério legitimador substancial do Estado.

Também Ferrajoli afirma que, na construção de um direito como um sistema de garantias constitucionalmente preordenadas à tutela dos direitos individuais, conforme

prevê nosso ordenamento constitucional, é necessária a dupla fundamentação normativa acima exposta. Tal fundamentação virá marcada por uma dupla artificialidade das normas, que é seu caráter positivo e a própria sujeição delas ao direito. Toda produção jurídica será disciplinada e legitimada pelo respeito às normas não apenas formais como também substanciais presentes na Constituição (FERRAJOLI, 1995, p. 29).

Nessa senda, o poder político deve constantemente se relegitimar pelo conteúdo, pela observância e pela concretização dos direitos fundamentais, e não apenas pela finalidade de concretização deles – trata-se aqui das normas substanciais acima referidas. Reforça-se que é insuficiente a legitimação do poder pelo mero respeito às normas formais, ou seja, pela mera origem ou mero procedimento (MAYA, 2015, p. 184), visto que a base e o fundamento do Estado Democrático serão também os direitos fundamentais, condicionando o exercício de seu poder aos limites vinculados na Constituição.

Assim, observa-se que o critério norteador da atuação do Estado Constitucional é a observância e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e o respeito pelos procedimentos previstos. Conforme afirma Habermas (apud MAYA, 2015, p. 186): “as garantias oferecidas pelos direitos fundamentais constituem (...) o fundamento reconhecido do carácter constitucional do Estado, isto é, de uma ordem de que devem reclamar-se para serem legítimos a dominação, o poder, a força”.

Por fim, sustenta Sarlet que “os direitos fundamentais, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente” (2007, p. 72). Essa é também a condição de validade ao sistema de regras que disciplinam as próprias opções com que o direito é pensado e projetado (FERRAJOLI, 1995, p. 29).

Nessa perspectiva, conforme assinala Lênio Streck (2012, p. 85), a carta constitucional aparece como freio da vontade da maioria. Porém, não se trata apenas de freio, na verdade, a Constituição do Estado Democrático de Direito, a exemplo da Constituição de 1988, passa a estabelecer o modo de a sociedade ser transformada a partir do direito. Lembra-se aqui de Canotilho (2004), que entende o princípio democrático como motor dirigente da sociedade política.

Então, o princípio democrático está intrinsecamente ligado à nossa Constituição pátria e necessita dessa dupla vinculação exposta entre a regra majoritária e o respeito, garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, defende-se que o Brasil está estabelecido numa democracia deliberativa nos moldes sustentados por Alexy (2015a, p. 35), visto que a ampla participação política fortalecida pela fundamentação obrigatória do Poder Judiciário é algo que vem determinado pela própria Constituição Federal de 1988, conforme seu art. 93, IX. De outro giro, o catálogo de direitos fundamentais estabelecido na Carta Constitucional Pátria possibilita as bases mínimas para uma ampla participação discursiva da população no debate público e político, o que também é defendido por Alexy (2015a, p. 35).

A partir das premissas fixadas, cumpre superar as críticas sobre a falta de força normativa da constituição, demonstrando que ela tem a capacidade de conformar a ordem jurídica e as próprias relações de poder vigentes. Para tanto, estudam-se as famosas proposições da Lassale e Hesse.

1.3.2 A força normativa da Constituição Federal:

Visto como a constituição desenvolve o princípio democrático e a proteção dos direitos fundamentais, faz-se necessário traçar uma breve pesquisa sobre sua força normativa. Verifica-se, então, o quanto a Constituição Federal de 1988 pode efetivamente irradiar para conformar o ordenamento jurídico e o próprio processo político brasileiro, além de sua capacidade de irradiar para as diversas áreas do direito.

Inicia-se sucintamente com a exposição das ideias de Ferdinand Lassale (1933), que entende a constituição (chamada de constituição jurídica em oposição a constituição real) como um mero pedaço de papel, visto que sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a constituição real, que é aquela expressa pelos fatores reais do poder dominante de determinado país em determinado momento (LASSALE, 1933, p. 30). Neste norte que Ferdinand Lassale (1933, p. 18 – 28) - afirma que os diferentes grupos de poder como os grandes empresários, os políticos influentes, os bancos e outros fazem parte da constituição real, transformando a realidade de maneira mais intensa que a constituição jurídica.

Ademais, Ferdinand Lassale (1933, p. 63) sustenta que:

os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que impera na realidade social.

Isso parece ser confirmado pela história constitucional, segundo Hesse (1991), já que o poder da força, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões mais fundamentais do Estado, parece sempre ser superior à força das normas jurídicas.

Assim, a normatividade, num primeiro momento, parece submeter-se à realidade fática. Contudo, as duras afirmativas de Lassale devem ser superadas, de modo que se entenda que muito mais que uma mera reprodução das relações dos fatores reais de poder (LASSALE, 1933, p. 52) a constituição jurídica possa possuir força normativa e capacidade para regular e limitar o poder conforme a ordem jurídica constitucional. Deve-se entender a constituição como expressão do dever-ser e não de mera cópia do ser.

Nesse caminho, conforme afirma o professor Konrad Hesse (1991, p. 11), “essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”. Desse ponto, estuda-se a força normativa da Constituição.

Afirma o professor de Freiburg (1991, p. 14): “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização”, visto que entre elas há uma relação de interdependência necessária para compreender a própria constituição. Essas condições históricas abarcam desde a situação econômica de dado momento histórico até as concepções, a moral e os valores de determinado povo. Por isso, a “pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta tais condições” (HESSE, 1991, p. 15).

Assim, entende o referido autor que a constituição não é apenas mera conformação histórica, que descreve as relações de poder vigentes, não se trata apenas de expressão do ser. Pelo contrário, a carta constitucional tem pretensão de eficácia; ela imprime ordem e conformação à realidade política e social (LIMA e LANÇA, 2013, p. 279). Ela também é dever-ser. Nessa senda, a pretensão de eficácia da constituição

“apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra idealizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, p. 16).

Por isso, conforme leciona Hesse (1991, p. 17), a amplitude da força vital da constituição e sua eficácia estão assentadas na relação de interdependência da norma com uma base na natureza singular do presente para, deste ponto, construir o futuro e imprimir conformidade na ordem vigente. E, quando a constituição consegue condicionar a realidade, é quando ela alcança sua força normativa (LIMA E LANÇA, 2013, p. 280)

Entretanto, cumpre ressaltar que a força normativa da constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade, uma vez que ela é muito mais que isso. A constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Destarte, Hesse afirma que, por mais que a carta constitucional não possa, por ela mesma, realizar nada fisicamente, ela pode impor tarefas, que, se forem efetivamente realizadas, possibilitam à constituição se tornar força ativa. Então, conclui Hesse (1991, p. 19): “pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.

A vontade de constituição virá de três pilares. São eles (HESSE, 1991): a consciência da necessidade e valor de se ter um ordenamento objetivo, normativo e inviolável, que alijs a arbitrariedade; a convicção de que o ordenamento constitucional é mais que uma ordenação exclusivamente fática e que este não é legítimo pelos fatos ou pelo poder, necessitando de um constante processo de legitimação; e a consciência de que essa ordem constitucional não pode ter vigência à margem da vontade humana, mas só pode adquirir e conservar sua vigência (pretensão jurídica) por meio de atos de vontade (legitimação) (LIMA E LANÇA, p. 281). É necessário como um desses pilares, portanto, que a constituição se faça presente como valor decisivo na vida da sociedade. E tal será necessário também para a própria estabilização jurídica e fática da democracia, conforme defende Geraldo Prado (2006, p. 36).

Ademais, há dois grandes pressupostos que permitem à constituição desenvolver sua força normativa, um material e um pragmático. A primeira condição trata-se de a constituição corresponder, na sua promulgação, ou seja, no início de sua história, às circunstâncias reais do presente, o que dará maior segurança para conformar a ordem vigente desse ponto para diante. Não se defende que a constituição deve se pautar exclusivamente nas circunstâncias reais e históricas, mas que ela deve partir destas para poder transformar a realidade fática.

Assim, “essa incorporação das condições fáticas deve absorver, sobretudo, a ‘situação espiritual de sua época’, que vem acompanhada da aprovação e apoio da consciência geral” (LIMA e LANÇA, 2013, p. 282). Exemplo disso é a própria Constituição Federal de 1988, a qual, em diversos atos transitórios, previu situações que partiram de uma realidade histórica de exceção para uma ordem democrática constitucional, o que efetivamente demonstra sua força normativa, conforme se percebe dos arts. 3º, 5º e 20 e 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Já a segunda condição versa sobre a práxis constitucional, na qual Hesse (1991, p. 21) afirma que os autores da vida constitucional fundamentalmente devem partilhar a concepção de vontade de constituição. Isso ocorre porque a atitude deles é essencial para uma maior realização da carta constitucional. Tal atitude deve compreender o sacrifício de vantagens e/ou interesses em nome da segurança constitucional, prescindindo de constantes alterações constitucionais.

As frequentes alterações constitucionais, afirma Hesse (1991, p. 20), expressam a ideia de que se atribui maior valor às exigências fáticas do que à ordem normativa vigente, abalando a confiança na “inquebrantabilidade¹¹” da constituição e debilitando sua força normativa. “A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição” (HESSE, 1991, p. 20).

Em síntese, conclui Hesse (1991, p.23):

Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da

¹¹ Observa-se que a inquebrantabilidade da Constituição é a expressão usada pelo Ministro Gilmar Mendes na tradução do livro a força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 9).

Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

Ademais, a generalização de um conjunto de valores elementares da constituição e da democracia não apenas para os autores da ordem constitucional (por mais que estes sejam responsáveis pela práxis que defende Hesse), mas para a sociedade geral permite a concretização das previsões constitucionais de um Estado Democrático de Direito (PRADO, 2006). Afirma o José Álvaro Moises que “não basta um Estado Democrático, é necessário que a sociedade também o seja” (MOISÉS, 1995, p. 85 apud PRADO, 2006, p. 36).

Em termos concretos – e tendo em conta a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 -, a dimensão do Estado de Direito encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de princípios e regras dispersos pelo texto constitucional com força normativa (CANOTILHO, 1999, p. 30; et ALEXY, 2017, p. 85, 86). Aqui, cumpre brevemente explicitar o que se entende por um complexo de normas compostas de princípios e regras no texto constitucional e como elas interagem.

1.4 TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY:

Alexy (2017b, p. 85 - 108) entende que norma é um gênero do qual são espécies as regras e os princípios. Regras são determinações de caráter *prima facie* de definitividade, satisfeitas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidas, no caso de conflito, de dois modos alternativos que ocorrem na dimensão da validade ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de invalidade de umas das regras, servindo, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, de razões definitivas para os juízos de dever-ser. Já princípios são normas de mandamentos otimizáveis de caráter *prima facie*, realizáveis na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidos, no caso de colisão, pela ponderação que ocorre na dimensão dos respectivos pesos, servindo de razões *prima facie* para os juízos de dever-ser.

Na separação entre regras e princípios, Alexy compreende que há duas operações fundamentais na aplicação do direito, uma referente às regras e outra aos princípios. Assim, a aplicação das regras resolve-se pela subsunção, enquanto a solução da colisão entre princípios resolve-se pela ponderação (ALEXY, 2015a, p. 131).

A colisão entre princípios ocorre quando dois mandamentos de otimização mostram-se juridicamente atuantes no caso concreto. Ou seja, trata-se de situação na qual princípios jurídicos direcionam para soluções distintas e conflitantes. Caso isoladamente considerados, ambos os princípios conduziriam a uma contradição, visto que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro princípio (ALEXY, 2017b, p. 96).

Nisso, Alexy entende que a colisão de princípios é resolvida com uma solução de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2017b, p. 96). Considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas, essa relação consiste na fixação de condições reais sob as quais um dos princípios em colisão precede o outro. Sob condições diversas, é possível chegar-se a soluções distintas (ALEXY, 2017b, p. 93).

Conforme leciona Alexy, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência (ALEXY, 2017b, p. 97)”. A relação de precedência é como se compõe a regra para o caso concreto que resulta da ponderação. Então, dessa estrutura, os princípios conflitantes que tinham um caráter *prima facie* adquirem validade definitiva, funcionando como uma regra para o caso concreto.

1.4.1 Conceituação da ponderação:

Outro pilar fundamental da teoria de Alexy, e necessário para o presente trabalho, é a ponderação e sua estrutura. Conforme ensina Alexy, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio¹² mais amplo – o princípio da proporcionalidade. Esse é composto por três princípios parciais, quais sejam: o da idoneidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito.

Aqui, é importante ressaltar que não se deve entender o princípio da proporcionalidade com o conceito de princípio comum, em oposição às regras jurídicas, mas como uma norma de interpretação e aplicação do direito que não poderá ser

¹² Os diferentes autores divergem sobre a correta conceituação desta norma, eles também chamam de princípio (ALEXY, 2015, traduzido por Luís Afonso Heck), regra (DA SILVA, 2002), máxima (ALEXY, 2017 traduzido por Virgílio Afonso da Silva) ou postulado normativo (ÁVILA, 2016).

afastada, principalmente de interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Essencialmente, ela é empregada nos casos da promoção da realização de um direito fundamental que implica a restrição de outros direitos fundamentais (DA SILVA, 2002, p. 35).

Avançando na análise dos subprincípios, se os princípios são mandamentos de otimização a serem realizados em medida tão alta quanto possível fática e juridicamente, a proporcionalidade e seus subprincípios serão encarregados de sua realização (ALEXY, 2015a, p. 110). Os dois primeiros subprincípios serão encarregados da otimização consoante as possibilidades fáticas.

O subprincípio da idoneidade estabelece que a medida escolhida para resolver a colisão de direitos fundamentais deve ser aquela que promove o fim de realizar o direito fundamental a ser constitucionalmente protegido (ALEXY, 2015a, p. 132). De outra forma, é este o subprincípio responsável por indagar se a medida, que configura uma intervenção constitucional em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 274). Trata-se de um requisito para a constitucionalidade da medida em análise.

O subprincípio da necessidade estabelece que, entre duas medidas igualmente eficazes para otimizar o princípio P_j ¹³, seja escolhida a medida que menos influencia P_i . Em outras palavras, aquela medida que igualmente realize o objetivo com a menor gravidade possível para o direito em colisão. (ALEXY, 2017b, p. 118 e 119)

Já o subprincípio da proporcionalidade restrita, verificará a otimização da norma segundo as possibilidades jurídicas (ÁVILA, 1999, p. 159). A ponderação é o objeto da proporcionalidade restrita (ALEXY, 2015a, p. 111). É a ponderação que permitirá, segundo suas regras, definir a otimização da norma, servindo como um método de aplicação da proporcionalidade restrita.

Uma vez rapidamente investigada a ponderação como objeto do subprincípio da proporcionalidade restrita e método típico da aplicação dos princípios, cumpre sucintamente demonstrar seus passos.

¹³ P_j é a fórmula concisa utilizada para denominar o princípio que, na exemplificação de uma colisão entre princípios fundamentais, é o que será otimizado. Já P_i é aquele que sofre a intervenção para possibilitar a otimização do princípio fundamental contrário. Poder-se-ia denominar P_j como princípio otimizado e P_i como princípio restringido; contudo, opta-se por seguir as fórmulas de Robert Alexy.

1.4.2 Estrutura da ponderação:

O ponto de partida para a ponderação proposta por Alexy é a lei da ponderação: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio P_i , tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro P_j (ALEXY, 2015a, p. 133). Aqui, usar-se-ão as mesmas simplificações usadas por Alexy; então, P_i corresponde ao princípio que irá sofrer a intervenção, já P_j corresponde ao princípio que terá preponderância, ou seja, que será cumprido (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 299).

Nessa senda, a verificação desses graus (tanto de prejuízo quanto de importância) deve ser feita em três passos (ALEXY, 2015a, p. 133). A necessária atribuição desses graus também coloca a exigência de escalas mais ou menos refinadas. O uso dessas escalas deve ser suportado por razões, aliando a ponderação com a argumentação jurídica (GAVIÃO FILHO, 2010). A relação entre graus de intensidade de intervenção e grau de importância pode ser posta em uma fórmula para fins de controle e generalização. Para equacionar essa relação, então, emprega-se a fórmula peso.

Sobre os três passos para verificação, Anízio Gavião (2010, p. 311) em sua tese de doutorado, entende que é possível formular uma segunda regra da ponderação, dividida em três sub-regras, que seriam os passos para a verificação dos graus de Alexy, quais sejam: o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i deve ser verificado e justificado; grau de importância de realização de um princípio P_j deve ser verificado e justificado; e o grau de intervenção de P_i deve ser justificado pelo grau de importância da realização de P_j .

As duas primeiras sub-regras regulam diretamente a ação de ponderar, disciplinando como deve ser realizada a ponderação. Adverte-se para o importante papel da justificação racional. O juiz deve verificar e justificar os graus dos princípios, assim como explicitar o raciocínio empregado em cada um dos passos. A terceira regra, consoante Anízio, “corresponde ao núcleo da ponderação. Ela diz qual deve ser o resultado da aplicação dos graus atribuídos pelo juiz no passo anterior” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 305).

No mesmo caminho, segundo leciona Simioni, partindo dos princípios como mandamentos de otimização, “a lei da ponderação exige que a decisão por um maior

grau de satisfação de um princípio em detrimento de outro precisa ser justificada” (SIMIONI, 2014, p. 293). Assim, é necessário que se justifique por que se confere um maior peso ao grau de satisfação de um princípio e não de outro, o que será exigido pelos passos da ponderação.

O primeiro passo da estrutura da ponderação é dado como a verificação da intensidade da intervenção em P_i , o que significa investigar uma grandeza concreta e não abstrata. A grandeza concreta levará em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, ou seja, das possibilidades fáticas e jurídicas do caso em análise.

A distinção entre a grandeza abstrata e concreta é importante para ponderação, especialmente para a fórmula peso, que justificará a relação de precedência condicionada antes realizada. A grandeza abstrata virá da posição que o princípio ocupa dentro do ordenamento jurídico constitucional, excluídas as circunstâncias do caso concreto. Anízio (2010, p. 306) entende que, muitas vezes, essa grandeza é dada pela prática constitucional dos tribunais. Aqui, não se levam em consideração as colisões entre princípios, mas o valor deste princípio no ordenamento. Frisa-se, conforme enfoque de Simioni, que Alexy defende que o peso abstrato é uma questão de direito positivo. Isso significa que cada constituição pode erigir determinados princípios como mais fundamentais do que outros (SIMIONI, 2014, p. 298).

Assim, exemplifica-se: o direito à vida, no ordenamento jurídico brasileiro, é mais importante que o direito à liberdade de atuação geral. Ademais, comparações com outros ordenamentos jurídicos também são possíveis, como o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico brasileiro é menos importante que o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico norte-americano. A determinação do peso de um princípio jurídico depende de sua importância material dentro do sistema jurídico.

Nessa senda, o segundo passo da estrutura da ponderação consiste na verificação e na justificação da importância da realização de P_j , determinando seu grau de importância de realização no caso concreto, além de seu peso abstrato. No terceiro passo, os graus atribuídos em cada um dos passos anteriores devem ser postos em relação um com outro. Assim, conforme defende Anízio (2010, p. 317), pode ser formulada a terceira regra da ponderação: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i (IP_i) e o grau de importância de realização de um

princípio P_j (IP_j), eles devem ser postos em uma relação de prevalência (precedência condicionada) (Idem, p. 316).

Importante observar que da relação de prevalência poderá ocorrer um empate. Nesses casos, a ponderação não determina nenhum resultado. O caso reside em um espaço de ponderação estrutural para a delimitação das competências (ALEXY, 2015a, p. 143). Então, se ocorrer o empate, o tribunal constitucional não deverá determinar nenhuma consequência jurídica; não haverá a realização de uma regra, pois se ficará no âmbito de discricionariedade do poder com maior legitimidade democrática, ou seja, o legislador.

Quando da relação de precedência condicionada resulta a primazia de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica. Segundo Alexy, a proposição de preferência tem a forma (P1PP2)C e resulta na regra de que C (circunstâncias do caso concreto) implica R (regra jurídica para o caso), o que significa é que sob as condições C está ordenada definitivamente a consequência jurídica exigida por P1, pois ele teve a primazia. Assim, ordena-se a regra do caso de colisão de princípios depois de estabelecida a relação de precedência (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 318).

Importante ressaltar que se trata de uma relação comparativa, como assinalou Sieckmann (2014). Comparam-se os princípios em colisão, aquele que intervém e aquele que sofre a intervenção e compara-se dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto para determinar-se qual terá precedência e determinará a consequência jurídica.

Conforme visto, a ponderação deve ser estruturada em três passos, que correspondem a uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção e importância. Em cada passo, os dois graus devem ser mensurados.

Tais passos, que abrangem uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção e importância de realização, dependem de certa possibilidade de medição em graus. Alexy propõe a criação de uma escala com os graus leve, médio e grave para a atribuição dos graus (SIECKMANN, 2014, p. 253), chamada escala triádica, para possibilitar a comensurabilidade. Recordar-se que a escala triádica, por si só, não afasta a alegada incomensurabilidade da ponderação, pois também é necessário o ponto de vista uniforme na atribuição de graus de P_i e P_j.

O ponto de vista uniforme é, conforme defende Alexy (2015a, p. 141), o ponto de vista da constituição. Obviamente, é discutível qual é o grau de prejuízo de certo princípio em determinado caso concreto, usando o ponto de vista da constituição. Contudo, o que se busca não é uma única resposta correta, ou que todos os intérpretes do direito cheguem sempre ao mesmo grau para todos os casos concretos, mas a racionalidade da discussão.

Caso se utilize o ponto de vista do intérprete, a racionalidade cai por terra, pois, “se um intérprete da Constituição dissesse ao outro que a partir de seu ponto de vista vale uma coisa, a partir do outro, o oposto, cada um, portanto, de seu ponto de vista tivesse razão e não só não se equivocam, mas também não podem ser criticados” (ALEXY, 2015a, p. 143). E aqui cairia por terra a ponderação, pois ela não seria racional, tampouco haveria algo a partir do qual algo poderia mostrar-se falso. Com o ponto de vista uniforme, ocorre ao contrário. E, “se um discurso racional sobre aquilo que vale por causa da constituição é possível, então um ponto de vista uniforme é possível” (ALEXY, 2015a, p. 141).

1.4.3 A fórmula peso:

A fórmula peso consiste numa verdadeira prova real da ponderação e da argumentação feita pelo julgador que seguir as regras propostas por Alexy. Não se trata, e aqui discorda-se de Sieckmann (2014, p. 251), do que determinará a consequência jurídica, mas de mais uma justificação racional para a estrutura da ponderação já empregada.

Nesse norte, examina-se o núcleo da fórmula peso, que consiste na relação de diferença entre o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização do outro princípio, basicamente será a fórmula matemática da relação de prevalência condicionada. Demonstra-se: $G_{ij} = I_i/I_j$.

O grau da intensidade da intervenção em P_i , significa investigar uma grandeza concreta e não abstrata, conforme já visto. Assim: IP_iC , onde I é intervenção, P_i é o princípio que sofre a intervenção e C é as circunstâncias do caso concreto. Designação detalhada explícita da intensidade da intervenção no princípio i no caso concreto é IP_iC , e sua forma concisa é I_i ($= IP_iC$). O mesmo vale para P_j , entretanto a fórmula será: $I_j=IP_jC$.

Contudo, este é só o núcleo; para a fórmula completa, devem-se adicionar mais dois elementos tanto para o princípio que sofre a intervenção quanto o princípio que será realizado, quais sejam: o peso abstrato de cada princípio, assim como a segurança de suas suposições empíricas.

Na fórmula matemática, serão adicionados os seguintes elementos: a intensidade de intervenção em P_i como uma grandeza concreta se distingue do peso abstrato de P_i – que pode ser designado como G_{P_i} . O peso abstrato de um princípio é o peso que cabe a ele relativamente a outros princípios independentemente das circunstâncias do caso concreto. Assim: G_{P_iA} , onde G é a grandeza abstrata do princípio i , P_i é o princípio e A corresponde à abstratividade. Designação detalhada explícita do peso abstrato é G_{P_iA} , e sua forma concisa é G_i ($=G_{P_iA}$). Mais uma vez, determinar-se-á o peso abstrato de P_j com o mesmo raciocínio, contudo a fórmula será $G_j = G_{P_jA}$.

O terceiro par de variáveis da fórmula peso completa representa o grau de segurança ou certeza da suposição empírica sobre o que a medida significa para a não realização de um princípio e para a realização do outro. Nas prognoses empíricas, nem sempre deve ser exigida certeza e tampouco a incerteza deve ser admitida arbitrariamente. Um dos mais importantes critérios para a exigência da certeza é o da importância, definido pela intensidade de intervenção e pelo peso abstrato do direito fundamental no caso concreto.

A segurança da suposição empírica a respeito do que significa a medida respectiva para a intervenção em P_i e a realização de P_j no caso concreto podem ser designadas como S_i e S_j . A formulação completa, então, é S_i para S_{P_iC} para expressar que tanto a força de defesa como a força de ataque desaparecem com a incerteza progressiva das premissas apoiadoras de cada um dos lados.

Assim, a fórmula peso completa adquire a seguinte configuração: $G_{ij} = I_i \cdot G_i \cdot S_i / I_j \cdot G_j \cdot S_j$.

Atenta-se que se deve distinguir a regra de precedência condicionada ($P_i P_j$) e a fórmula peso ($G_{ij} = I_i \cdot G_i \cdot S_i / I_j \cdot G_j \cdot S_j$). A regra de precedência ou preferência condicionada cuida de quem tem primazia sob as circunstâncias concretas e, por isso, ordena a consequência jurídica primada. A fórmula peso cuida da prova real da justificação da regra de preferência.

1.4.4 O papel dos princípios formais

Para continuar na análise da Teoria dos Princípios, a divisão entre princípios substantivos e princípios formais possui um importante papel, visto que os princípios formais formam uma das bases da teoria. Ambos são princípios, então, ambos são mandamentos otimizáveis *prima facie* diante das possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta. A diferença entre eles virá dos objetos de otimização, enquanto os princípios substanciais otimizam direitos fundamentais como vida, liberdade de expressão e outros; os princípios formais visam à otimização de decisões legais legítimas independentemente de seu conteúdo (ALEXY, 2014, p. 515). E aqui cumpre citar que não se refere apenas a decisões judiciais, mas principalmente a decisões legislativas e provenientes do executivo também, ou seja, decisões políticas sobre qual lei promulgar ou qual política pública seguir.

Assim, os princípios formais exigem que a autoridade das normas e sua eficácia social sejam otimizadas. A autoridade da lei e sua eficácia social são, indubitavelmente, elementos determinantes do positivismo jurídico, o que implica que os princípios formais referem-se à dimensão real da ordem jurídica. Eles visarão, numa relação de *prima facie* com o elemento ideal do direito, dar sustentação e estabilidade à ordem jurídica (ALEXY, 2014, p. 516). Nesse caminho, cabe afirmar que não é todo tipo de injustiça que determinará que algo não é direito, mas apenas a injustiça extrema (ALEXY, 2010, p. 177). Aqui, alia-se uma relação de preferência *prima facie* do elemento real do direito sob o elemento ideal.

Também nesse sentido Alexy afirma que o princípio formal da democracia determinará não apenas um peso especial às determinações do Poder Legislativo, mas também que seja este Poder que deverá tomar a maior quantidade possível de importantes decisões exigidas pela sociedade (ALEXY, 2014, p. 517), o que será otimizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, determina uma ampliação do escopo de decisões do Legislativo. Alexy visa, neste ponto, defender uma prevalência da legitimidade do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário para tomar importantes decisões sociais, visto que o primeiro exerce clara função majoritária de representação da população, enquanto o Judiciário visa resguardar a ordem jurídica e a

conformidade dos atos dos outros poderes com o direito, mas não deve assumir para si o papel de agente representativo e transformador da sociedade.

Atenta-se, aqui, que a função do Judiciário, em último grau, é de revisão constitucional, ou seja, o de guardar e proteger a Constituição e os direitos fundamentais contra possíveis abusos estatais e de particulares, ou seja, trata-se de um papel que pode ser caracterizado como contramajoritário, visto que será exercido mesmo que a maioria da população discorde da decisão. Desse ponto de vista se sustenta o papel contramajoritário do Judiciário e da Corte Constitucional. Frisa-se, o Judiciário e a Corte Constitucional visam resguardar a ordem jurídica constitucional, em última instância, visam resguardar o próprio Estado Democrático Deliberativo de Direito, limitando a atuação estatal.

1.4.5 A dogmática dos espaços:

Nesse sentido, Alexy explica a dogmática dos espaços, a qual visa atingir uma justa medida entre o espaço de conformação política do legislador e a atuação do Judiciário (ALEXY, 2015a, p. 77), de modo que não comprometa o princípio formal da democracia (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 350). Busca-se, nesse ponto, delimitar qual o espaço legítimo de atuação do Poder Judiciário. Em outras palavras, visa-se, com base na teoria de Alexy, esclarecer os pontos em que é legítima e devida a atuação jurisdicional – principalmente da Corte Constitucional pátria -, e os momentos em que essa atuação não é legítima.

Convém frisar a relação de prevalência *prima facie* dos elementos reais do direito sobre os elementos ideais. Ou seja, as leis e as posições políticas decididas pelo legislador devem ser dotadas de certa segurança jurídica, pois elas têm certa autoridade que deve ser respeitada (ALEXY, 2014, p. 517).

Trata-se da questão sobre a delimitação da competência, por vezes conflitante, entre o legislador e os tribunais ordinários e constitucionais para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Especificamente, analisa-se a tensão entre os princípios formais da democracia e da chamada correção, que, em alguma medida, diz qual o legítimo espaço de controle jurisdicional (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 351).

O princípio democrático, conforme Gavião Filho (2010, p. 351), determina que compete ao legislador desenvolver, harmonizar e restringir direitos fundamentais, ponderando interesses e bens no espaço das escolhas políticas. Os direitos fundamentais são o limite substancial do legislador, de modo que estabelece contenção ao poder da maioria representada, não podendo o legislador restringir os direitos fundamentais para além do permitido pela Constituição Federal.

Consoante a teoria de Alexy, decisões judiciais *contra legem*, aquelas que declaram inconstitucionais atos normativos ou criam exceções dentro das decisões políticas do legislador, são possíveis, o que é plenamente permitido no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, Alexy (2015, p. 77) defende um modelo em que a Constituição funciona como uma ordenação-quadro, que traça ao legislador três hipóteses: 1) proibição de algo; 2) ordenação de algo; e 3) liberação de algo (liberdade para escolher o que é melhor).

Nessa senda, o proibido é o impossível, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível jurídico-constitucionalmente. O liberado ou possível é o que reside dentro do quadro (ALEXY, 2015a, p. 77); o proibido ou o impossível e o ordenado ou o necessário formam os limites do quadro.

Os espaços supramencionados, que devem ser entendidos como os espaços de conformação ou de atuação do legislador deixados livres pela Constituição, podem ser de dois tipos: espaços substanciais e espaços epistêmicos. O limite desse espaço deixado livre para o legislador termina quando começa o que está determinado como proibido ou obrigatório pela Constituição, conforme afirma Anízio Gavião Filho (2010, p. 354). Os espaços correspondem à discricionariedade do legislador em fazer escolhas políticas, ou seja, em escolher qual a melhor medida a seguir.

Este argumento é corroborado por Dworkin, quando analisa a moralidade e o caráter democrático da revisão judicial na Suprema Corte norte-americana, apesar de partir de concepção distinta da natureza do direito se comparado com Alexy. O professor de Oxford estabelece que é da competência do legislador o uso dos argumentos de política, ou seja, decisões sobre como se promove a melhora do bem-estar geral dos cidadãos, que não estariam suscetíveis de utilização pelo Poder Judiciário (DWORKIN, 2000, p. 101).

Nos momentos em que o legislador estiver dentro de seu espaço de discricionariedade, o Judiciário não deve atuar, pois ele não terá legitimidade para tanto (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 354). Caso atue, haverá uma violação ao princípio formal de democracia.

Francisco Motta (2009, p. 117), quando analisa a atuação do Judiciário com base em argumentos de política, logo, que invadem o espaço legítimo de atuação do legislador, fornece um ilustrativo exemplo no âmbito da jurisdição ordinária: “pensamos que negar, por hipótese, um dano moral a alguém que efetivamente o sofreu, com base no único propósito (argumento) de evitar o fomento daquilo que se convencionou chamar de “indústria do dano moral” é um caso de recusa de um direito individual com base num argumento de política”. Essa hipótese trata do uso deslocado e ilegítimo de um argumento de política, ou seja, ao Judiciário cabe responder se o cidadão tem ou não tem o direito, do que está permitido ou proibido pela Constituição. A preocupação com a política, com a promoção da melhor forma possível do bem-estar geral e com a conformação da vontade da maioria dentro dos limites constitucionais é dos órgãos representativos sendo indevidas ingerências do Judiciário nesse âmbito.

Seguindo nesse norte, deve-se analisar os espaços de discricionariedade do legislador para podermos analisar casos concretos de atuação jurisdicional e sua legitimidade. Os espaços de discricionariedade podem ser divididos em espaço substancial de discricionariedade¹⁴ e espaço epistêmico de discricionariedade.

O espaço substancial de discricionariedade está relacionado com aquilo que a Constituição não demanda tampouco proíbe que o legislador faça. Ou seja, é deixado livre para o legislador decidir sobre. Nessas situações, o Judiciário deve respeitar as decisões do legislador, visto que, caso ela viole direitos fundamentais, por exemplo, tal terá sido reputado proibido pela Constituição e sairá do escopo de discricionariedade substancial do Legislativo (ALEXY, 2014, p. 517).

Em outras palavras, espaços substanciais¹⁵ são os espaços que a Constituição libera para a conformação política do legislador. Portanto, não há controle judicial-constitucional, porque ali termina a normatividade material definitiva da Constituição.

¹⁴ Observa-se que os professores Anízio Gavião Filho e Luis Afonso Heck utilizam a expressão de espaço estrutural no lugar de espaço substancial. Neste trabalho, foi dada preferência para a tradução literal dos artigos de Alexy escritos em inglês. No caso dos professores citados, parece que eles deram preferência para a tradução literal dos artigos de Alexy escritos em alemão.

Esse espaço corresponde ao que reside dentro da constituição-quadro (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 354), aproximando-se, mais uma vez, dos argumentos de política (DWORKIN, 2000, p. 29).

Contudo, o espaço epistêmico de discricionariedade do legislador é menos evidente, visto que ele versa sobre a competência legislativa de decidir quando ela é livre ou não para exercer a discricionariedade substancial (ALEXY, 2014, p. 519). Em outras palavras, o espaço epistêmico de discricionariedade versa sobre em que momento o legislador decide o tamanho de seu espaço de discricionariedade substancial (ALEXY, 2015a, p. 89). Nesse ponto, os princípios formais antes estudados exercem um importante papel (ALEXY, 2014, p. 519).

O espaço epistêmico de discricionariedade deve ser dividido em dois pontos, quais sejam: o espaço epistêmico empírico de discricionariedade e espaço epistêmico normativo de discricionariedade. De maneira simplificada, o espaço epistêmico empírico de discricionariedade versará sobre se o legislador pode exercer sua atividade legislativa sem ter certeza das premissas empíricas pautadas (ALEXY, 2014, p. 521). O espaço epistêmico empírico é o que permite a intervenção do legislador nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 359).

Gavião Filho (2010, p. 359) afirma que a extensão desse espaço corresponde à quantidade de possíveis divergências entre o que é seguro argumentativamente como liberado, aquilo que é verificável como liberado e aquilo que não é evidentemente falso como liberado. Alexy (2014, p. 521) defenderá que há uma relação de prevalência das decisões do legislador sobre o controle judicial em casos de incerteza das premissas empíricas, o qual apenas será invertido quando o controle judicial possuir certeza das premissas que apontam para uma intervenção inconstitucional nos direitos fundamentais.

Inserir-se no espaço epistêmico empírico do legislador, ou seja, no seu âmbito de conformação política, a liberdade para legislar de forma que muito provavelmente contribuam para a realização do fim pretendido e medidas que parecem implicar menor intervenção nos direitos fundamentais (ALEXY, 2015a, p. 90). A exigência de certeza das premissas empíricas inviabilizaria a atuação do legislador (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 360).

Aqui, atenta-se para a clara limitação do controle judicial, a qual estabelece a legitimidade do legislador em fazer opções políticas de intervenção em direitos fundamentais com bases em premissas empíricas mais flexíveis que as permitidas ao controle jurisdicional. Destarte, há uma visível otimização do princípio democrático.

Alexy (2015a, p. 150) entende que há três graus variáveis referentes à segurança da suposição empírica, são eles: seguro, plausível e não evidentemente falso. Neste sentido, a corte constitucional não pode interferir na discricionariedade do legislador apenas por este se pautar em suposições incertas (2015a, p. 150), visto que há uma prevalência do princípio formal da democracia (ALEXY, 2014, p. 521) sobre a possibilidade do controle judicial. O Poder Legislativo é o poder legítimo para tomar decisões coletivas vinculantes em nome da maioria. As hipóteses de controle judicial e, portanto, de decisões *contra legem* dependem de que o Judiciário se pautar em suposições empíricas seguras que demandem uma solução diferente da dada pelo legislador.

Destarte, Alexy adota uma regra para verificação da atuação do legislador dentro do seu espaço epistêmico empírico. Basicamente, quanto maior a intensidade de intervenção de uma medida legislativa em um direito fundamental, maior deve ser a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de ponderação do legislador.

O resultado dessa interpretação, consoante Gavião Filho (2010, p. 363), é de que quanto maior o peso do direito fundamental, menor o espaço estrutural do legislador; quanto maior a intervenção em direito fundamental, maior deve ser o procedimento de investigação sobre as premissas empíricas pressupostas para justificar a medida. E quanto maior a intensidade de intervenção, maior cuidado os juízes devem ter para verificar pequenas vantagens alcançáveis ao direito fundamental sem prejuízo para a medida estatal em questão e maior deve ser a disposição dos juízes para diferenciar o grau de realização da medida estatal M em questão do grau de intensidade da intervenção do direito fundamental Pi.

Já o espaço epistêmico normativo de discricionariedade¹⁶ diz respeito ao conteúdo material da Constituição (ALEXY, 2015a, p. 91). Assim, ele está relacionado

¹⁶ Indubitavelmente este espaço é o mais complexo e problemático de todos, para um adequado e, quiçá, necessário aprofundamento, indicam-se as seguintes pesquisas: KLATT, Mathias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic Discretion in constitutional law. In ICON, Vol. !0, nº 1, p. 69-105, 2012; e GAVIÃO FILHO,

com o peso dos direitos fundamentais em colisão, ou seja, ele versará sobre o que é deixado na ponderação para as valorações próprias do legislador. A incerteza, nesse espaço, versa sobre a intensidade da intervenção sobre um direito fundamental ou sobre o quanto efetivamente pesa a intervenção no direito fundamental (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 365)

Nesse ponto, existe um espaço epistêmico normativo para a livre ponderação do legislador. Há de se atentar que cada espaço epistêmico normativo constitui uma redução do controle judicial-constitucional pelo Judiciário.

O espaço epistêmico normativo se compatibiliza com a limitação do legislador com a Constituição Federal na medida em que ele só surge quando há uma incerteza normativa quanto à ponderação dos direitos fundamentais. Se não há incerteza sobre a ponderação, não há espaço epistêmico normativo do legislador (GAVIÃO FILHO, 2010, P. 366) e há controle judicial-constitucional.

O que se procura demonstrar com isso é que o espaço de conformação política do legislador deve ser respeitado, visto que ele é o ente legítimo e constitucionalmente competente para tanto. Com efeito, o processo político não deve estar reduzido a algo sem significado, tampouco uma passagem do Estado-legislador para o Estado-judicial constitucional deve ser defendida.

Nas palavras de Anízio Gavião Filho (2010, p. 367) “a dogmática dos espaços alcança a compreensão sobre os espaços estruturais e epistêmicos que estão liberados para conformação política do legislador, ou seja, há um espaço de atuação do legislador dentro da limitação material da constituição que o judiciário não deve intervir”. Muito menos deve tomar para si. Fora desses espaços, tudo está sujeito ao controle jurisdicional. Mais uma vez aproximando a teoria alexyana da doutrina dworkiniana, trata-se de deixar os argumentos de política para os órgãos políticos por excelência, deixando a cargo do Judiciário a análise dos argumentos de princípios – argumentos sobre os direitos, regras ou princípios, que as pessoas tem sob o prisma constitucional, o ordenado ou proibido pela Constituição (DWORKIN, 2000, p. 101).

Consoante Anízio Gavião Filho (2010, p. 367), isso significa que, no espaço de configuração liberado pela Constituição, o legislador está livre para tomar as decisões políticas de oportunidade que lhe aprouver, estabelecendo restrições, limites,

harmonizações e ponderações de direitos. Essas decisões não podem ser abarcadas pelo Judiciário, tampouco este deve tomar para si essa função, sob o grave risco de desestabilização dos princípios formais do ordenamento jurídico, desvirtuando a própria democracia e o Estado de Direito, carecendo de legitimidade para tanto.

Tais bases são importantes para a compreensão do papel do Judiciário e da jurisdição na democracia deliberativa aliada com o Estado Constitucional de Direito, visto que na jurisprudência brasileira se percebe uma maior atuação do Supremo em alguns pontos, extrapolando suas funções constitucionais. E isso, inclusive, é defendido por parte da doutrina que busca sustentar a legitimidade da Corte Constitucional em atuar de forma representativa.

Com efeito, deve-se examinar a função do Poder Judiciário dentro do Estado Democrático Deliberativo de Direito e qual a sua legitimidade para atuar. Adverte-se que o panorama será sempre o ordenamento brasileiro e a Constituição Federal de 1988.

1.5 O PODER JUDICIÁRIO, A JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE DIREITO E A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DOS TRIBUNAIS:

O Poder Judiciário e seus tribunais são órgãos de soberania que administram a justiça, conforme lição de Canotilho (1993, p. 759). Ou seja, a eles cabe a função jurisdicional do Estado em nome do povo (ALEXY, 2015a, p. 53). É nesse sentido que Gavião Filho (2010, p. 368) afirma que não falta legitimidade para os juízes controlarem intervenções em direitos fundamentais, visto que, apesar de os parlamentares deterem a representação política do cidadão, os juízes desempenham a representação argumentativa da população.

Se todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, tanto os juízes quanto os legisladores são, em algum grau, representantes do povo. A representação, contudo, ocorre de maneira distinta, visto que o parlamento representa politicamente, enquanto o tribunal constitucional representa argumentativamente (ALEXY, 2015b, p. 135).

Com isso, deve-se compreender que a representação do povo pela jurisdição tem um caráter mais idealístico do que aquela exercida pelo parlamento (ALEXY, 2015a, p.

54). O cotidiano da representação parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se. Por essa razão, quando o Tribunal Constitucional dirige-se contra tal decisão inconstitucional, ele não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos (ALEXY, 2015a, p. 54).

Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-fundamentais, fracassou, mas requer positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-constitucional racional (ALEXY, 2015a, p. 54). Aqui, cumpre esclarecer que se trata, em certa medida, de uma aceitação ideal de que os argumentos expostos são racionais e corretos com o ordenamento jurídico-constitucional posto (ALEXY, 2015b, p. 135).

Adverte-se que o Tribunal Constitucional não irá atuar em favor das maiorias, pois ele exerce sua função de guardião da Constituição mesmo contra elas. A guarda da Constituição é do Tribunal Constitucional, incumbindo à jurisdição constitucional a proteção dos direitos fundamentais contra os erros das decisões políticas majoritariamente estabelecidas do legislador (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 368). Nesse caminho, o discurso jurídico constitucional racional promove a representação do povo, possibilitando o amplo debate da população e da sociedade também nas questões jurídicas constitucionais, protegendo também as minorias num processo de proteção da Constituição e das regras democráticas.

Nas palavras de Gavião Filho (2010, p. 370), o conceito de “representação argumentativa pressupõe se entender a democracia não apenas como decisão – procedimento centrado na eleição e na regra da maioria – mas também como argumentação. A democracia é deliberativa porque argumentativa”. Assim, a democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso como meio de tomada de decisão política. Nesse giro, afirma-se: “a representação do povo pelo legislador é, simultaneamente, decisionista e argumentativa. A representação do povo pela jurisdição constitucional é puramente argumentativa ou discursiva” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 370).

Ainda nesse norte, esclarece-se que, quando Alexy (2015a, p. 53) defende que o Judiciário e, mais especificamente, a Corte Constitucional devem exercer uma representação argumentativa, ele não se refere a que a decisão deve estar de acordo com o desejo da população, ou que a decisão deve representar o povo, mas sim que,

mediante uma decisão fundamentada, abre-se espaço para que a sociedade entre no debate jurídico sobre as decisões, exercendo uma função de controle e participando do próprio processo decisório. A representação argumentativa exercida pelo Tribunal é, então, um reflexo da democracia deliberativa que é sustentada neste trabalho, trazendo para o debate a maior quantidade possível de interessados, conforme uma aproximação do modelo ideal sustentado por Alexy (2010, p. 177).

Nesse sentido, Alexy (2015a, p. 53) também sustentará que o amplo debate tem a capacidade de aprimorar e aperfeiçoar as decisões judiciais, aproximando as discussões reais da sociedade e do Judiciário ao discurso ideal. Esse é o sentido da afirmação que o Tribunal Constitucional exerce um papel de representatividade argumentativa. Ademais, percebe-se que ele está investido de legitimidade para tanto, conforme a nossa Constituição promulga e a democracia solicita. O Poder Judiciário, conforme apontado por Tocqueville (1969, p. 356), é a maior garantia oferecida à independência pessoal nas democracias.

Sobre a jurisdição constitucional como forma de proteção de direitos constitucionais, observa-se, do já exposto no 1.2 e 1.3, a necessidade da jurisdição constitucional material, e, conforme defende Francisco Motta (2009, p. 21), nela reconhece-se a sua capacidade para consolidar o Estado Democrático Deliberativo de Direito. Portanto, “jurisdicionar é fazer atuar e cumprir a constituição” (MOTTA, 2009, p. 21). Assim sendo, entende-se ela como um dos elementos justificadores da legitimidade do Judiciário (MOTTA, 2009, p. 22).

Então, compreende-se como legítima a função de jurisdição constitucional material do Judiciário, já que a legitimidade é retirada do próprio poder do povo no Estado Democrático Deliberativo de Direito e da necessidade de garantir a supremacia da Constituição. Destarte, inicia-se uma análise mais profunda desse Poder.

O Poder Judiciário tem, sob o ponto de vista constitucional organizacional, uma posição jurídica de soberania idêntica a dos outros Poderes da República, conforme art. 2º da Constituição Federal de 1988. Por isso, os tribunais desempenham funções cuja vinculatividade está constitucionalmente assegurada (CANOTILHO, 1993, p. 759).

Contudo, a posição jurídica dos tribunais apresenta especificidades características quando comparadas com os outros Poderes ou, conforme denominação de Canotilho, outros órgãos de soberania. Em primeiro lugar, os tribunais estão sujeitos

à lei; desse ponto deriva a especificidade da função judicial, qual seja: a garantia, concretização e o desenvolvimento do direito, que será revelado, pelos menos em via inicial, pelo poder constituinte originário e pelos Poderes Legislativo e Executivo (CANOTILHO, 1993, p. 759). Cumpre frisar que tal relação não estabelece uma hierarquia entre órgãos legislativos e órgãos judiciais.

Em segundo lugar, a posição constitucional do juiz não possui caráter de representatividade pelo voto, ou seja, ele não exerce sua função jurisdicional conforme o desejo da maioria, o que, em geral, é exigido para os outros Poderes (CANOTILHO, 1993, p. 759). Embora administrem formalmente a justiça para a sociedade e em nome dela, a jurisdição não se desenvolve como as atividades políticas dos órgãos representativos – ela não responde aos anseios da sociedade como visto acima.

Nesse sentido, ressalta-se a função contramajoritária do Poder Judiciário, visto que ela se pautará no exigido pelo ordenamento jurídico, independentemente dos desejos da maioria da população. Não se quer dizer que a função jurisdicional não pode resolver casos conforme a sociedade ache justo, mas sim que a vontade da maioria não pode determinar como se dará a função jurisdicional, uma vez que ela tem caráter de efetiva proteção dos direitos e de limitação do poder estatal.

Essa limitação será direcionada às manifestações de poder da maioria representada pelo legislador. Com efeito, exige-se que os órgãos da justiça contribuam para a atuação e concretização do ordenamento jurídico constitucional.

O exercício da função jurisdicional é destinado a assegurar a defesa dos direitos e interesses juridicamente protegidos dos cidadãos, a reprimir a violação do processo democrático e a dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (CANOTILHO, 1993, p. 760), e ele deve ser pautado num processo justo legalmente regulado. Isso se estabelece porque a jurisdição será um dos pilares do próprio Estado Democrático Deliberativo de Direito aqui defendido, conforme lição do próprio Canotilho (1999, p. 24). Lembra-se de que é o processo que dará efetivação e proteção a pelo menos três pilares que sustentam o *rule of law*¹⁷.

¹⁷ Lembra-se: 1) a obrigatoriedade da adoção de um processo justo legalmente regulado para possibilitar o julgamento e punição de cidadãos, privando-os de sua liberdade ou propriedade; 2) a prevalência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real; 3) a sujeição de todos os poderes executivos à soberania dos representantes do povo (parlamento); e 4) direito e igualdade de acesso aos tribunais por parte de qualquer indivíduo a fim de defender seus direitos segundo os princípios do direito

O sistema constitucional brasileiro de distribuição da função jurisdicional pode sintetizar-se da seguinte forma: na posição mais elevada e especial, situa-se o Supremo Tribunal Federal, que dará sustentação ao Estado Democrático Deliberativo de Direito e terá a expressa função de ser o “guardião da Constituição”, conforme art. 102 da Carta Constitucional de 1988. Além da jurisdição constitucional, também se terá a jurisdição ordinária que se dividirá em comum e especial.

Importante papel a ser investigado é qual a função da Corte Constitucional brasileira. Canotilho (1993, p. 765) sustenta que “à jurisdição constitucional atribui-se também um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direcção política”. Neste sentido é que muitas decisões do Tribunal Constitucional acabam por ter efetiva força política, visto que cabe ao Supremo Tribunal resolver, em última instância, questões constitucionais controvertidas no panorama político brasileiro.

Destarte, Motta afirma que o tribunal deve estar preparado para responder questões de moralidade política sempre com o ônus de solucionar as demandas, aplicando o ordenamento jurídico-constitucional (2009, p. 16). Aponta também que deve fazê-lo a partir de uma compreensão do sentido da Constituição, sempre como topo normativo e interpretativo (MOTTA, 2009, p. 15).

Então, há de se observar que a característica de papel político-jurídico não se desenvolve da mesma forma que a dos órgãos de direcção política, já que as decisões judiciais sempre devem ser extraídas do ordenamento jurídico de forma racionalmente fundamentada. Assim, Alexy (2015a, p. 25) afirma que os critérios de controle de decisões políticas e decisões jurídicas são diferentes, porque as decisões políticas, por exemplo aquelas advindas do legislador, têm um maior espaço substancial de discricionariedade (ALEXY, 2014, p. 519), visto que o próprio ordenamento prevê estes espaços de atuação discricionários do legislador, o que não ocorre com as decisões judiciais.

comum perante qualquer entidade ou pessoa; e 5) o poder constituinte do povo, ou seja, o direito do povo de fazer uma lei superior (constituição) na qual constem os esquemas essenciais do governo e respectivos limites.

Dessa forma, refuta-se a hipótese de que a jurisdição constitucional teria um papel de conformação política, pois ele se insere na dogmática dos espaços e, como visto no ponto 1.4.5, é exclusivo dos órgãos político-representativos, que são os que detêm discricionariedade para decisões políticas.

Contudo, a jurisprudência e as decisões do Supremo produzem, de fato e de direito, uma influência e uma vinculação determinantes nos outros tribunais e nos próprios órgãos de direção política. Destarte, o Supremo Tribunal Federal, no cenário de redemocratização brasileira e do neoconstitucionalismo, desempenha papel de protagonista também na vida política do país no momento em que decide importantes questões políticas – mesmo sem os espaços de discricionariedade (CANOTILHO, 1993, p. 765).

O Tribunal Constitucional, mesmo limitado ao controle jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo legitimamente dos seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito, não se pode furtar à tarefa de guardião da Constituição, consoante art. 102, caput, da Constituição Federal, apreciando a constitucionalidade de atos normativos dos outros Poderes. Canotilho irá mencionar o “princípio” do *judicial self-restrain* na contenção dessas valorações. Para Alexy (2014), isso será resolvido com os princípios formais e com a dogmática dos espaços. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição (CANOTILHO, 1993, p. 765).

Canotilho (1993, p. 766) sustenta que, com a garantia da observância das normas constitucionais, connexionam-se relevantíssimas questões político-constitucionais como: 1) a defesa das minorias perante decisões da maioria representada no Legislativo e Executivo; 2) primazia das normas da Constituição como critério de fundamentação e limitação do Legislativo e Executivo; 3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos atos normativos; 4) legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional por meio da interpretação dada às normas da Constituição pelos juízes constitucionais. Com efeito, desta base Canotilho (1993, p. 765) afirma: “o Tribunal Constitucional poderá desempenhar o papel de regulador e determinador da própria identidade cultural da República e de controlador do legislador e da administração”. Aqui, acrescenta-se: sempre respeitando os espaços legítimos do legislador e da administração.

1.5.1 Crítica a atuações representativas da corte constitucional:

Aqui cumpre fazer uma crítica à chamada atuação representativa da Corte Constitucional brasileira. Nesse sentido, apenas para uma melhor ilustração, cita-se o entendimento de Luís Roberto Barroso (2017, p. 3 e 4), que percebe três papéis distintos na atuação do Supremo Tribunal Federal pátrio, são eles: a função contramajoritária, a função representativa e a função iluminista.

De maneira sucinta, explicam-se os papéis. A função contramajoritária é identificada no poder da Corte de invalidar leis e atos normativos quando estes desrespeitam a Constituição e as regras do jogo democrático (BARROSO, 2017, p. 4 et BARROSO, 2015, p. 36). Trata-se, assim, da possibilidade da revisão constitucional dos atos normativos, a qual permite a sobreposição da interpretação constitucional do Judiciário sob a interpretação (ou deliberada violação) da Constituição pelo Legislativo e pelo Executivo – órgãos precipuamente representativos, já que escolhidos e votados pela maioria da população.

Apesar de eventuais críticas, tal função é plenamente legítima e constitucional, conforme art. 102 da Constituição Federal de 1988. A sua legitimidade (BARROSO, 2015, p. 36) está ancorada em dois fundamentos principais: o da proteção dos direitos fundamentais, que corresponde ao mínimo ético e justo da comunidade política, conforme já analisado; e a proteção das regras do jogo democrático, também consoante já estudado. Trata-se de efetivo limite e norte ao poder das maiorias.

A segunda função defendida por Barroso é a representativa, a qual ocorre, segundo o ministro, quando a corte atua para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador (BARROSO, 2017, p. 4). Trata-se, segundo Barroso (2015, p. 39), de uma transferência de parte do poder político para o Supremo Tribunal Federal.

O ministro do Supremo Tribunal Federal tenta demonstrar que nem sempre as decisões dos órgãos eletivos são expressão da vontade majoritária e que, ao revés, muitas vezes as decisões proferidas pela Suprema Corte podem expressar a vontade do povo. Barroso procura defender que, em diversos contextos, o Judiciário é um melhor

intérprete do sentimento majoritário e de maneira mais independente que o Legislativo e, portanto, deveria explorar essa função representativa (BARROSO, 2015, p. 40).

Contudo, a posição do ministro do Supremo Tribunal Federal vai contra os próprios autores de base que ele utiliza para fundamentar a posição majoritária. Barroso cita, ao longo do artigo que sustenta sua perspectiva (BARROSO, 2015; p. 41 e 42), a função de representação argumentativa e o papel dos princípios formais de Robert Alexy, mas o faz para explicar uma tese radicalmente distinta da do autor alemão. Explica-se. Alexy utiliza os argumentos da função de representação argumentativa e do princípios formais para demonstrar que a revisão judicial contramajoritária é democrática, devendo o Judiciário atuar nos conformes da Teoria dos Espaços Dogmáticos como já demonstrado. Barroso, por sua vez, parte dos mesmos argumentos para sustentar uma usurpação dos poderes políticos representativos por excelência pelo Judiciário.

Nesse sentido, o autor brasileiro ainda vai além. Essa compreensão da Corte como intérprete não apenas da Constituição, mas também de representante da vontade da maioria iria encarregá-la, na visão do autor (BARROSO, 2015, p. 42), de ser o sujeito transformador da história em determinadas situações. Defende o ministro que circunstâncias nas quais o Legislativo e o Executivo estão contidos e não conseguem dar as necessárias respostas aos anseios da população, deve o Judiciário, em nome do povo, empurrar a história e a sociedade rumo ao futuro – trata-se da função iluminista. Barroso cita como exemplos dessas situações o caso norte-americano *Brown v. Board of Education*, o caso israelense sobre a proibição da tortura e o caso brasileiro sobre as uniões homoafetivas (ADPF nº 132 e ADI nº 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto).

O grande problema é que Barroso parte da concepção de uma democracia deliberativa e da representação argumentativa do Judiciário para defender uma expansão discricionária do papel da Corte Constitucional Pátria. Posições defensoras desse aumento da função da corte constitucional são perigosas, não apenas pela transposição do Estado parlamentar para o Estado judiciário como também pela própria descaracterização da democracia, que perde a definição de espaços próprios de atuação dos poderes, desconforme a Teoria dos Espaços Dogmáticos. Nesse tom, bem afirma Feldens (2012, p. 28) sobre o desafio a ser enfrentado pelo Estado Democrático Constitucional moderno na relação entre jurisdição constitucional e democracia:

“neutralizar a tirania das maiorias parlamentares era o propósito (do modelo moderno), evitar o governo dos juízes, o desafio”. A proposta de Barroso aproxima-se, indubitavelmente, do governo dos juízes.

Assim, esclarece-se que a representação argumentativa do Judiciário e da Corte Constitucional deve estar presente em todas as manifestações dela. Não se trata de em um momento representar a população e em outro guardar a Constituição de maneira contramajoritária.

A posição que defende a repartição do papel do tribunal constitucional como por vezes de representação argumentativa numa função de resposta majoritária e por outras como função contramajoritária carece de legitimação para o exercício desse poder. A função legítima do Judiciário vem da proteção dos direitos fundamentais e do controle das regras do processo democrático, sendo a última instância de limitação dos poderes da maioria.

No momento em que o Judiciário atribui para si a função representativa, ele perde a legitimidade constitucional para tanto, visto que, além de carecer de competência constitucional positivada para tal, viola o limite da atuação do judiciário. Lembra-se que, conforme afirma Feldens (2012, p. 28), o “Legislativo, no exercício de sua legitimidade democrática, tem uma margem de atuação bastante mais ampla que aquela conferida ao judiciário (justiça constitucional), carente dessa mesma legitimação política (de base eleitoral)”.

Além disso, uma possível atuação judicial que visa dar resposta aos anseios da população causaria um desequilíbrio, criando um efetivo exercício do poder da maioria sem forma de controle. Por isso, Feldens afirma (2012, p. 29): “é vedado à justiça constitucional, a pretexto de melhor decidir, dissipar-se em manifestações de voluntarismo ético de seus protagonistas, à luz de suas visões pessoais de mundo”. O espaço adequado para os consensos e dissensos sociais subjetivos representativos da população é o parlamento, onde devem, pelo menos no plano do dever-ser, encontrar sua síntese (FELDENS, 2012, p. 29).

Ademais, o Judiciário não tem os espaços de discricionariedade e, a partir do momento em que ele invade esses espaços, mais uma vez, ele perde legitimidade. Com isso, há uma violação pelo Judiciário do princípio formal da democracia,

desestabilizando e enfraquecendo o próprio Estado Democrático Deliberativo de Direito.

Alexy (2015a, p. 53, 54) defende que, em todas as situações, a Corte Constitucional desempenha um duplo papel: o de guardião da ordem jurídica constitucional e o de representação argumentativa da população. Com efeito, a legitimidade da corte será sim extraída, conforme argumentou Barroso, da compreensão de que a democracia substancial não é mais feita apenas mediante o voto e a regra majoritária, mas, na feliz expressão do ministro, pela razão sem voto, ou seja, pelo debate democrático da sociedade.

Neste caminho, observa-se que a democracia constitucional contemporânea já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita também de um debate público contínuo que acompanha as diversas decisões políticas e jurídicas importantes no país. Participam desse debate todas as instâncias da sociedade, sempre calcada nos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade, nos conformes da teoria do discurso defendida por Alexy. A democracia deliberativa significa a troca de argumentos, o oferecimento de razões e a justificação das decisões que afetem a coletividade. A motivação, a argumentação e o oferecimento de razões suficientes e adequadas constituem, também, matéria prima da atuação judicial e fonte de legitimação de suas decisões e, principalmente, do papel da corte constitucional (BARROSO, p. 4, 2017).

Contudo, as consequências desta fonte democrática constitucional de legitimação não autorizam o Supremo Tribunal Federal a abrir mão de sua função de guardião da Constituição. Ou seja, a representação argumentativa é a fonte de legitimação do papel dito contramajoritário da corte, que, por vezes, como no caso da união homoafetiva, pode ser exercida em concordância com o sentimento da maioria da população, mas o processo de formação e justificação desta decisão deve sempre ser pautado na Constituição e na manutenção do Estado Democrático Deliberativo de Direito, o que não admite a extrapolação de sua função constitucional ou a subsidiariedade da atuação legislativa representada pelo Supremo Tribunal Federal.

Não se trata de uma alternância de papéis, na qual em um momento a corte atende ao ordenamento constitucional e em outro momento ela atende aos anseios da população, transformando a história e sintetizando a vontade da maioria. Mas sim de uma atuação em defesa do ordenamento jurídico e do Direito sempre pautada na

Constituição, que por vezes pode transformar a história, mas não é essa tampouco a função de intérprete dos anseios da população, um papel que a corte deve desempenhar.

Tal mudança de paradigma é importante, uma vez que vai legitimar importantes decisões e deslegitimar outras. Parte-se da compreensão de que a Corte Constitucional sempre exerce uma função de concretização do ordenamento jurídico constitucional que, por vezes, é violado pelo Executivo e Legislativo. Assim, ela não tem espaço substancial de discricionariedade e não tem legitimidade para decidir de forma política, ou seja, a função da corte é aplicar e garantir o ordenamento jurídico constitucional. Com efeito, o Tribunal Constitucional deve respeitar as decisões políticas representativas feitas dentro do seu respectivo espaço de conformação política, reputando-as como constitucional. Em outras palavras, quando os Poderes Executivo e Legislativo agem nos conformes da Teoria dos Espaços Dogmáticos, o Supremo Tribunal Federal deve abster-se de atuar, deixando de fazer juízos políticos das decisões dos outros poderes.

1.5.2 A atuação representativa no caso concreto e alguns de seus reflexos:

Analisa-se um exemplo paradigmático para demonstrar que, apesar de a posição do Barroso, em nosso juízo, carecer de legitimidade, ela efetivamente ocorre na prática. O caso foi escolhido precisamente pelo alto nível de subjetividade na sua decisão e por consistir em uma usurpação dos poderes judiciários. Ou seja, a corte constitucional efetivamente violou o espaço de conformação do legislador, aderindo à chamada função representativa defendida por Barroso de forma ilegítima.

O caso é o HC n 126.292/SP. O caso trata sobre Habeas Corpus contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou liminar pedida pela defesa que visava suspender a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo a qual, no julgamento da apelação, manteve a condenação do réu e expediu mandado de prisão para que este iniciasse o cumprimento definitivo da pena mesmo sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O tema relacionado ao Habeas Corpus versa sobre o alcance da norma da presunção de inocência e o equilíbrio entre a referida norma e a efetividade da jurisdição penal, conforme chamado pelo ministro relator.

Cumpra informar que o Supremo Tribunal Federal pátrio firmara jurisprudência no sentido de que o cumprimento de pena após a condenação em segundo grau sem trânsito em julgado era inconstitucional¹⁸. Trata-se de caso que modificou a jurisprudência da Corte Constitucional.

O tribunal, no referido caso, entendeu, por maioria, nos termos do voto do ministro relator, que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Trata-se de clara decisão *contra legem*, pois supera o art. 283¹⁹ do Código de Processo Penal. Assinala-se, nesse ponto, que, apesar da justificada discussão sobre se a presunção de inocência é regra ou princípio, a norma do art. 283 é claramente uma regra, uma vez que é uma determinação de caráter *prima facie* de definitividade e exprime uma consequência jurídica, um dever-ser concreto, qual seja: de que ninguém será preso exceto nas suas exceções. De outro giro, em caso de conflito, não é plausível ponderar essa regra com princípios para criar novos casos de prisão ante a flagrante violação ao direito fundamental à liberdade.

Contudo, o interessante é que, no voto dos ministros pela modificação da jurisprudência, a argumentação vai no sentido da possibilidade constitucional de se iniciar o cumprimento da execução da pena após o segundo grau, ainda que pendente recurso. Exemplifica-se com as páginas 7, 8 e 9 do voto do Ministro Relator Teori Zavascki e páginas 4 e 5 do voto do ministro Edson Fachin. Ou seja, não se fala sobre a inconstitucionalidade da posição política tomada pelo legislador, caso em que a regra estaria superada, mas da constitucionalidade da interpretação que o Supremo, pelo menos sua maioria, considera mais adequada. Assim, a fundamentação empregada pelo supremo é de argumentos de política e não de princípios (DWORKIN, 2000, p. 101; MOTTA, 2014, p. 149 a 152).

Nesse norte, exemplificativamente, merece destaque o caso do voto do Ministro Luiz Fux, que, dentre outras afirmações, pontuou que “a jurisdição, em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a

¹⁸ HC nº 84.078-7-MG, Rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, DJ, 05.02.2009.

¹⁹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal”. Logo após, destacou a necessidade de adequação das decisões judiciais às expectativas sociais: “Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência”.²⁰ O trecho em destaque permite indagar sobre a possibilidade de restrição de uma norma político-jurídica posta na Constituição e nos tratados internacionais protetivos de direitos humanos como tutela ao indivíduo em face do poder em Estado, a partir do que se entende ou se afirma ser uma expectativa da população. A delimitação do conteúdo jurídico-político da presunção de inocência deve satisfazer os anseios da população? A toda evidência, afigura-se ilegítima a resposta positiva a essa indagação, na medida em que inverte a lógica e a própria razão de ser dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, bem como a essência da função jurisdicional.

Repisa-se que a atuação da Corte Constitucional não pode estar fundamentada com base na vontade da maioria da população, pois isso viola a concepção do Judiciário como Poder contramajoritário e guardião da ordem jurídico-constitucional (ALEXY, 2015^a, p. 77). Assim, viola-se a própria representação argumentativa (ALEXY, 2015^b, p. 135) e usurpa-se espaços legítimos de atuação, e de argumentação (DWORKIN, 2000, p. 29), dos poderes políticos.

De outro giro, na análise pelo ministro relator do direito comparado com outros países, claramente se percebe que o cumprimento da pena vem de medidas legislativas dos órgãos de representação política. Exemplifica-se com os Códigos Processuais Penais dos Estados Unidos, França, Argentina e Espanha (páginas 9, 10 e 11 do voto). Ou seja, por via jurisdicional procura-se aproximar o ordenamento brasileiro do que foi considerado ideal ou mais efetivo pelos ministros. Lembra-se do argumento, já invocado no HC n 85.886/RJ, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. Argumento equivocado como apontou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, afirmando que o Supremo Tribunal Federal:

²⁰ STF, HC 126.292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, Divulgado em 16-05-2016, Publicado em 17-05-2016.

“esquecendo-se de dizer que a carta constitucional de nenhum desses países traz a concepção de inocência tal qual a nossa. O que fazer se a nossa Constituição é a mais garantista e garantidora que as outras? Algo há pelo qual devemos nos ufanar”.

O ministro Gilmar Mendes expressamente afirma que a presunção de inocência em uma das suas dimensões deve ser tratada como dever de tratamento do réu. Contudo, a definição desse tratamento deve ser dada pelo legislador sempre pautado formal e materialmente pela constituição, conforme página 5 do voto do Min. Gilmar Mendes. O ministro afirma expressamente que se trata de espaço de conformação do legislador. Contudo, depois, argumentando sobre possíveis espaços de cumprimento da norma, afirma que a prisão do réu é necessária após a condenação de segundo grau, observa-se, não apenas sem expressa base legal, mas contra expressa previsão legal sobre hipóteses de cumprimento da pena – notadamente o art. 283 do Código de Processo Penal. Ao final do seu voto, o ministro afirma que não é incompatível com a Constituição o cumprimento da pena depois do segundo grau.

Cumprido ressaltar que não se trata de uma solução política inadmissível pelo ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, cita-se a Proposta de Emenda à Constituição nº 15 de 2011, apelidada como PEC dos Recursos. Contudo, o importante a ser frisado na crítica é que se trata de um espaço de conformação política do legislador, aqui compreendidos legislador ordinário e poder constituinte reformador. O Supremo Tribunal Federal, na decisão em análise, exerceu uma suposta “função representativa” como defendida por Barroso que carece de legitimidade.

De outro giro, considera-se a própria linha argumentativa da maioria dos votos como inadequada, visto que os votos vencedores sustentam uma constitucionalidade da decisão do Tribunal de Justiça paulista sem conseguir superar o porquê da não aplicação do art. 283. Ressalta-se que os votos não apresentaram argumentos para demonstrar a invalidade da norma ou o motivo da excepcionalidade do caso concreto, consoante exige a Teoria dos Princípios (ALEXY, 2017b, p. 85 – 108). Além disso, a ponderação não deveria ter sido feita no caso da aplicação de uma regra, apenas se fosse para refazer a ponderação do legislador e demonstrar a inconstitucionalidade da regra e da ponderação feita anteriormente pelo legislador.

Atenta-se que a opção do legislador pelo art. 283 do Código de Processo Penal está claramente contemplada no espaço de conformação do legislador como visto acima

e é constitucional. A grande maioria dos argumentos trazidos, como os acima expostos, foram argumentos pautados numa função de intérprete do sentimento da maioria e de conformação política, adequadíssimos para a uma opção política, mas não tão acertados para uma decisão como guardião da Constituição. Então, não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir por uma medida que considera mais efetiva, se a posição tomada pelo legítimo legislador é constitucional. Lembra-se do princípio formal da democracia, que exige a tomada da maioria das decisões pelo legislador, que é o poder com maior legitimidade para decidir conforme a vontade da população (ALEXY, 2014, p. 517).

Convém ressaltar a dogmática dos espaços neste caso (ALEXY, 2015a, p. 77). É um caso que foi deixado livre para a discricionariedade política do legislador, ou seja, dentro dos limites constitucionais formais e materiais o legislador estava livre para agir, e o fez, conforme art. 283 do Código de Processo Penal.

Nesse norte, merece especial atenção o voto do ministro Marco Aurélio (páginas 2 e 3 do voto), que afirma: “Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário”. Efetivamente o Ministro tem razão, pois se trata de uma decisão que extravasou os limites do judiciário, carecendo de legitimidade.

Destarte, quando o Supremo Tribunal Federal age de forma representativa, ele viola os princípios formais de democracia e da separação de poderes. O judiciário retira sua legitimidade do seu papel de guardião da ordem jurídico-constitucional numa função de representatividade argumentativa da população, que não foi cumprida no caso concreto, o qual demonstra a ameaça para o Estado Democrático Deliberativo de Direito e para a ordem constitucional a qual pode vir de decisões ilegítimas da corte constitucional pátria.

Trata-se, o caso, de efetiva conformação política, ou seja, de exercício de poder político discricionário pelo Supremo Tribunal Federal, o qual ele não detém segundo o ordenamento jurídico-constitucional. A corte interferiu no espaço substancial de discricionariedade do legislador.

O risco dessa decisão é que ela demonstra um fenômeno a ser estudado no próximo capítulo, que é a expansão da intervenção estatal pela via penal, em casos específicos, um de seus sintomas é a colisão entre direitos fundamentais do acusado e a noção de eficiência no processo penal – como ocorreu no caso analisado. Atenta-se que

nesse caso paradigmático trata-se de uma expansão ilegítima, pois é originada pelo Judiciário numa usurpação de suas funções. Contudo, isso não significa que toda expansão do direito penal é ilegítima, devendo ela respeitar os limites do ordenamento jurídico constitucional.

2. VÍNCULOS ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE DIREITO, O PROCESSO PENAL E A EXPANSÃO DO CONTROLE PENAL PELA VIA ESTATAL

O presente capítulo destina-se a analisar a expansão do controle estatal pela via criminal, seus reflexos na jurisdição e a necessidade de garantias. Trata-se de um aumento da aplicação do Poder organizado de coerção, conforme assinalado no primeiro capítulo, principalmente de seu âmbito mais agressivo, qual seja: o direito penal *lato sensu*. Para tanto, inicia-se com anotações sobre uma estrutura do processo penal clássico, para depois aprofundar a análise sobre a expansão do controle estatal pela via penal e as transformações que esta provoca naquele. Ademais, as bases para a compreensão de quais transformações e expansões são legítimas dentro do processo penal constitucional no Estado Democrático Deliberativo de Direito são expostas a partir do estudado no capítulo anterior. Por fim, o papel contramajoritário da jurisdição criminal é reforçado, e garantias fundamentais são apresentadas como critério limitador da expansão em análise.

2.1. A TEORIA GARANTISTA NO PROCESSO PENAL E SUA APROXIMAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

Destarte, o ponto inicial apresentará o garantismo penal nuclear de Ferrajoli como o paradigma para a compreensão da estrutura clássica do direito penal *lato sensu* moderno, logicamente identificando os pontos de encontro com o ordenamento brasileiro. Diversos autores (LOPES JR, 2016, p. 38; GIACOMOLI, 2016, p. 97) apontam que a Constituição Brasileira adota o sistema acusatório de processo penal, assim se aproximando à estrutura garantista e acusatória proposta por Ferrajoli, razão pela qual será a organização apresentada. Lembra-se que o modelo de Ferrajoli é, em grande medida, ideal, assim como um processo penal acusatório puro também o é, sendo a aproximação o realizável pelos diversos ordenamentos.

2.1.1 Anotações para uma compreensão da Teoria Garantista:

Inicialmente, ressaltam-se algumas observações sobre o que é o garantismo para ilustrar qual parte desta teoria será tratada. Nesse sentido, a teoria garantista deve ser compreendida como uma teoria de base constitucional orientada à limitação e vinculação do exercício de poder tanto estatal quanto de fato, garantindo juridicamente a realização de direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2010, p. 62). Tal tarefa é imposta ao Legislativo e Executivo e controlada pelo Judiciário, competindo-lhe o exercício do poder estatal de forma a tutelar esses direitos frente a suas principais ameaças - os outros indivíduos, as sociedades organizadas de fato e o Estado -, de modo a minimizar as violações de direitos por parte dos particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos (FELDENS, 2012, p. 53).

Feldens (2012, p. 53) afirma que o Estado Constitucional de Direito e o garantismo são realidades autorreferentes, os quais apontam para a otimização e garantia de forma idônea dos direitos fundamentais, assegurando sua máxima efetividade. Destarte, a teoria garantista na sua completude não pode ser confundida com o garantismo penal minimalista de Ferrajoli, visto que esse é um modelo de direito penal nuclear com base na tradição jurídica do iluminismo e do modelo liberal (FERRAJOLI, 2010, p. 61).

Inegavelmente, o referido modelo penal serviu de orientação para diversos ordenamentos jurídicos e possui garantias históricas importantes para a restrição de espaços de arbitrariedade estatais, mas é estruturado a partir da exclusiva proteção de bens jurídicos primários, dotado de uma eficácia preponderantemente negativa, ou seja, oponível ao Estado. Em contrapartida, o modelo amplo é uma teoria de base constitucional e de multifuncionalidade dos direitos e garantias fundamentais (FELDENS, 2012, p. 54-56).

Desse modo, cumpre afirmar que a própria teoria garantista em Ferrajoli é muito mais ampla que o garantismo penal, tendo desenvolvido uma teoria do direito (FERRAJOLI, 2016) e uma teoria da democracia (TRINDADE, 2011, p. 113). Contudo, no Brasil, Ferrajoli continua sendo lembrado pela sua teoria penal minimalista. Portanto, lembra-se Feldens (2012, p. 56): “o discurso penal de Ferrajoli não se confunde com o garantismo. Ou pelo menos com ele não se confunde totalmente”. Em outras palavras: embora inequivocamente exista garantismo na teoria de direito penal proposta por Ferrajoli, o garantismo não se reduz a essa compreensão. O que se concorda, entretanto, é que isso implica discordar de um princípio que ordene a visão

minimalista de direito penal. Essa visão pode ser adotada como política pública, mas ela não é extraída como princípio ou direito fundamental do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, ao contrário do que alguns autores fundamentam (LOPES JR, 2016, p. 38). Ou seja, o que a fundamenta são opções políticas e filosóficas, mas não há um mandamento normativo constitucional que obrigue o legislador a adotar o direito penal nuclear, razão pela qual algumas das transformações estudadas, que são reflexos da expansão do controle estatal pelo direito penal, serão constitucionais, legítimas e democráticas.

Destarte, atenta-se à legitimidade do legislador em fazer restrições e limitações constitucionais e devidas aos direitos fundamentais, desde que observado o espaço do possível permitido pela Constituição. Lembra-se da proposta da Constituição-quadro e das suas possibilidades (ALEXY, 2015a, p. 77). Assim, dentro do espaço de conformação política do legislador, em nome da maioria democrática, é possível optar-se por uma maior tutela da segurança em detrimento de um direito penal mínimo (FELDENS, 2012, p. 54-55), desde que respeitados os limites constitucionais materiais e formais (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 354; e FELDENS, 2012, p. 63), uma vez que o legislador tem espaços de discricionariedade (ALEXY, 2014, p. 517-519) também na seara penal *lato sensu* (FELDENS, 2012, p. 68), conforme já afirmado no primeiro capítulo.

Nessa lógica, modificações na estrutura do direito penal ante a transformação da própria sociedade não são ilegítimas, quando respeitados os limites constitucionais (FELDENS, 2012, p. 98). Destarte, é possível a opção por uma maior tutela da segurança com prestações positivas do Estado; contudo, deve-se atentar para a não violação dos direitos e garantias fundamentais e para a legitimidade dessas transformações. Destaca-se que nem os direitos fundamentais, tampouco as garantias, são absolutos. Como afirmou Feldens (2012, p. 54) sobre o espaço do legislador para restringir direitos fundamentais negativos:

A necessidade desses espaços é percebida pela afirmação do Tribunal Constitucional Federal Alemão²¹, quando se refere ao caráter não absoluto dos direitos fundamentais: ‘a liberdade garantida na Lei Fundamental não é aquela de um indivíduo isolado e autocrata, senão a de um indivíduo com referência e vinculado à comunidade.

²¹[BVerfGE, 45, 187 (227)]

Com efeito, intervenções penais feitas pelo legislador não são apenas legítimas como eventualmente necessárias e ordenadas pela Constituição, exemplifica-se com os incisos XLII e XLIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Trata-se dos mandamentos de criminalização explícitos.

Adverte-se que a teoria de base desta pesquisa é a Teoria dos Princípios, que é uma proposta de perspectiva distinta da teoria formulada por Ferrajoli, principalmente porque a teoria penal garantista é fundada em torno do pressuposto de que toda manifestação de poder, tanto estatal quanto econômico, é ruim, continuamente desconfiando do espontâneo respeito aos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p. 62), do que discordamos. Porém, existem importantes pontos de encontro entre as teorias que serão utilizados para estabelecer limites e critérios racionais à expansão em análise. Tais apontamentos serão apresentados ao longo deste capítulo. Por ora, apresenta-se a estrutura dita clássica do direito penal moderno.

2.1.2 Um modelo (ou espantalho) do direito penal clássico:

O direito penal dos ordenamentos ditos desenvolvidos é um produto predominantemente moderno. Dessa forma, Casara e Melchior (2013, p. 53) defendem que, apesar de trazerem bases filosóficas distintas, tais ordenamentos seguem um modelo garantista clássico, que traz os seguintes princípios fundantes: estrita legalidade, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal do imputado, juízo oral, contraditório e a presunção de inocência do acusado – esses princípios são fruto da tradição jurídica do iluminismo e do modelo de processo liberal (FERRAJOLI, 2009, p. 33).

Apesar das diferentes correntes filosóficas e ideológicas que vieram por fundamentar os princípios referidos, o certo é que eles foram consolidados pelas constituições e codificações modernas, e formam um sistema unitário e coerente (FERRAJOLI, 2009, p. 34). É perceptível que a Constituição Federal de 1988 encontra-se nessa categoria de diplomas e traz os princípios citados como direitos e garantias fundamentais, conforme seu art. 5º, apenas como exemplo os incisos: XXXIX (legalidade), XLV (responsabilidade pessoal do imputado), XLIX, LIV (devido processo legal) e LVII (presunção de inocência).

Ferrajoli (2009, p. 34) defende que a unidade do sistema depende de que os diferentes princípios fundantes configurem-se, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penalmente imputável, visando assegurar o maior grau possível de racionalidade e de confiabilidade do juízo. Desse modo, limita-se o poder punitivo da autoridade estatal e promove-se a tutela do cidadão contra a arbitrariedade, o que terá por consequência uma maior legitimação do poder de punir do próprio Estado.

Tal sistema é composto por dois elementos constitutivos: um relativo à definição legislativa e outro à comprovação jurisdicional da conduta punível. Eles correspondem aos conjuntos de garantias (tanto penais-materiais quanto processuais) do sistema punitivo a que dão fundamento (MAYA, 2014, p. 7).

Nessa linha, a presente pesquisa preocupar-se-á mais detalhadamente com as garantias relacionadas à jurisdição. Contudo, os dois tipos, tanto o da definição legislativa quanto o da jurisdicional, serão apresentados. Começa-se com a primeira garantia que é o princípio da estrita legalidade.

O princípio da estrita legalidade exige duas condições: uma de caráter formal, que trata do critério de definição do desvio criminoso; e outra de caráter empírico, que trata das hipóteses de desvios legalmente definidos (FERRAJOLI, 2009, p. 34). A primeira, também chamada de legalidade penal, visa garantir que não seja crime tudo que é anormal ou imoral, mas apenas aquilo que a lei formalmente identifica como crime, na forma do axioma *nulla poena et nullum crimen sine lege* (DA SILVA, 2010, p. 429). Já a segunda visa garantir que a definição do que é crime não seja subjetiva, relacionada com status subjetivos do criminoso, mas sim objetiva, tendo por base comportamentos empíricos e objetivamente identificáveis. Destarte, o comportamento social pode se pautar em uma base para expectativas legítimas (RALWS, 1997, p. 261) na forma do axioma *nulla poena sine crimine et sine culpa* (FERRAJOLI, 2009, p. 34).

A primeira condição, aquela de caráter formal, visa garantir o princípio da reserva legal na matéria penal (ou legalidade penal), submetendo o juiz à lei. A segunda condição comporta o caráter absoluto da lei penal, a qual determina que apenas os desvios dotados de referências empíricas e fáticas estarão em condições de serem punidos pelo direito penal. A reserva da lei corresponde ao princípio de mera legalidade e é dirigido aos juízes. A segunda condição é denominada de princípio de estrita

legalidade e é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica necessária para as determinações legais (FERRAJOLI, 2009, p. 35). Tais condições, ou garantias, visam excluir punições arbitrárias ou discriminatórias como as que já ocorreram em ordenamentos passados como, por exemplo, a caça às bruxas, aos hereges, aos judeus, aos inimigos públicos, aos vagabundos, e assim por diante.

Nesse seguimento, conclui Ferrajoli (2009, p. 35) sobre o princípio da estrita legalidade: “El sentido y el alcance garantista del convencionalismo penal reside precisamente em esta concepción al mismo tempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o, en todo caso, extra-legal²²”.

Trata-se da máxima que expressa o fundamento do direito penal moderno: não é a verdade, nem a justiça, nem a moral ou a natureza, senão somente o que com autoridade disse a lei que confere a um fenômeno relevância penal (FERRAJOLI, 2009, p. 35-36). E a lei não pode determinar como penalmente relevantes quaisquer hipóteses de desvios indeterminados (MAYA, 2014, p. 27).

O segundo elemento da epistemologia garantista, conectado com o primeiro como sua condição de efetividade, é o cognoscitivismo processual na determinação concreta do desvio criminoso. Tal requisito vem assegurado pelo princípio da estrita jurisdicionalidade, o qual exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias em virtude de seu caráter assertivo e sua prova empírica em virtude de procedimentos que permitam tanto sua verificação quanto a sua refutação (MAYA, 2014, p. 7). Daí a necessidade de que o juízo penal tenha caráter recognoscitivo do direito e cognoscitivo dos fatos regulados por ele. Ferrajoli (2009, p. 50) defende que o juízo penal deve orientar-se de forma indutiva, buscando legitimar-se a partir de uma concepção de verdade aproximativa, por intermédio das provas produzidas pelas partes.

Tal cognoscitivismo toma como pressuposto a necessidade de redução dos espaços de arbitrariedade do poder estatal, para isso reduzindo os espaços valorativos da

²² Tradução livre: O sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção ao mesmo tempo nominalista e empírica de que a desviação punível, que remete às únicas ações taxativamente previstas pela lei, excluindo dela qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal.

atividade judicial, vinculando o juiz a regras. Assim, afastam-se critérios discriminatórios de aplicação do poder punitivo, o que, por si só, já traz também uma maior racionalidade e legitimação do direito penal. Nesse norte, extrai-se, daquela necessidade, conforme própria previsão constitucional do devido processo legal, um axioma mais completo que o *nulla culpa sine iudicio* (FERRAJOLI, 2009, p. 539), visto que este se satisfaz com a mera existência de um processo, justificando culpa e pena mesmo que estas não estejam ancoradas em um devido processo democrático.

Necessita-se, então, da complementação *nullum iudicium sine accusacione, sine probatione et sine defensione* (MAYA, 2014, p. 8). Trata-se da indispensabilidade de um devido processo legal como garantia tanto formal quanto substantiva com uma efetiva limitação do exercício do poder do Estado no âmbito democrático. O Estado não pode julgar alguém sem que a este sejam garantidos voz e meios para se defender (MOTTA et STRECK, 2016, p. 117).

Então, da necessidade de observância dos princípios fundantes do modelo em análise de direitos fundamentais clássico, característico dos Estados modernos, e do cognoscitivismo processual garantista, caracterizado pela verificabilidade ou refutabilidade da acusação, pressupõe-se um processo formulado sobre bases democráticas do direito penal clássico, sustentado pelos axiomas *nullum iudicium, sine accusacione, sine probatione et sine defensione* e as garantias penais processuais e materiais (FERRAJOLI, 2009, p. 539).

Tais axiomas garantem pontos estruturantes do processo penal democrático defendido como a separação entre as atividades de acusação e julgamento, a decisão com base em provas lícitas produzidas em contraditório, o respeito à presunção de inocência e à ampla defesa. Reforça-se que tais axiomas condizem perfeitamente com as estruturas previstas pela Constituição de 1988 para o processo penal brasileiro, visto que a nossa Carta Magna assenta numa separação entre acusação e julgamento (art. 129 e art. 5º, LIII), na inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI), na ampla defesa e no contraditório (art. 5º, LV).

Ferrajoli (2009, p. 463) busca nos axiomas e garantias mencionados critérios de justificação externa e interna do Direito Penal *lato sensu*, visando à racionalidade e à limitação do poder estatal. Nessa lógica, defende-se que o sistema coerente de garantias depende tanto das garantias penais substanciais, a caracterizar as garantias penais

materiais, quanto das garantias penais instrumentais, a caracterizar as garantias penais processuais, visto que as duas espécies de garantias estão conectadas estrutural e funcionalmente. Ou seja, as garantias instrumentais e substanciais são garantias recíprocas de sua efetividade, já que é necessário garantir que os juízos penais não sejam arbitrários assim como os pressupostos de definição dos delitos também não o sejam. (FERRAJOLI, 2009, p. 357).

A classificação dar-se-á em duas espécies, quais sejam: garantias substanciais, que são aquelas normas de direito penal relativas ao controle e critérios dos pressupostos da pena, e garantias instrumentais, correspondendo às normas de direito processual penal relacionadas com os métodos e formas de comprovação dos delitos já definidos pelas substanciais (CASARA et MELCHIOR, 2013, p. 55). É precisamente a incorporação dos princípios e direitos fundamentais em garantias efetivas, que limitam os espaços de arbitrariedade e excesso do poder estatal, que caracterizam o modelo garantista e o moderno Estado Democrático de Direito (STRECK, 2012, p. 85).

A principal garantia processual, que constitui o pressuposto de todas as demais, é a da jurisdicionalidade. Ela é expressada através do axioma *nulla culpa sine iudicio*. Contudo, ela se divide em duas espécies com seus respectivos axiomas, quais sejam: a jurisdicionalidade *lato*, que se expressa por *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*; já a jurisdicionalidade em sentido estrito é representada por *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*. O primeiro princípio representa as garantias penais substanciais, enquanto o segundo princípio representa as garantias penais processuais ou instrumentais (FERRAJOLI, 2009, p. 538)

A correlação entre garantias penais e processuais são um reflexo do nexo específico entre lei e processo no direito penal. Destarte, no plano lógico, a estrita jurisdicionalidade e a estrita legalidade se pressupõem reciprocamente e valem em conjunto para garantir o caráter cognoscitivo do sistema penal. Já no plano teleológico, a legalidade e a jurisdicionalidade são complementares para garantir a funcionalidade da prevenção geral própria do direito penal. Com efeito, a legalidade assegura a prevenção das lesões previstas como delitos, enquanto a jurisdicionalidade assegura a prevenção da vingança e das penas privadas (FERRAJOLI, 2009, p. 538).

Dessa forma, diferenciam-se duas subespécies das garantias penais processuais ou instrumentais: as garantias orgânicas, que correspondem às garantias da formação do juiz como independência, imparcialidade, juiz natural entre outras, e as garantias processuais (ou processuais típicas), que são relativas à formação do juízo decisório como a produção de provas, as formas de defesa, a formulação da acusação, a distribuição do ônus probatório, a forma do interrogatório, a motivação das decisões entre outras (CASARA et MELCHIOR, 2013, p. 55). Observa-se que a primeira subespécie de garantias serve para “todo o tipo de juízo, ainda que não seja penal” (FERRAJOLI, 2009, p. 540). Contudo, a segunda é própria da justiça criminal e aproxima-se de um modelo acusatório de processo penal.

Como a expansão do direito penal a ser analisada não parece interferir nas garantias processuais orgânicas, serão apresentadas preponderantemente as garantias processuais típicas. Ressalta-se que o modelo garantista consiste em uma relação triangular entre a acusação, a defesa e o juiz, em que o juiz é um terceiro imparcial separado da acusação, conforme o axioma *nullum iudicium sine accusatione*; a acusação é a parte relativamente parcial sobre a qual pesa a carga probatória da hipótese acusadora, conforme o axioma *nulla acusatio sine probatione*; e o réu, como defesa, tem o direito de refutar a acusação, conforme o axioma *nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2009, p. 604-605; e MAYA, 2014, p. 70).

Essa relação triangular pressupõe três garantias primárias e quatro secundárias. As garantias primárias são a formulação da imputação, de modo que possibilite sua refutação pela defesa; a obrigatoriedade de o acusador comprovar a acusação ; e o direito de defesa ao acusado. Nessa perspectiva, para assegurar a observância e a efetividade das garantias primárias, deve-se elencar quatro garantias secundárias, quais sejam: o princípio da publicidade, que permite o controle interno e externo da atividade processual, o princípio da oralidade, que comporta a concentração da instrução probatória, o princípio da legalidade, que exige que todas as atividades judiciais se desenvolvam conforme um rito legal pré-estabelecido, sob pena de nulidade, e o princípio da motivação das decisões judiciais, que determina que elas devem ser fundamentadas consoante as provas produzidas no processo, garantindo, no juízo criminal, que a sentença esteja ligada às provas feitas pela acusação sobre a hipótese

inicial e às contraprovas feitas pela defesa, conforme a teoria garantista do direito penal nuclear (FERRAJOLI, 2009, p. 606).

De forma a manter a proposta de estabelecer apenas breves apontamentos que demonstrem o modelo clássico, somente as garantias primárias serão comentadas por ora. A garantia primária da acusação abrange dois sentidos. O primeiro consiste na garantia da separação do acusador do julgador, como já afirmado (MAYA, 2014, p. 71). A segunda versa sobre a garantia procedimental de que a peça acusatória será a peça inicial do processo crime, de modo a permitir o efetivo contraditório e a refutação da hipótese inicial pela defesa (FERRAJOLI, 2009, p. 606).

A garantia de que a carga probatória estará vinculada ao acusador demanda a norma da presunção de inocência, que determina que a inocência seja presumida até que se prove o contrário, no caso do ordenamento brasileiro, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, Giacomolli enfatiza que “em essência, o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do devido processo constitucional” (GIACOMOLLI, 2016, p. 119). Ademais, a hipótese acusatória deve ser, conforme afirma Ferrajoli, “a la máxima exposición de las hipótesis a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto” (FERRAJOLI, 2009, p. 610).

Já o direito de defesa compreende principalmente a efetiva garantia de refutação da hipótese acusatória, de modo que nenhuma prova do acusador fique sem a concreta e ampla possibilidade de refutação e sem a contraprova por parte do réu (GIACOMOLLI, 2016, p. 183). À defesa cabe o papel mais importante: instrumento de impulso e controle do método probatório da hipótese inicial, consistente precisamente no efetivo contraditório (FERRAJOLI, 2009, p. 613). Para tanto, a defesa é dotada de paridade de armas, em que ela tem as mesmas capacidades e poderes que a acusação, sempre com o papel de contraditor nos diversos graus de jurisdição e procedimentos. Disso extrai-se a necessidade da defesa técnica, da defensoria pública para os menos favorecidos, da possibilidade do acusado de participar da fase inquisitiva e outros direitos. Em outras palavras, o direito de defesa, tanto na concepção garantista de processo penal quanto no ordenamento jurídico brasileiro, demanda a superação da mera contraposição formal de teses para uma substancial igualdade de possibilidades e influência no deslinde de todo o processo (GIACOMOLLI, 2016, p. 183 e 184).

Sobre as garantias penais ou substanciais, elas são formadas por dois tipos de garantias, um correspondente à conduta penalmente relevante e outro correspondente aos critérios da lei penal tipificadora. Ferrajoli entende como as mais importantes do primeiro tipo as garantias de necessidade e lesividade do delito, materialidade e responsabilidade pessoal, que definem os três elementos constitutivos do delito: resultado, ação e culpabilidade (FERRAJOLI, 2009, p. 463). Sobre as garantias materiais, também cumpre advertir que apenas breves apontamentos serão feitos sobre cada uma delas sem o intuito de aprofundar, tampouco de esgotar a matéria, de modo a possibilitar a ilustração da expansão do direito penal que ocorre no próximo ponto.

A garantia de necessidade serve para justificar a limitação da esfera de proibições penais, ou seja, em coerência com a função preventiva da pena como *precautio laesionum*, apenas as ações reprováveis por seus efeitos lesivos a terceiros seriam necessárias e estariam justificadas (LEAL, 2017, p. 105). Assim, a lei penal tem o dever de prevenir as violações mais graves de direitos individuais e sociais e apenas as violações com efeitos lesivos têm o condão de justificar os custos das penas e das proibições; não se pode pedir mais que isso ao direito penal (FERRAJOLI, 2009, p. 465).

Dessa forma, há uma dupla limitação ao poder proibitivo do Estado, quais sejam: o princípio da necessidade e o princípio da lesividade. Aquele é caracterizado pelos axiomas *nulla lex poenalis sine necessitate* e *nulla poena sine necessitate* e *nullum crimen sine necessitate* e parte da perspectiva de que o direito penal tem como objetivo principal o de tutelar os cidadãos para minimizar a violência na sociedade, razão pela qual as proibições penais apenas são justificadas se atenderem ao critério da necessidade, ou seja, das mínimas proibições necessárias (LEAL, 2017, p. 106). Já o princípio da lesividade, ele é configurado pelos axiomas: *nulla necessitas sine iniuria* e *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. Trata-se da garantia de que apenas o dano causado a terceiros pode justificar a proibição e a pena (FERRAJOLI, 2009, p. 466).

Já a garantia de materialidade, representada pelo axioma *nulla iniuria sine actione* e *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas sine actione*, estabelece que nenhum dano, por mais grave que seja, pode ter relevância penal, se ele não teve como causa uma ação (FERRAJOLI, 2009, p. 480). Com efeito, os delitos não

podem ser configurados a partir de estados de ânimo interior, mas sim nas ações humanas físicas e/ou externas, ou seja, empiricamente observáveis e descritíveis. Assim, é necessária a relação de causalidade entre a ação e o resultado danoso, excluindo do nexo causal formas de responsabilidade objetiva por ações de outrem ou por caso fortuito. Ressalta-se que a diferença concreta entre os estados de ânimos ou as inclinações e as ações comissivas ou omissivas são a forma de controle empírico e taxativamente descritivo na legislação penal, que permitem a verificação e comprovação do delito, podendo ser refutada ou provada no juízo criminal (FERRAJOLI, 2009, p. 484), garantindo a racionalidade e a controlabilidade do poder estatal (CASARA et MELCHIOR, 2013, p. 62).

A terceira garantia justificadora da proibição e a quarta garantia material é a da culpabilidade. Ela é representada pelo axioma *nulla actio sine culpa*, que deriva *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* (CASARA et MELCHIOR, 2013, p. 60). Esta condição é a que exige o elemento subjetivo do delito, ou seja, apenas o comportamento humano fruto de uma decisão (mesmo que culposa) pode ser valorado como penalmente relevante (FERRAJOLI, 2009, p. 487). Nesse diapasão é que Ferrajoli (2009, p. 489) afirma que “a punibilidade exclusiva dos atos intencionais é um insuprimível elemento do sentimento comum de justiça, sendo considerada bárbara e injusta qualquer forma de responsabilidade objetiva ou sem culpa²³”.

A legitimidade do poder punitivo estatal, dentro dessa perspectiva, sustenta-se a partir do respeito às garantias e aos direitos fundamentais, da verdade possível de ser alcançada pelo juiz como destinatário e intérprete das provas produzidas pelas partes - caracterizada como uma verdade processual passível de controle a partir da motivação decorrente da atividade cognoscitiva desenvolvida -, e do devido processo legal. Assim, obtêm-se a racionalidade, a legitimidade democrática e a confiabilidade no juízo, objetivos perseguidos pelo esquema epistemológico garantista, que serve de base para os Estados Democráticos de Direito modernos, como o previsto na nossa Constituição.

Conforme afirma Ferrajoli (2009, p. 38), o modelo, da forma como é proposto, corresponde a uma espécie de limite e ideal a ser seguido, na medida em que o juiz “não

²³ Original (FERRAJOLI, 2009, p. 489): “la punibilidade de sólo los actos intencionales es, con seguridad, um insuprimible elemento del sentimiento común de justicia, al punto de que reputamos como barbara e injusta cualquier forma de responsabilidade objetiva o sin culpa”.

é uma máquina automática que por cima são inseridos os fatos e por baixo saem as sentenças racionalmente justificadas”. Assim, espaços de poderes específicos e insupríveis, que, por vezes, permitem a influência de concepções subjetivas injustificáveis, existem e devem, na maior medida possível, ser controlados por intermédio da exigência da argumentação racional, como afirmado no primeiro capítulo, lembrando que se trata de um Estado Democrático Deliberativo de Direito. Reforça-se que a eliminação dos espaços de discricionariedade e uma objetividade pura não são alcançáveis na ciência do direito; O que se busca é a racionalidade do sistema (KELSEN, 1992, p. 84; e PULIDO, 2006, p.4).

Apesar de ser ideal em sua completude, o modelo apresentado funciona como forma de controlar o poder punitivo estatal, deslegitimando-o quando se afasta muito do modelo balizador. Nessa lógica, buscam-se efetivos limites ao poder do Estado, afastando a arbitrariedade e objetivando encontrar um ponto de controle das decisões racionalmente justificáveis. Contudo, a expansão do direito penal que ocorre hoje não apenas dificulta os referidos limites como modifica e tenciona garantias já concretizadas no ordenamento. Para a compreensão da expansão do controle estatal que ocorre nos diversos ordenamentos jurídicos e na sociedade atual, deve-se analisar suas origens estruturais, razão pela qual o próximo ponto abordará as transformações pelas quais a sociedade moderna passa e que são determinantes para a referida expansão.

2.2. AS MUDANÇAS DE PARADIGMAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O RISCO:

A expansão do controle estatal pela via penal tem como causa a demanda social, que ocorre por câmbios de paradigmas e estruturas com as quais a sociedade estava acostumada. Destarte, a compreensão da nova base de instrumentalização do direito penal necessita do estudo das mudanças que a passagem da sociedade moderna para a contemporânea ocasionou. Assim, a esse tópico destina-se este ponto, e a expansão em si será ilustrada no próximo.

Cumprе afirmar que, quando se analisa a sociedade moderna, refere-se à modernização ocorrida durante o período industrial, quanto ao estilo, ao costume de vida e à organização social que surgiram na Europa a partir do século XVII e que se

tornaram mais ou menos mundiais em sua influência (GIDDENS, 1991, p. 8). Trata-se daquela que Baumann entende como sociedade caracterizada pelo sólido (em contraste com a modernidade líquida²⁴) e que Freud tem como objeto de estudo (1962, p. 33).

Quando se analisa a sociedade contemporânea, expõe-se a sociedade da modernidade reflexiva²⁵ (BECK, 1998), modernidade líquida (BAUMANN, 2008), modernidade descontínua (GIDDENS, 2007) ou pós-modernidade (BAUMANN, 1998). Opta-se pela sociedade contemporânea por ser um termo neutro e de rápida assimilação, visto que os diversos autores, apesar de cunharem termos distintos, complementam-se na análise da sociedade atual.

Freud, quando escreve sobre as diferentes fontes do sofrimento humano, analisa detidamente a dor causada pela sociedade (FREUD, 1962, p. 33). Assim, ele (FREUD, 1962, p. 39) identifica que a civilização moderna pode ser compreendida a partir de três conceitos, quais sejam: beleza, limpeza e ordem. Esses valores são ganhos que não devem ser desprezados ou ignorados, defende Freud.

Especialmente importante para a compreensão da sociedade atual, é o conceito da ordem, muitas vezes como garantidora da segurança para a sociedade moderna. Ordem é uma forma de compulsão à repetição que, quando a regulamentação já está sedimentada, decide quando, onde e como algo deve ser feito, de modo que toda circunstância similar possibilite ao indivíduo agir, evitando hesitação e indecisão. Os

²⁴ Baumann utiliza o contraste sólido-líquido para ilustrar as diferenças entre a sociedade passada e a atual, principalmente referindo-se às incertezas e imprevisibilidades do nosso tempo. “A expressão líquida é usada para se referir às características da nossa era, tendo-se em vista que os fluidos ‘diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo, os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos a mudá-las’.” (ANDRADE, 2015, p. 64). Nesse sentido “a passagem da fase “sólida” da modernidade para a “líquida” - ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. É pouco provável que essas formas, quer já presentes ou apenas vislumbradas, tenham tempo suficiente para se estabelecer, e elas não podem servir como arcaibouços de referência para as ações humanas, assim como para as estratégias existenciais a longo prazo, em razão de sua expectativa de vida curta: com efeito, uma expectativa mais curta que o tempo que leva para desenvolver uma estratégia coesa e consistente, e ainda mais curta que o necessário para a realização de um “projeto de vida” individual” (BAUMANN, 2007, p. 7)

²⁵ Beck identifica duas modernidades, uma modernidade clássica, que emerge da revolução industrial, e outra reflexiva, que se origina das consequências da própria modernização, que inicia desapercibida e depois fica consciente sobre os efeitos e ameaças que não foram assimilados na época e a criação de riscos, acentuados com os diversos processos de alta velocidade pelos quais a sociedade atual vivencia (ANDRADE, 2015, p. 66).

benefícios da ordem são incontestáveis; dentre eles, destaca-se tanto a sensação de segurança como a possibilidade de usar a vantagem sobre o tempo e o espaço economizados (FREUD, 1962, p. 40).

Baumann, explicando a relação entre limpeza e ordem, demonstra a fragilidade e a necessidade do cuidado humano de ambas. Pode-se deduzir que o interesse pela pureza, e o associado interesse pela "higiene" tem uma relação direta e intencional com a fragilidade da ordem na civilização, pois é imprescindível o cuidado e a adequada manutenção humana para a continuação da ordem instituída, já que ela é fruto da cultura e não tem a capacidade de se autogerir ou regular. Nesse norte, Baumann (1998, p. 15) afirma: “sentimos não poder confiar na ordem cuidando dela própria, não poder esperar que a ordem sobreviva à nossa complacência, à nossa inteira inação a esse respeito, conforme seu próprio impulso”. Assim, Baumann (1998, p. 15 e 16) caracteriza o papel da ordem para a estabilidade da sociedade moderna:

"Ordem" significa um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita - de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis. Só um meio como esse nós realmente entendemos. Só nessas circunstâncias (segundo a definição de Wittgenstein da compreensão) podemos realmente "saber como prosseguir". Só aí podemos selecionar apropriadamente os nossos atos - isto é, com uma razoável esperança de que os resultados que temos em mente serão de fato atingidos. Só aí podemos confiar nos hábitos e expectativas que adquirimos no decorrer da nossa existência no mundo. Nós, humanos, somos dotados de memória e de uma capacidade de aprender; por esse motivo, conferimos benefícios a uma "boa organização" do mundo. Habilidades aprendidas para a ação constituem poderosos bens num mundo estável e previsível; tornar-se-iam completamente suicidas, todavia, se os acontecimentos viessem de súbito a se desviar das sequências causais, desafiando assim toda previsão e tomando-nos de surpresa.

Nessa senda, que os integrantes da sociedade devem controlar seus impulsos primitivos, de modo que continue uma valorização dos conceitos mencionados, os quais cobram sacrifícios aos instintos e às liberdades do homem (FREUD, 1962, p. 44). Os sacrifícios são visíveis, já que “o homem civilizado trocou parte das suas possibilidades de felicidade por segurança” (FREUD, 1962, p. 62). Eros Graus, que de maneira distinta também observou a troca da liberdade por segurança, afirma que a sociedade permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relações ao

comportamento humano, ou seja, segurança e ordem (GRAU, 2014, p. 13). Assim, pode-se dizer que há uma troca da submissão ao poder por segurança na sociedade.

A ordem da forma como exposta (FREUD, 1962, p. 40) proporciona uma guia segura e confiável para as atividades rotineiras da sociedade. Ela tem um aspecto de suficiente coerência, clareza e solidez para dar a qualquer pessoa uma oportunidade de compreender e fazer parte dessa ordem (BAUMANN, 1998, p. 18)

A sociedade ganha alguma coisa, na sociedade moderna, segurança, mas perde algo em troca, liberdade (BAUMANN, 1998, p. 7). A atualidade, contudo, vive uma relação de troca distinta. A sociedade contemporânea vive a desregulamentação. Os princípios da realidade, da estabilidade e da ordem, conforme ilustração de Baumann (1998, p. 8), defendem-se no tribunal de justiça que o presidente é o princípio do prazer.

A realidade social a que Freud se referia mudou; atualmente, “a liberdade individual reina soberana”: ela é o valor e a régua que avaliam todas as normas estatais, sociais, morais, políticas e afetivas (BAUMANN, 1998, p. 9). O que não significa que os valores tão caros à sociedade moderna estejam esquecidos; a beleza, a limpeza e a ordem continuam sendo importantes. Contudo, atualmente, eles são perseguidos e realizados por meio do desejo e do esforço individual, o que leva ao reclamo do prazer – da busca incessante na contemporaneidade de sempre obter mais do mais apazível prazer (o que antes era considerado como autodestrutivo) (BAUMANN, 1998, p. 9).

Ganha-se alguma coisa e, em troca, perde-se outra. “Os homens e mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade” (BAUMANN, 1998, p. 10). Entretanto, a sociedade sempre precisa mais do que mais falta. Os prazeres da liberdade são os mais valorizados, quando ela é sacrificada em nome da segurança. Entretanto, quando é a vez de a segurança ser sacrificada, é ela que também é a mais valorizada. Se os modernos eram assombrados por seus dias monótonos e seguros, os livres contemporâneos sofrem com noites de insônia, por causa da insegurança.

O mundo contemporâneo é caracterizado pela sua instabilidade e sua constante hostilidade com tudo que é estável; há uma tentação permanente de romper com tudo que promova uma ordem. Quando Walter Benjamin caracteriza a sociedade atual, ele entende-a como advinda do signo do suicídio (BAUMANN, 1998, p. 21). Esse mundo atual é incontrolável, assustador e permeado pela dúvida corrosiva sobre quais ações e

relações continuarão constantes e previsíveis por tempo suficiente a permitir o cálculo razoável de seus efeitos e, assim, um planejamento adequado (BAUMANN, 1998, p. 33).

O medo da sociedade contemporânea, consoante afirma Baumann (2008, p. 8), é o nome que se dá à incerteza, característica da atualidade, ou seja, a ignorância humana em relação à ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode - para contê-la ou para enfrentá-la. É nesse sentido que se fala em medo e incerteza.

Giddens, que vincula a desordem e o medo da sociedade atual com os riscos oriundos da globalização, explica que os constantes avanços tecnológicos não conseguiram contribuir para aumentar a ordem, a estabilidade e o sentimento de segurança da sociedade; pelo contrário, esse desenvolvimento pareceu contribuir para formar um mundo em descontrole (GIDDENS, 2007, p. 14). Os constantes avanços tecnológicos sem precedentes que vivenciamos atualmente contribuíram de maneira positiva para o aumento do bem-estar individual (aqui, conforme frisa Baumann (1998, p. 9), expressa-se a individualidade característica da sociedade atual), assim como também auxiliaram na dinamicidade dos fenômenos econômicos, mas também desempenharam seu papel no desenvolvimento do risco e da inconstância da cultura contemporânea, o que provocou descontrole. Isso configura-se, pois boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provêm de decisões que outros cidadãos adotam no desenvolvimento dos avanços e transformações característicos do modelo hodierno (SANCHEZ, 2001, p. 27).

Então, esse descontrole está intimamente ligado com a criação de riscos e dúvidas, que, por sua vez, está relacionada com a globalização (GIDDENS, 2007, p. 14). Vivemos numa época em que as tentativas humanas de fazer face aos riscos tanto naturais quanto humanos contribuem para permanentemente criar novos e mais perigosos riscos.

Nessa perspectiva, Baumann (2008, p. 100) explica como uma das principais forças motoras da medicina moderna é a criação de novos medicamentos, técnicas e tecnologias para reduzir os efeitos colaterais e sofrimentos causados por intervenções médicas anteriores, ou seja, frutos da própria intervenção humana, aplicada mesmo com suas consequências incertas e sofrimentos imprevisíveis nos pacientes, os quais, por sua vez, necessitam de outros tratamentos e remédios com outras consequências, e assim

por diante. Outro exemplo é a mudança climática global e seus riscos, resultados prováveis da intervenção humana no ambiente, que, de certa maneira, visava precisamente trazer mais estabilidade para as instituições sociais (GIDDENS, 2007, p. 14). Isso caracteriza os riscos desenvolvidos pelo avanço tecnológico; é a própria estrutura social criando riscos para ela mesma.

É nesse sentido que a atualidade, preocupada em resolver sucessivos problemas acarretados pelo último ou penúltimo esforço de solução, não consegue refletir sobre a escuridão no fim do túnel (BAUMANN, 2008, p. 100). Isso contribui para o característico sentimento de insegurança, visto que desastres continuamente pegam pessoas de surpresa, envolvidas na tentativa de solucionar problemas, pois as soluções e suas consequências continuamente são marcadas pela incerteza (BAUMANN, 2008, p. 101).

Dai, também, contribui-se para a hostilidade com o que é constante, porque não se consegue dar respostas necessárias para administrar os efeitos colaterais desse ciclo produtivo de “soluções” e consequências duvidosas. Com efeito, aumenta-se o sentimento de insegurança. Como afirma Baumann (2008, p. 31), o medo está entre as poucas coisas que não estão em falta na sociedade contemporânea, altamente carente em matéria de certeza, segurança e proteção.

Quando Giddens (2007, p. 27) escreve sobre a globalização²⁶ e sua influência na política global. Ele alerta para o quanto o fenômeno da globalização influencia os Estados-nações, já que os países passam por um período de transformação. A política econômica nacional, nas palavras de Giddens (2007, p. 28), já não pode ser tão eficaz quanto no passado. Nesse sentido, uma das transformações pelas quais as nações passam é o enfrentamento de diversos riscos e perigos, e não mais de inimigos como no passado.

E o autor completa, ainda sobre globalização (GIDDENS, 2007, p. 28), afirmando que se vive a primeira geração a pertencer à sociedade do risco e cosmopolita

²⁶ Para Giddens (2007, p. 20): “A globalização é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica. Ela foi influenciada acima de tudo por desenvolvimentos nos sistemas de comunicação que remontam apenas ao final da década de 1960. A comunicação eletrônica instantânea não é apenas um meio pelo qual notícias são transmitidas mais rapidamente. Sua existência altera a própria estrutura de nossas vidas, quer sejamos ricos ou pobres. Quando a imagem de Nelson Mandela pode ser mais familiar para nós que o rosto do nosso vizinho de porta, alguma coisa mudou na natureza da experiência cotidiana”.

global, cujos contornos só se percebe de modo ainda indeterminado e vago, sem uma noção real de suas consequências mais amplas. E esse fenômeno transforma o próprio modo de vida da sociedade, não importa onde se encaixe no corpo social. Trata-se, mais uma vez, da passagem da sociedade moderna para a contemporânea. E essa passagem, conforme define o autor, “está emergindo de uma maneira anárquica, fortuita, trazida por uma mistura de influências. Ela não é firme nem segura, mas repleta de ansiedades, bem como marcada por profundas divisões” (GIDDENS, 2007, p. 28).

A mais importante contribuição de Giddens para a presente pesquisa é a vinculação entre a globalização e o risco que a sociedade contemporânea enfrenta. Para tanto, Giddens (2007, p. 31-33) faz uma revisão histórica do risco, para afirmar que ele é um conceito moderno e que se refere a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. O risco, com seus aspectos positivos do prazer que provêm deles e negativos que provêm dos infortúnios, é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança (GIDDENS, 2007, P. 35). Não se trata de a sociedade hodierna viver uma época mais perigosa que as passadas, mas sim que, atualmente, a compreensão de riscos e incertezas se alterou e, com isso, a forma de administração e de equilíbrio entre os perigos também passa por modificações (GIDDENS, 2007, p. 44).

Outro aspecto da mudança em análise é sua atual imprevisibilidade. Beck (1998, p. 80) contextualiza a atualidade como imersa num âmbito de indeterminações e inseguranças decorrentes do desconhecimento e da incapacidade de lidar com os riscos contemporâneos. A nova condição de conectividade e interdependência universal, provocada pela globalização, traz perigos e consequências imprevisíveis.

O risco atual é diferente dos de conceitos passados, uma vez que ele não permite um adequado cálculo sobre a possibilidade de ocorrer. Na sociedade contemporânea, “os efeitos das ações se propagam muito além do alcance do impacto rotinizante do controle, assim como do escopo do conhecimento necessário para planejá-lo” (BAUMANN, 2008, p. 129). E isso torna a realidade atual vulnerável, já que os perigos não conseguem ser calculados. “Perigos não calculáveis aparecem, em princípio, em um ambiente que é irregular, em que as sequências interrompidas e a não repetição de sequências tornam-se a regra, e a anormalidade, a norma” (BAUMANN, 2008, p. 130). É a insegurança proveniente da incerteza do risco.

E aqui é precisamente um dos pontos de conexão de Giddens com Baumann, Sanchez e Beck sobre as características da sociedade contemporânea marcada pela individualidade, pelas incertezas, instabilidades e imprevisibilidades, pela busca incessante do prazer, pela sua hostilidade com o que se propõe constante e pela readequação dos riscos. Esses fatores levam ao sentimento de insegurança e medo e, com eles, surge a demanda social de expansão do direito penal.

Desse modo, Baumann (1998, p. 26) escreve que a contemporaneidade vive num estado de permanente pressão, que visa se despojar de toda interferência coletiva no destino individual, para desregular e privatizar. Isso tem como consequência o fortalecimento da demanda social por punir e excluir os que ameaçam a exibição do potencial suicida da estratégia, a implementar ao extremo as próprias características do pensamento líquido. A forma de impureza da cultura contemporânea são aqueles que ou desrespeitam a lei, ou fazem a lei com suas próprias mãos, como, por exemplo assaltantes, gatunos e ladrões de carro, assim como seus alter egos – os traficantes e terroristas. Novamente, afirma Baumann, “eles não são mais do que entusiastas da pós-modernidade, aprendizes vorazes e devotos crentes da revelação pós-moderna, ávidos por levar as receitas de vida sugeridas por aquela lição até sua conclusão radical” (1998, p. 26).

Com efeito, a busca da pureza contemporânea expressa-se diariamente com a ação punitiva contra as classes acima expostas e os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes, os quais fazem parte de classes perigosas já punidas na sociedade moderna. O foco de punição, tanto na sociedade moderna quanto na pós-moderna, tem por escopo a "impureza", sendo ela uma extremidade da forma incentivada como pura.

2.3. A EXPANSÃO DO CONTROLE ESTATAL PELA VIA PENAL:

É oportuno verificar a ligação entre as mudanças da sociedade moderna para a contemporânea e sua relação com a expansão em análise. Novos riscos e a redistribuição dos já existentes, transformações de paradigmas, as inconstâncias e incertezas da sociedade atual refletem na forma do controle estatal e, portanto, no direito penal.

Destarte, quando se fala em expansão do controle estatal pela via penal, refere-se à tendência dominante nos ordenamentos jurídicos dos Estados da atualidade em introduzir novos tipos penais, agravar os já existentes e modificar e acelerar ritos processuais, o que acarreta a relativização de garantias e direitos fundamentais individuais e, com isso, numa reinterpretação dos princípios basilares e das garantias clássicas do direito penal *lato sensu* (SANCHEZ, 2001, p. 20). Isso é causado, como já afirmado, pelas profundas transformações da sociedade frente aos riscos e delitos (RIPOLLÉS, 2005, p. 2). O fenômeno é perceptível no Brasil, principalmente, pelas criações legislativas²⁷ que incriminam mais e mais condutas e endurecem penas e a, cada vez mais constante, tentativa de tensionamento entre direitos da sociedade contra direitos dos indivíduos.

O debate sobre a expansão perpassa pela constatação de três pilares relativos à realidade social atual (RIPOLLÉS, 2005, p. 3 e 4). O primeiro é a quantidade expressiva de novos riscos decorrentes da atividade humana, que afetam a sociedade, muitas vezes com vítimas indeterminadas e coletivas, possivelmente consequência colateral das novas tecnologias nos diversos âmbitos sociais. Esses riscos são de difícil antecipação e mensuração de suas consequências. O segundo é a dificuldade em se atribuir esses riscos a pessoas determinadas, sejam individuais ou coletivas, de maneira que os critérios de distribuição de riscos não satisfazem plenamente as exigências de imputação de responsabilidade, tampouco à população. Por fim, na opinião de Ripollés, o terceiro pilar corresponderia ao exagerado sentimento de insegurança da sociedade.

Nesse sentido (RIPOLLÉS, 2005, p. 4), a insegurança difundiu-se na sociedade e não guarda correspondência exclusiva com os riscos citados. Concorde-se parcialmente com ele. Na realidade brasileira, o sentimento de insegurança também é fundamentado por uma realidade de aumento da criminalidade²⁸ e de aumento dos tipos de crimes que são investigados e processados, atingindo classes antes consideradas como inatingíveis, consoante aponta Gesta Leal (2017, p. 155).

²⁷ Apenas para exemplificação, citam-se os Projetos de Lei nº 356/2014, nº 310/2017, nº 46/2017 e nº 20/2017.

²⁸ Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada demonstram que houve um aumento de 10% da quantidade de homicídios por habitante no Brasil entre 2005 e 2015. Fonte: Atlas da Violência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf> . Acesso em: 23/05/2018.

O sentimento de insegurança, sem juízo de valor de sua razoabilidade ou não, não é gerado exclusivamente por essa realidade com mais perigos, mas também pela dificuldade da sociedade em compreender todas as transformações e riscos que a acompanham e que acontecem nas relações e valores sociais em decorrência do rápido desenvolvimento e da divulgação midiática de catástrofes e perigos (BAUMANN, 1998, p. 33). Esses diferentes contextos convergem para gerar um sentimento de insegurança na sociedade.

E isso ocasiona a redistribuição de riscos na sociedade e não apenas mais perigos que geram mais riscos. Efetivamente, há novos perigos, mas a insegurança e o medo não condizem apenas com eles. Assim, a própria percepção dos riscos concretos é imprecisa. Exemplifica-se com fenômeno que Baumann observa: a opinião de que as ruas e os espaços públicos são perigosos e que é prudente evitá-los é mais comum entre pessoas que raramente saem à noite, o que demonstra o papel da sensação, antes da compreensão fática, de insegurança, que reflete nas demandas sociais (BAUMANN, 2008, p. 10).

Nesse sentido é que Sanchez (2001, p. 28) fala de insegurança institucionalizada. Essa insegurança é reforçada pelo que a sociedade sente e, por causa dela, demanda que a redistribuição de riscos já afirmada seja objeto de controle estatal, o que descamba para o direito penal *lato sensu*. Essa redistribuição, portanto, aumenta a quantitativamente a atuação penal na sociedade, visto que causa a proteção penal de novos bens jurídicos que antes não existiam – como crimes contra o sistema financeiro e o crime organizado. Além disso, também produz a proteção de bens jurídicos que, apesar de já conhecidos, antes não eram tutelados pelo direito penal, mas agora a sociedade exige que sejam – como o direito ambiental -, e novas formas de lesionar bens jurídicos clássicos – como os *cyber crimes*, por exemplo.

Os meios de comunicação também assumem um importante papel para o desenvolvimento do sentimento de insegurança institucionalizado da sociedade. No mesmo norte, Ripollés (2005, p. 4) afirma que a insegurança se desenvolve a partir da intensa cobertura midiática de fatos delituosos e lesivos. Ademais, diferentemente de tempos passados, com tudo televisionado e gravado, as notícias e suas consequências são muito mais “reais” que antes, e sua veracidade ou exatidão é ainda menos

questionada que no passado, visto que as “câmeras não mentem (ou pelo menos é o que fomos treinados a acreditar)” (BAUMANN, 2008, p. 29).

Sanchez (2001, p. 37) afirma que os meios de comunicação transmitem, em algumas ocasiões, uma imagem de realidade distorcida por multiplicar e dar maior atenção aos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não corresponde ao nível de risco objetivo. Essa maior atenção decorre da própria globalização que permite às sociedades dos diferentes países acompanharem em tempo real as catástrofes e ilícitos ocorridos em todos os lugares do mundo.

Nesse mesmo sentido, Casara e Melchior (2013, p. 36) entendem que a mídia brasileira teve (e tem) um papel de destaque entre os meios de produção de subjetivismos, fabricação de necessidades e na seleção de quem são os sujeitos ativos do medo, ou seja, quais são as inseguranças da sociedade e quais são as classes perigosas. “A mídia constrói a verdade, define o que é justiça e confere o status do acusado em determinado caso penal, declarando quem é vítima do erro judiciário ou quem é culpado” (CASARA et MELCHIOR, 2013, p. 36). Todo esse contexto midiático, além de influenciar a sociedade como um todo, influencia o legislador e os próprios atores jurídicos (CALLEGARI et WERMUTH, 2010 p. 344). Assim, a seleção de informações afeta a atuação dos detentores do poder estatal.

Nesse seguimento, “os meios de comunicação de massa, assim, são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam”, consoantes advertem Callegari e Wermuth (2010, p. 342). Destarte, a criminalidade, a política criminal e o direito penal transformam-se em mercadorias a serem consumidas pela sociedade líquida, razão pela qual a imagem pública gerada desses “produtos” é traçada de forma espetacular e onipresente, muitas vezes superando a fronteira do que é passível de constatação empírica (LEAL, 2017, p. 87).

No mesmo norte, Casara e Melchior (2013, p. 38) assinalam:

A opinião pública pugna por resultados rápidos e a isto reagem os deputados e senadores, introduzindo medidas legislativas simbólicas, ineficazes para reduzir a criminalidade, mas que acabam por debilitar garantias fundamentais. (...) através da ação do legislador, problemas sociais complexos são descontextualizados e redefinidos como meros casos penais.

Efetivamente, o que se coloca em prática é uma política criminal precipuamente demonstrativa, de estabilização social da necessidade de segurança por meio do aumento simbólico das penas, da restrição de garantias processuais e do endurecimento do regime penitenciário. Trata-se do direito penal simbólico, que vem como consequência da expansão em análise.

Primeiro, cumpre delimitar o significado do direito penal simbólico em seu viés crítico. Ressalta-se que o direito penal sempre teve como uma das suas características o fato de ser simbólico, apenas como exemplo a teoria da prevenção geral positiva como uma das funções da pena (VELOSO, 2017, p. 284). Contudo, não apenas simbólico, já que quem se utiliza do direito penal exclusivamente como fator simbólico não considera as consequências reais que a persecução, o processo, a condenação e a prisão geram nos cidadãos (MELIA, 2003, p. 66).

Quando se fala no fenômeno do direito penal simbólico como fruto da expansão em tela, refere-se ao uso dessa forma de controle estatal pelos legisladores e agentes políticos para passar a impressão de que são autoridades atentas, decididas e preocupadas com a segurança da sociedade (MELIA, 2003, p. 68). Em uma importante perspectiva, trata-se do uso do direito penal como ferramenta eleitoreira.

Com efeito, isso muitas vezes causa um aumento quantitativo da legislação criminal, muitas vezes desproporcional e desarrazoada, sem os necessários investimentos para a posterior persecução criminal desses delitos (CALLEGARI e WERMUTH, 2010, p. 347). Ou seja, além de eleger métodos sem o adequado estudo de eficácia e efetividade, nem as próprias autoridades realmente pretendem vigiar os delitos criados, visto que a atividade policial não é reforçada ou equipada com os meios adequados para controlar as novas criações legislativas.

A intenção é simplesmente passar a imagem de um bom legislador e de que a criação de novos tipos penais trará uma maior segurança para a sociedade. Afinal, a notícia gerada e o resultado político da proposta ou aprovação de novas leis são muito mais imediatos e eficazes, do ponto de vista eleitoral, do que efetivas medidas de médio e longo prazo no combate/prevenção à criminalidade.

Desse modo, preocupados com os ganhos políticos da proposta legislativa e utilizando-se do direito penal para tanto, os legisladores têm como parâmetro para a criação de novos tipos penais a mídia como representante da opinião pública e o

sentimento de insegurança da sociedade (ANDRADE, 2015, p. 152). Contudo, tal atitude debilita as garantias atinentes à própria segurança jurídica e aos direitos fundamentais. Além de criar uma disfunção do direito penal, pois ele passa a ser utilizado como primeiro recurso nesse sistema de controle de riscos (GESTA, 2017, p. 127), o que vai de encontro a princípios basilares do direito penal clássico.

Nesse sentido, exemplifica-se com recentes criações legislativas como a aprovação pelo plenário da Câmara dos Deputados, no dia sete de março de dois mil e dezoito, o Projeto de Lei 5.452/16, que trata sobre mudanças no código penal para aumentar a punição para estupro coletivo e tipificar o crime de "importunação sexual", conhecido pelo assédio sexual em espaço público. A referida legislação integrava uma pauta comemorativa ao dia internacional da mulher. O mais interessante, contudo, é a fala da deputada gaúcha Maria do Rosário²⁹:

Embora qualquer pessoa possa ser sujeito ativo dessa prática, esse tipo de constrangimento covarde geralmente é cometido por homens, tendo como vítimas as mulheres. O projeto preenche uma lacuna no Código Penal e dará mais segurança às mulheres.

O fenômeno do direito penal simbólico é perceptível pela fala da congressista. Isso, pois o projeto por si só com a criação de novos tipos penais e aumento da pena de outros não traz maior segurança às mulheres, que carecem de medidas mais efetivas de proteção.

Na mesma forma, também pode ser entendido a partir do estudo crítico do atual contexto o projeto de lei do Senado Federal nº 356 de 2014 de autoria da Senadora gaúcha Ana Amélia. A lei cria uma nova causa de aumento de pena no delito de lesão corporal, qual seja: a de agressão cometida contra professor no exercício da função.

Identifica-se, no projeto, tanto a influência da mídia na criação de novos tipos penais, já que a própria justificação do projeto de lei está baseada em matérias jornalísticas que foram relevantes para a população, quanto a insegurança institucionalizada. Ademais, também se percebe a intenção de passar a imagem de atenção à sua base eleitoral, uma vez que o projeto, que aumenta a pena para agressões

²⁹ A matéria jornalística pode ser facilmente encontrada em periódicos digitais. A matéria utilizada para citar a fala da congressista foi a do jornal Zero Hora: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/03/camara-aprova-crime-de-importunacao-sexual-e-aumenta-pena-para-estupro-coletivo-cjehrl76q015201r47fc8kjsm.html> escrita em: 07/03/2018. Atualizada em 07/03/2018. Acesso em 08/03/2018.

contra professores em ambiente escolar, foi proposto depois de um ano que teve diversas notícias e ocorrências de violência física contra docentes³⁰.

Ressalta-se que não se trata de um tema sem importância. A insegurança no ambiente escolar é algo grave na realidade brasileira. Contudo, a utilização do direito penal como primeiro recurso e o capital político gerado a partir de propostas como essas possibilitam uma melhor compreensão do fenômeno do direito penal simbólico e como ocorre sua utilização e modernização no contexto pátrio.

Mais um dos muitos exemplos é o projeto de lei nº 310 de 2017 que prevê o crime de satisfação de lascívia com duas causas de aumento de pena de um terço até a metade: i) se o crime é cometido com emprego de violência ou grave ameaça, e aqui se percebe uma proporcionalidade no aumento da pena; e ii) se “do fato resulta contato de sêmen ou fluido seminal com a vítima”, completamente desproporcional à sanção com a conduta prevista. Resta a indagação: seria o contato de “sêmen com a vítima” uma lesão ao bem jurídico tão grande quanto o emprego de violência ou grave ameaça? Não seria o tipo penal demasiado específico, deixando de regular outros atos vexatórios para a vítima? O direito penal simbólico é claro aqui, visto que o projeto de lei teve origem num caso de grande repercussão³¹, como se percebe de própria justificação do projeto de lei.

Outro exemplo atual, conforme bem ilustrado por Andrade (2015, p. 158), é o pacote anticorrupção, que foi apresentado após os protestos de quinze de março de dois mil e quinze, contrários ao governo e aos constantes escândalos de corrupção no legislativo e no executivo. O pacote apresentado pela então presidente Dilma Rousseff em céleres três dias após as manifestações previa novas tipificações como a do crime de “caixa dois eleitoral” e a responsabilização criminal de agentes públicos que não comprovarem a obtenção de bens, a alienação antecipada de bens apreendidos após atos

³⁰ Apenas como exemplo, citam-se as seguintes notícias:

http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140822_salasocial_eleicoes_ocde_valorizacao_professores_brasil_daniela_rw e <http://g1.globo.com/educacao/blog/andrea-ramal/post/violencia-contra-os-professores-nao-pode-ser-vista-como-normal.html>

³¹ Como exemplos da repercussão: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-presos-suspeito-de-ato-obsceno-contra-mulher-em-onibus-3-caso-em-sp.ghtml> , <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-agredido-e-presos-por-ejacular-em-mulher-em-onibus-na-zona-leste-de-sp.ghtml> e <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,homem-que-ejaculou-em-passageira-no-onibus-tem-mais-15-passagens-pelo-mesmo-crime,70001959607> .

de corrupção e a lei da ficha limpa para todos os ocupantes de cargos comissionados na administração federal. Destarte, cita-se análise de Andrade:

observa-se uma preocupação em dar uma resposta aos anseios do povo e não se perder, ainda mais, uma popularidade cada vez mais baixa. Desse modo, medidas penais são adotadas sem maiores reflexões, como se pudessem resolver problemáticas há muito presentes no País (ANDRADE, 2015, p. 158).

A cobertura midiática intensa e desproporcional de delitos contribui para o sentimento de insegurança na sociedade e possibilita uma aproximação do legislador com a população por meio de propostas legislativas de baixa eficácia, mas que têm ampla e imediata divulgação nacional, retroalimentando a expansão do direito penal pelo fenômeno da política criminal simbólica. Assim, percebe-se a expansão se agrava na medida em que o clamor social, reforçado pela mídia, por mais punição, centrado na cultura do medo, exige respostas estatais sem que se questione a eficácia/efetividade do direito e do processo penal e a sua constitucionalidade (CASARA ET MELCHIOR, 2013, p. 39).

Percebe-se, pois, a relação entre o processo penal atual, as inovações legislativas e a expansão do direito penal o qual se exterioriza atualmente de diversas formas. Um delas é a necessidade de segurança pela população, que, ao invés de combater os problemas fáticos, privilegia métodos repressivos simbólicos de pouca efetividade como demonstrado (SILVA SÁNCHEZ, 1996, p. 119).

No mesmo caminho, escrevem Manuel Cancio Meliá (2001 e 2006) e Rodrigo Rios (2012) sobre o contexto espanhol e chileno. Frisa-se que a semelhança com a realidade legislativa brasileira é clara. Rios (2012, p. 11) esclarece que há duas bases responsáveis pelo desenvolvimento da expansão legislativa do direito penal: a utilização do direito penal simbólico como ferramenta para passar uma imagem de legislador atento e decidido na proteção dos cidadãos, de forma que esse direito penal simbólico seja baseado em circunstâncias eventuais que não condizem com os riscos efetivamente gerados aos próprios bens os quais se visa tutelar. E o ressurgir do punitivismo, que busca: “tanto la introducción de nuevas normas penales que sí sean aplicadas, como la intensificación de la aplicación de las normas ya vigentes³²” (RIOS, 2012, p. 11).

³² Tradução livre: tanto a introdução de novas normas penais que sejam aplicadas como o agravamento da aplicação das normas vigentes.

Nessa lógica, apenas como exemplo, citam-se as reformas legislativas chilenas como a Lei nº 20.000, que trata sobre o tráfico de drogas com diversos dispositivos que fazem parte do fenômeno de expansão do direito penal – um deles, o artigo 61, claramente antidemocrático, é o que proíbe que os advogados representantes dos acusados de tráfico de drogas ocupem cargos públicos – inclusive de docentes em universidade; além das leis nº 18.34 e 20.507, ambas do Chile.

A necessidade de se encontrar limites é clara, já que o direito penal simbólico e as legislações originadas da expansão darão lugar a persecuções penais reais. E essas devem atender, por respeito ao nosso Estado Democrático Constitucional, padrões de proporcionalidade e racionalidade.

Ademais, a constante criação de normas penais simbólicas dentro da expansão do direito penal acarreta a deslegitimação do direito penal na sociedade, visto que as expectativas da população restam frustradas quanto à segurança e à aplicabilidade do controle estatal pela via penal, o que é reforçado pela impossibilidade das forças policiais controlarem e prevenirem adequadamente os diversos novos tipos penais acrescentados aos já existentes na realidade brasileira. Nesse norte, Sanchez afirma que o fenômeno de expansão do direito penal simbólico resulta em uma perda da confiabilidade da população no ordenamento jurídico em seu todo, o que bloqueia as funções instrumentais do direito penal. (SANCHEZ p. 305 *apud* ANDRADE, 2015, p. 160).

De outra perspectiva, menos focada no fenômeno legislativo de inovação no direito penal, mas concentrada nos reflexos da expansão no processo penal, autores como Jacobsen Gloeckner (2012, p. 40) entendem que há uma tentativa de retorno do processo penal como lide, o que não pode consistir como objeto deste. Ademais, também como consequência da expansão, observa-se o tensionamento entre os valores de liberdade e segurança, que acaba constituindo pressuposto para o alavancamento do processo penal como instrumento de solução de colisão entre direitos, quais sejam: os direitos fundamentais do acusado e o direito fundamental à segurança (GLOECKNER, 2012, p. 42; BALTAZAR JR, 2010, p. 204).

Nessa diapasão é que autores identificam como limite ao direito à segurança o próprio direito à liberdade (BALTAZAR, 2010, p. 209). Isso se estabelece, pois os mecanismos de funcionamento desses dois direitos são distintos, uma vez que o direito

à segurança consiste, em uma de suas perspectivas, em sustentação dos clássicos direitos de primeira geração, como identificado por Alessandro Baratta (2004, p. 200). Estes correspondendo aos direitos clássicos como Ferrajoli identifica no garantismo penal nuclear de proteção dos indivíduos contra abusos de poder, e aquele correspondendo a um dever de proteção e prestação do Estado de modo a garantir a efetividade e respeito dos direitos primários.

Com efeito, essa perspectiva não significa que os direitos não possam se tensionar, uma vez que são princípios, como já estudados, sendo aplicados mediante o princípio da proporcionalidade e suas etapas (BALTAZAR, 2010, p. 211 e ALEXY, 2017b, p. 85 - 108). Contudo, a argumentação a basear qualquer ponderação deve ser feita levando em conta o caráter instrumental da segurança e não o valor em si. Assim, decisões judiciais que interpretem a segurança como princípio fundamental popular capaz de superar regras constitucionais de garantias de outros princípios fundamentais já estabelecidas dentro da teoria dogmática dos espaços³³ estão fadadas ao equívoco.

Assim, Gloeckner (2012, p. 40) entende que o artifício retórico perfeito para se remontar o processo penal à lide cerneluttiana é o direito fundamental da sociedade à segurança nas seguintes manifestações: o dever do Estado de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de outros indivíduos, sendo exigível individualmente; a violação do direito abstrato à segurança das vítimas pelo delito antes mesmo de lesionar outros bens jurídicos individuais ou transindividuais (como a vida ou patrimônio); o processo penal, servindo como instrumento de realização desse direito e não como legitimador do uso da força estatal. A realização será feita a partir de uma ponderação de princípios como instrumento retórico - sem as etapas e as formalizações necessárias, conforme estudado no ponto 1.4, o que evidencia seu caráter arbitrário e vazio -, na qual a balança pende para o punitivismo estatal de forma antidemocrática ante o contexto atual que vivenciamos. Nesse ponto, reforça-se a compatibilidade do enunciado (e criticado) por Gloeckner como um dos sintomas da expansão do direito penal pela via judicial. Destarte, encontram-se coincidências com o caso HC nº 126.292/SP analisado no final do primeiro capítulo.

³³ Sobre a aplicação da dogmática dos espaços no direito penal *lato sensu* e a tríplice relação axiológica normativa entre a Constituição e o controle estatal pela via penal, indica-se FELDENS, 2012, p. 64-86.

Neste raciocínio, os direitos e as garantias do acusado começam a ser reputados como óbices a uma prestação jurisdicional eficiente e célere para a sociedade, afastando-se, assim, do processo penal democrático (GLOECKNER, 2012, p. 44), o que acarreta uma subvalorização e menor eficácia da Constituição, dos direitos fundamentais e de suas normas orientadoras do processo penal (D'ÁVILA, 2012, p. 282). Mais uma vez, observa-se como a expansão do direito penal e seus sintomas são percebidos tanto pela atuação do Legislativo quanto do Judiciário brasileiros, afastando-se de seus papéis legítimos.

A utilização da ponderação pelo Judiciário como instrumento retórico e ferramenta para usurpar funções legítimas dos outros poderes com o escopo de dar respostas ilegítimas ao sentimento de insegurança da sociedade enquadra-se também em outros exemplos – todos podendo ser caracterizados como sintomas da expansão do controle estatal pela via penal no processo penal brasileiro. Exemplifica-se com a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Segundo análise de Gloeckner (2012, p. 46), eleva-se o número de doutrinadores que, novamente a partir de uma ponderação retórica de meros valores jurídicos com foco na proibição da proteção insuficiente do Estado, admitem a condenação com base em prova ilícita, supostamente prevalecendo um interesse coletivo na punição em detrimento do princípio do devido processo legal e da regra da inadmissibilidade de prova ilícita. Aqui, novamente, observam-se normas e direitos constitucionais sendo tratados como empecilhos para o efetivo processo e para respostas ao sentimento de insegurança da sociedade.

Outro exemplo é a ampliação contra *legem* (sem a justificação adequada) dos poderes *ex officio* dos juízes. Lembra-se que o art. 212³⁴ do Código de Processo Penal autoriza o juiz apenas a questionar a testemunha em caso de obscuridade, lacuna ou contradição. Contudo, observa-se na prática que o juiz interroga a testemunha como se fosse o principal sujeito ativo na produção probatória, o que, segundo a jurisprudência atual, pasmem, não ocasiona a nulidade do ato, mesmo frente à violação de um

³⁴ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

princípio elementar como este relativo à formação da prova³⁵ (GLOECKNER, 2012, p. 50).

O ponto de encontro desses exemplos é precisamente uma suposta relação de prevalência concreta, por intermédio de uma ponderação apenas como instrumento retórico, do princípio da segurança (ou da eficiência) sobre regras de garantias de direitos fundamentais. O equívoco está na superação por princípios de regras legítimas e constitucionais. Assim, violam-se espaços dogmáticos como se o controle judicial da conformação política não tivesse limites – ou como se o limite fosse a vontade do julgador. Lembra-se que o Judiciário deve respeitar a discricionariedade do Legislativo em produzir regras dentro do seu espaço legítimo, respeitando a Constituição tanto num viés material quanto formal, conforme critérios apresentados pela teoria dos espaços dogmáticos, pela ponderação e pelos princípios formais.

Assim, deve-se aprofundar a discussão sobre a relativização de direitos fundamentais demandada pela expansão do Direito Penal. E também sobre se ela é possível, legítima, bem como se pode ser feita e quais seus limites. Afirma Sanchez (2001, p. 65) que uma volta ao Direito Penal clássico liberal é impossível e que a expansão já ocorre nos diferentes ordenamentos jurídicos do mundo.

Ademais, é importante observar em que medida alguns autores advogam a volta ao direito penal clássico, já que, além de impraticável, criam-se imagens ilusórias de modelos que nunca ocorreram. Nessa trilha, cita-se Sanchez (2001, p. 149):

Frente a los fenómenos que se han ido constatando y que redundan en una progresiva expansión del Derecho penal, hay quien aboga por una vuelta al Derecho penal liberal, un Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía. La intención que guía tal propuesta es, sin duda, la de recuperar su configuración como un Derecho estricto de garantía de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Sin embargo, como se ha dicho por otros, en esa pretensión se dan elementos no sólo anacrónicos, sino precisamente ucrónicos. Em efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La

³⁵ Apenas como exemplo: Apelação Crime Nº 70076291947, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 21/03/2018 e Apelação Crime Nº 70076372127, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 15/03/2018.

*verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días*³⁶.

O ponto defendido por Sanchez (2001, p. 152) é que se deve buscar racionalidade e limites para a expansão. Assim, desde que a expansão ocorra dentro de determinados critérios, seria possível a modernização desse ramo do direito. Ripolles (2005, p. 30) advoga no mesmo sentido, defendendo que a modernização do direito penal é necessária e inevitável; contudo, ela deve ocorrer dentro de espaços determinados.

Possíveis critérios legitimadores para a expansão do direito penal seriam, na visão de Ripolles (2005, p. 31), precisamente a proteção dos novos bens jurídicos que são caros à sociedade e carecem de proteção, além do aperfeiçoamento da persecução dos delitos e violações de direitos praticados pelas classes mais altas e detentoras de poder, tanto de fato quanto político.

A violação dos limites seria, por exemplo, a utilização da insegurança institucionalizada para fragilizar direitos e garantias dos delitos “clássicos” como fenômeno de modernização do direito penal, o que deslegitima a modernização do direito penal. Destarte, enfraquecendo limites do poder punitivo estatal os quais já estão consolidados e, assim, promovendo a efetiva marginalização de classes mais baixas (RIPOLLÉS, 2005, p. 16). Com efeito, não seria devido, ou legítimo, o enfraquecimento de garantias e o incremento da persecução de delitos clássicos que não têm relação com os novos bens jurídicos e novas formas de criminalidade que surgiram com a sociedade contemporânea. Assim, também são ilegítimas as criações legislativas oriundas do direito penal simbólico como acima estudado, visto que não são relacionadas com

³⁶ Tradução livre: Confrontado com os fenômenos que foram observados e que redundam na expansão progressiva do direito penal, há quem advogue por um retorno ao direito penal liberal, um direito de proteção aos bens estritamente pessoais e ao patrimônio com estrita vinculação aos princípios garantistas. A intenção que norteia esta proposta é, sem dúvida, a de recuperar sua configuração como um direito de garantias dos cidadãos frente às intervenções do Estado coercitivo. No entanto, como já foi dito por outros, nessa pretensão há elementos não só anacrônicos, mas reconstrutores de uma história que se firma, na melhor das hipóteses, em dados hipotéticos. Com efeito, o direito penal liberal que certos autores pretendem reconstruir agora nunca existiu como tal. Por um lado, porque em tal reconstrução esquecem a presença de uma proteção estatal rígida, bem como certos princípios de organização social. Por outro lado, porque a rigidez das garantias formais apenas representou o contrapeso de rigor extraordinário das sanções. A verdadeira imagem do direito penal do século XIX não é, portanto, o que alguns autores pretendem mostrar em nossos dias.

efetivos meios de solução dos problemas contemporâneos, mas meras ferramentas eleitoreiras de baixa eficácia que contribuem para o próprio enfraquecimento do direito penal e das garantias fundamentais.

Contudo, é inegável que algumas dessas modernizações acarretam fragilizações do modelo clássico como, por exemplo, o desdobramento das garantias da necessidade e da lesividade proposta por Ferrajoli, contida no axioma: *nulla necessitas sine iniuria e nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. Lembra-se que essa garantia versa sobre a necessidade de a proibição e de a pena serem justificadas apenas pela conduta que causa dano a terceiros (FERRAJOLI, 2009, p. 466). Contudo, novos tipos penais, que visam à persecução de novas modalidades lesivas de delitos de colarinho branco, são tipificados como de perigo abstrato, sem que a conduta provoque uma lesão efetiva a terceiros. Não é o escopo do presente trabalho entrar no mérito dessas tipificações. Contudo, esse exemplo ilustra como garantias primárias são modificadas em nome da modernização, sem que necessariamente constituam inconstitucionalidade ou ilegitimidades. Reforça-se: concorda-se com Sanchez (2001, p. 65), uma volta ao Direito Penal clássico liberal é impossível.

Com efeito, pode-se elencar dois critérios para identificar expansões ilegítimas do controle estatal pela via penal. O primeiro referente aos legisladores (legislativo), que é o uso do direito penal como instrumento simbólico de segurança para a população, obtendo ganhos políticos particulares (RIOS, 2012, p. 11; SILVA SÁNCHEZ, 1996, p. 119; CASARA ET MELCHIOR, 2013, p. 39). O segundo referente aos julgadores (judiciário), que é o uso da ponderação como instrumento retórico e de solução para supostos conflitos entre o princípio da segurança, ou eficiência, contra regras legítimas e constitucionais de garantia aos direitos fundamentais, nos quais a segurança prevalece no conflito e justifica arbitrariedades, o que tem como efeito a insegurança jurídica nas decisões judiciais.

De outra perspectiva, são necessários limites, critérios de racionalidade e legitimação e ferramentas para o controle de atuações ilegítimas, visto que seus reflexos já são percebidos na prática forense. Nesse contexto é que serão estudados a legalidade, a forma e o papel das garantias de segundo grau na jurisdição criminal. Este contexto que se apresenta ao processo penal brasileiro atualmente: o de necessidade de efetivação da Carta Constitucional de 1988 e de proteção do bem público indisponível por

excelência, que é a democracia, e de contraste, com a expansão do direito penal demandada pela sociedade de risco que implica, caso continue sendo feita da maneira como observamos, uma constante relativização e enfraquecimento de direitos e garantias fundamentais da própria sociedade.

2.4. A JURISDIÇÃO CRIMINAL, OS REFLEXOS DA EXPANSÃO E O PAPEL DA FORMA NO PROCESSO PENAL:

Este é outro ponto de encontro e convergência dos dois primeiros capítulos, pois o último ponto do primeiro capítulo tratou do papel do Judiciário e do tribunal constitucional, o que tem por consequência esboçar conceitos também sobre a jurisdição constitucional, e esse ponto, como último do segundo capítulo, aborda a forma específica da jurisdição criminal e o papel das garantias secundárias. Dessa forma, faz-se uma análise do geral para o particular, porque, apesar de focado no tribunal constitucional, todos os juízes brasileiros, em algum grau, exercem a jurisdição constitucional, inclusive os magistrados responsáveis pelo processo penal, sendo ela o critério orientador da aplicação de todo o ordenamento jurídico. Cumpre ressaltar que já se firmou posição, no item 1.5, pela legitimidade da jurisdição ante a representação argumentativa do Judiciário (ALEXY, 2015b, p. 135), de tal forma que é plenamente legítima a atuação deste Poder no controle de decisões dos outros dois Poderes (ALEXY, 2015a, p. 54), Executivo e Legislativo, dentro dos parâmetros elencados no primeiro capítulo a partir da dogmática dos espaços e dos princípios formais.

2.4.1 A jurisdição criminal como garantia:

Assim, com o objetivo de tecer breves comentários sobre a jurisdição criminal, expõem-se os três métodos de solução de conflitos, conforme expôs Niceto Alcalá-Zamorra y Castillo (2000, p. 29-33). Um relacionado à relação imparcial e dois relacionados com a solução parcial (em contraste com a solução imparcial e não total). São eles: a autotutela, predominante nos antigos regimes, na qual a divergência era solucionada pela força; a autocomposição, na qual as partes, por acordo mútuo, chegavam a um consenso; e a heterocomposição, método de resolução de divergência

em que a solução é tomada por um terceiro imparcial, de modo que a eficácia da decisão decorre de um imperativo legal. Trata-se, a heterocomposição, de uma modalidade de solução de conflitos desinteressada, que se desenvolve pelo processo, instrumento de concretização da jurisdição, em que o terceiro imparcial impõe sua decisão de forma coativa (MAYA, 2014, p. 20).

Nessa senda, desprende-se que a jurisdição é uma forma de heterocomposição dos conflitos e problemas inerentes à vida em sociedade, na qual o terceiro imparcial é um órgão do Poder Judiciário (MAYA, 2014, p. 21). Contudo, conforme já exposto, no caso do Estado Democrático Deliberativo de Direito defendido, deve-se levar em conta que a jurisdição é um de seus pilares (CANOTILHO, 1999, p. 24), que tem como uma de suas funções a garantia, a concretização e o desenvolvimento do direito, que será revelado, pelos menos em via inicial, pelos outros poderes (CANOTILHO, 1993, p. 759).

Da observância destes conceitos, pode-se extrair duas observações importantes ao conceito de jurisdição, quais sejam: 1) de que se trata de um conceito variável, visto que função, limites e parâmetros modificam-se a depender da estrutura de Estado em que está inserida. Nessa diapasão que André Maya (2014, p. 23), quando analisa as aproximações de Calamandrei e Gimeno Sendra sobre o tema, afirma que a “jurisdição, compreendida como a atividade de um dos Poderes do Estado – o Poder Judiciário -, está sujeita às variações políticas da história e, por isso, tem nítida natureza relativa”. Carlos Alvaro Alberto de Oliveira (2006, p. 63), por sua vez, aponta que falar em processo é falar em cultura, uma vez que a estrutura do procedimento depende sempre dos valores adotados. A elaboração do procedimento trata-se de uma escolha política que, em sua essência, liga as formas aos valores de determinada quadra histórica. Nesse sentido, Diogo Rudge Malan (2009, p. 16 e 17) assinala como interesses políticos e econômicos de determinados contextos históricos influenciam no desenvolvimento da jurisdição, relacionando a opção por determinados ritos com os valores culturais predominantes. No nosso contexto, devem ser eleitos valores compromissados com a ordem democrática constitucional, contudo, frequentemente preponderam na prática valores e formas inquisitivos; 2) de que a menção à jurisdição como Poder não é desarrazoada, uma vez que a jurisdição também é definida como o poder jurisdicional outorgado ao Judiciário, por sua independência e submissão ao direito (*rule of law*),

legitimando-o expressamente para solucionar definitivamente e irrevogavelmente os conflitos intersubjetivos e sociais, para controlar a legalidade e para complementar o ordenamento jurídico (MAYA, 2014, p. 24).

Na concepção de Ferrajoli (2016, p. 832), a jurisdição é

o ato prescritivo que, no exercício da função judicial, quando constata a inobservância de uma norma primária, pronuncia a anulação ou a condenação, aplicando a norma violada como norma substantiva para sua produção.

Com efeito, trata-se de uma função pública cuja previsão e organização pertencem à dimensão formal da democracia constitucional; contudo, ao mesmo tempo, ao consistir na garantia secundária dos direitos fundamentais estabelecidos na referida democracia, é o principal fator de efetividade da sua dimensão material (FERRAJOLI, 2016, p. 832). Percebe-se, então, o caráter de garantia de direitos da jurisdição, logicamente sempre pautada no devido processo legal, outro pilar do Estado Democrático Deliberativo de Direito como já apontado.

Assim, afirma-se: a jurisdição é a mais clássica e mais importante das funções de garantia, que desenvolve um papel central na vida do direito como função de garantia secundária (FERRAJOLI, 2016, p. 831). A jurisdição é caracterizada como uma garantia secundária, porque ela possui um caráter de solução de conflitos de direitos, de controle de legalidade e de constitucionalidade ou de complementação do ordenamento jurídico. Esse tríptico caráter demonstra que ela apenas é exercida quando as garantias primárias dos direitos falharam. Exemplifica-se com o direito à educação. Quando o município falha em prover educação infantil em tempo integral para as crianças de sua região, o poder jurisdicional poderá ser exercido para resolver o caso. A garantia primária do direito à educação - no exemplo o município como órgão competente para prover o acesso à creche em turno integral para os correspondentes infantes - falhou, razão pela qual a garantia secundária - a jurisdição - atua. Nesse sentido, decisões asseguram o direito das crianças às vagas em creches à despesa dos municípios³⁷.

³⁷ Exemplos de casos concretos: APELAÇÕES CÍVEIS. ECA. MUNICÍPIO DE NOVA SANTA RITA. VAGA EM CRECHE. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO ÀS INFANTES, COMPROVADA A SUA NECESSIDADE. TURNO INTEGRAL. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO PROCURADOR DAS PARTES. MANTIDOS, NO CASO. PRECEDENTES. 1. Constitui dever do Município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas, em turno integral. 2. Honorários de advogado mantidos. RECURSO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO E RECURSO DAS

Na perspectiva de Ferrajoli (2010, p. 62), todas as garantias têm em comum o fato de serem previstas, tendo em vista sua função de efetivar direitos, e sua falta daria lugar à violação dos que constituem seu objeto. Destarte, as garantias vêm da necessária desconfiança na satisfação e no respeito espontâneo aos direitos (FERRAJOLI, 2010, p. 63). O exercício legítimo do poder, por consequência, é aquele exercido dentro dos limites estabelecidos pelos direitos e garantias extraídos do ordenamento jurídico constitucional.

Ademais, Ferrajoli (2010, p. 63) adverte que também são garantias as obrigações correspondentes às expectativas de reparação dos indivíduos, mediante sanção para os atos ilícitos e anulação para os atos inválidos, que se originaram da violação dos direitos ou desenvolvem com tal. Ou seja, o exercício de poder que quebra direitos e não observa os limites do ordenamento jurídico é ilegítimo no Estado Democrático Deliberativo de Direito, sendo necessária a previsão de garantias aptas a remediar essas manifestações.

Faz-se mister definir duas espécies de garantias trabalhadas por Luigi Ferrajoli (2010, p. 63-64; 2016, p. 630-636), visto que elas auxiliarão a visualizar a conexão entre o Estado Democrático Deliberativo de Direito, o processo penal e a expansão do controle estatal pela via penal até aqui estudados. A divisão trata das garantias primárias e secundárias. As garantias primárias, ou substanciais, são aquelas consistentes na obrigação ou na proibição que correspondem aos direitos subjetivos protegidos (FERRAJOLI, 2010, p. 63). As obrigações referem-se às prestações de direitos subjetivos e as proibições às lesões (FERRAJOLI, 2016, p. 631). Já as garantias secundárias, ou jurisdicionais, são as obrigações, por parte dos órgãos do Judiciário, de garantir a observância e a realização dos direitos quando as primárias falham, ordenando ações, aplicando sanções e declarando nulidades quando se constatam ações ou omissões indevidas, atos ilícitos ou atos inválidos que violem direitos subjetivos e/ou suas correspondentes garantias primárias (FERRAJOLI, 2016, p. 631).

Com efeito, nas palavras de Ferrajoli (2010, p. 64), “*es evidente que mientras la observância de las garantías (y de las normas) primarias equivale a la satisfacción de*

PARTES PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70076811520, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/03/2018). No mesmo sentido: Apelação Cível Nº 70076261981, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 14/03/2018 e Apelação Cível Nº 70076241025, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 08/03/2018.

*manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas*³⁸”. Contudo, as garantias secundárias operam apenas como eventual remédio previsto para a reparação da inobservância das primárias representadas pelos atos ilícitos ou os atos inválidos.

É possível aplicar o mesmo raciocínio para o processo. Assim, sob o exclusivo viés processual, as garantias secundárias constituem a ferramenta essencial de ajustar a função jurisdicional quando ela se afasta do devido processo legal. Ambos os papéis são essenciais no Estado Democrático Deliberativo de Direito.

2.4.2 A forma como garantia e as nulidades como garantias secundárias:

Conforme leciona Ferrajoli (2009, p. 621), a garantia processual apta a conferir a satisfação e o controle de todas as outras é o desenvolvimento das atividades judiciárias segundo formas e procedimentos predeterminados pela lei. Essa é a garantia do acusado, do cidadão, de que a acusação e o magistrado se pautarão no devido processo legal para chegar à decisão judicial.

Trata-se do formalismo para o qual Ferrajoli defende igual perspectiva como o princípio da estrita legalidade - o qual também é previsto na Constituição de 1988 como princípio constitucional, basilar e, portanto, não afetado pela expansão em análise. O formalismo, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006, p. 59) “não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formas ideais, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais”.

A necessidade da proteção dos direitos pela forma em sentido amplo é evidente. Destarte, o formalismo visa organizar o procedimento, estabelecendo limites ao julgador e às partes e, com isso, concedendo previsibilidade e segurança ao processo. Ademais, isso possibilita controlar o âmbito de atuação dos sujeitos processuais, atuando como fator de igualação dos jurisdicionados. Assim, o formalismo equilibra a distribuição de poderes a partir das possibilidades dos sujeitos, no processo penal, com o ônus probatório na acusação, garantindo um devido contraditório à defesa por meio de

³⁸ É evidente que a observação das garantias e normas primárias equivalem à satisfação de maneira primária e substancial dos direitos garantidos por elas (Tradução livre).

oportunidades de influência no desenvolvimento da atividade cognitiva do juiz, possibilitando o caráter recognoscitivo dos fatos.

Um procedimento sem organização e forma acaba por eliminar garantias, oportunidades de atuação e convencimento paritário entre as partes e, como consequência, permite a arbitrariedade e a parcialidade dos detentores de poder, o que não é admitido no Estado Democrático Deliberativo de Direito. É a forma que cria uma barreira para o abuso de poder e garante a efetiva participação da parte mais frágil da relação processual.

A primeira condição do princípio da estrita legalidade vem com a mesma preocupação, que visa submeter o juiz à lei, observando o rito legislado. A violação da garantia do acusado e da sua expectativa no processo dado conforme regula a lei, ou seja, a violação do formalismo cria contexto propício para o abuso de poder estatal e a fragilização dos direitos e garantias fundamentais tanto do acusado quanto do acusador. A "ciência privada" do juiz não pode tomar o lugar do devido processo legal (FERRAJOLI, 2009, p. 627).

Com efeito, conforme afirma Zaclis (2016, p. 41), a forma, como exteriorização do ato, representa o limite da atuação do Estado. Ela será, na maioria dos casos, a guardiã das garantias fundamentais, visto que ditará o modo pelo qual o Estado pode impor sua força, sempre respeitando o ordenamento jurídico constitucional. A observância do rito, então, não é apenas uma garantia de justiça, como acertadamente assinala Ferrajoli (2009, p. 621), mas também uma condição necessária para a confiança dos cidadãos na justiça. Então, a forma traz legitimidade, racionalidade, confiabilidade e segurança ao processo penal.

Entretanto, adverte-se que a forma vira danosa e prejudicial quando perde o caráter de garantia e seu único efeito é o de complicar os procedimentos, tornando-os mais gravosos, lentos e dificultando sua compreensão, afastando-os do controle do imputado e da opinião pública (FERRAJOLI, 2009, p. 622). Assim, forma por si só não é suficiente, visto que ela não é um fim em si mesma, nem um formalismo apaixonado é passível de defesa (PASCHOAL, 2014, p. 529). A forma deve servir para um fim determinado de proteção e efetivação de direitos, caso contrário ela se torna inútil.

Nesse caminho é que autores propõem a noção de formalismo valorativo, ante a necessidade de se entender o contexto do processo a partir de valores compromissados

com a ordem democrática constitucional e condizentes com a realidade pátria contemporânea (OLIVEIRA, 2006, p. 63 e 64). Assim, entende-se a forma como garantia de proteção e realização de direitos. Nesse diapasão, Oliveira assinala elementos, ou valores, intrínsecos à noção de processo como a realização da justiça material e a paz social como fins do processo e a efetividade, a segurança e a justa organização interna do processo como elementos instrumentais para a realização da finalidade processual. O próprio autor classifica-os como princípios que orientaram o juiz na aplicação das normas processuais (OLIVEIRA, 2006, p. 65). Trata-se de princípios balizadores do formalismo, de forma que ele permaneça orientado para a proteção e efetivação de direitos.

O formalismo valorativo e o princípio da estrita legalidade necessitam do estudo da forma individualmente considerada para que sejam efetivamente garantidos e realizados. Nesse sentido, Ferrajoli (2016, p. 465) conceitua a forma a partir da classificação entre atos formais e atos informais, o que será analisado no próximo capítulo, sendo a forma todos os elementos e circunstâncias extrínsecas exigidas a um ato linguístico pelas normas que o preveem para que seja legitimamente a causa de seus significados. Com efeito, forma é a observância das obrigações pré-dispostas pelas normas deônticas que regulam um ato linguístico e são necessárias, ao menos algumas delas, para que o ato produza como efeitos seus significados e a totalidade delas para que seja permitido. Trata-se de um conceito basilar da teoria do direito que serve para expressar um aspecto central da fenomenologia jurídica, qual seja: a produção de significados prescritivos que sejam relevantes como efeitos no mundo do direito – como situação, status e norma – apenas são permitidos se condicionados por determinadas formas, que são formas da linguagem jurídica e, portanto, os instrumentos da comunicação jurídica (FERRAJOLI, 2016, p. 465). Assim, o ato linguístico exige a observância de todas as formas previstas como condição de regularidade (validade) e de, pelo menos, algumas como condição de existência jurídica (vigência).

Binder (2003, p. 42) afirma que há princípios nucleares do Estado Democrático de Direito que versam sobre a forma pela qual se dá o devido processo legal e o conseqüente devido processo penal. Cumpre firmar que Binder identifica muitos desses princípios com as normas primárias estudadas no direito penal clássico, principalmente os axiomas defendidos por Ferrajoli. Dessa forma, há uma necessidade de que esses

princípios sejam garantidos, conforme também assinalou Ferrajoli (2010, p. 64). O princípio apenas estará garantido quando seu descumprimento gerar a invalidez do ato que o violou. Assim, para garantir a efetividade de um princípio, precisa-se definir requisitos e regular a sequência dos atos processuais pelos quais se desenvolverá o processo. Essas serão as formas processuais; quando se descumpre uma forma, a atividade processual torna-se inválida ou defeituosa.

Destarte, as formas são a garantia que assegura o cumprimento de um princípio determinado ou do conjunto deles. Por essa razão, conforme afirmou Binder (2003, p. 44), “o nível de adequação de um sistema processual aos princípios do Estado de Direito não se mede somente pela incorporação desses princípios à ordem normativa, mas pelo grau que eles estejam garantidos”.

Do mesmo giro, cumpre observar a necessidade de que as formas processuais estejam protegidas pelas garantias secundárias como ferramentas de sanção ao ato desviado, para que as garantias da ordem jurídica não pereçam, dando lugar à insegurança na aplicação jurisdicional dos mandamentos legais. O conjunto dessas modalidades e formalidades conformam a atuação jurisdicional, e a sanção natural da atuação violadora destas é a nulidade. Um Código de Processo que prescreve certas formas sem prever as nulidades como decorrência de seu afastamento é uma “mistificação maliciosa³⁹”, por meio da qual se pretendeu fazer crer ao povo que está protegido, enquanto nada é garantido (FERRAJOLI, 2009, p. 621).

Nesse contexto, Binder (2003, p. 43) discorre sobre as nulidades como as garantias jurisdicionais secundárias. A jurisprudência das nulidades é a outra face do sistema de garantias, a face subsidiária, ou seja, que visa remediar o ato, ou processo, ilegítimo e inválido. A forma como a jurisprudência das nulidades se desenvolve, então, assinala o nível de cumprimento dos princípios do processo penal adequado ao regime constitucional. Com efeito, no âmbito do processo penal, se a forma é garantia que visa proteger os cidadãos contra eventuais abusos do poder do Estado, as nulidades são as garantias secundárias aptas a reconduzir o processo aos limites do devido processo legal, nos conformes do ordenamento jurídico constitucional. Esse ponto será analisado no próximo capítulo.

³⁹ Expressão usada por Carrara (p. 277 *apud* FERRAJOLI, 2009, p. 690).

3. AS NULIDADES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: O ESTADO DA ARTE.

Após o estudo do contexto de risco e insegurança na sociedade contemporânea e da expansão do processo penal e suas consequências - no âmbito processual penal, o aumento da discricionariedade do poder judicial sobre a aplicação das normas e das formas no procedimento criminal -, deve-se analisar o sistema de nulidade brasileiro. Cumpre firmar que esse aumento da discricionariedade ocasiona a redução e a supressão de direitos protegidos pelas diferentes formas e garantias processuais penais. Objetiva-se, com essa análise, definir se o nosso sistema atual cumpre sua função constitucional de garantia secundária nesse contexto de contemporaneidade abordado. Adianta-se que isso não ocorre em sua totalidade. As nulidades processuais penais brasileiras não cumprem adequadamente a sua função constitucional, razão pela qual serão traçadas propostas de aperfeiçoamento da matéria na quarta parte, para auxiliar na evolução e na modernização desse microsistema.

Então, analisar-se-á o sistema e a prática das nulidades no plano específico do processo penal. Para tanto, lembra-se que a forma do ato processual representa a menor unidade funcional e protetora de direitos no processo, sendo ela o revestimento dos atos processuais (ZACLIS, 2016, p 40). Faz-se necessária, como já estudado, precisamente pela imperfeição da atuação dos detentores de poder e, por consequência, a necessidade tanto do direito de proteção como da garantia deste (ZAGREBELSKY, 2008, p. 52-53) – aqui, a garantia primária, ou seja, a forma. Esta, por sua vez, é garantida por uma norma secundária, que tem por objetivo remediar eventual violação – aqui, a garantia secundária, a nulidade (FERRAJOLI, 2010, p. 64).

Zagrebelsky (2008. p. 312) afirma que o Estado Democrático Deliberativo de Direito, e com ele o processo, irá funcionar tanto melhor quanto mais esteja garantido o respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos. Destarte, ressalta-se que a teoria das nulidades processuais penais tem como papel a garantia dos direitos fundamentais (GLOECKNER, 2017, p. 130). O devido cumprimento desta função é que será analisado.

3.1. O ATO JURÍDICO PROCESSUAL:

O ponto de partida deste capítulo é uma análise do ato jurídico processual para depois, uma vez caracterizados e definidos seus requisitos e efeitos, ingressar nas possibilidades de anulá-lo⁴⁰. Para tanto, cumpre primeiro referir a crítica feita por diversos autores, mais notadamente Ferrajoli (2016, p. 247), Binder (2003, p. 35) e Gloeckner (2017, p. 99), sobre o perigo e a imprecisão de transpor a conceituação civilista de ato jurídico e seus derivados para o âmbito do direito processual penal.

Nesse sentido, Gloeckner (2017, p. 99), quando discorre sobre os perigos das transposições de conceitos cíveis, afirma: “esse amálgama pode ser entendido a partir da convivência, no seio do ilegalismo congênito do sistema inquisitorial, de princípios informadores, cuja exterioridade alimenta-se de roupagem privatista”. Na mesma linha, Binder (2003, p. 35-36) discorre sobre a necessidade de “superar a análise unitária, ancorada agora em uma consideração pobre e formal dos conceitos fundamentais, reconhecer que não é possível transpor temas e problemas das formas dos atos jurídicos para as formas processuais”, de modo que permita a elaboração de conceitos, requisitos e efeitos próprios das formas processuais que sejam compatíveis com as normas orientadoras de um processo penal constitucional.

Assim, ressalta-se que o conceito principal a ser trabalhado é o proposto por Luigi Ferrajoli (2016, p. 247 a 278 e 461 a 539), que tem por objetivo elaborar uma definição da categoria de atos jurídicos instrumentais e processuais que tenha sentidos e normas aptos a criar um sistema coerente e racional de classificação para os diversos âmbitos jurídicos, atentando também para as particularidades do processo penal. Com efeito, faz-se mister trazer a definição e a divisão proposta sobre os atos jurídicos.

Entende-se como ato jurídico qualquer comportamento, este entendido como ação empiricamente observável, que seja causa de algum efeito jurídico (FERRAJOLI, 2016, p. 257). Isso significa que se aplicam as teses deônticas aos atos, ou seja, eles são facultativos, obrigatórios ou proibidos, também são atuações de faculdades, obrigações ou proibições e/ou expectativas. Logo, eles também são inteligíveis como atos dotados de sentido jurídico como o exercício das faculdades, o cumprimento, ou não, das obrigações, a violação, ou não, das proibições e a satisfação ou violação das

⁴⁰ Anular, aqui, no sentido de torná-lo nulo, e não necessariamente de declarar sua anulabilidade como espécie específica do gênero de atos inválidos.

expectativas correspondentes; eles também supõem que sempre existam sujeitos que são seus autores e/ou seus imputados; e, finalmente, determinam a efetividade ou inefetividade das modalidades ou expectativas correlatas.

Ademais, Ferrajoli (2016, p. 258) adverte que tal definição de ato tem como consequência a sua compreensão como qualquer causa de efeito jurídico. Portanto, os atos, que não são constituintes, submetem-se ao princípio da legalidade, sendo disciplinados por regras e correspondentes às formas que aquelas determinam em abstrato. A compreensão de que faz Ferrajoli (2016, p. 259) sobre os atos, baseada também numa coextensividade entre ato e produção de efeitos, sustenta dois corolários, quais sejam: um que todo ato é sempre causa de ao menos um efeito e que todo efeito está sempre causado por pelo menos um ato.

Além disso, sustenta-se a tese de que os atos jurídicos são sempre atuações de situações jurídicas. Nesse sentido, o ato sempre é objeto de uma situação, sendo esta uma modalidade ou expectativa, assim, ele deve ou não deve ser feito assim como pode ou não pode ser realizado (FERRAJOLI, 2016, p. 296). Assim, numa perspectiva semelhante a Goldschmidt, que trata o processo como situação jurídica (GOLDSCHIMDT, 1961, p. 77), o ato também supõe uma situação jurídica; desse modo, ele não apenas supõe uma qualificação deontica como pressupõe qualquer comportamento, mais especificamente: uma qualificação jurídica a partir de uma situação (MAYA, 2015, p. 104) disposta ou predisposta por uma norma. Disso resulta um dos argumentos sustentados por Ferrajoli, que a não juricidade dos comportamentos meramente lícitos caracteriza-os como atos não jurídicos, ou seja, extrajurídicos (FERRAJOLI, 2016, p. 259-265). Isso ocorre, pois eles carecem de efeitos e porque não são atuações de situações⁴¹, mas de meras faculdades⁴², o que possibilita o aperfeiçoamento do conceito de ato jurídico.

Já sobre as espécies de atos jurídicos, Ferrajoli divide-os em duas grandes classes, quais sejam (FERRAJOLI, 2016, p. 464): a de atos informais ou naturais e a de atos formais ou artificiais. Os primeiros são aqueles cuja relevância e eficácia jurídica estão associadas a normas que os preveem dentro de sua naturalidade e materialidade

⁴¹ Para Ferrajoli (2016, p. 287), situação é toda a modalidade ou expectativa positiva ou negativa de um ato jurídico, consistindo em significados prescritivos.

⁴² Para Ferrajoli (2016, p. 138-142), faculdade é a modalidade do que é facultativo, entendida a modalidade a partir da compreensão que todo comportamento supõe a existência de uma modalidade pela qual este comportamento esteja qualificado deonticamente.

reconhecida e disciplinada pelo direito em virtude de seus efeitos naturais. Exemplos dessa classe de atos são o homicídio, a morte e o cumprimento de algum contrato; esses atos podem ser tantos lícitos quanto ilícitos. A segunda classe de atos abrange aqueles atos linguísticos cuja relevância ou eficácia jurídica é um artifício, ou seja, uma convenção jurídica estabelecida pelas normas que os preveem em virtude das formas adotadas pelos signos com os quais se expressam seus significados: assim são todos os atos prescritivos e negociais, desde os negócios jurídicos até as leis, disposições administrativas e sentenças.

Os efeitos desses atos também auxiliam na sua classificação. Os atos informais ou naturais produzem efeitos tanto de fato quanto de direito, desincentivados ou incentivados pelo direito mediante obrigação ou proibição, ademais de seus efeitos de direito, podendo ser sancionatórios ou satisfatórios e pré-estabelecidos para eles pelas normas que preveem a atuação de uma ou outra forma. Os segundos produzem efeitos somente de direito, condicionados pelas normas que conjecturam a observância de determinadas formas no exercício de determinados poderes. Os primeiros, como assinala Ferrajoli, são simplesmente o suposto fático de normas, contemplados por obrigações, permissões ou proibições apoiadas em sanções ou satisfações dirigidas a impedir ou confirmar seus efeitos naturais. Os outros são aplicações de normas, desenvolvidas em conformidade com as condições de vigência e validade que estabelecem e com vistas a conseguir seus efeitos jurídicos consistentes geralmente em normas, situações ou status pré-estabelecidos por elas. (FERRAJOLI, 2016, p. 464).

Ferrajoli ainda distingue os atos formais em duas espécies, quais sejam: os atos jurídicos preceptivos e os atos jurídicos instrumentais. Na definição de Ferrajoli: caracterizam-se como atos jurídicos preceptivos todos os atos jurídicos formais que consistem em um preceito ou que tem, por efeito ou significado, normas ou situações que irá produzir na condição de que observem todas as normas deônticas de grau superior a eles ou status pré-constituído como efeitos seus pela norma hipotética-constitutiva que os preveem (FERRAJOLI, 2016, p. 478). Já os atos instrumentais são os atos formais cuja comissão forma parte da observância de uma norma deônticas para o ato preceptivo. Nesse norte, a maioria dos atos jurídicos processuais são atos instrumentais, pois funcionam como requisitos para a formação das normas deônticas originadas pela decisão judicial, que são o objeto do processo penal e o ato preceptivo

(FERRAJOLI, 2016, p. 479). Atenta-se que não se trata de uma classificação exaustiva, na qual ser catalogada como uma espécie de ato importa na necessidade de não ser a outra; alguns atos formais podem ser ambos (tanto instrumentais quanto preceptivos).

Para tanto, as características e os requisitos dos atos jurídicos processuais são de grande importância para verificar como funcionam as garantias secundárias das nulidades no processo penal. Nesse ponto, a diferenciação da estrutura proposta por Ferrajoli das estruturas tradicionalmente trabalhadas auxilia no estudo e na elaboração das nulidades processuais penais.

Tradicionalmente, a doutrina (TOURINHO FILHO, 2013; CONSTANTINO, 2006; PASCHOAL, 2014; GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011) entende o ato jurídico como um fato, caracterizado como um acontecimento situado em determinado espaço de tempo e lugar e marcado por um momento inicial e final, apto a produzir efeitos jurídicos que dependam da vontade humana (CALMON DE PASSOS, p. 20, *apud* PASCHOAL, 2014, p. 103). Na mesma lógica, Tourinho Filho defende que o ato jurídico processual é a conduta humana relevante para o direito praticada no processo pelos sujeitos da relação processual (TOURINHO FILHO, 2013, p. 521).

Ademais, a doutrina tradicional comporta outras definições de atos jurídicos processuais; apenas a teor exemplificativo, cita-se Chiovenda (1969, p. 15 *apud* CONSTANTINO, 2006, p. 23):

Os atos jurídicos processuais são os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, os atos que têm por consequência imediata a constituição, a consumação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual.

E Florian (1932, p. 108 *apud* TOURINHO FILHO, 2013, p. 533):

Dentro no processo encontramos uma série de atos realizados por aqueles que nele intervêm. São atos jurídicos, porque regulados pelo Direito e produtores de consequências jurídicas; mas processuais, porque se realizam no processo e servem, direta ou indiretamente, a ele.

Um dos muitos pontos problemáticos para as nulidades processuais penais refere-se à qualificação dos atos e sua classificação de acordo com as desconformidades formais ou materiais. Assim, explica-se que tradicionalmente se entende como qualidade (ou planos de higidez) dos atos a existência, a validade e a eficácia em sentido estrito. No processo penal, as qualidades estariam assim relacionadas: a existência com

os pressupostos, a validade com os requisitos e a eficácia com as condições do ato jurídico formal (ZACLIS, 2016, p. 52). Aqui, apresenta-se a compreensão das qualidades dos atos a partir do tradicionalmente feito na doutrina brasileira. Posteriormente, as propostas de Ferrajoli serão retomadas e, depois, demonstrar-se-ão os ganhos conceituais com cada uma das divisões⁴³.

Para o ato jurídico formal adquirir existência, é necessário que o ato preencha certos requisitos mínimos exigidos pelo ordenamento jurídico. Caso o ato não preencha o mínimo exigido, tratar-se-á de um ato juridicamente inexistente, ou seja, de um ato que, apesar de muitas vezes existir no mundo material, não possui nenhum significado para o ordenamento jurídico. Nesse sentido, afirma Paschoal (2014, p. 112): “tão básico e importante é o plano da existência jurídica, que se afirma que ele é a base da qual dependem os outros dois lados, quais sejam, o plano da validade e da eficácia”. Ressalta-se que se trata de uma qualidade do ato que será aprofundada e criticada no estudo das espécies das desconformidades das formas processuais.

A validade, como qualidade do ato, corresponde ao segundo exame da higidez do ato jurídico formal. Então, válido é o ato que, além de existir juridicamente, detém todos os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico que o tornam apto para produzir efeitos, segundo Paschoal (2014, p. 112). Ainda, o plano de validade leva em conta a conformação do ato com todos os elementos estabelecidos pelo ordenamento jurídico que o caracterizam (ZACLIS, 2016, p. 56).

Nesse norte, alguns autores defendem que o ato inválido, via de regra, não produz efeitos, acarretando a sua ineficácia (PASCHOAL, 2014, p. 113), o que será criticado no momento oportuno. Assim, “observados os pressupostos e requisitos impostos pela legislação, reputa-se válido o ato” (ZACLIS, 2016, p. 57).

A eficácia, também chamada por alguns autores de eficácia em sentido estrito, é a qualificação do ato ante a sua efetiva produção de efeitos. Paschoal (2014, p. 114) explica que “geralmente, a eficácia em sentido estrito decorre da mera existência e da

⁴³ Não há de se entender a doutrina nacional como unificada nesse tema. A conceituação e os requisitos dos atos jurídicos processuais penais são uma matéria com diversos conflitos e divergências causados pela necessidade de abstração e diferentes enfoques a respeito do assunto. Contudo, para os fins propostos a este trabalho, não é necessário aprofundar-se nessas divergências, limitando-se a tecer os pontos comuns e demonstrar os ganhos com as propostas de Ferrajoli. Tal organização permite maior enfoque na teoria das nulidades como garantias secundárias e da regra do prejuízo como critério central.

validade do ato, mas nem sempre é assim, pois pode a eficácia estar condicionada. Então, haverá ato existente, válido, mas ineficaz”.

A compreensão das qualidades do ato jurídico a partir da existência, validade e eficácia está intrinsecamente conectada à doutrina civilista, sendo essa conexão o provável motivo da sua ampla aceitação. As críticas feitas por Binder (2003, p. 35) e Gloeckner (2017, p. 99) não podem ser esquecidas, sob a pena de se importar princípios reitores impróprios e conceitos inaplicáveis ao processo penal.

Considerando-se mais vantajosa a qualificação elaborada por Ferrajoli para a compreensão dos atos jurídicos processuais – principalmente na seara penal. A compreensão dos atos processuais, pelo menos da maioria deles, como um ato instrumental e, portanto, como um requisito para a formação do ato preceptivo final, que é a decisão judicial, tem ganhos notórios. Primeiro, demonstra a complexidade e a vinculação entre os atos que formam o processo penal e a necessidade de se manter hígido o processo para se obter uma decisão legítima ao final dele, o que é mitigado pela transposição do conceito civil de ato para o processo penal, muitas vezes compreendido como um fato isolado em determinado tempo e espaço. Segundo, permite uma qualificação de maneira diferenciada, que terá por consequência uma compreensão mais apurada sobre a natureza da nulidade e como ela interfere nos efeitos dos atos processuais. Assim, retomam-se os estudos das qualidades dos atos proposto por Ferrajoli.

O ato jurídico ideal detém vigência, validade, eficácia e efetividade (FERRAJOLI, 2016, p. 83). Para os atos adquirirem as duas primeiras qualidades, exige-se a observância de todas as formas previstas como condição de regularidade (validade) e de, pelo menos, algumas como condição de existência jurídica (vigência).

Com efeito, nem todas as formas são essenciais para a existência do ato formal. É necessário e suficiente que se observe ao menos algumas delas. A observância de todas as formas é necessária para que o ato, além de existente, seja também permitido pelas normas que o preveem e, portanto, seja regular; em outras palavras, seja formalmente válido (FERRAJOLI, 2016, p. 467).

Ferrajoli, então, distingue esses dois termos distintos e necessários para a compreensão dos primeiros planos de conformidade dos atos formais, nos quais estão inseridos os atos jurídicos processuais. A vigência diz respeito à existência dos atos

formais produzida pela conformidade de ao menos algumas de suas formas com algumas das normas formais. Já a validade, refere-se à regularidade desses mesmos atos produzidos em conformidade de todas as formas com todas as normas formais e de ao menos algum de seus significados com as normas substantivas de sua produção. (FERRAJOLI, 2016, p. 499).

Destarte, o ato é vigente quando dotado de uma forma conforme ao menos algumas das normas formais que regulam sua produção. O ato é válido quando sua forma está em conformidade com todas as normas formais sobre sua formação e admite ao menos um significado coerente com as normas substanciais sobre sua formação (FERRAJOLI, 2016, p. 500). Com efeito, válido será apenas o ato jurídico processual perfeito, enquanto vigente será o ato jurídico processual que tenha algum vício de forma, não obstante este ainda possa produzir efeitos, até que seja anulado. Portanto, forma e vigência podem ser consideradas como termos coextensivos, sendo ato formal (tanto vigente quanto válido) sempre capaz de produzir efeitos, por mais que seja passível de uma anulação posterior.

Ademais, a inobservância de algumas formas resulta em um ato proibido, melhor dito, formalmente inválido, já a inobservância de todas as formas resulta na inexistência da forma e do próprio ato. Ainda, ressalta-se que não apenas a observância de todas as formas é suficiente para que o ato seja permitido e válido, sendo necessária, quando se trata de decisões, a validade substancial. Esta consubstanciada na observância das normas substanciais superiores ao ato analisado previstas no ordenamento jurídico.

Sobre a eficácia do ato jurídico, é entendida como a causalidade jurídica, ou seja, a capacidade de um ato de produzir efeitos em virtude da regra que o prevê. Assim, consoante afirma Ferrajoli (2016, p. 266), eficaz “*es el acto al que conecte un efecto la regla que lo prevé*”⁴⁴. A eficácia, assim, equivale à implicação determinada pelo ordenamento jurídico dos efeitos de um ato, sendo um elemento necessário de qualquer ato jurídico (FERRAJOLI, 2016, p. 267).

Então, dizer que um ato é eficaz significa dizer que ele é produtor de efeitos. Esses devem ser entendidos como aquilo que “designa qualquer tipo de evento, ou seja, de modificação jurídica que esteja predisposta por uma regra como consequência de uma causa”. Isso ocorre desde a constituição ou modificação de situações jurídicas

⁴⁴ Tradução livre: é o ato que conecta um efeito à regra que o prevê.

como a atribuição de poderes, deveres, direitos ou responsabilidades, que são efeitos de atos preceptivos ou de atos ilícitos; até sua extinção, que é o efeito de atos de derrogação ou de cumprimento. O efeito também designa modificações jurídicas desde a instituição ou modificação do status de sujeitos ou objetos por obra de preceitos constitutivos, até as próprias normas, que são efeitos, ademais de significados, destes atos específicos que são preceitos normativos ou fontes. Assim, especifica-se que efeito significa efeito de direito e que, como tal, produz-se simultaneamente ao ato com independência de outros atos que sejam a atuação dos efeitos referidos – estes últimos como efeitos de fato e distintos do significado utilizado por Ferrajoli (2016, p. 251)

Destarte, pode-se afirmar que a eficácia dos atos constitui uma conexão normativa. Ou seja, estabelece uma relação criada por uma regra jurídica que se identifica com seu próprio conteúdo prescritivo, que determina o efeito jurídico o qual, por sua vez, é consequência do comportamento empiricamente observável que, em união, é o ato jurídico.

De outro giro, há de se atentar para a diferença conceitual entre efetividade e eficácia do ato jurídico. Assim, a eficácia corresponde à própria estrutura invariável dos atos jurídicos; contudo, ela é completamente independente das circunstâncias de fato. Os efeitos de fato, que são as atuações concretas dos efeitos jurídicos no mundo real objetivo⁴⁵, correspondem à efetividade.

A eficácia é independente da efetividade, por mais que aquela seja pressuposta desta, correspondendo a primeira aos efeitos jurídicos de direito, e a segunda aos efeitos jurídicos de fato, conforme define Ferrajoli (2016, p. 268). Trata-se, a eficácia, dos efeitos que o ato jurídico automaticamente produz quando é feito, sejam obrigações, direitos, status ou expectativas de sanções, independentemente da realização concreta destes. Um exemplo pode auxiliar no esclarecimento da diferenciação feita: uma decisão de medida cautelar de comparecimento mensal a juízo, por exemplo, cria a obrigação jurídica de comparecimento, mesmo que posteriormente o acusado não cumpra com a sua obrigação. A criação jurídica da obrigação corresponde à eficácia do ato, por sua vez o cumprimento da obrigação corresponde à sua efetividade.

⁴⁵ Aqui real é usado como contraposição à ficção e linguagem jurídica. Nesse sentido, Harari (2017, p. 40 e 41) escreve sobre a realidade dual que vivemos, que compreende uma realidade objetiva de rios, árvores e pessoas; e a realidade imaginada de forma compartilhada que produz efeitos palpáveis na realidade objetiva; exemplos são as empresas, nações e o direito.

Nessa lógica, conforme afirma Ferrajoli, a ineficácia só é aplicável aos atos declarados nulos e aos atos inexistentes, não sendo aplicável aos atos inválidos o conceito de ineficácia. Sobre esse ponto, cita-se (FERRAJOLI, 2018, p. 269):

Al estar excluida la existencia de actos ineficaces, el concepto deberá extenderse de manera correlativa a la restricción – o mejor, la supresión que su definición implica – de la figura opuesta de la ineficacia. Si es verdad que todos los actos son eficaces, sólo podrá hablarse de ineficacia en relación con los llamados actos radicalmente nulos (o inexistentes o no vigentes) y, por tanto, como se ha dicho con la tesis T5.42, con los no-actos, y no, como sucede en la doctrina civilista, con los actos inválidos. En efecto, también los actos inválidos están dotados de una particular eficacia, que se caracteriza – como veremos en el § 9.13 – por la falta de algunos de los efectos típicos de los actos válidos (como la ejecutoriedad y la no impugnabilidad), pero asimismo por la presencia de sus demás efectos hasta que se produzca su anulación, así como de ese específico efecto que es precisamente su anulabilidad, esto es, la expectativa de su anulación; de manera que se deberá hablar, con mayor propiedad, de eficacia relativa, interina, anulable etc⁴⁶.

Assim, também se deve considerar a eficácia, quiçá relativa, dos atos inválidos. A invalidez mais comum será a formal. Ou seja, aquela que depende da existência de vícios formais constatáveis mediante indagações empíricas e qualificáveis como tais a partir das normas do processo penal (FERRAJOLI, 2016, p. 511). Atenta-se que o reconhecimento da validade ou invalidez requer a interpretação de textos legais, interpretação essa que deverá estar sustentada pela argumentação racional (ALEXY, 2017a, p. 279-282), nos moldes da teoria exposta no primeiro capítulo, cujas fontes admitem, como a maior parte das decisões, uma pluralidade de decisões racionalmente justificáveis e, com isso, uma multiplicidade de significados possíveis (ALEXY, 2015a, p. 30). Contudo, a interpretação específica da invalidez formal referir-se-á apenas sobre a conformidade ou desconformidade entre o ato praticado e as normas formais que o definem.

As inobservâncias formais lesionam ao menos alguma das formas predispostas para os atos formais, sendo vício o efeito desta inobservância referida (FERRAJOLI,

⁴⁶ Tradução livre: Como a existência de atos ineficazes é excluída, o conceito deve se estender correlativamente à restrição - ou melhor, à supressão que sua definição implica - da figura oposta da ineficácia. Se é verdade que todos os atos são eficazes, só se pode falar de ineficácia em relação ao chamado ato radicalmente nulo (ou inexistente ou não vigente) e, portanto, como já foi dito com a tese T5.42 e, com não- atos, e não, como acontece na doutrina civilista, com os atos inválidos. Na verdade, também os atos inválidos são dotados com uma eficácia particular, caracteriza-se - tal como discutido no § 9.13 - pela falta de alguns dos efeitos típicos dos atos válidos (tal como executóriedade e não impugnabilidade), mas também para a presença de seus outros efeitos até o seu cancelamento, bem como para aquele efeito específico que é precisamente sua nulidade, ou seja, a expectativa de seu cancelamento; de modo que deve ser falado, com maior propriedade, de eficácia relativa, temporária, anulável, etc.

2016, p. 513). Os vícios podem ser tanto vícios advindos da comissão quanto da omissão na produção do ato jurídico processual.

Sobre os vícios, uma de suas características é de que eles não podem ser eliminados ou reparados sem que sejam objetos de uma decisão específica, precisamente sobre a observância da norma que não foi observada na feitura do ato. Ferrajoli afirma sobre os vícios (FERRAJOLI, 2016, p. 515):

añado que los vicios son un efecto fisiológico – que más allá de ciertos límites puede convertirse en un fenómeno patológico – de la normatividad del derecho en relación consigo mismo, y por tanto de la inevitable divergencia entre su deber ser y su ser en el ámbito mismo del ejercicio de los poderes de producción jurídica. De ahí, como veremos en su momento, su relevancia teórica para el análisis del paradigma constitucional, donde esos vicios, cuando se refieren a normas legales, se manifiestan en antinomias y lagunas en el mismo cuerpo del derecho positivo en relación con las normas constitucionales sobre su producción⁴⁷.

Desse ponto importantíssimo a partir da conceituação de Ferrajoli, o de que os atos inválidos também são dotados de certa eficácia e geralmente produzem efeitos no processo penal, mesmo que feitos com vícios de forma e inconformidades em relação ao processo penal e, por vezes, à própria Constituição, é que se estuda a natureza das nulidades, suas espécies e consequências. Ressalta-se que a transposição dos conceitos civilistas para a seara processual penal dificulta (BINDER, 2003, p. 35) sobre maneira a existência de atos ilegais, ou seja, com vícios de invalidez formal, produtores de efeitos jurídicos. Ainda, o tratamento da invalidez como a de um ato ilegal que produz efeitos terá reflexos nas normas reitores das nulidades processuais penais brasileiras, auxiliando na proteção de direitos fundamentais.

Há de se compreender a natureza jurídica da nulidade, então, como uma garantia secundária, conforme exposto por Ferrajoli (2010, p. 64). Essa garantia será efetivada pela decisão judicial. Ela declara a invalidade do ato como nulo (qualidade) e desconstitui os efeitos negativos da eficácia produzida pelo ato ilegal (remédio constitucional à violação da garantia primária). A decisão será declaratória da nulidade

⁴⁷ Tradução livre: Acrescento que os vícios são um efeito fisiológico – que, além de certos limites, pode se tornar um fenômeno patológico - da normatividade do direito em relação a si mesmo, e, portanto, da inevitável divergência entre seu dever de ser e seu ser no mesmo campo do exercício dos poderes de produção jurídica. Daí, como veremos na época, sua relevância teórica para a análise do paradigma constitucional, que esses vícios, ao se referirem às normas legais, manifestam-se em antinomias e lacunas no mesmo corpo de direito positivo em relação às normas constitucionais sobre sua produção.

e constitutiva negativa dos efeitos jurídicos produzidos pelo ato viciado, consoante defendido por Gloeckner (2017, p. 119).

Destarte, no norte do argumentado por Giovanni Dean (SPANGHER, 2008, p. 355), o vício e a sanção são dois indicadores distintos e complementares da desconformidade do ato com o ordenamento, jurídico que serão reconhecidos e constituídos pela decisão judicial. Apesar de Gloeckner defender a desconstituição dos efeitos como consequência, é inegável que os dois indicativos são planos distintos do mesmo ato desconforme. Assim, a decisão possui essa dupla natureza de declaratória e de constitutiva negativa, visto que “a desconstituição dos efeitos do ato nulo, produzidos quando da realização daquele mesmo ato, é a consequência natural da declaratória” (GLOECKNER, 2017, p. 109).

Aqui há um ponto de encontro entre Gloeckner e Ferrajoli, uma vez que “a ineficácia é a consequência que permite o desfazimento do ato afetado pelo vício de validade. Dependente, então, de uma declaração judicial” (GLOECKNER, 2017, p. 130). Destarte, as formas dos atos processuais garantem os valores normativos emanados da Constituição da República e a nulidade do ato com a consequente ineficácia garante, de forma subsidiária, o direito protegido pela forma violada.

Então, da mesma forma que o devido processo legal é um dos pilares do Estado Democrático Deliberativo de Direito (CANOTILHO, 1999, p. 24), o processo penal é garantia ao acusado. Essa garantia é, nas palavras de Gloeckner (2017, p. 130), impensável ausente os atos processuais. Dessa forma, também as condições dos atos são estruturas mínimas e essenciais à constituição destes e do processo. A higidez do ato processual, exteriorizada pelos seus requisitos normativos, portanto, corresponde à concretização de princípios constitucionais e do próprio respeito ao Estado Democrático Deliberativo de Direito.

Uma vez conceituado o ato jurídico processual, suas qualidades e natureza jurídica assim como seu fundamento, ingressa-se nos estudos das espécies de invalidez e suas consequências. Ou seja, o que a doutrina tradicionalmente chama das espécies de atipicidade processual (NORONHA, 1992, p. 329; CONSTANTINO, 2009, p. 23, e NASSIF ET NASSIF, 2012)⁴⁸.

⁴⁸ Ressalta-se que a concepção de tipicidade processual deve ser criticada, pois “usar a acepção de ‘tipo’ como exclusiva referência ao conjunto de requisitos legais cujo descumprimento gera invalidez, ou seja, como o antecedente das consequências previstas na ordem jurídica sem uma referência externa à

3.2. AS INEXISTÊNCIAS, AS IRREGULARIDADES E AS NULIDADES:

Ressalta-se que, neste ponto, as espécies de vícios e suas consequências diversas serão apresentadas. Contudo, serão exploradas as espécies e as principais normas orientadoras que a doutrina tradicionalmente coloca, focando na norma do prejuízo, uma vez que é a partir dessas que se pode entender como a jurisprudência desenvolve-se.

É na jurisprudência que se percebe a conexão entre as nulidades processuais penais, a norma do prejuízo e a expansão do direito penal *lato sensu*, tendo como consequência a violação de direitos fundamentais a partir de um processo penal descompromissado com os direitos e garantias, com a forma dos atos processuais e com a própria legislação. Ainda, é nessa seara que ocorre uma expansão do direito processual penal ilegítima, por intermédio de uma ponderação meramente retórica que suprime importantes garantias de direito como será demonstrado.

Em um ponto posterior, serão demonstradas as críticas a essa “classificação tradicional”. Ademais, fazem-se necessárias tanto uma releitura crítica da classificação, e, principalmente, da norma do prejuízo a partir de uma aplicação compromissada da Teoria dos Princípios, ambas a partir do Estado Democrático Deliberativo de Direito, o que possibilitaria um processo penal vinculado com as bases constitucionais do nosso ordenamento jurídico pautado na argumentação racional.

Então, frisa-se que a classificação a seguir apresentada é frágil, merecedora de críticas e muitas vezes descompromissada com o ordenamento jurídico constitucional e os valores protegidos pelo processo penal, mas é necessária para uma adequada compreensão das premissas da jurisprudência pátria atual. Além disso, é uma classificação comum também em manuais, códigos comentados e salas de aulas. Críticas serão feitas ao longo deste ponto, apesar de não ser esse o foco principal deste capítulo, mas o de traçar as bases para a compreensão da prática e da jurisprudência relativa às nulidades processuais penais e à norma do prejuízo. Com efeito, serão

funcionalidade, torna supérfluo o conceito ou o converte somente em ferramenta pedagógica” (BINDER, 2001, p. 7). Além disso, a limitação da invalidez e das garantias secundárias à noção de tipicidade reduz a aplicação da invalidez e da constituição negativa da eficácia, limitando a sua interpretação à mera formalidade e não a sua efetiva função de garantia de direitos.

assinalados os atos irregulares, inexistentes, anuláveis e nulos e suas normas orientadoras.

3.2.1. O ato irregular no processo penal:

Assim, inicia-se com a irregularidade. Trata-se, na definição comum presente em manuais (CAPEZ, 2014, p. 556), de ato que a desconformidade para com o previsto no ordenamento jurídico é de proporções mínimas e irrelevantes, não afetando a eficácia e a efetividade do ato. Nassif conceitua o ato irregular como aquele que possui um defeito de proporções mínimas, que não é passível de declaração da nulidade e, portanto, não perde sua eficácia nem a tem desconstituída (NASSIF, 2001, p. 22).

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes filho e Antonio Scarance Fernandes (2004, p. 23) sustentam que o ato meramente irregular se origina de situações nas quais o desacordo com o modelo legal é mínimo ou a dissonância com formalismos inúteis não descaracteriza o ato. Nessa senda, inclusive, defendem que a mera irregularidade não afetaria o plano de validade do ato jurídico processual, ante o caráter não finalístico das formas.

Em definição semelhante, Constantino aponta que a irregularidade seria o ato que apresenta ínfimo desregramento processual, o qual não interessaria ao processo, pois não viola a instrumentalidade. Assim, seria o vício de pequena monta e incapaz de produzir prejuízo (CONSTANTINO, 2006, p. 26).

Ademais, o ato irregular seria extraído do próprio Código de Ritos Penais (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 20):

O CPP também acolhe essa categoria ao prever, no art. 564, IV, a nulidade “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial ao ato”; assim, o legislador admite que a omissão de formalidades não essenciais não acarreta consequências, em relação à validade do ato; pode ocorrer, em alguns casos, que o ato irregular seja considerado eficaz, recaindo a sanção pela irregularidade no responsável pela mesma.

Um exemplo muito comum nessa classificação de ato meramente irregular é o previsto no Código de Processo Penal em seu art. 46⁴⁹. Caso o promotor de justiça

⁴⁹ Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu

responsável ofereça denúncia contra réu solto em 30 dias, ou seja, em desacordo com o comando legal, tratando-se de um caso de desconformidade com o ordenamento jurídico. Ainda assim, o ato será vigente, válido, eficaz e eficiente, pois a formalidade que estabelece o prazo de 15 dias caso o réu esteja em liberdade não constitui elemento essencial do ato jurídico processual. Então, o ato pouco se afastaria da sua finalidade e seria considerado um mero ato irregular (NASSIF et NASSIF, 2012, p. 24).

3.2.2. O ato inexistente:

Já o ato inexistente é entendido como aquele que tem tão destacada desconformidade com a lei, que resta degenerado juridicamente, razão pela qual é incapaz de produzir eficácia. Segundo Constantino (2006, p. 27) e Nassif (2001, p. 20), quando falta elemento exigido pela lei, desnaturando juridicamente o ato, trata-se de ato inexistente. Então, seriam os casos que a violação à forma é tão grave, que o ato é tratado como se não existisse.

Nessas ocasiões, quando a ofensa é tão exacerbada, admite-se que o ato, mesmo estando presente no plano material, ou seja, encontrando-se nos autos, não exista no aspecto jurídico. Trata-se de vício que desconsidera a juridicidade do ato jurídico, sendo, então, tratado como inexistente (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2004, p. 22).

Alguns autores entendem o ato inexistente como gênero de duas espécies, quais sejam: a inexistência material e a inexistência jurídica (TOURINHO FILHO, 2013, p. 533). Esta corresponderia ao ato que, embora exista no mundo dos fatos, é desprovido de existência jurídica. Exemplo comum é a sentença assinada pelo defensor público. Aquele corresponde à inexistência física do ato, por exemplo, a ausência de um exame de corpo de delito, no crime que deixou vestígios; assim, o exame seria inexistente materialmente.

Contudo, críticas podem ser feitas à classificação dos atos inexistentes, visto que suas consequências seriam muito distintas. A ausência de exame de corpo de delito pode ser reputada como uma nulidade do processo, devendo ser arguida e discutida em

estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

juízo. Em contrapartida, a sentença assinada por um defensor público não deve nem ser considerada para o deslinde processual.

Sobre os efeitos da inexistência, a doutrina trata de forma simplificada e pacífica no sentido de que o “não ato” não está apto a produzir efeitos jurídicos, não necessitando de qualquer provimento judicial quanto a sua invalidade, bem como não admitindo qualquer forma de convalidação (MOUGENOT, 2007, p. 537). Assim, não há qualquer análise na tutela jurisdicional sobre os efeitos do ato inexistente, conforme assinala Mirabete (2008, p. 614).

Então, o ato inexistente jamais produzirá efeitos na relação jurídico-processual, sequer benefícios ou prejuízos às partes ou ao exercício da jurisdição. Esse ato, portanto, não necessita ser declarado inválido ou nulo, pois não existe ante a absoluta não correspondência com a forma imposta pelo ordenamento jurídico (TORNAGHI, 1991, p. 295).

3.2.3. O ato anulável:

O ato anulável, na concepção tradicional da doutrina, assemelha-se ao ato nulo, visto que ambos estão sujeitos a uma desconformidade legal (MIRABETE, 2000, p. 593). Destarte, a diferenciação entre a anulabilidade e a nulidade passa sempre pelo plano de eficácia do ato, uma vez que há uma desconformidade com o previsto pelo ordenamento jurídico, sendo o ato vigente, inválido, já que sujeito a vícios de invalidez formal, eficaz e eficiente.

A doutrina distingue o ato anulável dos atos nulos; para tanto, a conceituação mais comum é de que o ato anulável é aquele que produz efeitos até que seja invalidado e sua eficácia está sujeita à condição resolutiva. Em contrapartida, o ato nulo é aquele que não produz efeito, a não ser depois de sanada a nulidade; sua eficácia estaria, então, sujeita a uma condição suspensiva (NASSIF, 2001, p. 20; CONSTANTINO, 2006, p. 55). A transposição dos conceitos civilísticos para a seara penal é gritante nessa diferenciação, o que a torna passível das discordâncias já expostas sobre a reutilização de conceitos da seara cível no âmbito penal de forma acrítica.

Para Tornaghi (1991, p. 296), a nulidade, tanto absoluta quanto relativa, só precisa ser declarada e tal decisão produzirá efeitos *ex tunc*. Em contrapartida, a

anulabilidade tem de ser decretada, sendo decisão constitutiva e produzindo efeitos *ex nunc*. Assim, a nulidade nasceria ineficaz, podendo adquirir sua validade se convalidada; já a anulabilidade nasceria válida, mas poderia perder a eficácia se o ato for anulado.

Ainda, cumpre ressaltar que a distinção entre anulabilidade e nulidade já se tornou desnecessária, visto que não há uma utilização dela na prática e, no processo penal brasileiro, declara-se a nulidade do ato tanto para um caso quanto para o outro. Com efeito, não há instrumentalidade nestes conceitos para a presente pesquisa.

3.2.4 O ato nulo e as nulidades relativas e absolutas:

A nulidade é a espécie que mais causa divergências relacionadas a sua aplicação e conceituação. A doutrina tradicionalmente (TORNAGHI, 1991, p. 189; NORONHA, 1992, p. 330; NASSIF, 2001, p. 21; GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 21; CONSTANTINO, 2006, p. 28; entre outros) diferencia as nulidades em duas espécies ou grupos, quais sejam: as nulidades relativas e as nulidades absolutas. Apesar da quase totalidade da doutrina aceitar essa classificação, a forma de distinção é motivo de alguns dissídios. Contudo, pontos comuns são percebidos, o que possibilita uma classificação razoavelmente consolidada, que será apresentada.

Hélio Tornaghi diferencia as espécies de nulidades a partir da possibilidade de sanção da eficácia do ato que sofre um vício de validade formal. Nessa senda, expõe Tornaghi (1991, p. 296):

A enfermidade que alcança o ato, a ponto de o tornar nulo, pode ser curável ou não. Por isso mesmo a nulidade pode ser sanável ou insanável. Ato nulo é aquele que não produz efeitos até que seja sanado. Se o vício for insanável, ele não produzirá efeitos nunca. A nulidade insanável diz-se absoluta; a sanável é chamada de relativa.

No mesmo sentido, vinculando a diferenciação das nulidades absolutas e relativas à possibilidade de se sanar estas e a impossibilidade de fazê-lo para aquelas, está Noronha (1992, p. 330), que sustenta tratar-se de classificação comum essa das nulidades absolutas e relativas, conforme insanáveis ou sanáveis. As primeiras não convalidam nunca e a qualquer momento podem ser invocadas, são as absolutas; já as segundas são sanáveis, podendo, ainda, o ato produzir efeito, são as relativas.

Percebe-se, então, que o primeiro critério orientador para a diferenciação entre as nulidades relativas e absolutas é a possibilidade de sanção. Outro critério orientador, conforme análise de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 21), é o interesse atingido pelo ato inválido. Com efeito, sendo o interesse público, a nulidade é absoluta; sendo o interesse privado, a nulidade é relativa.

Nesse sentido, cita-se:

Com relação aos atos nulos, cumpre ainda distinguir os casos de nulidade absoluta e nulidade relativa: nos primeiros, a gravidade do ato viciado é flagrante e, em regra, manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público da correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade; já nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 21).

No mesmo giro, Mossim acompanha os critérios de distinção até aqui referidos para entender que a nulidade absoluta é aquela que “não se cura, é insanável. Assim, uma vez verificada, gera como consequência a imprestabilidade do ato processual ou mesmo do processo e da relação jurídico-processual” (2005, p. 65), podendo ser declarada em qualquer fase do processo ante seu visível caráter de interesse público e passível de ser arguida mesmo por quem não tenha interesse na invalidade do ato ou do processo ou que lhe tenha dado causa (MOSSIM, 2005, p. 66).

O autor ainda completa diferenciando-a da nulidade relativa, já que essa seria sanável, não gerando obrigatoriamente a imprestabilidade do ato processual ou do processo ou da relação jurídico-processual (MOSSIM, 2005, p. 70). Destarte, essa consequência seria justificável pela economia processual e pela possibilidade de sanção do ato, já que o vício de invalidez formal da nulidade relativa não seria integralmente imprestável. Ademais, Mossim acrescenta uma característica para a nulidade relativa, que é o dever da parte interessada em demonstrar o prejuízo que sofreu (MOSSIM, 2005, p. 71).

Para Tourinho Filho (2013, p. 536), que acompanha os critérios diferenciadores até aqui elencados, as causas de nulidade absoluta são a ausência de uma das

circunstâncias referidas nos incisos I e II do art. 564 do Código de Processo Penal⁵⁰ ou a omissão dos considerados atos essenciais, imprescindíveis para a validade da relação processual. Destarte, não seria permitido às partes ou ao juiz indagar da existência ou não do prejuízo, visto que é presumido, *juris et de jure*, inadmitindo prova em contrário.

Então, o artigo 563 do Código de Processo Penal não se aplica à nulidade absoluta, na qual o prejuízo é presumido, sendo desnecessária a sua demonstração (CAPEZ, 2014, p. 559). Destarte, acrescenta-se o terceiro critério de distinção entre as nulidades relativas e as nulidades absolutas: a necessidade de demonstração ou não do prejuízo que o vício de invalidez formal causou.

Mirabete (2000, p. 593), que acompanha os critérios de diferenciação expostos aqui, observa que a nulidade relativa é a que admite a possibilidade de convalidação, sanando-se o ato com a ocorrência da condição suspensiva. Desse modo, as nulidades relativas devem ser invocadas no momento oportuno e só serão declaradas quando causarem prejuízo efetivo à parte. Já as nulidades absolutas são as que protegem interesse público, têm o prejuízo presumido e inadmitem a convalidação, podendo ser alegadas a qualquer momento.

Nesse mesmo caminho, para Aramis Nassif (2001, p. 24), o ato absolutamente nulo não tem sanção, e sua nulidade pode ser arguida a qualquer tempo, independentemente de prova do prejuízo, pois seu interesse é público e o prejuízo é implícito ou presumido. O ato relativamente nulo, em contrapartida, necessita da demonstração do prejuízo, porque o interesse é privado das partes; portanto, o ato admite sanção e a nulidade tem momentos predefinidos para serem arguidos.

Nassif é acompanhado por Constantino (2006, p. 28), que entende as nulidades absolutas como a atipicidade formal em que a desconformidade existente entre o ato e a lei apresenta tão grave defeito, que o prejuízo torna-se manifesto, evidente, razão pela qual não necessita ser demonstrado. Trata-se da imperfeição processual na qual se vislumbra de pronto o dano processual, sem qualquer necessidade de prova. Quanto às nulidades relativas, afirma tratar-se da atipicidade formal em que a desconformidade existente entre o ato e a lei apresenta defeito, cujo prejuízo deve ser demonstrado. O prejuízo, nesse caso, não é evidente, razão pela qual se necessita da prova do dano

⁵⁰ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; II - por ilegitimidade de parte;

processual. Ressalta-se que o vício no ato relativamente nulo tem caráter condicional, necessitando de comprovação; portanto, na prática, o interesse na declaração da nulidade se avizinha muito com a própria estratégia argumentativa do sujeito parcial da relação jurídico-processual.

Ainda, cumpre frisar que parte da doutrina defende que a demonstração do prejuízo deveria ocorrer tanto nas nulidades absolutas quanto nas relativas. Assim, reduzindo os critérios de diferenciação para a possibilidade de convalidação e o interesse na arguição da nulidade. Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer (2017, p. 1042) defendem que a nulidade relativa é aquela que, ante a não observância da forma prevista para o devido processo, atinge interesse que só à parte envolvida caberá valorar e ponderar para aferir se houve ou não prejuízo efetivo, o qual, para tanto, deverá ser demonstrado de forma objetiva. Ademais, a imputação do ato viciado deve ser feito em momento oportuno previsto no artigo 571⁵¹, Código de Processo Penal, razão pela qual há efeito preclusivo das nulidades para as partes, que ocasiona a convalidação do ato. A convalidação ocorre quando o ato é considerado válido por causa da não impugnação da nulidade no momento adequado.

Já a nulidade absolutatambém deve ser analisada segundo os princípios regentes da teoria das nulidades no processo penal: o princípio do prejuízo, o princípio da instrumentalidade das formas, o princípio do interesse e o princípio da causalidade. Para os autores, a nulidade não se daria pelo desrespeito à forma, mas sim pelos efeitos que gera sobre o processo; prejuízos efetivos causados para as partes, acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Então, a configuração da nulidade no artigo 564 não acarretaria a nulidade absoluta, devendo ser efetivamente demonstrado o prejuízo que o vício causa para as

⁵¹ Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas: I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406; II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500; III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes; IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência; V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447); VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500; VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes; VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

partes e para o adequado desenvolvimento do processo. Ainda, sustentam que, se for possível realizar novo ato sem prejuízo para as partes, não deve ser anulado todo o processo. Sendo mantidos hígidos ao máximo os demais atos, respeitado o princípio da causalidade. Destaca-se que, para os autores, as nulidades absolutas não admitem convalidação (FISCHER et PACCELI, 2017, p. 1043).

Com efeito, observam-se os critérios diferenciadores da doutrina tradicional que diferenciam as espécies de nulidades. Sobre as nulidades relativas: 1) o interesse privado em sua arguição, 2) a vinculação a momentos predeterminados pelo Código de Processo Penal, 3) a arguição exclusiva pelos sujeitos parciais da relação jurídico-processual; 4) a necessidade da demonstração do prejuízo; e 5) a possibilidade de sanção da atipicidade formal, sua convalidação. Quanto às nulidades absolutas: 1) o interesse público em sua verificação, 2) a não vinculação a momentos específicos determinados pelo Código, 3) a possibilidade de arguição por qualquer integrante da relação processual, inclusive, podendo ser declarada *ex officio* pelo juiz; 4) a ausência de necessidade de demonstração do prejuízo, sendo esse presumido, e 5) a inadmissão da convalidação.

3.3. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA TEORIA DAS NULIDADES

Ainda com o objetivo de analisar o entendimento doutrinário que funciona como base para jurisprudência atual sobre as nulidades processuais penais, expõem-se as normas gerais e orientadoras da teoria das nulidades. Os chamados “princípios gerais” da teoria das nulidades funcionam como mecanismos normativos de flexibilização dos defeitos processuais. Eles não funcionam propriamente como princípios, mas sim como regras nos casos concretos, visto que eles tem nítido caráter de definitividade referente à forma de aplicação das nulidades, sendo cumpridas ou não cumpridas e determinando consequências específicas para o caso.

Logo, elas serão aplicadas por subsunção e não deverão ser passíveis de ponderação com outros princípios. Posteriormente serão criticadas eventuais tentativas de ponderar esses mecanismos, o que resulta numa ainda maior flexibilização do sistema. Isso será abordado no momento oportuno.

Esses mecanismos permitem o saneamento de vícios de invalidez formal de forma que não bloqueiem o bom andamento do procedimento, primando pela característica instrumental e não finalística do processo penal (ZACLIS, 2016, p. 74). Essas normas, que serão agora analisadas, são uma resposta histórica aos processos extremamente obscuros e formalísticos da antiguidade.

3.3.1. A norma da instrumentalidade de formas:

A primeira norma a ser analisada é a da instrumentalidade de formas⁵², forte no art. 566⁵³ do Código de Processo Penal. Trata-se de corolário do art. 563. Este se refere ao prejuízo, e aquele, ao caráter instrumental do processo. O art. 566 estabelece que apenas será declarada uma nulidade que tenha influído na apuração da verdade substancial ou que se refletiu na decisão da causa.

Pela norma da instrumentalidade das formas, os atos processuais não serão pronunciados nulos pela simples invalidez formal se, mesmo praticados de outra forma, completarem sua finalidade, conforme sustenta Nassif (2001, p. 30). Assim, somente será declarada a nulidade se os atos inválidos por inobservância da forma não atingirem seu objetivo.

Nesse norte, Constantino (2006, p 40) afirma que se trata de consequência direta da inteligência do art. 563. Desse modo, como o processo é instrumento de apuração retrospectiva dos fatos e aplicação do direito, eventual vício em sua forma deverá ser avaliado junto a sua finalidade (CONSTANTINO, 2006, p. 40). Caso esta reste afetada, haverá nulidade. Caso contrário, haverá mero ato irregular, sem consequências concretas para o processo.

Capez (2014, p. 569) argumenta não ter sentido a declaração de nulidade de um ato inócuo, sem qualquer influência no deslinde da causa, apenas por excessivo apego ao formalismo. Assim, objetiva-se a fragilização da forma processual em uma notável preferência pela economia e efetividade do processo.

⁵² Cumpre firmar que há autores que a elencam inclusive como norma da economia processual (NASSIF, 2001, p. 30 e CAPEZ 2014, p. 569)

⁵³ Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Nesse caminho, também é a interpretação majoritária do art. 572, II, do Código de Processo Penal, visto que “se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim”, a nulidade não será declarada. Com efeito, Mossim (2005, p. 86) defende que se não houve influência do vício na apuração da verdade substancial, que deve ser na decisão da causa, não importando seu resultado, a declaração de nulidade não se justifica.

3.3.2. A norma do interesse:

A próxima norma orientadora dispõe sobre o interesse processual em arguir nulidades. A regra do interesse, disposta no art. 565 do Código de Processo Penal, relaciona-se exclusivamente com as nulidades relativas, visto que somente nestas o reconhecimento da invalidade depende de arguição do interessado (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 30).

O referido artigo dispõe sobre dois enunciados. O primeiro determina que não pode invocar nulidade quem a produziu ou concorreu para a realização desta, pois, conforme nítido fundamento daquela disposição, ninguém se pode valer da própria torpeza ou, por outras palavras, a ninguém é dado invocar a própria malícia (NORONHA, 1992, p. 332). Trata-se do preceito *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Assim, se um dos sujeitos processuais deu causa a uma nulidade, por questão de lealdade processual e para evitar qualquer tipo de vício intencional ou fraude, ela não poderá arguir tal nulidade (CONSTANTINO, 2006, p. 41).

O segundo enunciado declara que não se pode fazer juízo de valor que caiba apenas à parte contrária. O fundamento é *pas d'intérêt, pas d'action*, pois “se determinada formalidade foi disposta em benefício de uma parte, em sua garantia ou proveito, falece à outra razão para invocá-la, pois não houve lesão a interesse seu” (NORONHA, 1992, p. 333).

A doutrina reiteradamente argumenta pela exclusividade das nulidades relativas em serem regidas por essa norma, já que, se houver “ofensa aos princípios do ‘devido processo legal’, mesmo o vício causado pela própria parte deve ser extirpado” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 31). Mossin ressalta a

aplicação da regra do interesse apenas para as nulidades relativas. Assim, quando ele trata sobre as nulidades absolutas, afirma:

Cumprе ressaltar que o preceito telado (princípio do interesse) não se aplica às nulidades absolutas. Assim, independentemente de a parte ativa ou passiva da relação jurídico processual ter provocado ou dado causa à nulidade, ter concorrido para sua realização ou quando sua formalidade somente interessa à parte contrária, a sanção de ineficácia prioritariamente se impõe. No campo das nulidades absolutas, as partes e mesmo o juiz delas não pode dispor, quer se omitindo em provocá-las para propiciar eventual preclusão, quer procurando saná-las. Constatada sua ocorrência compulsoriamente, o ato processual deve ser repetido. (MOSSIN, 2005, p. 88)

3.3.3. A norma da convalidação:

A próxima norma orientadora a ser analisada é a da convalidação, prevista no art. 572 do Código de Processo Penal. Como comumente referido pela doutrina, trata-se de positivação a qual consagra a prevalência da finalidade do ato sobre a forma e a qual é mecanismo de instrumentalidade do processo penal para se atingir a finalidade revestida pela forma processual. Todo ato deve visar um fim e se este é atingido apesar da irregularidade daquele, não haverá razões para renová-lo (NORONHA, 1992, p. 332).

A convalidação diz respeito ao aproveitamento do ato inválido no processo, a fim de torná-lo proveitoso ao feito, mantendo sua eficácia e extinguindo a possibilidade de declarar a nulidade dele (CONSTANTINO, 2006, p. 60). Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes assinalam a instrumentalidade do processo e o caráter não absoluto das formas processuais:

A exigência de que a atividade processual seja realizada segundo os modelos legais sofre temperamentos, ditados sobretudo por razões de economia processual; não apenas no processo, mas em todas as atividades, é sempre desejável obter-se o máximo de resultados com o mínimo de esforço (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2011, p. 31).

Nessa perspectiva, diversos autores sustentam que a norma da convalidação serve como mecanismo de flexibilização das formalidades processuais penais em razão de uma noção de eficiência do processo penal. Assim, deve ser aplicada em harmonia com os princípios da economia processual e da celeridade (RANGEL, 2013, p. 931).

De outro giro, o ordenamento jurídico pátrio estabeleceu remédios que possibilitam o aproveitamento de atos formalmente atípicos. Em determinadas previsões legais como, por exemplo, os arts. 568, 569, 570 e 572⁵⁴ do Código de Processo Penal, sanado o vício processual ou reparado o prejuízo, o ato atípico poderá produzir os efeitos que dele eram esperados, ocorrendo a convalidação do ato praticado em dissonância ao modelo legal. E nesse norte completam Grinover, Gomes Filho e Scarance (2011, p. 32):

Mesmo no silêncio da lei, é preciso que o juiz interprete a técnica processual de modo a tentar chegar, sempre que possível, à sentença de mérito. A pedra de toque, nessa matéria, é constituída por três elementos fundamentais: que o ato, mesmo atípico, tenha atingido sua finalidade; que não tenha havido prejuízo para as partes; que o contraditório tenha sido preservado.

Nas nulidades relativas, a convalidação, o saneamento do vício processual, poderá ocorrer com a preclusão da faculdade de alegar a atipicidade processual. Destarte, a preclusão é compreendida como essencial para a atividade processual, visto que, objetivando o adequado desenvolvimento do processo penal, não admite que o acusado e o acusador sirvam-se das formalidades para provocar retrocessos estratégicos em etapas já vencidas do curso procedimental.

A preclusão nada mais é que a perda da oportunidade processual de arguir a nulidade relativa, segundo Constantino (2006, p. 42). Então, a perda da faculdade concedida às partes para arguirem determinada nulidade relativa sana os vícios passados em nome do andamento do processo (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 32).

Ainda há outras formas de convalidação dos vícios processuais como a coisa julgada e a sentença. A imutabilidade da sentença contra a qual não caibam mais recursos alcança também os atos processuais viciados praticados no processo de

⁵⁴ Art. 568. A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais.

Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.

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

conhecimento, segundo compreensão de Grinover, Gomes Filho e Scarance (2011, p. 33).

Torgnaghi (1991, p. 301) sustenta que, em decorrência do caráter meramente instrumental das formas processuais, a sentença é sanatória da nulidade quando decide em favor de quem ela aproveitaria, aplicando-se por analogia o art. 282, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015⁵⁵, o que é acompanhado por Grinover (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 33).

A súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal vêm em caráter semelhante, uma vez que entende por nula quando o tribunal acolhe nulidade contra o réu não arguida em recurso acusatório, em visível defesa do *no reformatio in pejus*. Contudo, alguns autores a interpretam para desconsiderar a impossibilidade de convalidar nulidades absolutas. Nesse sentido, para Nassif e Nassif (2012, p. 44), ao não fazer distinção entre nulidade absoluta e relativa, a súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal desfez o entendimento sobre a impossibilidade de convalidação das nulidades absolutas.

Contudo, cumpre firmar que é pacífico que isso ocorre apenas para as nulidades absolutas em favor da defesa. Assim, as nulidades com o trânsito em julgado da sentença convalidam-se em relação à acusação. É o que se extrai das disposições sobre a Revisão Criminal no Código de Processo Penal: as nulidades absolutas somente podem ser sanadas quando favoráveis à defesa, já que não há revisão criminal *pro societate*.

3.3.4 A norma da causalidade:

A penúltima norma orientadora a ser estudada nesse ponto é a da causalidade, consequencialidade ou sequencialidade. Paulo Rangel (2013, p. 932) conceitua a regra em tela do seguinte modo: “Se um ato processual que integra a cadeia é praticado em desconformidade com o que diz a lei, deve-se indagar se toda a cadeia ou apenas parte dela estará, também, contaminada”.

Assim, a norma da contaminação significa a possibilidade de o defeito na prática do ato se estender aos atos que lhe são subsequentes e que dele dependam. Este

⁵⁵ Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

princípio, forte no art. 573⁵⁶, § 1º, do Código de Processo Penal, orienta a extensão dos efeitos da declaração de nulidade.

Essa norma, nas palavras de Constantino, “estabelece um vínculo entre o ato originalmente viciado e todos aqueles que, de alguma forma, restam contaminados” (2006, p. 43 e 44). Destarte, incumbe ao juiz delimitar quais outros atos sofrerão a sanção de nulidade por derivação, conforme art. 573, § 2º, do Código de ritos penais, já que a nulidade de um ato causará a invalidade dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência (NASSIF et NASSIF, 2012, p. 40). Pode-se estabelecer, assim, a classificação entre as nulidades originárias e derivadas.

Nessa lógica, como os vários atos processuais são ordenados cronologicamente, a decretação da nulidade normalmente acarreta o recuo da persecução penal ao momento em que se constatou o vício. Isso ocorre, por exemplo, nos vícios da fase postulatória, que se propagam sempre para os demais atos, conforme apontam Ada Pellegrini (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 29).

Todavia, como o Código de Processo Penal estabelece que apenas os atos diretamente dependentes ou consequentes da nulidade decretada serão atingidos, há situações em que não se invalidam todos os demais atos. Capez exemplifica com os vícios presentes nos atos de instrução que não contaminam os atos de produção da prova validamente realizados (CAPEZ, 2014, p. 559). Com efeito, a forma para se identificar quais atos são considerados inválidos por derivação está na existência do nexo de dependência entre os atos processuais.

3. 4. A NORMA DO PREJUÍZO:

A última norma orientadora a ser trabalhada é a do prejuízo. Contudo, ante a sua importância para as nulidades processuais penais e para a jurisprudência, visto que é a partir dela que a maioria das garantias é flexibilizada na expansão do processo penal brasileiro, ela será trabalhada num tópico próprio. Atenta-se que se continuará

⁵⁶ Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

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

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

trabalhando com o geralmente posto pela doutrina tradicional, já que se trata de premissa para a compreensão das flexibilizações que ocorrem na jurisprudência.

A norma do prejuízo está prevista no art. 563 do Código de Processo Penal, e ela funciona como norma básica para toda a matéria das nulidades, além de servir para a doutrina tradicional como um dos critérios de distinção entre as nulidades relativas e as nulidades absolutas. Nesse diapasão, conforme o item XVIII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal pátrio, “não será declarada nulidade de nenhum ato processual quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade”.

Tal dispositivo legal consagra supostamente a máxima de aplicação na Ordenança Francesa de 1667, incorporada à jurisprudência pelo Parlamento de Toulouse, o *pas de nulité sans grief* (MOSSIN, 2005), o que é repetido à exaustão pela doutrina (LIMA, 2016, p. 2.197; CONSTANTINO, 2006, p. 39; CAPEZ, 2014, p. 558; e TOURINHO FILHO, 2013, p. 546) e jurisprudência.

O entendimento majoritário da norma na jurisprudência é o seguinte, nos dizeres da Ministra Laurita Vaz (Habeas Corpus nº 238.479/PE, julgado em 13/11/2012, publicado no DJ em 23/11/2012), “a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta”. Em outras palavras, conforme ampla quantidade de julgados⁵⁷, o Supremo Tribunal Federal interpreta o art. 563 do Código de Processo Penal da seguinte forma: a parte que alega nulidade deve demonstrar argumentativamente o prejuízo que sofreu pela atipicidade processual.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, segue-se entendimento semelhante, pela aplicabilidade do princípio do prejuízo, consoante o estipulado no art. 563 do Código de Processo Penal, nas nulidades relativas e absolutas. Desse modo, exige-se de quem alega a nulidade a efetiva demonstração do prejuízo sofrido para o

⁵⁷ Tal é o entendimento dominante tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, apenas para exemplificar, citam-se alguns julgados: Habeas Corpus nº 116.132/PE, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17/09/2013, publicado no DJ em 03/10/2013, STF, ARE 868516 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 22-06-2015 PUBLIC 23-06-2015 e STJ, AgRg no REsp 1152930/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016 e STJ, RHC 56.573/CE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 01/03/2016.

reconhecimento de vício processual e a cessação de seus efeitos. Ainda, frequentemente julgados referem-se à norma do prejuízo como originária do preceito *pas de nullité sans grief* em clara referência à doutrina francesa.

3.4.1 Origem histórica da norma do prejuízo:

Contudo, tal afirmação precisa ser investigada, visto que pesquisas mais profundas como de Paula (2013, p. 51) propõem a negação de tal noção geral da origem do prejuízo. Nessa perspectiva, Paula (2013, p. 52) contextualiza a referida ordenança francesa para demonstrar que o tratamento dado naquele contexto foi completamente invertido na realidade brasileira. Quando, aqui, a interpretação do prejuízo visa assegurar legitimidade para atos persecutórios estatais que não respeitaram a legalidade; no contexto francês, a referida regra visava assegurar que os magistrados cumprissem as leis (DE PAULA, 2013, p. 43).

A situação histórica da Ordenança Francesa de abril de 1667 era a de combate à morosidade processual e aos vícios de procedimento. A justificativa do documento, conforme análise feita por Leonardo Costa de Paula (2013, p. 53), é a de reestabelecimento, na época, da autoridade de leis e ordens, combatendo “mudanças maliciosas na interpretação” das criações legislativas que fragilizavam a segurança jurídica. Na prática, as ordenanças seriam aplicadas de maneira diversa conforme as justiças locais, o que causava onerosidade às partes e variedade de julgamentos (De Paula, 2013, p. 44).

Assim, diferentemente da noção comum sobre a origem do prejuízo, afirma-se que, na Ordenança Francesa de abril de 1667, exigia-se que as próximas criações legislativas não pudessem deixar de serem seguidas pelo magistrado. Além disso, caso as ordenanças não fossem cumpridas, o próprio juiz seria responsabilizado pelo dano que as partes sofressem, incluindo, ainda, a possibilidade de ser julgado e preso. Nas palavras de Paula (2013, p. 46), “na citada ordenança de 1667, o prejuízo aparece como prescrição voltada ao juiz, sujeito a pena de julgamento e prisão, quando da inobservância da ordem”.

Então, a referida norma não estipulou que o ato seria salvo caso não houvesse prejuízo às partes do procedimento ou processo. O prejuízo aparece, sim, como

mandamento ao juiz da devida observância da lei como forma de proteção dos sujeitos do processo.

Percebe-se uma valorização da forma e da proteção que esta traz às partes, ao contrário do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro. A referida origem do *pas de nullite sans grief*, então, servia ao contrário do aplicado pela interpretação dos tribunais brasileiros, visto que, enquanto na França ele servia de garantia, aqui ele serve à instrumentalidade do processo em detrimento da forma e, muitas vezes, em detrimento dos próprios direitos dos sujeitos processuais.

Nesse seguimento, observa-se que De Paula (2013, p. 47) cita como uma das possíveis origens para a concepção de prejuízo das nulidades no ordenamento brasileiro a das Ordenanças Filipinas. Lembra-se que, durante o período da União Ibérica, houve uma reforma de Felipe II da Espanha ao Código Manuelino vigente na época, tais reformas resultaram nas Ordenações Filipinas, que continuaram em vigor em Portugal, após o fim da União Ibérica, por confirmação de Dom João IV⁵⁸.

Destarte, conforme Candido Mendes de Almeida (1870), após o 7 de setembro de 1822, um dos primeiros atos da primeira Assembleia Constituinte brasileira foi o de determinar que vigorassem as ordenações Filipinas no Brasil independente. E o referido Código Filipino, no seu título LXIII do terceiro livro, estabelecia, no referente à condução dos processos, que os julgadores julgassem pela verdade, sem embargo de eventuais erros no processo.

Nesse norte, é expresso no referido Código Filipino, de clara origem inquisitorial, que os julgadores julguem, determinando o feito pela verdade, ainda que o processo seja mal orientado. Ou seja, mesmo que o processo conte com vícios de forma ou que falte nele solenidade, contraditório, publicidade das inquirições ou da sentença, ele continuará válido, conforme expressa previsão do código. Ainda que caso desrespeitado o princípio da legalidade, a sentença que dele procedesse pudesse ser nula, as ordenações demandavam que não se anulasse a sentença, se a verdade for sabida pelo processo e o julgador tenha julgado o que lhe pareça justo pelas provas no processo feitas sobre a “verdade” e a substância da coisa (ALMEIDA, 1870, p. 661-663).

⁵⁸ Informações no mesmo sentido pode ser obtida no seguinte endereço eletrônico: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>.

Desta ordenança é possível perceber a fragilização da forma e das garantias, já que não se declara a nulidade mesmo com a ausência de contraditório, por mais que, na Constituição da época, existissem supostas garantias de direitos e a determinação de que o cidadão só poderia ser preso e julgado, conforme a lei (art. 179 da Constituição Federal de 1824). Assim, percebe-se que há esta busca pela eficiência do processo desde as origens do Estado brasileiro como se depreende da análise das Ordenações Filipinas.

Posteriormente, o Brasil passou por uma fragmentação das normas do processo penal, visto que cada Estado possuía competência para instituir o seu, conforme o art. 63 da Constituição brasileira de 1891. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a Constituição sul-rio-grandense, no seu art. 21, I, deu competência ao presidente do estado para promulgar o Código de Processo Penal gaúcho, o que foi feito em 1898 pela lei nº 24.

O referido código gaúcho estabeleceu um capítulo das nulidades, constante nos art. 325 ao 329, semelhante com o que se tem hoje. Nesse norte, percebe-se da leitura do código um ganho em comparação ao dito Código Filipino, merecendo atenção a previsão da norma da causalidade ou sequencialidade, prevista no art. 326⁵⁹, e da previsão de nulidades insanáveis, forte no art. 327⁶⁰.

Ademais, mecanismos de flexibilização das formas utilizados, inclusive, no atual Código de Processo Penal já eram observados como as normas da convalidação, prevista no art. 328⁶¹ e do interesse, prevista no art. 329⁶². Contudo, na época ditatorial do Estado Novo, outorgou-se o atual Código de Processo Penal com o nítido objetivo de flexibilizar as, já poucas⁶³, garantias obtidas com superação das Ordenações Filipinas.

Nessa lógica, a exposição dos motivos do código é clara:

⁵⁹ Art. 326. – A nullidade de um acto acarreta a dos actos subsequentes que d'elle directamente dependem

⁶⁰ Art. 327. – Constituem nullidades insanaveis: a) a falta da primeira citação, salvo o comparecimento espontaneo do réu; b) a não intervenção do Ministerio Publico nos casos em que é necessaria; c) a inversão da ordem processual, salvo assentimento expresso ou tacito das partes; d) a intervenção no julgamento de juiz e jurados legalmente impedidos; e) a formação irregular do tribunal do jury; f) o julgamento perante juiz incompetente; g) a preterição de alguma fórmula ou termo do processo, em prejuizo da accusação ou da defesa.

⁶¹ Art. 328. – Outras quaesquer nullidades devem reputar-se sanadas si as partes não as arguem no momento em que ocorrem ou logo que dellas têm noticia.

⁶² Art. 329. – O auctor não póde arguir a nullidade de actos instituidos no exclusivo interesse da defeza e, reciprocamente, não póde o réu invocar a preterição de formalidades que apenas interessam á accusação.

⁶³ Reforça-se que especialmente poucas, visto que, no Rio Grande do Sul, a declaração de nulidade estava vinculada à absoluta impossibilidade de se repetir o ato ou retificá-lo, conforme art. 325 do Código de Processo Penal Gaúcho de 1898.

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.

Da leitura desse trecho, percebe-se o nítido caráter repressivo e movido pela eficácia do processo penal, visando especificamente à condenação dos sujeitos ao processo criminal. Observa-se que essa mesma intenção foi a que pautou a elaboração das nulidades processuais penais brasileiras ainda hoje vigentes. A própria exposição de motivos, escrita por Francisco Campos, informa que “as nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça”. Trata-se da máxima noção de eficiência que continua vigente. Ainda, “é restringida a aplicação do *in dubio pro reo*”.

Uma vez proposta a recusa da origem da norma do prejuízo das ordenações francesas de 1667, é possível aproximá-la ao contexto inquisitivo do processo penal pautado pelas ordenações Filipinas desde o início da formação do Estado brasileiro, o que auxilia a explicar a ampla noção de eficiência e celeridade que está quase perpetuada nos estudos das nulidades processuais penais. Destarte, fica mais claro o porquê de as normas orientadoras da teoria das nulidades versarem sobre a celeridade processual e funcionarem como uma forma de prevalência da economia processual sobre garantias fundamentais. É precisamente dessa estruturação histórica que se deve analisar o posto pela doutrina tradicional sobre o prejuízo para, então, criticá-lo. Na continuação do estudo do prejuízo sobre a ótica da doutrina tradicional, cumpre examinar como e sob quais parâmetros ele é conceituado.

3.4.2 A norma do prejuízo para a doutrina:

A norma do prejuízo, na sua conceituação clássica, estabelece que não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado dano para uma das partes e/ou para o devido processo legal (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2011, p. 27). O dano à jurisdição existe quando não for alcançada a finalidade da norma ou quando o direito que a forma garante for violado, reduzido ou suprimido. O prejuízo pode ocorrer, segundo a ampla maioria da doutrina, tanto para o acusador, quanto para o acusado ou para a Justiça. A doutrina recorrentemente atribui à norma do prejuízo a espécie de princípio e, com ela, a função de princípio básico para o estudo das nulidades. A essência fundamental desta matéria relaciona-se com a necessidade do juiz, na sua jurisdição, manter a igualdade entre a acusação e a defesa com a questão debatida em juízo, respeitando o devido processo legal. E desta essência extrai-se o princípio do prejuízo.

Muitos doutrinadores ainda entendem o prejuízo como vinculado a uma noção de dano à busca pela verdade real⁶⁴. Para Tornaghi (1991, p. 301), o ato irregular apenas será nulo se causar prejuízo para a acusação ou para a defesa ou não tiver influência na apuração da verdade real ou na decisão da causa. Caso não haja prejuízo, o ato será considerado írrito, mas não será declarado nulo. O que é acompanhado por Tourinho Filho, para quem o prejuízo também está vinculado ao dano à parte ou ao processo e à verdade real (TOURINHO FILHO, 2013, p. 58).

Nassif (2001, p. 28) entende como prejuízo a não consecução do fim colimado pela lei e de que resulta um dano à parte ou à justiça; assim, impõe-se a declaração de nulidade quando ocorrer prejuízo às partes ou à Justiça. Com efeito, extraem-se dessas conceituações a essencialidade da presença de nexos efetivo e concreto entre a atipicidade processual e o prejuízo causado às partes ou ao processo para que se declare nulidade de ato processual.

No ordenamento jurídico pátrio, a ausência de prejuízo ou de influência é impeditiva, ou seja, circunstâncias que obstam a declaração da nulidade, o que é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência – pelo menos em tese. No mesmo caminho segue Constantino (2006, p. 39), que adverte a ausência de prejuízo como

⁶⁴ A verdade real será oportunamente criticada no próximo capítulo.

circunstância impeditiva para a declaração de nulidade. O dano processual é o que interessa, não merecendo o ato com vício de invalidez formal ser elevado à consideração se não causa prejuízo.

No mesmo sentido, Mirabete (2005, p. 615) defende que “não existe nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes”. Acompanhado por Grinover, Gomes Filho e Scarance (2011, p. 27), que compreendem como prejuízo o comprometimento da finalidade para a qual a forma foi instituída, caso não haja dano à finalidade, a desobediência da forma não será considerada como prejuízo. Sem ofensa ao sentido teleológico da norma, então, não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 27).

Ademais, Mossin (2005, p. 82) ressalta como a celeridade e a busca da verdade real devem influenciar na concepção do princípio do prejuízo. Cita-se:

Os fatores economia processual, busca da verdade real e maior celeridade quanto à administração da justiça reclamam oposição quanto à declaração de qualquer nulidade sem que tenha havido a confecção do ato processual de maneira tão contundente capaz de fazer gerar sua imprestabilidade, tendo em vista os legítimos interesses das partes na relação jurídico-processual e do Estado quanto ao exercício do seu *ius puniendi*. Assim, não é qualquer irregularidade quanto ao ato do procedimento que deve inquiná-lo de nulidade o próprio ato, o processo ou a relação jurídico-processual, mas somente quando houver sério comprometimento da exata aplicação da lei penal e processual penal.

Apesar da doutrina conceituar de forma semelhante o princípio do prejuízo, ela diverge substancialmente na aplicação dele, principalmente quanto à necessidade de demonstrá-lo nas nulidades. Assim, há duas correntes dentro da doutrina tradicional a serem expostas, uma majoritária e outra minoritária, que estabelecem como se aplica o art. 563 do Código de Processo Penal.

3.4.3 A aplicação da norma do prejuízo pela doutrina:

A divisão entre a doutrina ocorre basicamente na aplicação ou não do princípio do prejuízo nas nulidades absolutas. Por aplicação, refere-se à necessidade de a parte comprovar ou este estar presumido.

Heráclito Antônio Mossin (2005, p. 82), alinhando-se à doutrina majoritária, adverte que o preceito disposto na norma em análise incide restritivamente nas nulidades de ordem relativa, uma vez que o prejuízo nas absolutas é presumido. Então, havendo nulidade absoluta, segundo o mencionado autor, não se indaga se o ato atípico produziu prejuízos às partes, declarando-se a nulidade e desconstituindo seus efeitos de pronto.

No mesmo caminho, diversos doutrinadores sustentam (NASSIF ET NASSIF, 2012, p. 37; CAPEZ, 2014, p. 558) que o art. 563 não tem aplicação às nulidades absolutas, visto que elas não dependem de demonstração do prejuízo para serem declaradas, porquanto o dano processual é presumível. Assim, o prejuízo *seria juris et de jure*, inadmitindo prova em contrário (TOURINHO FILHO, 2013, p. 546)

A corrente majoritária, então, entende que não se demonstra o prejuízo nas nulidades absolutas, tendo autores que defendem, inclusive, a inaplicabilidade do art. 563 à referida espécie de nulidade (CAPEZ, 2014, p. 558) e sendo, portanto, esse presumido pela simples ocorrência de determinadas atipicidades formais.

Para a corrente minoritária, há uma flexibilização quanto à presunção do prejuízo nas nulidades absolutas. Destarte, a simples possibilidade de prejuízo não causaria a sanção de nulidade. Os argumentos para fundamentar tal posição são variados na doutrina. Para Grinover, uma concepção contrária implicaria a demora da prestação jurisdicional almejada pelo processo e na perda dos atos processuais já realizados. O dano ensejador de nulidade, então, deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 28).

Isso posto, observa-se que, para essa posição minoritária, não são todos os casos que exigem a produção de provas da ocorrência do prejuízo, a demonstração normalmente seria feita por simples raciocínio lógico. Verificada se a perda da faculdade processual da parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz tiveram influência no resultado do processo, está presente o prejuízo (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 29). Nesse sentido, Grinover, Gomes Filho e Scarance afirmam que:

as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não nos parece correto em todos os casos, pois as presunções levam

normalmente a inversão do ônus da prova, o que não pode ocorrer quando a existência de dano estiver fora de dúvida.

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência do prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta.

Destarte, os autores consideram que as nulidades absolutas causam evidente dano processual, não necessitando, via de regra, da demonstração do prejuízo. Contudo, se este não existir, ela não deverá ser decretada, mesmo tratando-se de nulidade absoluta, o que é acompanhado por Rangel (2013, p. 930). Inclusive, narra caso de sua vida forense como um exemplo de nulidade absoluta que não traria danos à relação processual, de tal forma que prescindiria de declaração da nulidade:

Quando Promotor de Justiça, tivemos a oportunidade de realizar um julgamento do tribunal do Júri em que a sessão foi instalada com 13 jurados (caso típico de nulidade absoluta, conforme art. 564, III, “i”, do CPP), com concordância do Ministério Público e da defesa, pois seria postulada pelo Parquet a absolvição do réu. Absolvido o réu, como queriam o MP e a defesa, pergunta-se: qual o prejuízo que as partes sofreram ao ser desrespeitada a regra do art. 63 do CPP? Nenhum.

Oliveira (2014, p. 914), em concepção semelhante, distingue os prejuízos para as partes em: nulidades que implicam prejuízos relevantes e outras que não ultrapassam a fronteira da abstração legislativa. Os prejuízos relevantes são aqueles que advêm de atos nulos, mas que ainda influenciam na apuração da verdade ou no convencimento do juiz. Defende que a expressão “verdade substancial” do art. 566 do Código de Processo Penal é desnecessária, já que as questões de fato apreciadas no processo penal sempre seriam ligadas à prova, ou seja, à verdade processualmente comprovada. O que deveria ser analisado, portanto, é a capacidade de influência do ato nulo na decisão do juiz (OLIVEIRA, 2014, p. 914).

Paulo Rangel (2013, p. 930) defende que “o processo deve ser visto como instrumento de que se vale o Estado, através da manifestação das partes (ação e defesa), para se atingir a solução do caso penal, não sendo, portanto, fim em si mesmo”. Com efeito, não obstante a lei disponha sobre certo ato processual de determinada maneira, caso este for realizado de forma distinta e não cause prejuízo às partes, mesmo que seja considerado insanável, não deverá ser declarado nulo o processo em decorrência dele, segundo Rangel.

Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Rangel (2013, p. 931) argumenta que “mesmo nas nulidades absolutas, há que se perquirir o prejuízo sofrido pela prática do ato em desconformidade com a lei”. Não pode a parte, portanto, alegar que o ato viciado o qual não lhe trouxe prejuízo deva ser desconstituído, por simples apego excessivo ao formalismo.

No mesmo sentido, (FISCHER ET PACELLI, 2014, p. 1039) parcela doutrinária defende a necessidade de demonstração do prejuízo pela parte independentemente da espécie de nulidade alegada por ela. Argumentação comum entre eles é que a sanção de nulidade se aplicaria apenas quando ocorrer dano ao espírito do texto legal. O que é acompanhado também por Fischer, no sentido de que a mera configuração da nulidade no artigo 564 não acarreta a nulidade absoluta, devendo ser efetivamente demonstrado o prejuízo que o vício causa para as partes e para o adequado desenvolvimento do processo (FISCHER ET PACELLI, 2014, p. 1039).

Advertem Fischer e Pacelli que há situações em que a nulidade do ato é evidente, mas não pela nulidade em si, causada pelo desrespeito à determinada previsão legal, mas sim pelo prejuízo efetivo que causa a uma das partes, ou seja, pelos efeitos que são gerados sobre o processo. Assim, independentemente da previsão legal abstrata de nulidade absoluta, o que interessa seria o prejuízo efetivo ao processo ou às partes, que inclusive pode ser evidente na maioria dos casos. Cita-se:

A parte que arguir a nulidade (absoluta ou relativa, insiste-se), deverá demonstrar, de forma objetiva e hialina, como o ato acoimado de nulo influenciou na violação do devido processo legal, o prejuízo que trouxe pela não observância da forma prescrita em lei e, sobretudo, os efeitos que irradiou sobre o processo. Repise-se: partimos das premissas de que não há de se confundir nulidade do ato com nulidade (automática) do processo. (FISCHER ET PACELLI, 2014, p. 1040).

Com efeito, entende a doutrina minoritária pela necessidade da demonstração do prejuízo em todas as espécies de nulidades. Essa demonstração normalmente é feita de maneira considerada simples pela doutrina, por simples raciocínio, visto que nas nulidades absolutas os prejuízos, quando efetivos, seriam evidentes.

3.4.4. A aplicação da norma do prejuízo na jurisprudência:

Os tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, entendem praticamente de maneira uníssona o art. 563 do Código de Processo Penal, exigindo-se a demonstração do prejuízo para a declaração das nulidades processuais penais. Entendem pela aplicação de “o princípio do *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente se declara nulidade de um ato se dele resultar prejuízo para acusação ou para a defesa” (HC nº 126.931/MG, STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, publicado no DJ em 29/06/2009). Percebe-se a clara influência da doutrina sobre a possível origem do prejuízo estar remetida às ordenanças francesas, o que será retomado no próximo capítulo.

O Supremo Tribunal Federal possui ampla jurisprudência fixando o entendimento da corte da seguinte maneira, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski:

O entendimento desta Corte também é no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorre na espécie. (HC nº 116.132/PE, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/09/2013, DJ em 03/10/2013).

No mesmo caminho, Laurita Vaz expõe a orientação da Suprema Corte Brasileira sobre a necessidade da demonstração do prejuízo:

A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, uma vez que, conforme já decidiu a Corte Suprema, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas, o que não foi demonstrado no presente caso. (HC nº 238.479/PE, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/11/2012, DJ em 23/11/2012).

Tal entendimento amplamente consolidado no Supremo Tribunal Federal⁶⁵, também é seguido no Superior Tribunal de Justiça⁶⁶. Ou seja, a necessidade de se aplicar o princípio do prejuízo tanto nas nulidades relativas quanto nas nulidades absolutas, consoante o estipulado no art. 563 do Código de Processo Penal, o que vai no mesmo sentido de significativa parcela da doutrina. Desse modo, exige-se a efetiva demonstração do prejuízo sofrido às partes ou ao julgamento para o reconhecimento de

⁶⁵ ARE 868516 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 26/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 23/06/2015.

⁶⁶ RHC 56.573/CE, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, j. 18/02/2016, DJe 01/03/2016.

vício que enseje a anulação de ato processual. Em outras palavras, não é aplicado, na jurisprudência, a suposta presunção de prejuízo no caso das nulidades absolutas.

Nessa trilha, decisão do Ministro Rogerio Schietti Cruz, seguindo o entendimento da mencionada Corte Superior, desacolhe tese defensiva pela falta da demonstração do dano processual causado pela suposta nulidade, cita-se:

O acusado, ao ser interrogado em juízo, esteve devidamente acompanhado de advogado dativo e teve respeitado o seu direito ao silêncio e à entrevista reservada com seu defensor, em momento que precedeu a realização do interrogatório judicial, de forma que a data da citação em nenhum momento prejudicou o exercício dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa. O referido ato processual não só foi realizado diante de advogado nomeado e de um Magistrado, como também na presença de representante do Ministério Público. Não há como acolher a tese de que não foram devidamente observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o interrogatório judicial, da forma e na data em que foi realizado, não acarretou - ou, pelo menos, disso não há evidências - nenhum prejuízo ao acusado. (AgRg no REsp 1152930/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

Na perspectiva do Superior Tribunal de justiça sobre a disciplina das nulidades processuais penais, cita-se julgado do Ministro Gurgel de Faria sobre o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

É sabido que as nulidades processuais são orientadas pelos princípios da finalidade e instrumentalidade das formas, tendo em vista que os atos realizados com algum defeito, mas que não comprometam a obtenção do fim a que se destinam, não são atingidos pela nulidade. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tanto nos casos de nulidade relativa como nos de nulidade absoluta, aplica-se o princípio pas de nullité sans grief, sendo imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo. (HC 261.664/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 30/09/2015).

Por fim, observa-se que a jurisprudência das Cortes Superiores brasileiras é coerente, nesse aspecto da norma do prejuízo, sobre a matéria. Assim, as cortes entendem pela necessidade da aplicação da norma do prejuízo e da suposta consequente demonstração do prejuízo, mesmo por simples raciocínio, para ensejar a declaração das nulidades.

4. UMA PROPOSTA DE LEITURA DA REGRA DO PREJUÍZO E DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS:

Já se analisou, nos capítulos anteriores, o que se entende por direito, o papel dos direitos e garantias fundamentais e a finalidade do Estado Democrático Deliberativo de Direito. Ademais, também se estudou a expansão do controle estatal pela via penal e, com ele, o contexto de risco e insegurança na sociedade contemporânea. Assim, observou-se como possível consequência dessa expansão o aumento da discricionariedade do poder judicial sobre a aplicação das normas e das formas no procedimento criminal, o que gerou uma extensão de espaços de abuso de poder na prática. Ainda, no terceiro capítulo, foi demonstrado como as bases do sistema de nulidades da atualidade contribuem para o aumento da discricionariedade judicial e possuem tradições inquisitivas, que remontam às Ordenações Filipinas e foram criadas para reduzir garantias individuais e buscar “o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado”, conforme Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 1942, p. 228). Além de promover respostas estatais simbólicas e repressivas que aumentam a insegurança jurídica.

Com efeito, a lógica do sistema das nulidades criada em 1941 não mudou com o advento da Constituição brasileira de 1988 e mantém fundamentos criados no período ditatorial do Estado Novo, o que demonstra um possível equívoco, tendo em vista que, na atualidade, continua uma expansão dos espaços de subjetivismos em detrimento da legalidade. Nesse ponto, criticam-se as consequências geradas na jurisprudência pelas premissas postas pela doutrina tradicional. Assim, destaca-se como ocorre uma expansão do controle estatal pela via penal, que enfraquece direitos e garantias fundamentais, a partir das espécies de desconformidades processuais penais. Por fim, propõem-se formas de aperfeiçoamento do sistema de nulidades.

4.1. CRÍTICAS AO ESTADO DA ARTE:

O ponto de partida do presente capítulo é a crítica às consequências geradas pelas premissas postas pela doutrina tradicional. Para tanto, uma análise da base

inquisitorial do processo deve ser feita e da sua relação com a expansão do processo penal.

4.1.1. Anotações sobre uma base inquisitorial histórica e a expansão do processo penal:

Como sustentado no ponto 3.4.1., uma possível origem para a atual interpretação que se faz das nulidades processuais penais e do prejuízo vem das Ordenações Filipinas, que demonstra a tradição inquisitorial do processo penal brasileiro, porque, desde pelo menos 1870, as normas de processo penal objetivam a busca de eficiência e da punição em desfavor da legitimação do poder, por meio do devido processo legal.

Nesse norte, quando a positivação de ritos penais prevê expressamente que a condenação é válida, ainda que não tenha contraditório ou que a sentença seja nula, desde que o julgador acredite que a nulidade interferirá para assegurar a verdade real (ALMEIDA, 1870, p. 661-663), está demonstrado que o processo trata-se de simples exercício do poder estatal. A manifestação do poder punitivo do Estado ocorre, conforme a vontade do juiz, muitas vezes, olvidando da sua função de legitimação do Estado.

Percebe-se, pois, a inter-relação entre o processo penal e essa referida tradição autoritária. Como se pode perceber, a tradição do processo penal brasileiro é inquisitiva, sendo que, desde antes da declaração da independência, já se priorizava uma suposta verdade do juiz em detrimento das garantias das partes. Frisa-se que tal paradigma de alguma forma se mantém no ordenamento atual, visto que o nosso Código de Processo Penal, produto legislativo do “Estado Novo” e inspirado no chamado Código Rocco elaborado no contexto italiano de 1930, ou seja, em plena ditadura de Mussolini (CASARA ET MELCHIOR, 2013, p. 19; DE PAULA, 2013, p. 34; MALAN, 2009, p. 4), ainda parece preponderar sobre a leitura constitucional do processo. Essa manutenção de paradigma ocorre a despeito da Constituição Federal de 1988, que ingressou no sistema jurídico brasileiro para ocupar o topo hierárquico normativo e funcionar de base para a interpretação de todo o ordenamento.

Assim, o processo penal, seguindo as bases tanto das Ordenações Filipinas quanto do Código de Processo Penal de 1941, continua servindo principalmente como

instrumento de exercício do poder estatal sujeito a abusos, e não como a leitura constitucional exige, como forma de legitimação do exercício de poder de um Estado Democrático Deliberativo de Direito. Desse modo, concorda-se com a leitura de Casara e Melchior (2013, p. 19), para quem “há uma tradição autoritária que encontra na legislação processual penal instrumentos (poder-se-ia falar de brechas) para se exteriorizar em atos autoritários, mesmo que em períodos democráticos”.

Reforça-se que em nenhum momento se defende que vivemos em um período de inquisição ou ditadura, tampouco de um processo penal inquisitivo. Todavia, essas “brechas” dentro do sistema criminal permitem transpassar atos autoritários, que devem ser eliminados.

Ademais, essa base inquisitiva é reforçada na contemporaneidade, porque condiz com as expectativas geradas pela expansão do direito penal e da sociedade de risco. Por sua vez, as expectativas são maximizadas por uma cobrança da sociedade e da mídia pela eficiência do processo penal como método simbólico de repressão e prevenção de delitos (CALLEGARI et WERMUTH, 2010, p. 347).

Então, a tradição histórica do processo penal brasileiro (DE PAULA, 2013, p. 33 e 34; CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 13), o atual sentimento de insegurança da sociedade (RIPOLLÉS, 2005, p. 4) e a pressão social e política por restrições de direitos fundamentais (BAUMANN, 2008, p. 29 et GLOECKNER, 2012, p. 44) provocam o aumento de espaços de discricionariedade judicial. Isso ocorre, porque se perde a norma como referência e limite para a atuação do judiciário, ocasionando atuações simbólicas e “representativas” (BARROSO, 2015, p. 39). Em outras palavras, de maneira antidemocrática, o judiciário age com base numa suposta conformidade com os desejos da população, que, algumas vezes, é um reflexo do apresentado pela mídia, outras efetivamente condizem com as demandas da maioria da população (CASARA ET MELCHIOR, 2013, p. 36). Contudo, em ambas as situações, há um aumento de atuações em que o Poder Judiciário não cumpre seu papel legítimo de garantidor de direitos.

Destarte, a expansão do processo penal e o aumento da arbitrariedade judicial são mais perceptíveis no âmbito das nulidades processuais penais ante seu caráter de garantia secundária. Apenas como exemplo de algumas consequências desses fatores estão o tensionamento entre um direito fundamental à liberdade com um direito

fundamental à segurança, a ponderação retórica como forma de validar o desrespeito a direitos fundamentais, a relativização das nulidades, a carga argumentativa do prejuízo concentrar-se na parte e a presunção do não prejuízo ante a violação da forma. Logicamente, há outros sintomas para o fenômeno aqui observado, contudo, limitar-se-á aos relacionados com as nulidades e com as normas do prejuízo pelo próprio objetivo do presente trabalho.

4.1.2 A classificação das nulidades e sua relativização: um problema doutrinário e jurisprudencial:

Os critérios de distinção para as nulidades relativas e absolutas, como já visto, são os seguintes: 1) o interesse na arguição, sendo privado nas relativas e público nas absolutas; 2) a vinculação para as de primeira espécie e a não vinculação para as de segunda espécie de sua arguição a momentos predeterminados, 3) possibilidade de declaração de nulidade *ex officio* nas nulidades absolutas e a arguição apenas pelos sujeitos da relação jurídica-processual nas relativas; 4) a necessidade da demonstração do prejuízo nas nulidades relativas e o prejuízo presumido nas nulidades absolutas; e 5) a possibilidade de sanção da atipicidade formal e sua convalidação nas de primeira espécie e a impossibilidade nas de segunda. Também como demonstrado no ponto de classificação, esses critérios são frutos de uma construção doutrinária, que é repetida à exaustão pelos manuais e pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, apesar de ser pouca a diferença na prática forense entre elas.

Essa classificação apresentada, em grande medida, é uma mera transposição de conceitos para o processo penal, que tem pouquíssima aplicabilidade e não auxilia na prática. Isso é perceptível pela insegurança jurídica na aplicação das espécies de nulidades processuais penais na jurisprudência. Exemplifica-se com a flagrante dificuldade em definir qual ato é de interesse público e qual é de interesse privado.

Os tribunais superiores criaram um verdadeiro caos interpretativo em relação a este ponto das nulidades penais, o que gera insegurança jurídica. Essa dificuldade advém da impossibilidade de existir forma ou norma no processo penal de exclusivo interesse particular. Como bem assinala Zaclis (2016, p. 86):

O problema reside justamente em determinar o que caracterizaria, de um lado, norma de salvaguarda de interesse público, e, de outro, norma que tutela interesses particulares.

Se o processo penal é instrumento público, para o qual se confere uma – não a única – função de apuração de um suposto delito e eventual imposição de sanção institucionalizada, haveria como se falar em normas exclusivamente protetoras de interesses particulares? É dizer, haveria formas que protegeriam, em última instância, interesses das partes?

Trata-se dos problemas causados pela deslocação acrítica de conceitos e classificações cíveis para a seara penal. Nesse sentido, como o próprio Zaclis exemplifica, o art. 212 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a ordem e forma dos questionamentos pelas partes para as testemunhas, seria de interesse público ou particular? Entende-se que o dispositivo consagra e garante direitos fundamentais como o contraditório, a imparcialidade do juiz e o devido processo legal, seria, então, norma de interesse público.

Entretanto, a jurisprudência pacífica dos tribunais é de que se trata de norma de interesse privado. Assim, o seu desrespeito configura nulidade relativa que necessita de demonstração do prejuízo pelas partes – como se fosse simples de provar que determinada mudança na série de questionamentos planejada pela acusação ou defesa teria o condão de alterar o convencimento do juiz.

Para se demonstrar a problemática sobre o assunto, Paschoal (2014, p. 487 e 488) demonstra como o Superior Tribunal de Justiça, na época da reforma de 2008, que alterou o art. 212 do Código de Processo Penal, entendia que o desrespeito à ordem de inquirição de testemunhas caracterizava uma nulidade absoluta, ante a violação ao devido processo legal. Posteriormente, em meados de 2012⁶⁷, o tribunal passou a considerar o vício de invalidez formal como uma nulidade relativa e a exigir a demonstração do prejuízo, que hoje é exigido a todas as formas de nulidades. Assim, indaga-se: trata-se de norma de interesse privado ou público? E mais, qual interpretação é capaz de justificar a alteração de entendimento e a passagem dessa norma do interesse público para o privado⁶⁸?

⁶⁷ Citam-se julgados nesse sentido: STJ, HC 212.618/RS, Min. Relator Originário Og Fernandes; Min. Relator para o acórdão Sebastião Reis Junior, 6ª T., j. 24.04.2012 e STJ, HC 169.910/SP, Min. Relator Sebastião Reis Junior, 6ª T., j. 26.02.2013.

⁶⁸ Paschoal (2014, p. 488), em pesquisa sobre o assunto, assinala os argumentos usados na decisão para justificar a mudança de entendimento. Nas palavras do Ministro Jorge Mussi: “A respeito dessa mudança de entendimento, explica o Ministro Jorge Mussi: ‘embora seja certo que no julgamento de casos semelhantes esse Relator posicionou-se no sentido da inobservância da inovação legislativa citada importaria em eiva absoluta do ato, um aprofundamento no estudo dos institutos de Direito Processual

Nessa perspectiva, argumenta Zaclis (2016, p. 87): “de se observar que até os atos mais tendentes a serem caracterizados como de interesse exclusivo da parte, não são”. Isso ocorre, porque o processo penal é um instrumento de legitimação do Estado muito maior que o processo civil; aquele serve, protege e tem uma lógica de funcionamento muito distinta deste, o que impossibilita a existência de interesses puramente privados.

Outro exemplo pode auxiliar nessa argumentação, conforme afirma Zaclis: “Apresentar argumentos contrários à imputação formulada poderia, em tese, demonstrar aparência de interesse exclusivo do acusado. Porém, o interesse contido na norma, nesse e em qualquer outro caso relativo ao processo penal, transcende a esfera do particular” (ZACLIS, 2016, p. 87). A garantia do contraditório, de que ninguém será preso sem o devido processo legal, e a própria formação de um processo criminal pautado na acusação, defesa e julgador impedem que se entenda a ausência de memoriais como um interesse particular.

Nesse caminho, Paschoal (2014, p. 505) assinala que o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando precedentes do próprio tribunal e do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento que “a apresentação das alegações finais é imprescindível ao término da ação penal, sendo que o não oferecimento compromete a ampla defesa e o contraditório”, caracterizando nulidade absoluta (STJ, HC 191.619/RN, 5ª T., Ministra Relatora Laurita Vaz, j. 14.02.2012).

É que a higidez do processo penal é uma forma de legitimação do próprio poder estatal e, como consequência, do próprio Estado Democrático Deliberativo de Direito. Desse modo, não há um único ato que interesse exclusivamente ao acusado ou ao acusador, porque é tanto do interesse de ambos como da moralidade pública que o processo penal se desenvolva, conforme o devido processo legal e constitucional. Paschoal assinala que é incorreta a utilização do critério de interesse público e privado para distinguir as nulidades absolutas das relativas, visto que todas elas são

Penal aplicáveis à espécie demonstra a necessidade de revisão do entendimento até então defendido, uma vez que é cediço que, no terreno das nulidades no âmbito do processo penal, vige o sistema da instrumentalidade de formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto”. (STJ. HC 195.983/RS, Min. Relator Jorge Mussi, 5º T., j. 14.06.2011).

reconhecidas em prol do interesse público no processo penal (PASCHOAL, 2014, p. 338).

Todavia, os problemas gerados pela atual classificação entre nulidades relativas e nulidades absolutas vão além da sua imprecisão teórica. Pelo seu alto grau de dificuldade em estabelecer claramente o que corresponde a cada espécie no caso concreto, essa distinção provoca insegurança e enfraquece o debate jurídico racional, já que resta difícil prever qual vício originará uma ou outra. Isso provoca um aumento da arbitrariedade judicial mesmo contra as próprias definições legais. Assim, percebe-se como a falta de critérios objetivos para a classificação e a confusão jurisprudencial atual comprometem o plano do debate jurídico racional, deixando os cidadãos à mercê não de uma aplicação coerente do direito, mas de uma aplicação jurídica consoante ao subjetivismo daquele julgador específico.

Nesse caminho, mais uma vez cita-se Zaclis (2016, p. 88):

o que se observa, na prática, é que a nulidade será absoluta quando o magistrado assim o decidir. Se, numa dada hipótese, compreender que houve lesão ao interesse público, então declarará a insanabilidade daquele ato. Por outro lado, se encontrar na norma lesada um “viés particular”, então, reconhecerá uma nulidade relativa, passível de ser sanada.

Além da dificuldade de classificação e de definição de qual vício originará uma ou outra, os argumentos postos pela jurisprudência não sustentam a diferenciação criada entre as nulidades e tampouco são coerentes entre si. Assim, uma vez estabelecida a nulidade, ela ainda é extremamente volátil. Ademais, mudanças de entendimentos sobre se certo vício configura uma nulidade relativa ou absoluta são constantes, inclusive nos tribunais superiores encarregados de uniformizar a jurisprudência. Como bem apontado por Paschoal, essa insegurança prejudica os direitos dos jurisdicionados, já que eles ficam vulneráveis à casuística dos julgadores, que, por sua vez, passam a ter sua credibilidade e coerência questionadas (PASCHOAL, 2014, p. 429).

Ademais, no processo penal pátrio, é perceptível que essa mudança de entendimentos, ainda que inconstante e cheia de alternâncias, pende para a relativização das nulidades na jurisprudência. Ou seja, há uma tendência cada vez maior de se entender como relativas as mais diversas espécies de nulidades. A título de exemplo: a ausência de defesa preliminar nos crimes da lei de drogas, apesar de ainda não ter um tratamento uniforme e claro pela jurisprudência como destaca Paschoal (2014, p. 433),

passa de ser entendida como nulidade absoluta para configurar uma nulidade relativa⁶⁹ – pelo menos conforme a maioria dos ministros do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰.

O mesmo ocorreu no Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, os ministros tratavam a ausência de defesa preliminar ou a violação de seu prazo como nulidade absoluta⁷¹; contudo, houve uma mudança de entendimento em favor da relativização dessa nulidade. Destarte, o tratamento usual hoje é na exigência da demonstração do prejuízo para a declaração da nulidade, o que não ocorria antes, sendo, na maioria das vezes⁷², caracterizada como nulidade relativa⁷³.

Ainda, Paschoal (2014, p. 440) assinala que há uma gritante incoerência na matéria, uma vez que os posicionamentos dos ministros modificam-se de um julgado para o outro sem nenhuma fundamentação apropriada. Assim, ora um ministro considera o vício em tela como relativa, outra como absoluta e, depois, volta a entender que se trata de relativa sem se desincumbir do ônus argumentativo de explicar o porquê de se configurar uma ou outra e sem motivar a inconsistência.

⁶⁹ Nesse sentido, cumpre citar argumentação do Ministro Og Fernandes, que explica: “É que naquele momento, prevalecia na Sexta Turma deste tribunal a orientação segundo a qual configurava nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar, agora prevista no art. 55 da lei nº 11.343/06, por violação dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, ainda que não tivesse sido demonstrado prejuízo efetivamente experimentado pela defesa. Contudo, a Sexta Turma desta Corte, assumindo a mesma linha de entendimento praticado na Quinta Turma, promoveu um realinhamento jurisprudencial, passando a decidir que a nulidade do rito procedimental pela inobservância da Lei nº 10.409/02, ante suposta privação da oportunidade de oferecimento da defesa preliminar, somente estaria configurada quando a defesa demonstrasse a existência de prejuízo efetivo” (STJ, HC 147.675/SP, Ministro Relator Og Fernandes, 6ª T., J. 27.11.2012).

⁷⁰ Exemplifica-se com julgados que claramente tratam-na como nulidade relativa: STJ, AgRG no HC 32.010/MS, Ministra Relatora Marilza Maynard, 5ª T., j. 11.06.2013 e STJ, AgRG no RESP 929.679/MS, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 02.02.2012.

⁷¹ Nesse sentido, citam-se os julgados: STF, HC 85.155/SP, Ministra Relatora Ellen Greice, 2ª T., j. 22.03.2005 e STF, HC 84.714/MG, Ministra Relatora Ellen Greice, 2ª T., j. 14.12.2004. STF, HC 88.585/MS, Ministro Relator Ayres Brito, 1ª T., j. 17.10.2006.

⁷² Decisão ilustrativa sobre a controvérsia é o HC 101489, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 22/09/2015, DJE 28-10-2015 Publicado em 29-10-2015, que demonstra divergência de entendimentos entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. O ministro Marco Aurélio, defendendo tratar de nulidade absoluta, vota por conceder a ordem e declarar a nulidade. Entretanto, foi vencido pelos ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, que argumentaram pela necessidade de demonstração efetiva do prejuízo, o que não foi feito, visto que “independente da participação do paciente na fase preliminar do processo-crime, a denúncia seria recebida, não havendo prejuízo para a defesa”, então, o prejuízo não foi demonstrado e a nulidade não foi declarada. Cumpre ressaltar o salto lógico no voto revisor, que apenas com um argumento geral e capaz de ser utilizado em qualquer arguição de nulidade de ausência de defesa prévia refutou a nulidade.

⁷³ STF, HC 96.864/SP, Ministra Relatora originária Carmen Lucia, Ministro Relator para acórdão Marco Aurélio, 1ª T., j. 20.10.2009 e STF, HC 100.515/SP, Ministro Relator originário Celso de Melo, Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 2ª T., j. 16.08.2011.

Outra hipótese de vício que foi relativizado com o tempo é no caso de erro no nome do acusado no mandado de citação. Paschoal afirma que o Superior Tribunal de Justiça, em julgado passado⁷⁴, entendeu que o erro do nome do acusado qualificaria uma nulidade de ordem absoluta e vício insanável. Contudo, atualmente, há ampla quantidade de julgados⁷⁵ a entender que o vício seria de ordem relativa, sendo a maioria dos casos pela recusa da declaração de nulidade (PASCHOAL, 2014, p. 458).

Esse fenômeno de relativização das nulidades processuais penais acompanha a mesma lógica do penal simbólico e repressivo pautado e coberto pela noção de eficiência no procedimento penal (GLEOCKNER, 2017, p. 150). Nesse sentido, Gloeckner afirma que há uma anemia das formas processuais e uma redução dos freios contra o poder punitivo do Estado, o que indica uma continuidade entre o sistema inquisitivo medievo e moderno, a qual a Constituição Democrática de 1988 não conseguiu eliminar. Essa continuidade se refere à manutenção de uma estrutura processual pautada na economia das formas, convalente com os ilegalismos e dotada de brechas que manifestam abusos de poder. Destarte, por intermédio dessa lógica processual de eficiência repressiva, conforme exposição de motivos do atual Código de Processo Penal, as nulidades relativas viram a regra e as absolutas tornam-se a exceção.

De outro giro, a estrutura de flexibilização das normas processuais também responde às exigências da sociedade contemporânea, visto que promove de forma simbólica a resposta institucionalizada aos medos e inseguranças da sociedade atual. Entretanto, na mesma orientação da modernidade líquida, as soluções oferecidas surgem sem o estudo adequado de suas consequências e provocam mais do mesmo problema que se procurava solucionar, qual seja: a insegurança para com o processo penal.

Quando há uma flexibilização dos ritos na busca por um sentimento de segurança, isso provoca a própria insegurança sobre quais regras do procedimento serão respeitadas e cria-se, então, uma pluralidade de diferentes processos a depender da discricionariedade do julgador (DA ROSA, 2017, p. 227 e 228). Tal sistema ou, melhor

⁷⁴ STJ, HC 8.349/RJ, Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., j. 30.06.1999.

⁷⁵ RHC 19.719/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, j. 21/08/2008, DJe 20/10/2008), (HC 45.332/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 08/03/2007, DJ 26/03/2007, p. 286) e (RHC 16.384/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 19/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 302).

dito, *detour*⁷⁶ cria insegurança jurídica e fragiliza os direitos fundamentais, que serviam justamente para proteger e dar mais segurança ao cidadão. Trata-se do enfraquecimento dos direitos fundamentais e do aumento da arbitrariedade do poder estatal em nome de uma suposta noção de eficiência e de resposta ao sentimento de insegurança da sociedade.

Atenta-se que não se defende aqui, como já afirmado no capítulo II, uma volta ao direito penal liberal clássico. Contudo, respostas mais adequadas à lógica de funcionamento e legitimação do Estado Democrático Deliberativo de Direito são possíveis e necessárias. Ademais, modernizações nas estruturas do processo penal que desrespeitam a estrutura constitucional e ocorrem a despeito do legislador devem ser refutadas. Ainda mais quando trazem apenas uma aparente solução em detrimento dos direitos fundamentais.

4.2 UMA ALTERNATIVA: A RELEITURA DA REGRA PREJUÍZO E SUA RELAÇÃO COM AS NORMAS ORIENTADORAS DA TEORIA DAS NULIDADES:

Ante o exposto, entende-se que há uma flagrante imprecisão na diferenciação doutrinária das nulidades absolutas das relativas, que gera problemáticas consequências práticas. Assim, há autores que, inclusive, defendem o abandono dessa classificação, visto que imprecisa, confusa e sem grande relevância prática na atualidade (GLOECKNER, 2017, p. 340 E LOPES JR, p. 391). Além disso, os critérios orientadores já expostos - lembrem-se: interesse público ou privado na arguição, interesse ativo na arguição, necessidade ou não de prejuízo e sua demonstração ou presunção - são critérios que mais prejudicam que auxiliam, visto que, na forma como estão estruturados atualmente, possibilitam um aumento da subjetividade e da insegurança jurídica, conforme argumentado.

Destarte, as bases para a compreensão das nulidades relativas e absolutas devem ser revistas de forma que possibilite maior segurança jurídica e racionalidade nas

⁷⁶ Detour no sentido empregado por Baumann (2008, p. 100), qual seja: não apenas de um caminho mais longo para atingir algo, mas como uma substituição às redes de atividades empreendidas autonomamente pelos seres humanos por uma longa cadeia de eventos heterônomos que provocam mais perdas que ganhos apesar de trazerem a sensação de ganho imediato ou “atalho”.

decisões judiciais sobre a matéria. A primeira importante releitura sobre as nulidades relativas e absolutas é sobre o interesse protegido pela forma.

4.2.1 As nulidades e a norma do interesse:

Conforme já exposto no ponto anterior, todas as normas processuais penais e, portanto, as formas, visam proteger interesse público, por mais que digam respeito a atos do acusado ou da acusação. Então, o critério do interesse público ou privado não só está equivocada, como é necessária uma releitura para que se compreendam todas as nulidades como protetoras de interesse público.

Com efeito, deve-se abandonar esse critério como diferenciador das nulidades absolutas das relativas. Além disso, a própria norma do interesse também deve sofrer modificações.

Como já afirmado, a doutrina tradicionalmente extrai três enunciados da norma do interesse, presente no art. 565 do Código de Processo Penal, quais sejam: a de que a nulidade relativa apenas poderá ser declarada com arguição da parte, não sendo possível declará-la de ofício pelo juiz; a de que apenas a parte com interesse naquela nulidade pode argui-la, não cabendo ao sujeito processual contrário fazer juízo de valor sobre a nulidade relativa (NORONHA, 1992, p. 332 e 333); e o preceito de que ninguém pode se valer da própria torpeza (CONSTANTINO, 2006, p. 41). Desses três enunciados, apenas um deve subsistir. Explica-se.

Como não há interesse exclusivamente privado nas nulidades processuais penais, sendo elas caracterizadas sempre em prol do interesse público (PASCHOAL, 2014, p. 338), o juiz terá competência para declarar qualquer nulidade *ex officio*, primando pela higidez do processo penal livre de vícios e desconformidades formais. Além da precisão teórica do interesse público para com as formas processuais, tal modificação auxilia na criação de barreiras para implantação das nulidades “relativas” que “só interessam à parte” como estratégias paralelas, que muitas vezes acarretam a nulidade desnecessária de processos inteiros com o objetivo de conseguir alguma forma de prescrição para a defesa ou de nova oportunidade para o refazimento da instrução probatória da acusação com mais chances de condenação.

Então, possibilitando ao magistrado a declaração de qualquer nulidade de ofício, ele pode primar por um processo hígido e livre de vícios. Assim, o primeiro enunciado não subsiste, devendo ser abandonado.

O segundo enunciado, o de que as nulidades relativas apenas poderão ser arguidas pela parte que tiver interesse, também deve ser abandonado. A uma, pois o interesse do Ministério Público como *custo legis*, ou *iuris* como alguns autores preferem, é evidente, já que ele é também incumbido da defesa da ordem jurídica, conforme expressamente previsto no art. 127 da Constituição Federal. A duas, uma vez que também há o interesse da defesa no correto andamento do processo.

De outro giro, (CONSTANTINO, 2006, p. 42, NASSIF et NASSIF, 2012, p. 29) também há o interesse de se alcançar título executivo sem vício precedente, o que poderia frustrar a execução da pena, conforme advertem Aramis Nassif e Samir Hofmeister Nassif (2012, p. 29). No mesmo caminho, Constantino corretamente defende um interesse ainda maior, qual seja: o de que o autor da ação penal sempre poderá arguir nulidade que favoreça o réu, seja ele um acusador privado ou público (CONSTANTINO, 2006, p. 42). Nessa perspectiva, se o autor da ação penal pode pedir a absolvição do réu, ele também poderá arguir nulidade em favor do acusado.

Cumprе frisar que é mister do Ministério Público, quando arguir nulidades que supostamente interessariam mais ao acusado que ao acusador, ter o objetivo de efetiva proteção aos interesses do réu, que, sequer indireta ou ulteriormente, poderá ser prejudicado. Assim, apenas um enunciado subsistirá, que é o *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ou seja, ninguém se valerá da própria torpeza. Contudo, essa norma será relacionada com a norma do prejuízo, conforme será exposto adiante.

4.2.2 A norma do prejuízo e sua classificação como regra:

Na senda da revisão das bases das nulidades processuais penais, cumprе firmar que a forma como a doutrina e a jurisprudência aplicam a norma do prejuízo traz problemas concretos para a prática forense. Inicia-se a crítica com a própria classificação do prejuízo nas espécies normativas princípios ou regras.

Tal distinção é importante para, por exemplo, definir se o art. 563 do Código de Processo Penal é passível de ponderação e pode entrar em conflito com princípios como

a suposta verdade real⁷⁷, a instrumentalidade de formas ou a ampla defesa. Nessa lógica, cita-se o recurso em habeas corpus nº 56.009/BA, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que deixou de reconhecer a nulidade de um ato atípico, em razão do princípio do prejuízo e em prol da verdade real.

Há exemplos de casos concretos⁷⁸, nos quais se trataram as garantias constitucionais no mesmo patamar do princípio do prejuízo, de tal forma que direitos fundamentais como a legalidade e a ampla defesa colidem com a norma em análise. O caso do HC nº 113.837 é ilustrativo: versa sobre a ausência do acusado preso na audiência de instrução e julgamento por falha do Estado, descumprindo, assim, o art. 399, §1. O interessante é que, apesar de o relator afirmar o dever do Estado em conduzir o preso à audiência e reconhecer a violação ao direito fundamental de defesa, ele parece ponderar princípios. Com base nesse entendimento, o magistrado, por meio de uma ponderação retórica, mesmo diante de desrespeito aos direitos fundamentais do acusado, entende pela não declaração da nulidade e pela prevalência do princípio opositor à norma do prejuízo.

Então, entende-se que uma correta classificação pode auxiliar no adequado entendimento da função e na aplicação da norma do prejuízo. Partindo da conceituação de Alexy (2017b, p. 85 – 108; 2015a, p. 131), recorda-se que os princípios são normas de mandamentos de otimização de caráter *prima facie*, realizáveis na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidos, no caso de colisão, pelo sopesamento que ocorre na dimensão dos respectivos pesos, servindo de razões *prima facie* para os juízos de dever-ser. Já as regras são determinações de caráter *prima facie* de definitividade, satisfeitas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidas, no caso de conflito, de dois modos alternativos que ocorrem na dimensão da validade ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o

⁷⁷ Adverte-se que o presente estudo não se alinha com a parcela minoritária da doutrina que entende pela existência da verdade real no processo penal brasileiro. A referência a essa suposta norma é feita em decorrência de análises de julgados feitos ao longo da presente dissertação que levam para dentro da decisão a referida verdade real. Sobre a inexistência de uma verdade real no processo penal contemporâneo, indicam-se, apenas para fins de esclarecimento relacionado ao tema, os seguintes trabalhos: KHALED JR, Salah H. A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013; WACHELESKI, Marcelo Paulo. A verdade material no processo penal. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 47, abr. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao047/Marcelo_Wacheleski.html. Acesso em: 16 out. 2017; e FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009.

⁷⁸ STJ, RHC 56.009/BA, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, DJe. 18.10.2017 e STF, HC nº 113.837/RS, Min. Rel. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe 19.03.2013.

conflito ou com a declaração de invalidade de umas das regras, servindo, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, de razões definitivas para os juízos de dever-ser.

Enquadrando a respectiva norma, ela se aproxima de uma determinação de caráter *prima facie* de definitividade, visto que já exprime uma consequência jurídica, um dever-ser concreto (ALEXY, 2015a, p. 131), qual seja: se existir prejuízo para a parte, haverá nulidade do ato. Assim, em caso de conflito, não parece plausível (a despeito de existir jurisprudência nesse sentido) de se ponderar o prejuízo.

Não se deveria admitir que a norma do prejuízo fosse menos realizada, ou seja, que um ato atípico que tenha prejudicado a parte não seja considerado nulo, em razão de um princípio como o da (suposta) verdade real ou da celeridade processual, pois não se trata de uma norma passível de ponderação, porque ela prescinde do subprincípio da proporcionalidade restrita para adquirir um caráter de dever definitivo. Trata-se, sim, de uma regra, que é satisfeita ou não, caracterizando razões definitivas para os juízos de dever-ser.

Lembra-se que, segundo Alexy (2015a, p. 131), princípios apenas consistirão em razões definitivas depois de ponderados, visto que necessitam da ponderação para sair do abstrato e se tornar razões concretas (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 24). Tal não acontece com a regra do prejuízo, que, por si só, já exprime razões definitivas para a decisão judicial. Destarte, ganha-se em segurança jurídica na aplicação da referida norma e refutam-se as ponderações retóricas feitas que insistem em aparecer na prática forense.

De outro giro, a compreensão da regra do prejuízo como uma razão definitiva para o juízo de dever-ser, que terá por consequência a declaração de nulidade com a desconstituição dos efeitos do ato nulo, importa na compreensão da norma do prejuízo como elemento pressuposto para a nulidade. Então, configura-se essencial a existência do prejuízo para que haja nulidade.

Com efeito, afasta-se mais um critério diferenciador entre as nulidades absolutas das relativas, qual seja: a necessidade ou não do prejuízo para caracterizar uma ou outra. Concorde-se, portanto, com a orientação dos tribunais superiores, ou seja, “somente se declara nulidade de um ato se dele resultar prejuízo para acusação ou para a defesa”

(Habeas Corpus nº 126.931/MG, STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, publicado no DJ em 29/06/2009). Assim, não há nulidade se não houver prejuízo.

4.2.3 A regra do prejuízo e a norma da instrumentalidade de formas:

Uma vez analisadas criticamente a norma do interesse e a necessidade do prejuízo, devem-se analisar os critérios para sua verificação. Esse é outro ponto extremamente problemático na prática das nulidades processuais penais, qual seja: a ausência de parâmetros efetivos para a aplicação do prejuízo. Tal fato ocasiona uma pluralidade de declarações de nulidades a depender exclusivamente do critério subjetivo do julgador, o que enfraquece a segurança jurídica e dificulta a argumentação racional exigida pelo Estado Democrático Deliberativo de Direito.

Parcela da culpa dessa dificuldade pertence à forma como é entendida a instrumentalidade de formas. Isso ocorre, porque, segundo defendem diversos autores (FERNANDES, FERNANDES, 1994, p. 215; CONSTANTINO, 2006, p. 40; CAPEZ, 2014, p. 569; MOSSIM, 2005, p. 86), ela vincula a nulidade a noções de verdade substancial, finalidade da norma e decisão da causa, o que é constantemente citado na jurisprudência e deve ser refutado.

Sob essa perspectiva da instrumentalidade das formas, a forma não é compreendida como garantia de direito, mas como aspecto teleológico voltado para a verdade da decisão judicial. Nesse sentido é que Gloeckner denuncia a função no processo penal contemporâneo da instrumentalidade de formas como uma gestora dos ilegalismos processuais. Com efeito, a instrumentalidade de formas “corresponde a um sistema de maximização das sanatórias dos atos processuais, segundo critérios teleológicos” (GLOCKNER, 2017, p. 189). Trata-se da gestão das invalidades processuais em nome da celeridade processual.

Segundo esse entendimento, não haverá prejuízo, se o ato inválido não influenciar na decisão final do processo que corresponde à “verdade substancial”. Essa concepção vincula a existência do prejuízo e da nulidade ao subjetivismo do juiz, visto que será ele que decidirá sobre a conveniência da declaração do prejuízo sem aspectos objetivos claros, mas com base, para recordar das nulidades nas Ordenações Filipinas, na verdade sabida pelo processo e pelo julgador, que julga o que lhe pareça justo pelas

provas no processo feitas sobre a “verdade” e a substância da coisa. Contudo, essa concepção traz problemas graves, sendo umas das “brechas” autoritárias referidas anteriormente.

Zaclis ilustra a problemática dessa concepção com um caso concreto:

Assume-se, como hipótese, que um indivíduo seja preso em flagrante delito algumas horas após o cometimento de um suposto furto de um celular, sendo encontrado com ele um aparelho do mesmo modelo daquele subtraído da vítima. Após ser denunciado, o acusado nega a imputação contra ele formulada, afirmando que o celular era de sua propriedade. Na audiência de instrução e julgamento, o juiz determina o reconhecimento pessoal do acusado, mas o realiza em total inobservância dos preceitos do art. 226 do CPP. A vítima reconhece o acusado. A defesa, ainda na audiência, alega a nulidade do ato processual, reforçando tal arguição em sede de memoriais. O juiz, por fim, profere decisão condenatória, afirmando que o delito restou devidamente comprovado, mormente pelo fato de o objeto produto do furto ter sido apreendido em poder do acusado. Na própria decisão, o julgador afasta a alegação de nulidade do reconhecimento pessoal, pois, ainda que realizado em desacordo com o diploma legal, o ato em nada influiu na decisão da causa ou na apuração da verdade real, razão pela qual não vislumbra prejuízo à defesa do acusado. (ZACLIS, 2016, p. 152).

Esse é precisamente o perigo de se associar o prejuízo ao resultado final do processo. “A verdade é que basta o juiz, no bojo da sentença, afirmar que aquele vício não teve qualquer reflexo no processo decisório, para que isso, por si só, justifique a ausência de prejuízo às partes” (ZACLIS, 2016, p. 153).

Todavia, muitas vezes o ato viciado efetivamente contribui para o deslinde da causa. Essa vinculação entre o prejuízo e a verdade substancial deturpa tanto a própria função da forma quanto a sua estrutura. Se a forma é garantia de devido processo legal e esse visa afastar ilegalidades e arbitrariedade do Estado, ela não deve estar vinculada à decisão judicial. Caso contrário, o suposto fim, a sentença condenatória no processo, estaria justificando o meio, o processo praticado com ilegalidades.

A função do processo penal, reforça-se, não é de chegar à sentença condenatória, mas de legitimar o exercício do poder estatal. Essa legitimação não está pautada na verdade real, mas na verdade processual passível de controle a partir da motivação decorrente da atividade cognoscitiva desenvolvida, lembra-se do princípio da estrita legalidade de Ferrajoli (2009, p. 50), que defende o caráter recognoscitivo do direito e cognoscitivo dos fatos regulados por ele.

Assim sendo, para se ter uma verdade processual, é necessário o adequado desenvolvimento do processo pautado no ordenamento jurídico constitucional. Então, a verificação do prejuízo não deve depender do resultado final do processo.

Ademais, a compreensão da decisão judicial como ato jurídico formal constitutivo, conforme já exposto no ponto 3.1., determina que os atos jurídicos processuais preceptivos não estejam suscetíveis a ilegalidades. Nessa lógica, não é o ato formal constitutivo do processo, ou seja, a decisão, que determinará a nulidade do ato preceptivo que a formará. Precisamente o contrário, a decisão necessita de que os atos preceptivos que a constituem estejam em consonância com o ordenamento. Com efeito, mais uma vez se demonstra o equívoco de vincular a noção de prejuízo com a decisão final do processo.

Zaclis, quando discorre sobre o art. 566 do Código de Processo Penal, vai além, defendendo inclusive que essa norma não resistiria a uma interpretação conforme a Constituição. É completa: “Ainda que se pretenda, por meio de uma interpretação salvacionista, não tornar letra morta a redação do dispositivo legal em comento, torna-se imperioso não fazer uma relação direta entre ela e o prejuízo” (ZACLIS, 2016, p. 154).

Destarte, a indagação sobre para quem ou quê corresponde o prejuízo que acarreta a nulidade não pode ter como resposta a decisão final do processo. É imperiosa a separação entre a decisão da causa e a existência de prejuízo, conforme já exposto.

A instrumentalidade da forma na teoria das nulidades como é compreendida hoje deve ser refutada. Assim, caso se queira efetivamente preservar o dispositivo normativo, concorda-se com a interpretação dada por Zaclis. Nesse diapasão, o exame da instrumentalidade das formas seria da seguinte maneira: “se o juiz chegar à conclusão de que o vício não gerou prejuízo algum às partes, então passará a analisar se aquela desconformidade tem o potencial de influir na decisão da causa” (ZACLIS, 2016, p. 154) para, então, examinar a necessidade de se anular o ato ou não.

4.2.4 A garantia constitucional como critério verificador do prejuízo e a possibilidade de se utilizar a finalidade da norma como critério:

Uma vez desvinculada a norma da instrumentalidade de formas da verificação do prejuízo, outro critério deve ser analisado sob a perspectiva de sua possibilidade

como verificador do prejuízo sofrido pelos sujeitos processuais da invalidade formal do ato. O critério é o da vulneração das garantias constitucionais. Trata-se de objeto comumente elencado pela doutrina tradicional tanto para a identificação do prejuízo como explicação para sua presunção ou não.

Nesse sentido, Nassif (2001, p. 24) afirma que o prejuízo será presumido sempre que houver uma violação ao princípio constitucional do processo. Badaró também assinala que há presunção de prejuízo sempre que for violada uma regra constitucional que verse sobre o processo, o que caracterizaria as nulidades absolutas (BADARÓ, 2012, p. 576).

Contudo, trata-se de critério impreciso para identificar o prejuízo, uma vez que ele será identificável em praticamente todas as violações formais, graças à marcante generosidade do constituinte em acolher de quase tudo no ordenamento constitucional (PASCHOAL, 2014, p. 340), inclusive sobre de quem será a competência de cuidar do Colégio Pedro II do Rio de Janeiro, conforme §2º do art. 242 da Constituição Federal.

Assim como todas as normas do processo penal defendem de alguma forma o interesse público, também as normas processuais penais protegem alguma garantia constitucional. Lembra-se que a forma é garantia apta a defender o acusado de abusos dos detentores de poder. Em último nível, toda ilegalidade processual violaria o princípio constitucional da legalidade e do devido processo legal.

Entretanto, quando tudo é uma violação constitucional, possivelmente nada será na prática. Ou, pior, será semelhante com a definição das cortes sobre quais nulidades protegem interesse público e quais defendem interesse privado, ou seja, haverá falta de objetividade, que tem por consequência uma insegurança jurídica que viola os direitos dos jurisdicionados.

A verificação da violação constitucional por si só, nesse norte, será dependente de uma argumentação subjetiva do julgador semelhante ao que ocorre atualmente com as nulidades absolutas e relativas. Assim, caso a configuração do prejuízo esteja vinculada unicamente à violação de garantias constitucionais, ela seguirá vinculada a critérios abertos e subjetivos, causando provavelmente a mesma insegurança jurídica do contexto contemporâneo, razão pela qual não pode ser aceita como único critério verificador do prejuízo.

Outro critério muito elencado pela doutrina é a finalidade da norma. Nesse norte, existiria prejuízo quando a finalidade protegida pela forma for violada. Grinover, Gomes Filho e Scarance (2011, p. 27) entendem que apenas haverá declaração de nulidade e prejuízo quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.

Assim, o critério verificador da existência ou não do prejuízo seria a finalidade da forma. Efetivamente, toda a forma possui uma ou mais finalidades. Conforme já afirmado, um formalismo apaixonado não é merecedor de defesa, razão pela qual prepondera a noção de formalismo valorativo.

Contudo, o critério da finalidade da norma traz alguns defeitos semelhantes ao da proteção da norma constitucional. Nesse sentido, Zaclis (2016, p. 164) defende que a função intrínseca do ato não deve ser confundida com a existência do prejuízo. Este deveria ser independente daquela.

Um caso concreto ilustra esse argumento:

Para tanto, de se remeter a um exemplo de possível vício que ocorria antes da alteração de 2008 do Código de Processo Penal, época em que o interrogatório do réu era o primeiro ato do processo. E se o acusado, ainda sob a vigência do procedimento antigo, fosse citado regularmente em sua residência, mas apenas um dia antes da audiência de interrogatório? A verdade é que, teoricamente, a função primordial da citação foi cumprida, já que os termos da acusação foram comunicados ao réu. E mais: não há qualquer dispositivo legal que imponha expressamente ao Estado que realize essa citação com antecedência mínima. Porém, em um Estado de Direito que se preze, parece indispensável que o acusado seja citado a tempo de poder exercer sua defesa compatível com os ditames da Constituição, sendo razoável supor que a comunicação levada a efeito apenas com um dia de antecedência deveria ser considerada nula. Fosse apenas analisado sob a ótica da função intrínseca da norma, inexistiria prejuízo. (ZACLIS, 2016, p. 165).

Entretanto, discorda-se do autor. Dentre todas as alternativas de verificação para o prejuízo, a finalidade da norma é a que melhor se adequa ao processo penal constitucional, visto que ela permite um debate mais racional sobre sua finalidade do ponto de vista uniforme da Constituição (ALEXY, 2015a, p. 141).

No próprio exemplo do autor isso é perceptível. A função intrínseca da citação efetivamente é dar ciência ao autor sobre os termos da acusação, mas parece razoável supor que a finalidade não é apenas essa, mas também de possibilitar, a partir da ciência da acusação, uma defesa efetiva, que não seria possível caso a citação se dê apenas um dia antes da audiência de interrogatório. Não parece razoável supor que a finalidade da

norma é a de apenas deixar ciente o autor, mas um prazo razoável para sua defesa também parece estar dentro do escopo dela.

De outro giro, a desvinculação deste critério da decisão da causa, a verdade substancial como consta no art. 566 do Código de Processo Penal, permite um exame mais preciso da finalidade do ato processual violado para com o processo como um todo e não apenas a influência dele com a decisão condenatória. Lembra-se que o ato processual será uma parte constitutiva do processo que comporá a base de fundamentação da decisão judicial.

A flexibilização das formas a partir da justificativa que o objetivo, chegar ao fim do processo, justifica os meios tortuosos, um processo pautado em ilegalidade, não pode ser admitida. Assim, o exame sobre o cumprimento da finalidade da norma pelo ato desconforme aliado a outros verificadores do prejuízo tem o condão de minimizar brechas inquisitórias do processo penal brasileiro moderno, garantindo o respeito ao devido processo legal e à segurança jurídica.

Nessa perspectiva, o critério da garantia constitucional como outro elemento verificador aliado à finalidade da norma pode diminuir os espaços de subjetivismos do julgador. Assim, se um ponto de vista uniforme da Constituição é possível (ALEXY, 2015a, p. 141) como visto no ponto 1.4.2, também as análises da violação da garantia constitucional e da finalidade da norma são possíveis.

Contudo, esses critérios têm defeitos claros. Eles são demasiadamente abertos e permitem brechas para compreensões subjetivas por parte do julgador, o que pode provocar insegurança jurídica. Assim, apesar de terem alguns ganhos em questão de objetividade, quando comparado com os critérios atuais para verificação do prejuízo, eles não devem ser os únicos critérios verificadores da existência do prejuízo, sob pena de se cair na mesma vala comum que aqui se critica.

Uma possível sequencia lógica dotada de maior objetividade para a análise dos critérios aqui elencados seria uma verificação inicial: o ato praticado em desconformidade com o ordenamento interferiu na garantia constitucional assegurada pelo ato? Depois, verifica-se se a finalidade do ato foi violada: o ato praticado descumpriu a sua finalidade? Destarte, o prejuízo vai se aperfeiçoando com a investigação do ato desconforme. Casos concretos serão analisados no ponto 4.4 para melhor ilustrar o argumentado. Nesse sentido, refere-se ao caso do HC nº 178.074, que

será pormenorizado adiante, como exemplo de ato violador tanto da finalidade do ato como do núcleo do direito fundamental de defesa.

Com efeito, cumpre frisar que o exame da finalidade da norma e da garantia constitucional deve estar pautado em diretrizes que possibilitem uma maior objetividade na análise do prejuízo e da nulidade. Ele não será realizado sozinho, mas a existência do prejuízo, ou não, estará condicionada a outras diretrizes interpretativas que auxiliarão na análise da regra. Estas diretrizes serão o foco do próximo capítulo.

4.3. DIRETRIZES INTERPRETATIVAS PARA A ANÁLISE DO PREJUÍZO:

4.3.1. A presunção de prejuízo:

A primeira diretriz interpretativa para a análise da verificação do prejuízo é uma modificação na presunção que atualmente ocorre na jurisprudência. A presunção de que não há prejuízo até que a parte demonstre o contrário não condiz com a compreensão dos direitos e garantias fundamentais até aqui estudados.

Na jurisprudência, ocorre o seguinte: desrespeita-se a forma e entende-se pela presunção da ausência do prejuízo, devendo aquele que teve sua garantia violada demonstrar como foi prejudicado. O problema é perceptível pela inadequação com os fundamentos de um Estado Democrático Deliberativo de Direito. Ou seja, pratica-se um ato inválido formalmente que produz efeitos, viola-se a norma processual, desrespeita-se o devido processo legal e o princípio da legalidade, mas o ônus argumentativo de demonstrar que isso prejudica o processo é do jurisdicionado. Presume-se que a forma processual é um simples adorno sem finalidade útil para o processo.

Essa situação se agrava, na medida em que se cobra do sujeito processual que teve sua garantia violada a demonstração do prejuízo a partir de um frágil juízo hipotético sobre “o que poderia ter ocorrido caso a lei fosse observada”. Assim, abrem-se brechas para abusos de poder, os quais a “ciência privada” do juiz toma o lugar do devido processo legal (FERRAJOLI, 2009, p. 497). E isso vai ocasionar diversas manifestações de arbitrariedades como os exemplos já elencados ao longo deste trabalho.

É notória a possibilidade de abusos do judiciário decorrentes do ônus probatório da parte em evidenciar o efetivo prejuízo. Mesmo assim, cobra-se uma demonstração do efetivo prejuízo sofrido que acabará sendo feita por provas fictícias. A debilidade é perceptível. Um caso concreto pode auxiliar na ilustração das consequências práticas dessa presunção.

Apenas como exemplo do exposto, cita-se o HC nº 113.837/RS⁷⁹, no qual não se declarou a nulidade da audiência de inquirição de testemunhas ante a ausência da presença do acusado preso. A justificativa da decisão foi de que o defensor do réu, no caso concreto a Defensoria Pública, foi intimado da data da audiência e não pediu que o acusado estivesse presente – o que não se trata de faculdade do Estado de conceder ou não à parte a possibilidade de estar presente na audiência, mas sim de dever. Ademais, o defensor do acusado também não esteve presente, tendo de ser nomeado defensor dativo e o magistrado, no caso concreto, entendeu que a parte não logrou demonstrar o efetivo prejuízo sofrido.

Nessa perspectiva, questiona-se: como se demonstraria o prejuízo sofrido ante a violação da norma pelo Estado? Parece razoável que houve um prejuízo, mas como se prova? Por um juízo do que aconteceria se o acusado estivesse presente, quais perguntas ele teria feito, as possíveis respostas das testemunhas e de como essa situação influenciaria na decisão sobre a culpa? Conforme Jorge Coutinho Paschoal (2014, p. 367) questiona, se a condenação, em si, não é um prejuízo, o que constituiria um prejuízo?

Ele mesmo completa, conforme crítica de Aduino Suannes (1999, p. 312, *apud* PASCHOAL, 2014):

mais uma vez se repete um velho chavão: o processo em si (e a demora na decisão da causa) não representa prejuízo para o réu; a condenação não representa prejuízo para o réu; o cumprimento da pena não representa prejuízo para o réu. Que se haverá de entender então, como prejuízo? Assim, de discurso em discurso, encerra-se o julgamento.

⁷⁹ HC 113.837/RS, Rel. Min^a Rosa Weber, 1^a turma, J. 19.03.2013. Observa-se que ocorre, no caso, inclusive uma confusão de conceitos, justificando uma violação de direitos e garantias da parte, por intermédio de uma exceção, o art. 217 do Código de Processo Penal, sendo que não foi este o caso da referida audiência, tampouco seria caso de aplicação do artigo citado.

Se as formas processuais do devido processo legal são garantias de proteção ao jurisdicionado (FERRAJOLI, 2010, p. 63) e fonte de legitimação do poder estatal (FERRAJOLI, 2009, p. 621), sua violação deve provocar uma presunção de prejuízo para a parte, Tal lógica funciona como efetivação da nulidade como garantia secundária (FERRAJOLI, 2016, p. 631).

Essa garantia não responde exclusivamente à noção de eficiência e economia processual, mas também de legitimação do poder estatal pelo devido processo legal (CANOTILHO, 1999, p. 24). Nesse sentido, Zaclis afirma “sustentar o contrário, ou seja, defender de maneira abstrata, mesmo diante do descumprimento do ordenamento processual, a inexistência de qualquer lesão presumida em determinados casos, significaria admitir que algumas fórmulas são inúteis” (ZACLIS, 2016, p. 167).

Assim, não se nega a necessidade de modernização do direito processual penal atual, tampouco se afasta da ideia finalística da forma, mas, a partir dessas compreensões, propõe-se uma presunção que diminuiria a flexibilização arbitrária das formas que se tem hoje sem perder o adequado caráter de instrumentalidade. Destarte, Badaró (2012, p. 578) assinala como a atipicidade de qualquer espécie de nulidade, via de regra, gera um prejuízo para a finalidade do ato.

Com efeito, “todo e qualquer vício, que está sujeito ao regime das nulidades processuais penais, implicará uma presunção de prejuízo” (PASCHOAL, 2014, p. 343). A realização do ato desconforme ao ordenamento jurídico deve ser um “forte indício” de que houve prejuízo e, com isso, uma probabilidade maior da declaração da nulidade.

A presunção do prejuízo ante à desconformidade do ato deve abranger toda e qualquer violação processual, incluídas tanto as violações explícitas como o descumprimento de um prazo ou de um requisito formal, quanto as violações implícitas de princípios e garantias constitucionais ou da própria finalidade do ato processual. “Em síntese, é o descumprimento do ordenamento processual que resulta na presunção” de lesão aos sujeitos processuais e ao interesse público. (ZACLIS, 2016, p. 167).

Ademais, a presunção de prejuízo será uma presunção relativa, ou seja, ela será superável pela argumentação jurídica racional (ALEXY, 2015a, p. 35). Nesse norte, afirma-se: trata-se de uma posição de respeito para com a forma processual, visto que, se os termos da lei não são inócuos, não se pode tratar seu descumprimento com indiferença (ZACLIS, 2016, p. 169). Desse modo, será possível demonstrar que certa

presunção de prejuízo não deverá subsistir, já que ela não gerou prejuízo efetivo no caso concreto. Um exemplo prático pode auxiliar no exposto.

O caso do Habeas Corpus nº 81510⁸⁰ de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence ilustra bem o argumento. O fato versa sobre a incompetência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar crimes específicos do Código de Trânsito Brasileiro. O relator, partindo da classificação tradicional, entende como caso de nulidade absoluta. Contudo, apesar da suposta nulidade absoluta, o ministro demonstra que não houve prejuízo para a defesa em primeiro grau, visto que, apesar da suscitada incompetência, a juíza que proferiu a sentença é titular tanto do Juizado Especial quanto da única Vara Criminal da comarca de origem. Além disso, nem a acusação nem a defesa arrolaram testemunhas que chegassem perto ao limite previsto na lei dos juizados especiais e, em nenhum momento, houve algum pedido da defesa que tenha sido negado por se tratar de rito sumaríssimo.

Então, o relator decidiu por não declarar a nulidade de todo o processo, restringindo-se a cassar a decisão da Turma Recursal e determinar a remessa dos autos ao Tribunal do Estado competente. Trata-se, na prática, de efetiva demonstração do juízo que a prática desconforme dos atos processuais analisados não gerou prejuízo ao processo, visto que em nenhum momento a finalidade dos atos ofendidos foi afetada. Entende-se que a necessidade de tramitação no rito comum é para possibilitar formas mais complexas e menos céleres de provas e processo, o que em nenhum momento foi necessário.

Esse exemplo demonstra que a presunção de prejuízo não consiste em abandonar o caráter finalístico das formas, mas sim de reduzir a atual maleabilidade desprovida de critérios das formas processuais. Ainda será possível e simples sustentar que não houve prejuízo em um caso concreto, mas a presunção deste ante a violação do ordenamento jurídico traz consideráveis ganhos de segurança e objetividade aos jurisdicionados, além de desincumbi-los de um ônus prejudicial na prática forense.

Em resumo, entende-se que a violação da forma processual provoca uma presunção relativa de prejuízo. A violação englobará tanto a ofensa ao explícito quanto ao implícito no ordenamento jurídico constitucional. Essa presunção será *iuris tantum*,

⁸⁰ HC 81.510, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, j. 11/12/2001, DJ 12-04-2002.

ou seja, ela será superável por uma demonstração de que não houve prejuízo no caso concreto. Essa explanação será, principalmente, feita a partir de uma argumentação de que a finalidade da norma foi atingida. Assim, antes de se investigarem outros critérios normativos, deve-se definir de quem será o ônus argumentativo para a demonstração de que não houve prejuízo.

4.3.2 O ônus argumentativo:

O ônus argumentativo de o prejuízo concentrar-se na parte protegida pelo ato violado é outra das brechas analisadas neste trabalho que se exterioriza no processo penal brasileiro. Não é por acaso que autores (PACELLI, FISCHER, 2017, p. 1053) atribuem a esse funcionamento, pelo menos em alguns casos, o nome de ônus da prova diabólica, visto que muitas vezes a demonstração do prejuízo é virtualmente impossível.

Nessa senda, “é preciso atentar-se ao fato de que, em determinadas situações, torna-se impossível a realização da prova do prejuízo” (PACELLI, FISCHER, 2017, p. 1054). Isso ocorre tanto para a acusação, de forma menos frequente, quanto para a defesa, de forma mais frequente.

Assim, mesmo que haja prejuízo, a carga argumentativa da parte é tamanha que o prejudicado não consegue se desincumbir dela, acarretando a não declaração de nulidade de atos que efetivamente violaram o ordenamento jurídico e suprimiram garantias ou direitos dos jurisdicionados pela simples imputação de ônus processual argumentativo. É perceptível que, como se sugere uma alteração na presunção do não prejuízo para a presunção de prejuízo ante a violação das formas, também uma alteração no ônus argumentativo será necessária.

Cumprido frisar, todavia, que isso não significa que o sustentado será utilizado como argumento reducionista para a decretação de nulidades. A alteração na presunção de prejuízo e na carga argumentativa irão contribuir para uma maior objetividade na argumentação racional exigida pelo processo penal. Como já argumentado no ponto anterior, isso não deve acarretar o abandono da finalidade das formas.

Dessa forma, eventual arguição de nulidade de uma parte, que logicamente deverá fundamentar como o ato foi violado, abrirá oportunidade para o contraditório e exigirá decisão do magistrado, que estará incumbido, caso não haja prejuízo, do ônus de

fundamentar que não houve. Ressalta-se que o ônus do magistrado é de fundamentação. O ônus argumentativo incumbirá ao sujeito processual contrário no momento do contraditório.

Nesse norte, é necessário recordar que os sujeitos processuais não optam pelo processo, tampouco pela sua forma. Antes disso, as formas e normas processuais são criadas pelo próprio Estado para se adequar às suas finalidades dentro do permitido constitucionalmente. Assim, tanto como a acusação e a defesa, também o Estado, que impõe o processo às partes, deve observar rigorosamente as “regras do jogo”.

Novamente, observa-se o caráter de garantia secundária das nulidades, já que “ao se apontar um vício no decorrer da persecução penal, necessário compreendê-lo como uma possível ruptura do caminho ideal e prefixado pelo próprio Estado (...), e não como um interesse da parte para que seja promovida a sua justiça” (ZACLIS, 2016, p. 171). A declaração de nulidade consistirá na volta à normalidade processual, protegendo tanto o rito estatal quanto os direitos dos sujeitos processuais.

Logo, servindo as nulidades como garantia secundária a proteger os jurisdicionados e retomar a legalidade do processo penal, não deve ser da parte que tem seu direito violado o ônus argumentativo de demonstrar o prejuízo. No momento da arguição, a parte deverá demonstrar que efetivamente ocorreu a violação da norma, mas o prejuízo presume-se. Caso contrário, seria a norma meramente acessória e, como também já afirmado, forma é garantia.

Não se pode onerar o sujeito processual pela violação da forma cometida geralmente pelo próprio Estado contra um direito seu. Destarte, o sujeito processual contrário deverá argumentar, no momento do contraditório, como que a prática do ato desconforme com o ordenamento não violou garantias constitucionais, cumpriu sua finalidade e assim por diante. No momento da decisão, deve o magistrado, responsável pelo adequado andamento do processo, fundamentar eventual ausência de prejuízo. A parte que alegar a nulidade caberá demonstrar a efetiva violação da forma.

Em sentido semelhante, Zaclis (2016, p. 172) afirma que “um modelo racional de aferição do prejuízo, qualquer ônus deve necessariamente recair sobre a pessoa investida pelo Estado do poder para fiscalizar a tramitação do processo”, ou seja, o juiz. Concorde-se parcialmente com o autor, visto que eventual decisão pela não declaração de nulidade deverá ser fundamentada com base nos critérios aqui elencados e aliados

com as outras diretrizes interpretativas. Assim, defende-se, nesse trabalho, apenas um ônus de fundamentação do juiz e não de realocação do ônus argumentativo no magistrado. Este encargo será do sujeito processual contrário.

Paschoal (2014, p. 534) acompanha uma perspectiva semelhante, que sustenta “a ausência de prejuízo é que deve ficar comprovada”. Isso verifica-se, pois a parte não teria o ônus de demonstrar qualquer tipo de prejuízo, já que esse se presume da própria violação do procedimento, pois a forma é posta em prol de uma função de proteção dentro do ordenamento jurídico.

Com efeito, em caso de uma violação do ordenamento jurídico, a parte deve alegar a prática de ato inválido formalmente, demonstrando como a forma não foi respeitada. Logo, abre-se contraditório para o sujeito processual contrário, podendo ela concordar com a alegação de prejuízo, já que se trata de interesse público, ou não. Caso discorde, ele deverá se desincumbir do ônus argumentativo de demonstrar como a violação da forma não ocasionou prejuízo. Posteriormente, o magistrado decidirá sobre a alegação, lembrando que a violação traz uma presunção de prejuízo que vai se aperfeiçoando ou se afastando a partir dos critérios elencados neste trabalho, quais sejam: a violação da garantia constitucional, a finalidade do ato, a perda da oportunidade processual, o óbice da norma do interesse e assim por diante, o que deverá estar explícito na decisão judicial.

4.3.3 A norma do interesse como óbice à verificação do prejuízo:

Nesse ponto, continua-se com a análise das diretrizes interpretativas do prejuízo. Retomando a norma do interesse e sua relação com o prejuízo, a função proposta para a norma do interesse é a do preceito de que ninguém se valerá da própria torpeza.

Como já analisado, o art. 565 do Código de Processo Penal estabelece que “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. Conforme observado no ponto anterior sobre a norma do interesse, o segundo enunciado do dispositivo não deve subsistir, já que não há formalidade que interesse exclusivamente a um particular no processo penal.

Assim, o primeiro enunciado será o caracterizador da norma do interesse e estará vinculado à noção de prejuízo, pois funcionará como óbice para a verificação deste. Em outras palavras, a verificação do prejuízo será pressuposto para a declaração da nulidade, cumprindo, assim, a regra do art. 563 do Código de Processo Penal. Aquele será presumido a partir da violação do ordenamento jurídico como exposto; contudo, além da presunção, serão critérios, para a verificação e aplicação deste como o não cumprimento da finalidade do ato, o ônus argumentativo da verificação, a possibilidade de contraditório e a perda da chance como indicador de prejuízo (que será vista adiante). A norma do interesse, no sistema proposto, funcionará como óbice à declaração de nulidade.

Explica-se. Caso a parte argua nulidade a que haja dado causa, não haverá prejuízo e não será possível a declaração de nulidade. Destarte, é necessário compreender que, quando a torpeza é alegada em causa própria, gera-se uma alteração nas diretrizes sistemáticas do prejuízo.

Nessa perspectiva, busca-se afastar situações em que o próprio sujeito processual cria de possíveis nulidades para, maliciosamente, aproveitar-se delas no deslinde processual. Então, quando uma nulidade é suscitada, o órgão julgador deverá examinar se o sujeito processual tem alguma responsabilidade maliciosa para com o vício, de maneira que a verificação do prejuízo fique afastada em casos de violação deliberada da forma pelos jurisdicionados (PASCHOAL, 2014, p. 369).

Tal ponto é importante para manter a legitimação do Estado a partir do processo penal. Sendo o processo uma forma tanto de garantia quanto de reafirmação do Estado Democrático Deliberativo de Direito, não pode o jurisdicionado manipular os atos processuais de forma fraudulenta para obter proveito. A própria legislação pátria já prevê dispositivos nesse sentido como o art. 256⁸¹ do Código de Processo Penal.

Lembra-se que a higidez processual não está subordinada ao interesse privado, mas ao interesse público. Com efeito, a norma do interesse é a responsável por afastar a presunção de prejuízo nos casos em que a parte ou o seu representante maliciosamente dão causa ao ato processual inválido para obter uma possível declaração de nulidade.

⁸¹ Daniel Zaclis ilustra bem a sua relação com a norma do interesse: “A hipótese do art. 256, do diploma processual pátrio, é sobremaneira ilustrativa, ao impedir que a suspeição seja reconhecida quando a parte injuriar o juiz ou der motivo, propositalmente, para criar a situação de suspeição. Nesse caso, fica patente que, embora se vislumbre uma possível quebra da imparcialidade do juiz, inexistirá nulidade, pois a parte foi responsável pelo ato viciado” (ZACLIS, 2016, p. 182).

4.3.4. A perda da oportunidade processual como critério verificador do prejuízo:

A decisão judicial sobre a verificação ou não do prejuízo sempre será algo passível de discussão e discordância. Tal não poderia ser diferente, já que é da própria natureza do direito e do discurso ser dotada de graus de subjetividade (ALEXY, 2017a, p. 175). A decisão judicial livre de qualquer aspecto subjetivo e pautada exclusivamente a partir de critérios objetivos não é possível.

A fundamentação do juiz, mesmo que a partir do ponto de vista uniforme da Constituição, não deve ser tratada como uma verdade absoluta ou como hiper-racional (PULIDO, 2006, p. 199). A argumentação jurídica deve ser vista a partir do real e do possível, que, inclusive, acoberta duas decisões opostas, mas igualmente fundamentadas a partir de critérios racionais (ALEXY, 2015a, p. 30). O âmbito do que é possível discursivamente deve ser levado em conta, na forma do examinado no primeiro capítulo deste trabalho.

É a partir desse posicionamento que se deve estudar a perda da oportunidade processual como critério verificador do prejuízo. O objetivo é, mais uma vez, trazer critérios objetivos para decidir sobre a existência do prejuízo, aperfeiçoando o que hoje é uma jurisprudência consideravelmente caótica.

Ademais, “em uma operação racional para aferir o grau de lesão gerado pelo vício processual, raros são os casos em que é possível medir com precisão o ‘verdadeiro estrago’ feito pelo ato” (ZACLIS, 2016, p. 174). Nesse âmbito é que se afirma: a perda da oportunidade processual deve ser um indicativo para a aferição do prejuízo que se presumiu pela violação do ordenamento jurídico.

Nesse norte, o Código de Processo Penal Chileno estabelece expressamente⁸² que há prejuízo toda vez que a inobservância das formas processuais atente contra a possibilidade de atuação dos jurisdicionados. Ademais, o referido Código vai adiante ao estabelecer que há uma presunção de prejuízo se a violação do ordenamento jurídico impediu o exercício de direitos ou garantias dos sujeitos processuais. Entende-se que

⁸² *Artículo 159.- (...)Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.*

Artículo 160.- Presunción de derecho del perjuicio. Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República.

esses dispositivos vão em linha semelhante ao aqui sustentado, visto que pretendem garantir, por exemplo, que a violação de uma oportunidade de apresentar uma defesa, comparecer à audiência ou ser devidamente notificado suprimem oportunidades processuais que geram prejuízo.

Com efeito, sugere-se como critério a perda de uma chance processual, ou seja, a supressão, por culpa do Estado, de uma situação ou direito dos sujeitos processuais deve ser levado em conta para análise do prejuízo. Então, caberia ao jurisdicionado demonstrar a efetiva perda da oportunidade processual pelo desrespeito de uma norma processual.

Assim, afasta-se dos frágeis juízes hipotéticos já demonstrados sobre o que possivelmente teria ocorrido caso o ato fosse praticado em conformidade às normas processuais para aproximar-se da análise da perda da oportunidade. Retomando o caso HC nº 113.837/RS, no qual o acusado preso não foi levado à audiência, o que foi feito sem fundamentação ou justificativa, percebe-se que não se indagará sobre qual possível pergunta ou manifestação o acusado faria para seu defensor e se esta possibilitaria uma eventual mudança na decisão final da causa. Trata-se de raciocínio de difícil visualização que ocorre num plano imaginário por demais subjetivo.

A partir do aqui proposto, o raciocínio se desenvolverá da seguinte forma: a violação da norma do art. 399, §1º, do Código de Processo Penal gera uma presunção relativa de prejuízo. Essa presunção é reforçada pelo não cumprimento da finalidade da norma, que é a de possibilitar uma defesa efetiva e a fiscalização do devido processo legal pelo acusado. Ainda, a verificação do prejuízo também é fortalecida pela perda da oportunidade processual, uma vez que o ato inválido formalmente impossibilitou o exercício de um direito do réu. Com efeito, percebe-se que a presunção de prejuízo fortifica-se com o desenrolar do raciocínio, demonstrando uma alta probabilidade de prejuízo.

Caso se examine o Habeas Corpus nº 81.510, o resultado será diverso, mesmo que a doutrina sustente que se trata de caso de nulidade absoluta, o que para muitos gera uma declaração de nulidade automática, visto que não seria necessária a análise do prejuízo (TOURINHO FILHO, 2013, p. 546; TORNAGHI, 1991, p. 301). Consoante a sistemática proposta, a violação da norma sobre a competência do processo ordinário geraria uma presunção relativa de prejuízo. Contudo, não se violou a finalidade da

norma, pois não houve, em nenhum momento, alguma redução das possibilidades de produção de prova da defesa ou acusação. Além disso, não ocorreu qualquer perda da oportunidade processual. Assim, a presunção de prejuízo aliada com os outros dois critérios demonstraria uma baixa probabilidade de prejuízo, que seria passível de ser afastada pela argumentação do magistrado de que, apesar da invalidade formal e da presunção de prejuízo, no caso concreto, este não se efetivou.

Ressalta-se que a simples verificação da perda da oportunidade processual não irá acarretar a imediata declaração de nulidade. A verificação do prejuízo e a posterior declaração de nulidade dependerão de outros requisitos. É o prejuízo, que inicia presumido pela violação da norma processual, que se aperfeiçoa diante da constatação de uma real oportunidade perdida (ZACLIS, 2016, p. 181).

4.3.5 A norma da convalidação e o prejuízo:

Diretriz norteadora do sistema de nulidade que deve ser analisada é a norma da convalidação. Apesar de não se relacionar especificamente com o prejuízo como as outras normas e critérios até aqui elencados, ela também demanda análise. Inicialmente, critica-se sua denominação, uma vez que não se trata de tornar o ato válido, mas da impossibilidade da declaração de nulidade - que não é uma forma de saneamento, mas uma garantia secundária como já visto – pela passagem do tempo. Seria assim, a norma da preclusão.

Duas correntes destacam-se na doutrina mais moderna. Uma defende a necessidade da norma da preclusão, em razão da segurança jurídica e da necessidade de eficiência do processo penal. Outra corrente compreende a norma da preclusão como inconstitucional.

Paschoal, aproximando-se da primeira corrente citada, defende a necessidade da preclusão. Esta, segundo o autor, deveria ser estipulada pelo legislador, autoridade dotada de maior representação democrática, de modo a criar critérios e prazos claros, razoáveis e objetivos para as partes argüirem nulidade. Nessa perspectiva, afirma Paschoal (2014, p. 348):

É melhor termos uma lei com soluções menos radicais, melhor dizendo, intermediárias (ainda que questionem os critérios preclusivos das nulidades), mas que, ainda assim, tenha plausibilidade e seja implementada

com maior segurança jurídica para todos, sem distinções. É preferível o exposto a termos uma lei “fantástica”, perfeita e teoricamente impecável, mas cuja aplicabilidade ou efetividade seja quase zero, levando o juiz a criar soluções jurídicas questionáveis ou *contra legem* para resguardar a validade dos atos, em grande parte dos casos.

Gloeckner, que defende a inconstitucionalidade da norma da convalidação, discorda da necessidade da regra, definindo-a como norma que “diz respeito à evitação de declaração da nulidade, quando sanado o seu defeito” (GLOECKNER, 2017, p. 238), ressaltando que se trata de norma “incompatível não apenas com a natureza jurídica das nulidades, mas também se torna irreconciliável com uma perspectiva constitucional de processo penal” (GLOECKNER, 2017, p. 241).

Ante a crítica à classificação das nulidades e a defesa de todas as nulidades como de interesse público, a positivação da preclusão não se mostra como a melhor alternativa a ser seguida nesse trabalho, pois a norma da preclusão está relacionada com a compreensão de que algumas nulidades interessam apenas as partes, sendo essa a razão da sua possibilidade de arguição precluir. Contudo, não parece adequado o ônus argumentativo ser igual em momentos diferenciados de arguição. Explica-se. A arguição de uma nulidade de prova logo no momento que esta ocorreu deve possuir uma presunção maior de prejuízo que a mesma nulidade arguida apenas em sede de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal diversos anos após o ato desconforme ter sido praticado.

Nesse ponto, há de se atentar para a possibilidade das nulidades serem utilizadas como estratégias da defesa para anular processos inteiros na tentativa de conseguir uma prescrição ou como estratégia da acusação para refazer a instrução probatória com maior possibilidade de condenação. Assim, defende-se uma diminuição da presunção de prejuízo com a passagem do tempo, ou seja, quanto mais o sujeito processual demorar a arguir a nulidade, menor será a presunção de prejuízo pelo ato desconforme.

Ademais, observa-se que o grau de prejuízo, ou seja, os níveis de violação da garantia constitucional protegida pela forma, de interferência na sua finalidade, da perda completa ou parcial de oportunidade processual podem variar a depender do caso concreto. Exemplifica-se: o desrespeito ao art. 212 do Código de Processo Penal, que regula a ordem de inquirição de testemunhas, prejudica de forma diferente o acusado que a ausência de defensor técnico durante a audiência de inquirição de testemunhas. Ambas as situações tratam de casos de nulidade e de aplicação da regra do prejuízo, mas

parece possível sustentar que a ausência de defesa técnica no momento da audiência viola de forma mais grave garantias fundamentais do réu, oportunidades processuais de manifestação e a própria finalidade do processo penal, prejudicando-lhe mais que a inobservância ao artigo 212 citado.

Nesse sentido, não necessariamente a fragilização da presunção de prejuízo com a passagem do tempo implicaria na não declaração de nulidade. Assim, possivelmente a ausência de defesa técnica, conforme caso analisado no ponto 4.4.4, no momento da audiência quebranta de tal forma o direito fundamental à defesa, que o prejuízo continuaria flagrantemente configurado mesmo com a passagem do tempo. Contudo, a diminuição do ônus argumentativo de demonstrar a ausência do prejuízo em razão da dilação temporal entre o ato viciado e a arguição auxilia numa verificação mais objetiva e racional da ocorrência ou não do prejuízo.

Com efeito, defende-se a substituição da norma da preclusão pela norma da conexão da presunção de prejuízo com o momento da arguição. Dessa forma, objetiva-se dificultar o uso das nulidades como estratégias, mantendo a lógica das nulidades como garantias secundárias de interesse público.

4.4 UMA MUDANÇA NO ASPECTO PRÁTICO:

Neste ponto, objetiva-se apresentar como a jurisprudência interpreta e aplica as nulidades em alguns casos concretos. Os casos versarão sobre a ordem de inquirição de testemunhas, presente no art. 212 do Código de Processo Penal; a ausência de defesa preliminar nos crimes da lei de drogas; a ausência de fundamentação no recebimento da denúncia; e a ausência da presença de advogado na audiência. Ademais, pretende-se demonstrar, argumentativamente, os ganhos de objetividade com a utilização dos critérios propostos neste trabalho.

4.4.1. A nulidade pela inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal:

O primeiro assunto elencado é o consubstanciado no art. 212 do Código de Processo Penal. Como já afirmado, trata-se de formalidade que foi relativizada com a passagem do tempo. No início da alteração legislativa, a jurisprudência de maneira

majoritária entendia que se tratava de nulidade absoluta. Passagem da Ministra Laurita Vaz demonstra o entendimento antigo do Superior Tribunal de Justiça:

No caso vertente restou violado o due processo of law constitucionalmente normatizado, pois o art 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal, preceitua que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e na espécie o ato reclamado não seguiu o rito estabelecido na legislação processual penal, acarretando a nulidade do feito, porquanto, a teor do art. 212 do Código Instrumental, a oitiva das testemunhas deve ser procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, sendo que na hipótese, o magistrado não se restringiu a colher, ao final, esclarecimentos que elegeu necessários, mas realizou o ato no antigo modo, ou seja, efetuou a inquirição de testemunhas.(...) Restou demonstrada a nulidade decorrente do ato em apreço, em razão de evidente ofensa ao devido processo legal. (STJ, HC 180.705/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5ª T., j. 16.06.2011.).

Atualmente, a jurisprudência quase em sua totalidade entende-a como nulidade relativa e exige a demonstração do prejuízo. Na prática, raríssimos os casos em que há declaração de nulidade pela inobservância da forma processual do art. 212 do Código de Ritos Penais.

Os argumentos mais comuns à sustentação do afirmado são: 1) a necessidade de o magistrado inquirir o acusado para descobrir “a verdade real”⁸³; 2) o fato de tratar-se de nulidade relativa⁸⁴; e 3) a ausência de demonstração do prejuízo pelas partes, já que não se demonstrou como a alteração da ordem de perguntas modificou a decisão da causa⁸⁵. Cita-se fundamentação de câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo caráter ilustrativo das razões para a não declaração de nulidade ante a inobservância da ordem de perguntas:

⁸³ Apelação Crime Nº 70075076000, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 10/05/2018; Apelação Crime Nº 70055411938, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, J. 28/11/2013

⁸⁴ STJ, RHC 42.111/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 06/03/2018, DJe 14/03/2018; STJ, AgRg no AREsp 367.053/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 20/03/2018, DJe 02/04/2018; STJ, AgRg no AREsp 1185742/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 20/03/2018, DJe 27/03/2018; STJ, AgRg no REsp 1672649/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 03/04/2018, DJe 06/04/2018; STJ., AgRg no REsp 1712039/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 03/05/2018, DJe 09/05/2018.

⁸⁵ Apelação Crime Nº 70057800369, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sandro Luz Portal, J. 16/05/2018; Apelação Crime Nº 70075599324, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Genacéia da Silva Alberton, J. 09/05/2018; Apelação Crime Nº 70076833268, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Victor Luiz Barcellos Lima, J. 26/04/2018; Recurso em Sentido Estrito Nº 70076833227, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Victor Luiz Barcellos Lima, J. 26/04/2018; Apelação Crime Nº 70075504209, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, R. Rinez da Trindade, J. 25/04/2018; Apelação Crime Nº 70074675760, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, J. 10/05/2018.

Ademais, as perguntas realizadas pelo magistrado não indicam qualquer espécie de parcialidade não se podendo extrair de sua atuação qualquer benefício, seja à acusação, seja à defesa. (...) Do contrário estaremos lançando às favas o princípio da verdade real, tão caro ao direito criminal.

Reconhecer a nulidade postulada seria admitir o processo como um fim em si mesmo e não como um meio para se alcançar a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Seria privilegiar o rito, um retrocesso na estrutura do moderno processo penal brasileiro, que está em busca de celeridade, economia processual e respeito aos direitos individuais. De se lembrar, sempre, que o que se busca no processo criminal é a verdade real, princípio este basilar (Apelação Crime Nº 70075076000, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 10/05/2018⁸⁶).

Além da relativização da nulidade com a passagem do tempo, há um interessante ponto que dificulta sobremaneira a funcionalidade da nulidade como uma garantia secundária, qual seja: a vinculação desta com a instrumentalidade de formas como exposto no ponto 4.2.2. Ademais, no caso concreto, a dificuldade se ressalta pela “aparição” do suposto princípio da verdade real.

Assim, viola-se o processo e a norma, não se atinge a finalidade do ato, dificulta-se a demonstração do prejuízo e condena-se o acusado. No final, não houve prejuízo, pois não se demonstrou como o ato formalmente inválido influenciou a decisão da causa. Ressaltam-se os saltos lógicos perigosos para um processo penal que também sirva à legitimação do poder estatal são perceptíveis.

Caso *cases* do gênero fossem analisados a partir dos critérios defendidos neste trabalho, o resultado possivelmente seria distinto. Demonstra-se. Em caso da inversão completa da ordem de pergunta, tomando o magistrado para si a função legalmente designada para a acusação, entende-se que haveria uma presunção de prejuízo para a defesa, pois 1) o direito à imparcialidade do julgamento assim como o direito ao contraditório foram restringidos, uma vez que a finalidade da norma, que é manter o magistrado equidistante da produção de prova acusatória e defensiva de forma que lhe possibilite a análise mais ampla e imparcial possível, foi descumprida. Além disso, invariavelmente há uma perda da oportunidade processual da defesa, visto que tanto a estratégia acusatória quanto a defensiva ficam prejudicadas ante a iniciativa do

⁸⁶ Esse caso específico é especialmente ilustrativo, visto que o promotor de justiça não foi na audiência de inquirição de testemunhas. Assim, o magistrado assumiu o papel do acusador e inquiriu a testemunha como se acusação fosse – logicamente antes da defesa, ao contrário do disposto no artigo. Posteriormente, houve a consequente condenação. Em sede recursal, o tribunal entendeu que não há nulidade pela ausência de demonstração de prejuízo e pela necessidade de o princípio da verdade real prevalecer.

magistrado em inquirir as testemunhas e o acusado. Destarte, a regra seria a declaração de prejuízo, sendo possível, a partir do exame do caso concreto, o magistrado fundamental racionalmente que não houve prejuízo apesar da presunção.

De outro giro, em caso de complementação de perguntas por parte do magistrado, não haveria qualquer presunção de prejuízo, visto que estaria dentro do próprio escopo da norma do art. 212 do Código de Processo Penal. Entende-se que os critérios expostos auxiliariam em trazer mais objetividade para a argumentação jurídica desse tema específico, que, atualmente, continua vinculado à classificação das nulidades, à decisão final da causa e ao normalmente homérico ônus de demonstração do prejuízo.

4.4.2. A nulidade pela ausência de defesa preliminar no rito de drogas:

O próximo caso a ser analisado é o da ausência de defesa preliminar no rito da lei de drogas. Ressalta-se que a relativização⁸⁷ pela qual essa nulidade já passou foi analisada em ponto anterior.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸⁸ e do Supremo Tribunal Federal é frequente a não declaração de nulidade pela inobservância da norma do art. 55 da Lei nº 11.343/06. A fundamentação para a ausência de nulidade geralmente se desenvolve da seguinte forma:

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a inobservância do rito procedimental previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002, que determina a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, constitui nulidade relativa, devendo ser arguida em momento oportuno e comprovado o prejuízo (STJ, HC 205.322/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 20/03/2014, DJe 27/05/2014).

⁸⁷ STJ, HC 138.275/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, j. 05/11/2009, DJe 24/05/2010.

⁸⁸ STJ, AgInt no REsp 1414364/SP, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, j. 20/03/2018, DJe 05/04/2018; STJ, HC 142.836/DF, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 07/06/2016, DJe 21/06/2016; STJ, HC 205.322/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 20/03/2014, DJe 27/05/2014; STJ, HC 237.201/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, j. 18/02/2014, DJe 05/03/2014; STJ, HC 400.482/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 14/11/2017, DJe 21/11/2017.

Há de se destacar, contudo, exceção da Justiça do Rio Grande do Sul que, via de regra, compreende se tratar de nulidade absoluta⁸⁹. Argumentação recorrente do Judiciário gaúcho é a seguinte:

O direito ao devido processo legal impõe que se observe o rito sumaríssimo nos crimes de menor potencial ofensivo. É que é na defesa efetiva e prévia ao recebimento da acusação que se pode alegar a existência de matéria defensiva mesmo de ordem pública, como v.g. prescrição, ou ausência de prova material do crime. E o devido processo legal tem nesta garantia efetiva a legitimação da ação estatal punitiva. É direito de qualquer réu ser processado pelas regras do jogo, evitando-se a surpresa de um procedimento com rito diverso do legal. 2- Recebimento da denúncia sem defesa preliminar que viola o devido processo legal. DECLARADA A NULIDADE DO FEITO (Recurso Crime Nº 71007517162, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 07/05/2018).

Que neste específico caso foi consubstanciado pela própria manifestação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em virtude de sua atuação *custo iuris*. Cita-se:

Primeiramente, o Ministério Público, nesta sede, na esteira do que tem entendimento a Turma Recursal Criminal do Estado, manifesta-se pelo reconhecimento da nulidade do feito, em face da violação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Compulsando os autos, é possível constatar que nos autos não foi oportunizado ao denunciado o oferecimento de defesa preliminar.

Na solenidade realizada em 17/10/2017 (fl. 33), o Juízo singular passou a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu, sem antes conceder a palavra à defesa do denunciado para manifestação, tendo posteriormente recebido a denúncia (fl. 45).

Portanto, evidente o prejuízo acusado ao recorrente, porquanto não foi observado o rito da Lei nº 9.099/95, em especial, o disposto no caput do artigo 81, tendo o juízo singular iniciado a instrução processual sem ter oportunizado ao denunciado qualquer defesa prévia, circunstância que importa violação ao princípio da ampla defesa e, por isso, caracteriza nulidade absoluta. (Recurso Crime Nº 71007517162, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 07/05/2018).

Nesse sentido, percebe-se como a declaração de nulidade continua vinculada a padrões pouco objetivos, que dificultam a argumentação racional nessa matéria. A declaração ou não da nulidade nos casos analisados que versam sobre a defesa

⁸⁹ TJRS, Recurso Crime Nº 71007545791, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Luis Gustavo Zanella Piccinin, j. 07/05/2018; TJRS, Recurso Crime Nº 71007605348, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Edson Jorge Cechet, J. 07/05/2018; TJRS, Recurso Crime Nº 71007517162, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Luis Gustavo Zanella Piccinin, j. 07/05/2018; (JRS, Recurso Crime Nº 71007447543, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 23/04/2018; TJRS, Recurso Crime Nº 71007088206, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Keila Lisiane Kloeckner Catta-Preta, j. 27/11/2017.

preliminar prevista na Lei de Drogas fica estritamente vinculada à classificação das nulidades e a demonstração do prejuízo. Contudo, como já visto, a atual forma de classificação das nulidades traz critérios por demais subjetivos, o que gera considerável insegurança jurídica.

Dessa forma, os critérios sustentados possivelmente aperfeiçoariam o debate, visto que a inobservância da norma traria uma presunção de prejuízo, que, no caso concreto, seria aperfeiçoada pela perda da oportunidade processual. Assim, a regra estaria nos conformes do aplicado pelos casos citados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Além disso, em eventual caso concreto que fuja da normalidade, o sujeito processual oposto poderia demonstrar argumentativamente a ausência do prejuízo, por exemplo, como o ato atingiu sua finalidade e como não houve uma perda de oportunidade processual. Contudo, levando ao magistrado critérios mais objetivos que o comumente visto na jurisprudência. Lembra-se: o magistrado ainda teria o ônus de fundamentação.

4.4.3. A nulidade pela ausência de fundamentação no recebimento da inicial acusatória:

O próximo caso a ser verificado é o da ausência de fundamentação no recebimento da denúncia. Essa situação específica consiste em uma peculiaridade do direito processual penal brasileiro, visto que a Constituição Federal prevê expressamente que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação, conforme art. 93, IX.

Contudo, a jurisprudência quase unânime dos tribunais⁹⁰ é de que a decisão de recebimento da denúncia prescinde de fundamentação. Recorrente motivação para tanto consiste no seguinte:

⁹⁰ Habeas Corpus Nº 70077105542, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Rosaura Marques Borba, j. 10/05/2018; Apelação Crime Nº 70074886706, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de

Avançando ao recebimento da incoativa, não há falar em nulidade da manifestação singular porque deficitária sua fundamentação, pois não se trata de verdadeiro *decisum*, mas de despacho cuja natureza interlocutória simples apenas concede juízo positivo de admissibilidade da acusação proposta pelo Ministério Público.

Portanto, para os fins a que se refere o inciso IX do artigo 93 da Carta da República, não pode ser equiparado aos demais atos decisórios, sob pena de indevido prejulgamento do *meritum causae*, afigurando-se suficiente a avaliação da viabilidade da pretensão deduzida e do atendimento às formalidades legais da referida peça, entendimento igualmente comungado pela jurisprudência do Pretório Excelso. (Habeas Corpus N° 70077361756, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 16/05/2018).

O Superior Tribunal de Justiça⁹¹ e o Supremo Tribunal Federal⁹² guardam ampla jurisprudência nesse sentido de fundamentação. Interessante observar que o relator menciona que se trata de despacho (decisão?) interlocutório⁹³ e que eventual fundamentação consistiria em prejulgamento do mérito. Todavia, é cediço na jurisprudência⁹⁴ que decisão de recebimento de ação de improbidade administrativa, por exemplo, a configurar, quiçá, o mesmo “despacho interlocutório” necessita de fundamentação, segundo as peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido, se o menos gravoso que é o recebimento da ação de improbidade administrativa necessita de fundamentação, por que o mais gravoso que é a própria persecução penal prescinde?

Justiça do RS, Rel. Bernadete Coutinho Friedrich, j. 26/04/2018; Apelação Crime N° 70075981373, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Lizete Andreis Sebben, j. 14/03/2018.

⁹¹ RHC 65.879/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 07/04/2016, DJe 13/04/2016); (RHC 90.684/RJ, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 03/05/2018, DJe 09/05/2018); (RHC 85.177/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

⁹² HC 118183, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 17-12-2013 PUBLIC 18-12-2013

⁹³ ARE 687165 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. 07/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 16-11-2017 PUBLIC 17-11-2017 e ARE 749864 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. 01/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 26-09-2017 PUBLIC 27-09-2017 e ARE 1023693 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 12-05-2017 PUBLIC 15-05-2017

⁹⁴ Agravo de Instrumento N° 70045476298, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel.: Sandra Brolara Medeiros, Julgado em 07/10/2011; Agravo de Instrumento N° 70031346620, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, j. 29/07/2009); Agravo de Instrumento N° 70064300007, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Marco Aurélio Heinz, Redator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 24/06/2015.

Ademais, o próprio dispositivo processual cível⁹⁵ que faz referência às decisões interlocutórias já adverte para o seu caráter decisório, por mais que não consista na análise de mérito. Nessa perspectiva, Paschoal afirma se tratar o juízo de admissibilidade da inicial acusatória pressuposto de validade de todo o processo, de modo que é imprescindível a decisão devidamente fundamentada, em consonância à regra constitucional da motivação das decisões penais, sendo vício de ordem absoluta por violação legal e constitucional (PASCHOAL, 2014, p. 457).

Cumprir firmar que não se defende uma fundamentação exaustiva dos casos concretos a fazerem um juízo do mérito antecipado, mas apenas de se afastar a ausência completa de fundamentação ou fundamentações genéricas que servem simplesmente para qualquer caso concreto. Assim, cita-se julgamento do Superior Tribunal de Justiça que entendeu como fundamentada a seguinte decisão de recebimento da inicial:

Rejeito a alegação de inépcia de denúncia, uma vez que a peça exordial cumpre o que preceitua o artigo 41 do Código de Processo Penal, contendo a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como a qualificação da acusada e a classificação do crime, viabilizando, assim a plena defesa. Ademais, constam nos autos indícios suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, não havendo o que se falar em ausência de justa causa; os demais argumentos dizem respeito ao mérito da causa e com ele devem ser solvidos, após regular dilação probatória (RHC 90.684/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018)

Dessa forma, não se cumpre o plano deliberativo básico proposto por Alexy. Uma fundamentação de decisão que inaugura um processo acusatório contra um cidadão que serve para qualquer caso simplesmente não está devidamente motivada. Assim, apesar da jurisprudência ser firme no sentido de que a ausência de fundamentação do recebimento da inicial acusatória consiste apenas em nulidade relativa, devendo ser comprovado o prejuízo, entende-se que os critérios aqui expostos possibilitariam uma melhor análise da situação.

Nesse sentido, a não fundamentação deveria, por si só, trazer uma presunção de prejuízo, visto que viola o art. 93, IX, da Constituição Federal. Além disso, a própria finalidade do ato que é a de verificar os requisitos mínimos da denúncia não é cumprido,

⁹⁵ Sempre com a devida cautela sobre as transposições de referenciais processuais cíveis para o processo penal. Entretanto, neste caso, a própria menção do caráter interlocutório permite a transposição não para sua aplicação, mas para fins argumentativos.

caso não haja fundamentação da decisão. Destarte, há uma forte presunção de prejuízo ante a violação da finalidade do ato e do dispositivo constitucional.

4.4.4 A nulidade pela ausência do defensor técnico na audiência:

A última hipótese de nulidade a ser verificada neste ponto é a de ausência do defensor na audiência de instrução. A jurisprudência dominante⁹⁶ é a de compreender a nulidade como de ordem absoluta. Na fundamentação de casos dessa espécie que foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, há inclusive a menção de que o prejuízo seria notório e presumido ante a ausência do advogado na audiência, prescindindo de comprovação pela parte⁹⁷.

Caso interessante é o HC nº 178.074, visto que o magistrado de primeiro grau fundamentou que não haveria nulidade na realização de audiência sem defensor técnico, pois o princípio da celeridade processual prevaleceria sobre o da defesa, que estaria protegida pela autodefesa do réu. Há, inclusive, no termo da audiência a seguinte passagem:

Em auto-defesa (sic), dada a palavra ao réu, para que, na amplitude de defesa, formulasse perguntas pessoalmente a testemunha, em virtude da ausência de seu advogado legalmente constituído, declinou o acusado que não tinha perguntas.

A fundamentação mais recorrente nesses casos é a declaração da nulidade, tendo em vista a flagrante violação ao princípio da ampla defesa. No caso supracitado, a relatora do caso no Superior Tribunal de Justiça posicionou-se da seguinte maneira:

No meu sentir, está-se, sim, diante de caso de ilegalidade. Por mais que o magistrado mirasse preservar o valor constitucionalmente protegido da celeridade processual, nas circunstâncias, foram afetados, de modo iníquo, outros direitos de igual matiz. Veja-se que o contraditório foi afetado visto que não foi assegurada, de modo efetivo, a possibilidade de a Defesa

⁹⁶ STJ, HC 178.074/BA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 28/09/2010, DJe 18/10/2010; STJ, HC 112.658/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, j. em 04/11/2008, DJe 24/11/2008; STJ, HC 18.117/PE, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, j. 18/12/2001, DJ 18/02/2002 p. 514. TJRS, Recurso Crime Nº 71007538515, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Luiz Antônio Alves Capra, j. 21/05/2018 e TJRS Recurso Crime Nº 71007543242, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Edson Jorge Cechet, j. 07/05/2018 e TJRS Recurso Crime Nº 71007468085, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Rel. Luis Gustavo Zanella Piccinin, j. 09/04/2018.

⁹⁷ HC 102.226/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, j. 03/02/2011, DJe 21/02/2011.

contribuir para o dialético ingresso da prova nos autos; autorizando-se, também, notar a quebra da par *conditio*. Todavia, o que me parece mais eloquente, na situação, é a violação da ampla defesa, pois à defesa técnica compete significativa tarefa na esmerada prestação jurisdicional. Lembre-se que a autodefesa e a defesa técnica são duas faces indissociáveis do mesmo prisma. É absolutamente impensável, no atual estágio de evolução do Direito Processual Penal, prescindir-se da defesa técnica (HC 178.074/BA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 28/09/2010, DJe 18/10/2010).

Nesse sentido, observa-se certa desvinculação com a própria tese do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal de que o prejuízo deve ser comprovado pela defesa na arguição da nulidade, visto que nesses casos os próprios magistrados presumem o prejuízo. A presunção provavelmente se dá pela dificuldade latente de um defensor demonstrar o efetivo prejuízo que o acusado sofreu pela sua ausência na audiência. Houve prejuízo, mas sua comprovação da forma como requisitada na maioria dos casos é de difícil cumprimento.

Destarte, mais uma vez, reforça-se a necessidade da presunção de prejuízo não apenas para esse caso específico, mas para todos os outros. O atual estado da jurisprudência provoca insegurança jurídica, na medida em que a declaração de nulidade e a existência do prejuízo estão completamente vinculados ao subjetivismo dos julgadores e da decisão final do processo. Nenhuma dessas duas vinculações deve permanecer, razão pela qual os critérios elencados neste trabalho podem auxiliar a promover a necessária segurança jurídica para a matéria das nulidades processuais penais.

4.5 UMA ANÁLISE DAS NULIDADES NO PROJETO DE LEI Nº 8.045 DE 2010:

Como o projeto de lei referente ao Novo Código de Processo Penal continua avançando na Câmara dos Deputados, depois de já ter sido aprovado no Senado Federal, entende-se pela importância da análise da referida proposta. A necessidade de um novo Código de Processo Penal é clara, visto que o atual código de ritos criminais pátrio constitui-se em um retalho de um Código Ditatorial combinado com diversas alterações legislativas, que objetivavam atualizar o processo penal brasileiro, mas que acabaram com qualquer perspectiva de uniformidade e harmonia do sistema. Afinal, um código que prevê em seus dispositivos desde a incomunicabilidade do indiciado até a proteção

dos direitos humanos dos acusados e a nulidade de atos pela ausência de curador ao menor de 21 anos, em flagrante desatualização, não pode ser considerado como coerente.

É necessária a promulgação de um novo Código de Processo Penal que tenha por base a atual Constituição brasileira e que seja coerente com o ordenamento jurídico contemporâneo. Nesse norte, diversos países da América Latina criaram novos códigos processuais penais depois de sua redemocratização, muitos com o intuito de iniciar um novo ciclo de um processo penal com bases constitucionais e democráticas. O Código Processual Penal chileno de 29 de setembro de 2000, o Código Nacional de Procedimentos Penais Mexicano de 2014 e o Código Processual Penal uruguaio de 2014 são exemplos disso.

Para ilustrar o referido, a Reforma Penal acusatória mexicana de 2008 a 2016 teve por objetivo uma atualização dos procedimentos criminais e uma maior coerência para com o sistema jurídico vigente no México, também atendendo às exigências sociais de uma justiça transparente, eficaz e comprometida com a legalidade e o Estado de Direito (GONZÁLES, 2016, p. 13). Assim, examina-se como o Projeto de Lei nº 8.045 de 2010⁹⁸ disciplina a matéria das nulidades.

A proposta de Novo Código de Processo Penal trata a nulidade preponderantemente como sanção, conforme se retira do artigo 154⁹⁹. Contudo, essa perspectiva não é um óbice para o adequado entendimento da declaração de nulidade como uma natureza dúplice de sanção e vício (SPANGHER, 2008, p. 355) apta a caracterizar a nulidade como uma garantia secundária de direitos (FERRAJOLI, 2010, p. 64).

⁹⁸ Cumpre advertir que essa identificação corresponde à tramitação do projeto na Câmara dos Deputados. O projeto de novo código foi aprovado no Senado sob a designação de Projeto de Lei nº 156 de 2009. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/12/07/plenario-aprova-novo-codigo-do-processo-penal>>. Acessado em: 18/05/2018. Ele está disponível para consulta sobre a tramitação na Câmara dos Deputados no endereço: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acessado em: 18/05/2018. E no Senado Federal no endereço: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 18/05/2018.

⁹⁹ Art. 154. Nas infrações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto na Seção I deste Capítulo. §1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado ou, em caso de sigilo, das suas iniciais.

No capítulo específico das nulidades, o artigo inicial¹⁰⁰ importa em um considerável avanço, visto que compreende o ato inválido a partir do descumprimento de dispositivos legais e/ou constitucionais. Esta concepção segue a mesma lógica do sustentado nessa pesquisa, conforme apresentado no ponto 3.1.

Assim, a verificação da invalidade estará vinculada à violação do ordenamento, abrangendo tanto os dispositivos legais quanto os constitucionais. A relação do plano de validade do ato com o ordenamento constitucional é bem recebida, já que positiva a vinculação de dupla fundamentação, tanto material quanto formal, do ato para com a Constituição, posicionando-a de forma correta como topo interpretativo do sistema.

Na comparação com o código atual, há uma perceptível melhora, visto que este tenta trazer um rol específico de nulidades sem entrar na identificação do que seria o ato inválido, aumentando as incertezas sobre o assunto, o que não ocorre no projeto proposto. Além disso, o posicionamento da análise da invalidade é positivo, já que demonstra que se trata de elemento anterior para a verificação do prejuízo e da declaração de nulidade.

De outro giro, o artigo 157¹⁰¹ do projeto é confuso, impreciso tecnicamente e mistura normas independentes. Inicialmente, vincular a decretação de nulidade com a invalidação do ato irregular é, pelo menos segundo as bases teóricas aqui expostas, um equívoco. Lembra-se que a nulidade é garantia. Essa garantia funciona a partir de uma decisão judicial, que declara a invalidade do ato como nulo e desconstitui os efeitos negativos da eficácia produzida pelo ato ilegal declarado nulo.

A invalidação não deve estar vinculada a uma ideia de irregularidade como espécie, segundo a criticada doutrina tradicional, das atipicidades formais. Ademais, não há uma decisão de decretação de nulidade e invalidade. A invalidade formal existe desde a feitura do ato desconforme com o ordenamento jurídico. A imprecisão teórica desse dispositivo pode provocar graves confusões jurisprudenciais e doutrinárias sobre a

¹⁰⁰ Art. 156. O descumprimento de disposição legal ou constitucional provocará a invalidade do ato do processo ou da investigação criminal, nos limites e na extensão previstos neste Código.

¹⁰¹ Art. 157. A decretação de nulidade e a invalidação de ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração de prejuízo ao pleno exercício de direito ou de garantia processual da parte, observadas as seguintes disposições: I – nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; II – não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, preservada a amplitude da defesa

natureza e a forma de declaração das nulidades, o que enfraqueceria a segurança jurídica.

Ademais, o artigo mistura o exposto acima com a norma do interesse, a regra do prejuízo e a finalidade das normas processuais, além de positivizar o ônus argumentativo da demonstração do prejuízo nos sujeitos processuais, o que é muito criticável, consoante exposto no ponto 4.3.4. A norma do interesse positivada não é de todo ruim; entretanto, deve-se ressaltar que a declaração de nulidade não pode estar atrelada à manifestação da parte, devendo também o juiz ter poderes para anular atos *ex officio*. Lembra-se que o interesse na declaração de nulidade no processo penal sempre é público.

A positivação do ônus de demonstrar o prejuízo é outro equívoco. Para evitar tautologia, remete-se ao ponto específico que se tratou sobre o assunto. Entende-se que seria suficiente a simples reprodução do atual art. 563 do Código de Processo Penal com a complementação de um inciso nos moldes do Código Processual Penal chileno, afirmando que há uma presunção de prejuízo pela ocorrência do ato inválido.

O inciso II do art. 157 do projeto é um avanço. A desvinculação do prejuízo com a decisão final do processo é muito positiva, além de traçar parâmetros um pouco mais objetivos que os atuais para a verificação do prejuízo e, com isso, a necessidade ou não de declaração de nulidade.

O art. 158¹⁰² positiva no código a problemática classificação entre as nulidades absolutas e as nulidades relativas. Além disso, vincula aquelas às violações de direitos e garantias fundamentais. Apesar da vinculação entre a nulidade e o prejuízo com a violação de garantias e direitos fundamentais ser sustentável argumentativamente, aumenta-se o risco de insegurança jurídica, conforme analisado no ponto 4.2.3.

Ademais, a previsão específica de situações que violariam direitos fundamentais, apesar de ser notadamente exemplificativo e positivo na perspectiva de garantir a declaração de nulidades em casos considerados mais graves pelo legislador, incide na

¹⁰² Art. 158. Serão absolutamente nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação dos direitos e garantias fundamentais do processo penal, notadamente no que se refere: I – à observância dos prazos; II – à observância do contraditório e da ampla defesa; III- às regras de impedimento; IV – à obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais; V – às disposições constitucionais relativas à competência. § 1º São absolutamente nulas as medidas cautelares ordenadas por juiz ou tribunal constitucionalmente incompetente. § 2º Em se tratando de incompetência territorial, as medidas cautelares poderão ser ratificadas ou, se for o caso, renovadas pela autoridade competente. § 3º O juiz não declarará a nulidade quando puder julgar o mérito em favor da defesa.

possibilidade de se tornar um rol taxativo. Assim, voltando a um ponto semelhante ao que se encontra hoje na prática, ou seja, de relativização das nulidades a partir de critérios eminentemente subjetivos do julgador.

Os parágrafos do art. 158 são possivelmente problemáticos, uma vez que abre a distinção entre competência constitucional e territorial. Tal diferenciação, na visão de De Paula, é uma tentativa de restringir de forma desproporcional direito do acusado, o que seria inconstitucional ante a efetiva violação do princípio constitucional do juiz natural em ambas hipóteses, que são tratadas de formas distintas pelo legislador (DE PAULA, 2014, p. 164).

Por sua vez, o art. 159¹⁰³ do projeto é claramente uma cópia aperfeiçoada do atual art. 565 do Código de Processo Penal. A única inovação trazida é o acréscimo da importante função de *custo legis* do Ministério Público ao atual dispositivo.

Assim, houve um pequeno avanço. Contudo, a maioria das críticas feitas à norma do interesse continua atual, visto que o dispositivo mantém a arguição de nulidade vinculada a um interesse particular na higidez processual, o que é um equívoco. Para um maior aprofundamento sobre as críticas, remete-se aos pontos 4.2.1 e 4.3.3.

O art. 160¹⁰⁴ do projeto de novo código traz bases muito semelhantes ao atual art. 567 vigente, trazendo apenas alguns pequenos avanços. Basicamente, repete-se à sistemática anterior, qual seja: em caso de incompetência, anulam-se os atos decisórios e ratificam-se os demais, ficando a critério do juiz a renovação da instrução processual ou não.

O parágrafo único, apesar de parecer mais garantista, já que determina a declaração de nulidade ante o reconhecimento da incompetência absoluta, deve ser interpretado a partir das normas norteadoras das nulidades, pois possibilita que se incida no erro de anular processos inteiros mediante o simples reconhecimento da incompetência, o que, como já visto, não é a melhor solução. Lembra-se do caso Habeas

¹⁰³ Art. 159. A parte não poderá arguir nulidade a que haja dado causa ou para a qual tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só interesse à parte contrária, ressalvada a função *custo legis* do Ministério Público.

¹⁰⁴ Art. 160. Reconhecida a incompetência territorial, serão anulados os atos de conteúdo decisório, podendo o juiz competente ratificar os demais, observado o disposto no § 2º do art. 158. Parágrafo único. Reconhecida a incompetência absoluta, serão anulados todos os atos do processo, inclusive a denúncia.

Corpus nº 81.510, a verificação do prejuízo no caso concreto ainda se mostra o melhor critério a pressupor a declaração de nulidade.

Então, ressalta-se que o reconhecimento da nulidade deverá incidir na mesma forma de presunção de prejuízo a incidir a nulidade, mas não numa regra taxativa a incidir em todos os casos, mesmo que tenham sido processados sem prejuízo. Para os críticos do prejuízo, recorda-se: uma possível saída para a atual insegurança jurídica na matéria de nulidades não reside na eliminação do prejuízo, mas no aprofundamento do seu significado a partir de critérios interpretativos mais objetivos (ZACLIS, 2016, p. 150).

O art. 161¹⁰⁵ do projeto é cópia completa do atual art. 570 do Código de Processo Penal vigente. Assim, as críticas para o atual artigo são inteiramente aplicáveis ao artigo proposto. Cumpre observar que o artigo não tem mais a mesma incidência na prática forense atual, visto que, desde 2008, a interrogação não é mais o primeiro ato do processo. Destarte, não haveria muito o que adiar ou suspender no caso da citação pessoal. Ademais, tampouco haveria espaço para o saneamento, uma vez que a citação pessoal não se consumaria até que fosse realizada. Caso o processo siga, a citação seria inexistente, e o processo inválido formalmente.

De outro giro, nos casos das citações fictas, há uma maior incidência do artigo em análise, visto que se tratam de atos complexos. Assim, quando há um procedimento ficto a depender de vários atos para se consumir, “pode o acusado comparecer espontaneamente, sendo que eventuais vícios ou nulidades ao longo do procedimento de citação ficta serão desconsiderados, já que, a rigor, houve substituição dessas modalidades citatórias por outra (pessoal)” (PASCHOAL, 2014, p. 397). Destarte, não se trataria de saneamento, mas de uma substituição de um ato por outro – citação pessoal.

Obviamente, o comparecimento tardio do acusado, já em fase posterior à citação, não terá o condão de sanar eventual citação nula, estando os atos relacionados, ou seja, todos eivados de invalidade formal, já que a citação é ato formal preceptivo. Em

¹⁰⁵ Art. 161. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou da notificação estará sanada, desde que o interessado compareça antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar o direito da parte.

outras palavras, o seu adequado processamento é necessário para todo o desenvolvimento do processo.

De outro giro, o art. 162¹⁰⁶ do projeto trata do prazo para a arguição das nulidades processuais penais. Ele substitui o atual art. 571 e simplifica consideravelmente a matéria, sendo um considerável avanço em questões de aplicação e de razoabilidade dos prazos, diminuindo a insegurança jurídica que hoje paira sobre as preclusões das nulidades processuais penais.

Já os artigos 163¹⁰⁷ e 164¹⁰⁸ tratam sobre a norma da causalidade, consequencialidade ou sequencialidade. Os dois artigos são extraídos do atual artigo 573 e seus parágrafos. Não se identifica considerável avanço ou retrocesso no sistema com esses artigos, mantendo uma norma norteadora da matéria que funciona relativamente bem na prática forense.

No geral, a proposta do novo Código de Processo Penal traz alguns avanços na matéria, notadamente sobre a definição da invalidade, a desvinculação do prejuízo para com a decisão final do processo e o ponto de vista da verificação do pressuposto da nulidade a partir da violação do ordenamento jurídico, englobando tanto os dispositivos constitucionais quanto legais. Contudo, ele mantém algumas bases problemáticas tanto do Código de Processo Penal vigente quanto da jurisprudência dominante nos tribunais como a necessidade da demonstração do prejuízo sofrido pela parte, a presunção do não prejuízo e o interesse particular na arguição de algumas nulidades.

Com efeito, entende-se que há melhoras, mas longe de resolverem a problemática situação de insegurança jurídica na aplicação das nulidades processuais penais. Como contribuição, indica-se a criação de dispositivos específicos sobre a presunção de prejuízo de forma semelhante ao feito pelo Código Chileno, a positivação da alteração do ônus argumentativo na demonstração do prejuízo, a inserção do critério da perda da oportunidade processual como um verificador do prejuízo e a compreensão de que o interesse a reger todas as nulidades processuais penais será sempre o público com as devidas modificações na norma do interesse

¹⁰⁶ Art. 162. As nulidades que dependam de provocação dos interessados deverão ser arguidas até as alegações finais. As posteriores deverão ser alegadas na primeira oportunidade.

¹⁰⁷ Art. 163. A nulidade de um ato do processo, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas as hipóteses previstas neste Código.

¹⁰⁸ Art. 164. O juiz que pronunciar nulidade declarará os atos a que ela se estende, ordenando as providências necessárias para a sua retificação ou renovação.

CONCLUSÃO:

O presente trabalho trata sobre as nulidades processuais penais. Essas devem ser compreendidas como garantias secundárias de direitos. Para melhor elucidar tal concepção, é necessário firmar bases teóricas e constitucionais sobre o tema. Assim, inicia-se o trabalho com a delimitação sobre o que é direito e o que é um Estado Democrático de Direito. Aquele é formado por três elementos, que correspondem aos planos da dimensão real, decretação de acordo com a ordem e a eficácia social do direito, e da dimensão ideal, correção quanto ao conteúdo. Este, por sua vez, está relacionado à ideia de um Estado domesticado pelo direito e legitimado pela democracia. Defende-se, também, uma institucionalização da razão, nos moldes da Teoria dos Princípios, ou seja, os planos do direito e da democracia estarão cobertos por um plano de argumentos, no qual todos os participantes têm uma pretensão de correção política e jurídica. Tal ideal condiz com as bases democráticas da Constituição Cidadã de 1988, razão pela qual se argumenta pela ampla aplicabilidade do Estado Democrático Deliberativo de Direito no ordenamento pátrio.

Nesse sentido, no final do primeiro capítulo, investiga-se o papel da jurisdição nesse ordenamento, esta entendida como poder e como forma de representação argumentativa da sociedade. Esclarece-se que os Poderes Legislativos e Executivos exercem funções de representação política, desvelando o direito, infraconstitucional ou constitucional reformador, conforme os desejos da sociedade. O Poder Judiciário, por sua vez, exerce função de representação argumentativa, já que tem o papel de garantir e proteger a Constituição e os direitos e garantias fundamentais, por intermédio de decisões jurídicas racionais. Esclarece-se que não se trata de decidir conforme os desejos da população, mas de proteger os direitos constitucionais dos equívocos cometidos pelas maiorias representadas. Trata-se da proteção dos direitos mais caros à sociedade diante do fracasso do processo político decisório. Nessa perspectiva, elege-se a Teoria dos Espaços Dogmáticos e os princípios formais como limites para a atuação tanto dos Poderes majoritários quanto do Poder contra majoritário por excelência, posicionando a jurisdição, mais uma vez, como forma de garantia de direitos e do ordenamento jurídico constitucional, pautada sempre pelo princípio formal da democracia.

Todavia, percebem-se manifestações do Poder Judiciário no contexto pátrio que se afastam do seu papel legítimo, principalmente em situações de expansão do controle estatal pela via penal. Assim sendo, ingressa-se no segundo capítulo, no qual se investiga o contexto social do Estado Democrático Deliberativo de Direito pátrio e o alargamento do controle estatal pela via penal. Inicialmente, investigam-se as bases do direito penal clássico, de modo que se compreendam com maior clareza quais aspectos passam por transformações na sociedade contemporânea.

Ademais, estudam-se quais alterações a própria sociedade enfrentou para, com isso, melhor perceber, mesmo que de forma breve, as expectativas dessa para com o Estado e a Jurisdição Criminal. As transformações da sociedade contemporânea, em razão das novas tecnologias, do risco, do contexto de insegurança e de descontinuidade provocam demandas sociais por maior segurança e controle estatal. Estas expectativas sociais, por sua vez, geram profundas alterações no direito penal *lato sensu*, motivadas, por um lado, pela necessidade de modernização em virtude de uma nova criminalidade que se utiliza da globalização e das novas tecnologias para tornar ineficiente os mecanismos clássicos de persecução criminal e, por outro lado, pelo uso do direito penal como ferramenta simbólica, midiática e eleitoreira.

Desse modo, o processo penal pátrio precisa se modernizar para atender algumas das expectativas sociais que se misturam em legítimas e ilegítimas, de maior segurança, efetividade e repressão. O problema é que essa expansão do direito penal pátrio vem por diversas frentes, entre elas o direito penal simbólico e o alargamento do direito penal pela via judicial. Assim, elencam-se os princípios e garantias fundamentais, os princípios formais e a Teoria dos Espaços Dogmáticos como limitadores a essa modernização do Direito Penal, uma vez que qualquer modernização que represente uma continuidade com o Estado Democrático Deliberativo de Direito pátrio deve atender aos limites do ordenamento jurídico constitucional. A partir desse ponto, percebe-se que essa modernização tem reflexos processuais penais importantes que, aliados à tradição inquisitorial do processo penal brasileiro, provocam uma visível fragilização do papel da forma e da garantia do devido processo legal.

Isso posto, assume preponderância o papel das nulidades processuais penais como forma de garantia secundária de direitos, visto que são elas as responsáveis pela proteção da forma e do devido processo. Explica-se. As garantias nascem da

desconfiança de que as autoridades e os detentores de poder vão respeitar espontaneamente todos os direitos dos cidadãos. Isso ocorre, pois a própria natureza de alguns direitos fundamentais implica colisões durante o convívio social. Trata-se de característica intrínseca a eles. A jurisdição é um exemplo claro da necessidade de garantias secundárias, ou seja, concedem-se determinados direitos aos cidadãos, por exemplo, direito à educação infantil, e estabelecem-se garantias para que eles sejam cumpridos como, por exemplo, a competência de um ente federado para que se efetive o direito positivado – conceder vagas em creches para os seus cidadãos. Caso o ente competente não cumpra com suas obrigações, o Poder Judiciário poderá obrigar que o direito seja cumprido ou respeitado, disponibilizando vagas em creches públicas ou pagando por uma vaga numa creche particular.

Diante da jurisdição, a forma é a garantia primária dos direitos. Quando esta for desrespeitada, as nulidades serão as garantias secundárias aptas a efetivar o direito garantido pela forma e reconduzir o processo aos trilhos do devido processo legal constitucional. Assim, a partir da compreensão das nulidades processuais penais como forma de garantia de direitos sempre pautadas no plano da argumentação jurídica racional, estuda-se, no terceiro capítulo, como as nulidades penais tradicionais aliadas ao contexto de risco da sociedade contemporânea e à tradição inquisitorial do processo penal brasileiro provocaram uma fragilização das formas, do devido processo e dos direitos e garantias fundamentais, que abrem brechas para arbitrariedades e insegurança jurídica, o que não deve ser admitido no Estado Democrático Deliberativo de Direito. Para a adequada ilustração desse argumento, decisões judiciais são analisadas no quarto capítulo para demonstrar a insegurança jurídica que circula o microsistema das nulidades processuais penais, a tendência pátria de relativização das nulidades e a ponderação retórica como instrumento de manifestação arbitrária e subjetiva de poder estatal – todos a despeito de regras jurídicas claras do ordenamento.

Com efeito, propõe-se nova concepção das nulidades processuais penais de forma que sejam mais efetivas no seu papel de garantias secundárias e provoquem adequadamente o devido processo penal constitucional e democrático, diminuindo os espaços de arbitrariedades e subjetivismos e a insegurança jurídica e fortalecendo a forma. Para tanto, elencam-se possíveis alterações no microsistema em análise e na norma do prejuízo.

As propostas de modificações são, em resumo, as seguintes: 1) a compreensão das nulidades processuais como garantias secundárias, sendo a declaração de nulidade compreendida como uma decisão de dupla natureza de declaratória e constitutiva negativa. 2) a releitura da norma do prejuízo, entendida como regra, assim, insuscetível de ponderar e desvinculada com a norma da instrumentalidade de formas, ou seja, o prejuízo existirá não pelo dano causado à decisão da causa ou à verdade substancial, mas à finalidade da forma prevista e à garantia constitucional protegida. 3) o interesse público na arguição de todas as nulidades, podendo o juiz declarar de ofício tanto as nulidades ditas “relativas” como “absolutas”. 4) cinco diretrizes interpretativas para a análise do prejuízo, quais sejam: a presunção de prejuízo pelo desrespeito à forma; o ônus argumentativo de demonstrar a ausência do prejuízo incumbida ao sujeito processual oposto e o dever de fundamentar a ausência do prejuízo do juiz depois de aberto o contraditório ante a arguição de nulidade; a norma do interesse como óbice à verificação do prejuízo; a fragilização da presunção de prejuízo vinculada à passagem do tempo entre o ato e a arguição de nulidade e a perda da oportunidade processual como critério verificador do prejuízo.

Com efeito, entende-se que as propostas podem auxiliar numa maior segurança jurídica e na diminuição de espaços de arbitrariedades e subjetivismos na jurisdição pátria. Ressalta-se que esse microssistema sempre ensejará divergências e diferentes decisões, mas uma melhora no debate jurídico racional em matéria de nulidades processuais penais é passível de concretização, que é o propósito do presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.
- ALEXY, Robert. *Formal principles: Some replies to critics*. In International Journal of Constitutional Law. Vol. 12, I. 3, Julho de 2014, p. 511-524.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 4.ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017b.
- ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 2. Ed. Trad. Alexandre Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015b.
- ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. In: Ratio Juris. Vol. 23. N. 2. Junho de 2010, p. 167-182.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. *Razões desta obra: in Código Philippino*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. p. 661-663.
- ÁLVAREZ, Rodrigo Rios. *El Derecho Penal del enemigo*. El problema de su legitimidade a la luz de algunos de sus defensores y detractores. In: Ars Boni Et Aequi. Ano 8, Nº 2, P. 145-184. 2012.
- ANDRADE, Roberta Lufrano. *O processo penal e sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- ARISTOTELE. *La costituzione degli ateniesi*. 7. Ed. Trad. Mario Bruselli. Milano: Rizzoli Libri S.p.A., 2017.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. 4. Ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº 215, 1999.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17.ed. São Paulo, Malheiros, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: O supremo, seus papéis e seus críticos. In: posfácio do *A razão sem voto: diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso*. 2017. Também disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 13/10/2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: Revista brasileira de políticas públicas, vol. 5, número especial, 2015.
- BAUMANN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BAUMANN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BASLER, Roy. *Abraham Lincoln: his speeches and writings*. Cleveland: The World Publishing Company, 1946.
- BEATTY, David M. *A essência do Estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidade*. Paidós: Barcelona, 1998
- BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa e Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997.

- BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: *Vade mecum penal e processual penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2012. P. 228-233.
- CALLEGARI, André Luis. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo, direito penal e controle social*. In: *Revista Pensar, Fortaleza*, V. 15, n. 2, p. 337-354, Jul/Dez. 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de Direito*. Coimbra: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASARA, Rubens RR. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal brasileiro: Dogmática e crítica: conceitos fundamentais*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CONSTANTINO, Lúcio Santoro. *Nulidades no processo penal*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Liberdade e Segurança em Direito Penal: O problema da expansão da intervenção penal*. In *Crime e interdisciplinariedade: estudos em homenagem a Ruth M. Chito Gauer*. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon e Gustavo Noronha de Ávila (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais* nº 798, 2002, 23-50.
- DEAN, Giovanni. *Trattato di procedura penale: gli atti*. Vol. 2. Org. Giorgio Spangher. Torino: UTET, 2008.
- DWORKIN, Ronald M. *The model of rules*. *University of Chicago Law Review*, Vol. 35: Iss. 1, Article 3, p. 14-46, 1967. Disponível em: < <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3/> >. Acesso em: 27/06/2017.
- DWORKIN, Ronald M. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- FELDEN, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal - a constituição penal*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid, Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.); TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. In: Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 61, janeiro-março, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade*, in: Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 67, julho-setembro, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2016.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FREUD, Sigmund. *Civilization and its discontents*. Trad. James Strachey. Nova York: W.W. Norton & Company, 1962.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record. 2007.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. t. II. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. EJEA: Buenos Aires, 1961.

- GONZÁLEZ, Arely Gómez. *Reforma Penal 2008-2016: El Sistema Penal Acusatorio em México*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.
- GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- HARARI. Yuval Noah, *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Trad. Janaína Marcoantonio. 29 ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Alguns perigos do Constitucionalismo Contemporâneo no Processo Penal* em Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, v. 13, n. 75, ago./set. 2012. P. 34-53.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- KLATT, Matthias, *Robert Alexy's Philosophy of Law As System*. "Institutionalized Reason", edited by Matthias Klatt, 1–26. 2012. Oxford: Oxford University Press. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2984327>.
- KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Interpretation*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford, Clarendon Press, 1992.
- LASSALE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Trad. Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.
- LEAL, Rogério Gesta. *A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade – instrumentos de direito material e processual*. Porto Alegre: FMP, 2017.
- LIMA, Iara Menezes. LANÇA, João André Alves. *A força normativa da constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 62, jan/jul de 2013, p. 275-303.
- LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais), Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2015.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MELIÁ, Manuel Cancio. *DE NUEVO: DERECHO PENAL DE ENEMIGO?*. In JAKOBS/MELIÁ, Derecho Penal Del enemigo, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- MELO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. In: Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. Nº 22, mai-ago, p. 723-753, 2017.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de Processual Penal*. 3. vol. São Paulo: Atlas, 1998.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processual Penal*. 3. ed. Barueri: Manole, 2005.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada na decisão jurídica democrática*, 2014. Tese (Doutorado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*, 2009. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009.
- NASSIF, Aramis. *Considerações sobre nulidades no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- NASSIF, Aramis; NASSIF, Samir Hofmeister. *Considerações sobre Nulidades no Processo Penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 26, p. 59-88, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PAULA, Leonardo Costa de. *As nulidades no processo penal: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir*. Curitiba: Juruá, 2013.
- PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O Prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PULIDO, Carlos Bernal. *The rationality of balancing*. In *Archiv Fuer Rechts- Und Sozialphilosophie* 92 (2):195-208, 2006.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. *EL derecho penal del enemigo*. El problema de su legitimidade a la luz de algunos de sus defensores y detractores. *Revista Ars Boni Et Aequi*, ano 8, n. 2, p. 145-184. 2012.
- RIPOLLÉS, José Luiz Díez. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. In: *Revista electrónica de ciência penal y criminologia*, 2005, núm. 07-01. P. 01:1-01:37, 2005.
- ROSA, Alexandre de Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- ROSA, Inocência Borges da. *Comentários ao código de processo penal*. 3. ed. atualizada / por Angelito A. Aiquele. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- SIECKMANN, Jan-R. *La teoría del derecho de Robert Alexy: Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*. in Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1996. Disponível em: <
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1996_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES >. Acesso em: 14/08/2017.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansion del derecho penal*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- SPANGHER, Giorgio. *Trattato di procedura penale*. Torino: UTET, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi (org.); STRECK, Lenio Luiz (org.); TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012
- STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. *Para entender o novo código de processo civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal*. In Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 14, nº 19, p. 112-128, jul./dez., 2016.
- TOCQUEVILLE, Alexis Charles Henri Maurice Clérel de. *Democracia na América*. São Paulo: Nacional, 1969.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TRINDADE, André Karam. *A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do “Seminário de Bréscia” e da discussão sobre Principia Iuris*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos. nº 103. p. 111-137. Jul./Dez. Belo Horizonte. 2011.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *O que significa “a injustiça extrema não é direito”?* Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy in Joaçaba, v. 16, nº 3, p. 97-122, Edição Especial 2015.
- VELOSO, Roberto Carvalho. *Aplicação do princípio da proporcionalidade como limitação ao direito de punir*. In Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem

aos 45 anos da AJUFE. VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da (Orgs). p. 277-288. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ZACLIS, Daniel. *As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Società editrice Il Mulino, 2008.