



Centro Universitário de Brasília - CEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

ERICK LUCAS BONFIM SANTANA

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: O HABEAS CORPUS E A APLICAÇÃO DA
TEORIA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL À LUZ DO GARANTISMO
PENAL**

**BRASÍLIA
2023**

ERICK LUCAS BONFIM SANTANA

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: O HABEAS CORPUS E A APLICAÇÃO DA
TEORIA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL À LUZ DO GARANTISMO
PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/ Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professora Dra. Carolina Costa Ferreira

**BRASÍLIA
2023**

ERICK LUCAS BONFIM SANTANA

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: O HABEAS CORPUS E A APLICAÇÃO DA
TEORIA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL À LUZ DO GARANTISMO
PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/ Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professora Dra. Carolina Costa Ferreira

BRASÍLIA, 10 de Abril de 2023

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma crítica à teoria das nulidades à teoria das nulidades tendo por base o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. A ideia central será analisar os Habeas Corpus julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2020, com o fim de entender como este Tribunal, competente para dar a interpretação final à lei federal, vem analisando o tema das nulidades no processo penal. Durante este trabalho, utilizaremos a teoria garantista para defender que o Direito e o Processo Penal são meios de contenção ao poder punitivo do Estado, além de defender que a instrumentalidade das formas a ser aplicada no processo penal, deve ser aquela que proteja os direitos e garantias fundamentais do acusado, de forma que o Processo não seria um fim em si mesmo, mas instrumento de proteção à liberdade de locomoção. Criticaremos por conseguinte a utilização do princípio do prejuízo no momento de aplicação das nulidades, de forma que este não é adequado ao Processo Penal, já que este tem finalidade diversa do Direito Processual Civil. Neste trabalho, defendemos a aplicação mais adequada, e de forma a maximizar a garantia do devido processo legal, aplicando-a eficazmente ao Direito Processual Penal.

Palavras-chave: nulidades; garantismo; prejuízo; garantia.

AGRADECIMENTOS

À Deus.

À minha mãe por sempre estar ao meu lado e por sempre acreditar em mim.

À minha orientadora Professora Carolina pela sua ajuda durante o projeto e por ela ser excelente no ensino da pesquisa jurídica.

Ao CEUB e a todos os seus professores que proporcionaram-me um ensino de qualidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
A CONSTITUIÇÃO E UM BREVE HISTÓRICO.....	12
O PROCESSO PENAL GARANTISTA.....	26
AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL À LUZ DO GARANTISMO.....	52
O ENTENDIMENTO DO STJ SOBRE AS NULIDADES: CRÍTICA À LUZ DO GARANTISMO.....	75
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

INTRODUÇÃO

A princípio, defende-se neste trabalho que ninguém será privado dos seus bens ou da sua liberdade sem o devido processo legal, em consonância ao disposto no art. 5º, LIV da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Por isto, o problema de pesquisa deste trabalho é fazer uma análise da teoria das nulidades no processo penal, à luz do Garantismo, em especial aquelas ocorridas na fase da audiência de instrução, mais especificamente na produção de prova testemunhal na ordem da oitiva de testemunhas e no interrogatório do réu. Escolhe-se, em primeiro lugar, o processo penal, justamente porque aqui o que devemos defender é a expressão máxima do princípio do devido processo legal, e respeito à Constituição (FERRAJOLI, 2002).

O Garantismo Penal consiste em um sistema proposto por Luigi Ferrajoli (2002, p. 74), que se funda em dez princípios (ou axiomas)¹ fundamentais para a criação do delito, para a punição do delito e para a necessidade e aplicação da pena.

O Garantismo se faz necessário no processo de forma que (de fato além de ser esta a tese defendida por Eugênio Pacelli no começo de seu livro é também o que é defendido por Ferrajoli no livro “Direito e Razão”²), o risco da condenação de um inocente deve ser visto pela lei como um mal maior do que o da absolvição de um culpado³.

O garantismo se fundará na defesa de um Estado Democrático de Direito que defende a existência de princípios para a criação, para a aplicação e para a execução das normas de direito e processo penal, além de defender um processo justo, com a separação entre juiz e acusação não apenas num sentido de haver um juiz e um promotor, mas de vedar a ação do juiz na fase pré-processual ou fase investigatória, não aceitar que o magistrado persiga por provas, sendo este o dever da acusação, com o imputado sem ônus da prova e se conforma com a busca da verdade processual.

Além disso, exige das normas a legitimação externa (Por que a pena se justifica?) e como legitimação interna (validade das normas frente à Constituição) (FERRAJOLI, 2002).

¹ “Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.” (FERRAJOLI, 2002, p. 74)

² “A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.” (FERRAJOLI, 2002, p. 84)

³ “[...]o risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. Não porque os danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima no crime, mas porque toda e qualquer reconstrução da realidade (a prova processual) submete-se à precariedade das regras do conhecimento humano.” (PACELLI, 2020, p. 65).

A relevância e a atualidade do tema escolhido para a presente pesquisa se mostram com a grande necessidade que temos de analisar de forma crítica a aplicação do Direito Processual Penal, pelo Superior Tribunal de Justiça⁴, especificamente da teoria das nulidades, instituto tão importante, mas esquecido pelo legislador em sua maior parte. Infelizmente, nossa teoria das nulidades não é aplicada (inclusive não foi nem criada assim, devido à impossibilidade temporal) sob uma ótica garantista, como é a Constituição de 1988. Além disso, não houve reforma processual legislativa que seja considerada relevante desde a Constituição.

Some-se a isto que o autoritarismo é a praxe do dia a dia forense⁵, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal estão “lotados” de Habeas Corpus para julgar todos os dias. Há muitos casos em que se viola a lei processual, em flagrante desrespeito ao princípio do devido processo legal, e mesmo assim, não se reconhece que houve naquele caso uma nulidade, na maioria das vezes pela ausência de prejuízo⁶. Ademais, muitas pessoas são condenadas em desrespeito às normas processuais penais, trazendo um grande problema para a legitimidade das condenações que são exaradas no dia a dia⁷.

⁴ Talvez, o principal exemplo seja a busca pessoal. O Superior Tribunal de Justiça é o Tribunal superior mais importante em matéria criminal, pois é o tribunal competente para dar a interpretação final à lei federal. Em matéria infraconstitucional o STJ dá a interpretação final da lei federal, além disso, é o Tribunal competente pela uniformização da jurisprudência no país, nos termos do art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, e dos arts. 926 e 927, do Código de Processo Civil.

⁵ “Autoriza o art. 240, § 2º, que se proceda a busca pessoal quando “houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”. Assim, a autoridade policial (militar ou civil, federal ou estadual) poderá revistar o agente quando houver “fundada suspeita”. Mas, o que é “fundada suspeita”? Uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial. Pouco se tem manifestado a jurisprudência sobre o tema, até mesmo pela dinâmica dos fatos, que não permite uma pronta intervenção jurisdicional. Mas é interessante a manifestação do STF no HC 81.304-4/Goiás, da relatoria do Min. Ilmar Galvão, que determinou o arquivamento de termo circunstanciado realizado pela suposta prática do crime de desobediência. O imputado negou-se a submeter-se a revista pessoal pela polícia militar, tendo sido realizado termo circunstanciado. Como apontou o Ministro, “a fundada suspeita, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter configurado na alegação de que trajava, o paciente, ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias, ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder”. Trata-se de ranço autoritário de um Código de 1941. Assim, por mais que se tente definir a “fundada suspeita”, nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem.” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 824).

É de se ressaltar ainda que o STJ anulou processos por conta da busca pessoal realizada com base em mera atitude suspeita, no RHC 158.580/BA. (BRASIL, 2022)

⁶ É o caso do Habeas Corpus Nº 550.180/PR. Neste julgado, o réu foi condenado após ter o interrogatório realizado antes do último ato da instrução, e mesmo assim considerou-se que a condenação não é prova do prejuízo: A condenação do paciente não pode ser considerada, por si só, como prova do prejuízo, porquanto caberia à defesa demonstrar que a inobservância da formalidade repercutiu de forma negativa na situação processual do paciente, não sendo suficiente ligar diretamente a ocorrência do vício ao resultado do processo.” (BRASI, 2019).

⁷ Mesmo após o julgamento do HC n. 598.886/SC, o problema do reconhecimento de pessoas persistiu. Ressalte-se, o que levou à decisão proferida no HC 598886/SC foram os erros judiciais e a condenação de pessoas com base exclusivamente em fotos apresentadas na delegacia, praxe autoritária que não podia continuar.

Mais, o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, III, “a”, da Constituição da República, (BRASIL, 1988) é aquele que possui o dever de uniformizar a jurisprudência e interpretar de forma final a lei federal, quando a interpretação não entrar no assunto de matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, (BRASIL, 1988) razão pela qual é extremamente relevante a sua posição sobre as nulidades, este Tribunal definirá como será aplicada tal teoria.

O autoritarismo torna o Habeas Corpus a mais importante ação autônoma de impugnação de nosso processo penal, pois uma boa parte das decisões judiciais no processo penal não são recorríveis, fazendo com que sua utilização seja extremamente necessária. Além disso, o procedimento do Habeas Corpus é o mais célere em termos regimentais, razão pela qual é importantíssima ferramenta defensiva.

Quanto à teoria das nulidades, é o instituto que (ou pelo menos que deveria) dá força aos atos processuais. Impõe-se uma forma (que chamaremos de devido processo legal), e caso não respeitada, o ato processual não poderá gerar efeitos (em nosso processo penal, para deixar de gerar efeitos o ato precisa ser declarado nulo).

Quanto ao garantismo, é exatamente o que precisamos para resguardar nossas liberdades fundamentais, ele é o limite, a contenção ao poder punitivo do Estado. Como demonstraremos mais à frente, o juiz, no garantismo, deverá julgar conforme a lei e a Constituição, não lhe sendo autorizado chegar a conclusões discricionárias; tudo deverá ser feito de forma a gerar a maior segurança possível da decisão, por meio da complexificação da fundamentação da decisão judicial.

Considerando-se tal cenário, nosso problema de pesquisa é: em que medida se aplicou a teoria das nulidades no processo penal à luz do garantismo penal, em Habeas Corpus julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, durante o ano de 2020?

O ano de 2020 tem importância relevante neste tema porque no dia 9 de dezembro de 2020, foi julgado o Habeas Corpus nº 585.942/MT. Neste julgado, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade (com uma ressalva do Ministro Rogério Schietti Cruz, que aderiu ao voto do relator mesmo com a ressalva), passou a reconhecer que a norma

Por isso, proferiu-se decisão no HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogério Schietti) , no seguinte sentido: “Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogério Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma suplementar.” (BRASIL, 2022)

prevista no art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, não poderia impedir que o réu fosse interrogado como último ato da instrução.

Ademais, na ressalva do Ministro Rogério Schietti, citou-se a necessidade de considerar como presumido o prejuízo no caso daquela nulidade. É entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que o art. 563 do Código de Processo Penal se aplica às nulidades absolutas e relativas. Porém, neste julgado, há um início para se iniciar uma diferenciação entre nulidades absolutas e relativas.

Por isso a importância do ano de 2020 ao falarmos em teoria das nulidades. Principalmente por conta da Ressalva do Ministro Schietti. Caso se decida afetar outro julgamento à terceira Seção, com o fim de deixar de exigir o efetivo prejuízo no caso de algumas nulidades, finalmente a jurisprudência passará a diferenciar as nulidades absolutas das relativas.

As perguntas levantadas a partir do problema foram:

Por que é necessário fazer uma crítica da teoria das nulidades à luz do garantismo penal?

Por que foram escolhidos acórdãos proferidos na ação autônoma de impugnação do Habeas Corpus (julgados no ano de 2020) versando sobre nulidades na fase processual, especificamente aquelas ocorridas na audiência de instrução, na oitiva da vítima, das testemunhas e do acusado?

Em primeiro lugar, faremos breve histórico do Habeas Corpus, indicando seu surgimento e sua evolução histórica no país (em breve resumo). Após, relacionaremos alguns dos princípios constitucionais com os axiomas do garantismo, tendo como parâmetro a Constituição Federal de 1988⁸. Também consideramos importante explicar o contexto em que foi escrito o Código de Processo Penal Pátrio e o porquê de a teoria das nulidades ser como é.

Em segundo lugar, descreveremos um processo penal à luz do garantismo, apontando algumas questões do nosso processo penal e relacionando com a teoria de Ferrajoli os institutos que ajudam na busca da verdade processual, traçando uma linha pelo procedimento comum ordinário, que é nosso enfoque. Nesta linha do tempo, tentaremos desembaraçar o

⁸ A Constituição Federal não exauriu o rol de axiomas garantistas, nas palavras de Ana Cláudia Pinho: “Especificamente no que tange aos direitos fundamentais na órbita penal (direito material e direito processual), a Constituição Federal cria somente alguns princípios e regras, de forma expressa. Entre os princípios, são dignos de nota: princípio da liberdade e da igualdade (art. 5º, caput) princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL), princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLVI), princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), princípio da presunção do estado de inocência (art. 5º, LVII). Ocorre que vários outros princípios são daí inferidos e, de igual forma têm assento constitucional por derivação.” (PINHO, 2019, p. 80)

procedimento comum ordinário e trazer um processo penal garantista, como instrumento de proteção à liberdade de locomoção do imputado.

Começaremos, neste ponto, com questões atinentes ao conceito de processo e à legitimação do processo penal, tanto interna quanto externamente. Depois, começaremos quanto à materialidade do delito e autoria, que são os elementos essenciais autorizadores do oferecimento da denúncia (LOPES JUNIOR, 2022; PACELLI, 2021; TÁVORA, 2022; FERRAJOLI, 2002; ALENCAR, 2016; TORON, 2022; GLOECKNER, 2017; PINHO, 2019; MENDES, 2020; BITENCOURT, 2022).

Após isto, caminharemos pelos sistemas processuais penais, com a escolha pelo sistema acusatório, que é o escolhido por Ferrajoli. Após isto, iremos para as provas orais mais importantes do procedimento comum ordinário, quais sejam: a oitiva do ofendido, a prova testemunhal e o interrogatório do acusado. Quando falarmos das provas, nosso enfoque principal será a prova oral (oitiva da vítima, testemunhas e acusado), já que são objeto dos acórdãos a serem analisados.

O último passo deste capítulo será analisar a formação da decisão judicial, que, no garantismo, será a conclusão que o juiz deverá chegar após utilizar o método indutivo para a construção dos fatos e o dedutivo para a aplicação do direito.

Em terceiro lugar, apresentaremos a teoria das nulidades, que defenderemos como a mais correta à luz do Garantismo, apresentando em alguns pontos a atual teoria das nulidades, tendo por base fundamental a doutrina Ferrajoli, neste capítulo começaremos nossa crítica à teoria das nulidades à luz do garantismo, levantando os pontos que consideramos mais importantes para a aplicação de tal teoria. Defenderemos, principalmente, que não se pode exigir a demonstração do efetivo prejuízo quando falamos do direito do réu.

Em quarto lugar, analisaremos as decisões do STJ julgadas em 2020, procurando a semelhança entre os acórdãos, aqueles encontrados após jogar as palavras chaves “NULIDADE TESTEMUNHA INVERSÃO” no campo de pesquisa. Estes acórdãos analisados são aqueles que versarem sobre a inversão das oitivas, apontando qual o entendimento do STJ, exarado por meio de sua 3ª Seção, 5ª e 6ª Turmas, sobre a matéria e criticando os pontos mais importantes para nosso trabalho, conforme os casos concretos encontrados na jurisprudência.

Ressalte-se que a pesquisa foi restringida ao ano de 2020, coisa que é possível fazer no próprio site, da mesma forma que a classe processual foi restringida ao HC.

Por último, serão apresentadas nossas considerações finais, respondendo à pergunta de pesquisa proposta nesta introdução.

1 A CONSTITUIÇÃO E UM BREVE HISTÓRICO

A história do processo penal é marcada por muito sangue e violações a preceitos fundamentais do direito natural do ser humano. Tanto a pena como o “processo penal” (aqui ainda não falamos em processo penal como garantia) antigo marcam criativa maldade humana para afligir aquele que o consenso social acredita que deve ser excluído, Ferrajoli (2002, p. 482) explica:

Se a história das penas é uma história dos horrores, a história dos julgamentos é uma história de erros; e não só de erros, mas também de sofrimentos e abusos,' todas as vezes em que no processo se fez uso de medidas instrutórias diretamente aflitivas, da tortura até o moderno abuso da prisão preventiva. "Alii eives latronum telis, alii iudicium sententia pereunt", lamentava Carrara com as palavras de Paolo Risi, advertindo que "a justiça penal", na falta de garantias, gera para os cidadãos "perigos talvez maiores que os suscitados pelas paixões dos culpados". Por outro lado, o processo, como de resto a pena, justifica-se precisamente enquanto técnica de minimizar a reação social ao delito: minimizar a violência, mas, também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada. "As nações bárbaras", escrevia Francesco Pagano, "desconhecem completamente o processo. Suas causas se decidem ou com o ferro à mão ou com o parecer e o arbítrio de um Senado composto pelos chefes da nação, e por um rei, líder na guerra, juiz e sacerdote na paz": a passagem à civilidade, acrescentava, assim como o grau de liberdade e de despotismo, se medem pela "maneira de julgar".

O garantismo é uma teoria que entende que num Estado Democrático de Direito, os agentes do Estado devem respeito máximo à Constituição. Ademais, considera os acusados em geral como hipossuficientes frente ao Estado no momento do processo e da pena. Por isso, deve-se considerar o processo penal como a lei do mais fraco, direcionando-se a causar o mínimo mal necessário aos culpados e a máxima felicidade dos inocentes.

Começaremos o trabalho traçando uma linha de evolução do Habeas Corpus no Brasil e depois faremos uma relação entre a Constituição de 1988 e os axiomas do garantismo, com o fim de relacionar os axiomas do garantismo com os princípios constitucionais da Constituição Republicana de 1988.

A princípio, a nós é importante dizer o contexto em que surge o livro “Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal”, que é um contexto de luta contra o terrorismo na Itália⁹:

As lesões mais profundas dizem respeito às garantias que definem o elemento objetivo do crime, a começar pelo princípio da legalidade. Refiro-me não tanto ao princípio de legalidade em sentido lato ou formal da reserva legal, para o qual é necessário assinalar as lesões produzidas pelo abuso em matéria penal e processual de Decretos-lei no lugar da lei formal. Pense-se nos procedimentos dos últimos anos,

⁹ “Na década sucessiva à reforma de 1975, o processo de diferenciação da pena de detenção fora dos esquemas de retribuição, da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição, se desenvolveu segundo duas linhas diversas, mas convergentes, que correspondem a duas fases da política carcerária italiana: primeiro, nos anos de emergência terrorística, o esvaziamento dos conteúdos liberais e humanitários da reforma em favor de formas punitivas de diferenciação quanto aos detentos considerados perigosos; sucessivamente, o retorno ao espírito da reforma de 1975 e a acentuação dos seus caracteres paternalistas e premiais.” (FERRAJOLI, 2002, p. 580)

como, por exemplo, no Decreto-lei 99, de 11.04.1974, sobre a prorrogação dos termos máximos de prisão preventiva; no Decreto-lei 151, de 30.04.1977, sobre as extensões das causas de suspensão da prisão preventiva; nos Decretos-lei 59, de 21.03.1978, e 625, de 15.12.1979, contendo normas penais processuais e de polícia contra o terrorismo; no Decreto-lei 629, de 06.09.1982, contendo medidas contra a máfia; no Decreto-lei 685, de 29.11.1985, regulador de medidas de controle sobre os imputados libertados em decorrência dos termos de prisão preventiva. Refiro-me, sobretudo, ao princípio de estrita legalidade ou taxatividade, e àqueles com estes conexos, os de retribuição, regulação e de materialidade, segundo os quais o tipo penal deve ser previsto expressamente pela lei mediante fórmulas precisas e unívocas, e devem consistir não em qualidades ou condições pessoais do agente, mas em fatos ou comportamentos exteriores empiricamente relevantes e prováveis. (FERRAJOLI, 2002, p. 569).

O endurecimento da legislação antiterrorista é fator que leva ao surgimento da obra, após extensa pesquisa em lógica jurídica, e outros ramos da ciência por Luigi Ferrajoli. A ideia do livro condiz com tal contexto, porque ali se defenderá que o acusado não pode ser punido por quem é (punido por ser terrorista), mas ser punido por aquilo que fez (praticar crime que viole bem jurídico – ex: dano, lesão corporal, homicídio...). Tanto é que o Ferrajoli defende por toda a obra que não se pode genericamente colocar na lei um preceito aberto (Ex: praticar atos terroristas), sem se definir o conceito daquilo que se pretende punir (o conceito de atos terroristas precisaria estar perfeitamente delimitado na lei).

Quanto ao Habeas Corpus, apareceu pela primeira vez na História do mundo (isto ocorreu apenas após a abertura das portas pela *Magna Charta Libertatum* do Rei João Sem Terra) no *Habeas Corpus Act* em 1679 (TORON, 2022). No Brasil, apresentamos a visão de alguns autores, por meio de Alberto Zacharias Toron, descobrimos que:

É verdade, como registram em suas respectivas obras Florêncio de Abreu e José Henrique Pierangeli, que José de Alencar entendia que o instituto do habeas corpus estava implícito na Carta Outorgada de 1824, “quando ela decretou a independência dos poderes e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer tudo quanto entende com a inviolabilidade pessoal”¹². Todavia, pondera o antigo desembargador do TJRS e membro da Comissão elaboradora do Anteprojeto do Código de Processo Penal de 1941, a verdade é que a “Constituição de 1824 nenhuma palavra articulava sobre o habeas-corpus; nela estabelecem-se teses em favor da liberdade do cidadão, e o meio profícuo para garanti-la, quando arbitrariamente ofendida, foi a responsabilidade do juiz que tal praticasse (§10 do art. 179)”¹³. No dizer de Pierangeli, a Carta de 1824 “formulou as bases sobre as quais viria se assentar o instituto que ora estamos examinando”¹⁴. [...] O instituto do habeas corpus, de fato, vem referido pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico nos artigos 183 a 188 do **Código Criminal do Império** de 1830, que punia desde o juiz que viesse a embaraçar ou retardar a concessão da ordem “quando lhes forem regularmente requeridas” (art. 183) até aquele que se recusasse a prestar auxílio ao oficial encarregado da execução de uma “ordem legítima de habeas-corpus” (art. 188). (TORON, 2018, p. 26)

Importante, ainda, é ressaltar a situação daqueles que eram escravos, estes não possuíam o direito de impetrar um Habeas Corpus, a impetração era excepcionalíssima para beneficiá-los, os tribunais lhes negavam sem nenhuma cerimônia a ordem, já que não eram

considerados cidadãos, há muito se tinha a mentalidade excludente, cuja perpetuação é desejada pelo seletivo sistema penal.

Na Constituição de 1891, o Habeas Corpus ganhou status constitucional e a redação era a seguinte: “Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder (art. 172, § 22).”(TORON, 2018, p. 28). A redação do dispositivo não o impedia de tutelar outros direitos que não fossem a liberdade de locomoção. Havia discussões doutrinárias se a ampliação do Habeas Corpus para casos que não fossem a liberdade de locomoção, mas isto se resolveu na Reforma Constitucional de 1926, que deu nova redação ao artigo, in verbis: “Dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (TORON, 2018, p. 28).

Para a doutrina de Gilmar Mendes:

Em 1926, o habeas corpus teve seu âmbito de proteção reduzido, ficando vedada a sua aplicação para proteção de outros direitos que não a liberdade de ir e vir (“Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofre violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”). (MENDES, 2020, p. 447).

Este vácuo (sem proteção aos outros direitos diferentes da liberdade de locomoção pela via do Habeas Corpus) se dá justamente porque somente na Constituição de 1934 se previu a figura do Mandado de Segurança¹⁰.

Após a Revolução de 1930, ocorrida em razão das crises na República Velha, o lado vencedor prometeu entregar uma Constituição ao país. A Assembléia Constituinte se reuniu em 1933. A Constituição de 1934 buscou suprir a falta dos efeitos erga omnes das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade. É uma Constituição que morreu muito cedo. (MENDES, 2020)

Na Constituição de 1934 se previu o Habeas Corpus da seguinte forma no art. 113, inc. 23.: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o habeas, corpus.” (BRASIL, 1934). Nesta mesma Constituição, se dava ao STF a competência originária para conhecer e julgar Habeas Corpus, sem que outro juiz ou Tribunal conhecesse do Pedido. (TORON, 2022)

O Brasil passou por duas ditaduras, uma ocorreu com a promulgação da Constituição de 1937 e durou até a queda do Estado Novo e a promulgação da Constituição de 1946. Este

¹⁰ “Como se sabe, outros direitos líquidos e certos vieram a ser amparados somente com o advento da Constituição de 1934, que introduziu o mandado de segurança. No meio tempo, oito anos, ficou o vazio protetivo de outros direitos violados, que não o de locomoção.” (TORON, 2018, p. 28)

regime foi marcado pelo fato de que o Presidente da República era a autoridade suprema da nação, este tinha a possibilidade de rever as decisões definitivas (que por isso não eram tão definitivas) do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade, além disso, ele legislava por meio do Decreto-Lei enquanto o congresso se encontrava fechado (MENDES, 2020). Por isto, estávamos diante de fortíssimo retrocesso em relação à Constituição de 1934. Na vigência do Estado Novo, tivemos até a volta da pena de morte para crimes políticos e para o “homicídio perverso” (MENDES, 2020).

Na “Constituição Polaca”, houve também a previsão do Habeas Corpus no art. 122, inc. 16 com a seguinte redação: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar em iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”(TORON, 2018, p. 29). Era possível conhecer a ordem em caráter preventivo após a promulgação do Código de Processo Penal de 1941, desde que houvesse a iminência de violência. (TORON, 2022)

É de extrema importância ressaltar que nosso Código de Processo Penal é do dia 3 de outubro de 1941. Quanto às nulidades, nosso sistema (como dito anteriormente), não sofreu nenhuma reforma significativa ao longo destes mais de oitenta anos, e estamos com o mesmo sistema de nulidades desde o Código de Processo Penal da década de 1940. Nas palavras de Gloeckner: “o atual Código de Processo Penal brasileiro de 1941 é muito similar ao Código de Processo Penal italiano de 1930.” (GLOECKNER, 2017)

Para este código, todas as nulidades poderiam ser sanadas, já que a finalidade do processo penal para este momento histórico da Itália, não era a proteção do direito à liberdade de locomoção dos acusados. É importante citar Gloeckner diretamente neste ponto:

Neste ponto, devemos trazer à colação a Exposição de Motivos de nosso atual CPP, de lavra do então Ministro da Justiça, Francisco Campos. No Item II da Exposição de Motivos (A reforma do Processo Vigente), inegável a importância dada à matéria das nulidades no campo da legislação, já se encontrando, no pórtico da Exposição, algumas frases que indicam o fio condutor do tratamento dado ao tema da invalidade processual: “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. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas”. Já no Item XVII da Exposição de Motivos, continua Francisco Campos afirmando que: “como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos’” Inicialmente, a que “ilustre processualista italiano” faz menção Francisco Campos? A Alfredo Rocco (que se diga de passagem nem sequer era um processualista), que em sua *Relazione del guardasigili al progetto preliminare di un Nuovo Codice di Procedura Penale* utiliza a mesma frase. Segue ainda, Francisco Campos na Exposição de Motivos, afirmando que “o projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo que se compraz em espolhar

nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou para a defesa” Nos trabalhos preparatórios do Código Rocco, verifica-se pensamento idêntico (GLOECKNER, 2017, p. 84).

Por isto, é um grande problema, o fato que nosso Código de Processo Penal é declaradamente fascista, e isto é extraído da exposição de motivos do código. De fato, o art. 563, caput, do Código de Processo Penal, é um princípio¹¹ para o Código de Processo Penal vigente, já não entraremos mais na discussão se princípios são norma, pois é largamente majoritária a doutrina que entende desta forma.

Vargas foi deposto em 1945, com certeza, há aqui influência do final da Segunda Guerra Mundial e a derrubada dos Regimes autoritários.

Já a Constituição de 1946, buscou o rompimento com qualquer forma de autoritarismo, buscando a democracia representativa. Há a instituição de cargos com prazo certo e razoável no legislativo, além de se prezar pela autonomia dos Estados-membros. Aqui, não teríamos mais a ideia de o presidente da República legislando, o Congresso Nacional teria esta função (MENDES, 2020).

Previu-se, nesta Constituição, a garantia do Habeas Corpus com a seguinte redação: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.” (TORON, 2022). Achamos por bem citar diretamente as palavras de Toron:

Daí em diante passou-se a entender que “é admissível a tutela antecipada mesmo em situações em que a prisão constitua evento apenas possível a longo prazo”³⁴. Isso tem permitido, como demonstraremos no próximo capítulo, “que o habeas corpus seja, entre nós, um remédio extremamente eficaz para o controle da legalidade de todas as fases da persecução criminal”. Além disso, para conferir maior eficácia a direitos fundamentais, a Constituição de 1946, no art. 101, I, h, trazia a mesma importante regra das Constituições de 1934 e 1937, segundo a qual o STF é competente para conhecer e julgar o habeas corpus originariamente “quando houver perigo de se consumir a violência, antes que outro juiz ou tribunal possa conhecer do pedido”. Com isso suprimiam-se exigências como a do prequestionamento ou mesmo a passagem por instâncias inferiores; exigências, hoje, comum no primeiro caso e indeclinável no último. Este preceito veio repetido na Constituição de 1967, no art. 114, I, h, mas foi suprimido na de 1969 (cf. art. 118, I, h).” (TORON, 2018, p. 29).

Além disso, o Brasil teve mais uma ditadura, que ocorreu com o golpe de 1964, outorgou-se a Constituição de 1967 legitimar aqueles que tomaram o poder, mas é importante ressaltarmos que com o AI-5 em 1968, o Presidente da República tinha o poder para suprimir várias garantias individuais dos cidadãos e de suspender cargos do Poder Legislativo quando

¹¹ Aqui, utilizamos a noção de princípio para Karl Larenz, segundo o qual princípios: “princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para **interpretação e aplicação** do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.” (ÁVILA, 2018, p. 55)

bem entendesse, da mesma forma poderia colocar o Congresso Nacional de recesso e ele mesmo legislar sobre os temas que bem entendesse. Com a Emenda Constitucional, alguns autores entenderam por haver rompimento com a Ordem Jurídica anterior e na verdade a Junta Militar havia promulgado uma nova Constituição. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Em 1969, a Junta composta pelos Ministros que chefiavam cada uma das três Armas, e que assumiu o governo, depois de declarada a incapacidade, por motivo de saúde, do Presidente da República, promoveu uma alargada reforma da Constituição de 1967, por meio de ato que ganhou o nome de Emenda Constitucional n. 1/69. O Congresso Nacional havia sido posto em recesso. O novo texto tornou mais acentuadas as cores de centralização do poder e de preterimento das liberdades em função de inquietações com a segurança, que davam a feição característica do texto de 1967. Não poucos autores veem na Emenda n. 1/69 uma nova Constituição, outorgada pela Junta Militar. (MENDES, 2020, p. 99).

Nas constituições da ditadura militar também se previu a garantia do Habeas Corpus, mas o AI-5 impedia que a ordem fosse dada nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Com o AI-6, havia a possibilidade de se impetrar um Habeas Corpus em substituição do Recurso Ordinário Cabível, porém no texto da Constituição de 1969, restringiu-se esta possibilidade (TORON, 2022).

Ademais, com a Emenda Constitucional nº 26 de 1985, convocou-se uma Assembleia Constituinte livre e soberana, e em 5 de outubro de 1988, promulgou-se a nossa Constituição da República, vigente até então.

O sistema penal e processual penal adotado na Constituição de 1988 é predominantemente garantista, já que vários dos axiomas garantistas estão previstos em seu texto. Inclusive, neste trabalho escolhemos a ação autônoma de impugnação do Habeas Corpus, que é um remédio constitucional que serve para resguardar o direito à liberdade de locomoção, previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Ainda hoje, a garantia do Habeas Corpus é extremamente importante para se resguardar o Direito Fundamental à liberdade de locomoção, pois sem ele, teríamos ilegalidades escrachadas sendo ignoradas pelo judiciário. Apesar de atualmente se restringir o alcance da Garantia (Entendimento do Supremo Tribunal Federal, que tem boas chances de estar violando a Constituição Federal).

Por isso, se escolheu o Habeas Corpus para analisar neste trabalho, é uma importantíssima garantia fundamental para a proteção do direito à liberdade (que é a coisa que legitima todo o processo penal para o garantismo). Além disso, é o remédio com procedimento mais célere, que trará maiores chances de uma ilegalidade manifesta (coisa que

apesar de parecer raro tem-se em demasia) ser corrigida pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, apesar da profunda importância do Habeas Corpus como ação constitucional, sabe-se que a Constituição Federal consagra o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não como instâncias que analisarão o mérito da questão a eles trazida, e sim a aplicação do direito ao caso concreto. Neste sentido, os enunciados da Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (BRASIL, 1990), bem como o enunciado da Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” (BRASIL, 1963)

Porém, o texto constitucional deixa o Habeas Corpus muito amplo quando diz que o referido remédio é cabível sempre que alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer ameaça à liberdade de locomoção. Por isso, o Habeas Corpus é instrumento de extrema importância para sanar ilegalidades no caso concreto. É cediço que em matéria criminal, se protege a liberdade, que é coisa extremamente sensível, razão pela qual a própria Constituição, em seus arts. 102, II, e 105, II, transforma Tribunais que existem como instância extraordinária em Tribunais de instância ordinária, quando do julgamento do Recurso Ordinário Constitucional.

O entendimento dos Tribunais Superiores sobre o Habeas Corpus é de extrema importância, pois, apesar de o remédio não ser conhecido, a matéria deve ser analisada para verificar se existe coação ilegal a ser corrigida. Dessarte entendermos a restrição jurisprudencial no cabimento do HC como indevida, a possibilidade análise da matéria trazida na inicial é de extrema importância. Este entendimento gera críticas por parte da doutrina:

Em outras palavras, parece ganhar corpo uma espécie de subjetivismo segundo o qual cabe o writ quando é caso de concessão da ordem. Assim, confundem-se novamente aspectos de mérito com os pressupostos de cabimento, coisa que enseja um tipo de julgamento sumário do remédio em prejuízo da ampla defesa que, no mais das vezes, ficará sem a possibilidade de sustentar oralmente se a ordem, monocraticamente, foi obstada no seu nascedouro. (TORON, 2018, p. 75)

Tal coisa se dá por conta de previsão legal expressa do Código de Processo Penal, e mudanças na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao Cabimento do Habeas Corpus, no bojo do HC 109.956/PR¹², julgado pela primeira Turma do STF, entendimento acompanhado pelo STJ no julgamento do HC 216.882/DF.

Porém, como dito anteriormente, deve-se analisar os argumentos do impetrante e verificar se há de fato coação ilegal a ser corrigida:

¹² “A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus.” (BRASIL, 2012)

Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente mandamus, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. (BRASIL, 2012)

O fundamento de tal entendimento se encontra na legislação processual penal vigente¹³, de forma que no julgamento de um recurso, ainda que o recurso não tenha atingido os pressupostos de admissibilidade, o Habeas Corpus pode ser conhecido de ofício. Apesar da tentativa de restringir a impetração de Habeas Corpus, o problema pareceu ter permanecido o mesmo, já que em pesquisa do ano de 2015, mostra-se que só se aumentou o número de concessão da ordem de ofício naquele período:

Afinal, o crescimento dos casos de não conhecimento por esse fundamento também foi acompanhado pelo crescimento, sobretudo no STJ, de concessões de ordem ex-offício. No STJ, 22,22% de todas as concessões de ordem ex-offício foram proferidas em casos de HC's não conhecidos por serem substitutivos de recursos. Já no STF, o percentual de concessão de ordem ex-offício em casos de HC's não conhecidos por serem substitutivos de recursos alcança 25,67%. [...] Porém, limitar a utilização de uma ação prevista constitucionalmente com a única finalidade de reduzir a quantidade de litígios submetidos ao exame dos tribunais superiores é negar o próprio acesso à prestação jurisdicional, garantia constitucional petrificada no artigo 5º da CRFB (inciso XXXV). (BRASIL, 2015)

Pode existir contribuição da defesa criminal com relação ao abuso das impetrações e o exponencial crescimento do uso dessas ações, uma das razões para se ter proferido aquele entendimento pelo STF no HC 109.956/PR. Mais do que isso, a pesquisa indica que um fator que aumenta o número de impetrações em determinados temas é a resistência em seguir a jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores (BRASIL, 2015). Porém, é indevida a restrição do HC pelos Tribunais Superiores, em razão da importância constitucional desta ação, inclusive para se alegar uma nulidade no momento que esta ocorreu, sem ter que esperar o fim da instrução processual, como é o caso do HC 585.942/MT.

Quanto às nulidades, historicamente se tem um sistema que busca com todas as forças o autoritarismo para se condenar pessoas inocentes, já que esta é a consequência de uma fraca teoria das nulidades, onde mesmo as mais cabais violações ao Código de Processo Penal e à Constituição Federal. Daí retiramos a importância de estudar a teoria das nulidades, de forma crítica, já que boa parte da doutrina não o faz. Seguiremos para montar uma estrutura do que o processo penal deveria ter, quando olhado de forma garantista.

¹³ Art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Quanto aos axiomas do garantismo, em muitos pontos se tem a relação destes com a Constituição Federal de 1988. É importante discriminá-los desta forma, pois, isto nos ajudar a relacionar os princípios e os axiomas de forma adequada, porém não exauriente:

Tabela 1 - Axiomas e a Constituição

<i>Nulla poena sine crimine</i>	Art. 5º, XXXIX, Constituição Federal ¹⁴ .
<i>Nullum crimen sine lege</i>	Art. 5º, XXXIX, Constituição Federal ¹⁵ .
<i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>	Princípio da Intervenção Mínima ¹⁶ , Caráter Fragmentário do Direito Penal ¹⁷ – princípio implícito na Constituição Federal.
<i>Nulla necessitas sine injuria</i>	Princípio da Ofensividade ¹⁸ – princípio implícito na Constituição Federal.
<i>Nulla injuria sine actione</i>	Princípio da materialidade da ação ¹⁹ – princípio implícito na Constituição Federal.
<i>Nulla actio sine culpa</i>	Princípio da Culpabilidade ²⁰ – princípio

¹⁴ “[...] nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988)

¹⁵ “não há crime sem lei anterior que o defina [...]” (BRASIL, 1988)

¹⁶ “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.” (BITENCOURT, 2022, p. 61)

¹⁷ “Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.” (BITENCOURT, 2022, p. 63)

¹⁸ “(não há necessidade de intervenção penal sem lesão ou ofensa a bem jurídico relevante) – desponta como um ideal garantista de efetivação do utilitarismo revisitado, na medida em que a única justificativa (utilitarista, por óbvio) para a grave intervenção penal é a produção de um dano (ou perigo concreto de dano) em bem jurídico alheio.” (PINHO, 2019, p. 109.)

¹⁹ “(nulla iniuria sine actione – não há ofensa sem ação). Se o Direito Penal somente está legitimado a intervir diante da produção efetiva de um dano (princípio da ofensividade), é consequente que esse dano apenas pode ser produzido por uma concreta ação humana, palpável, visível e empiricamente demonstrável (princípio da materialidade da ação)”. (PINHO, 2019, p. 109.)

²⁰ Dessarte as críticas de Ferrajoli à teoria Finalista da ação, é a teoria adotada em nosso ordenamento, trazendo à tona portanto a teoria Normativa Pura da culpabilidade, retira-se da culpabilidade o elemento subjetivo e deixa ela apenas com elementos normativos, quais sejam, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de outra conduta e imputabilidade. Em síntese: “Uma das mais caras contribuições da teoria finalista, que fora iniciada pelo normativismo neokantiano, foi a extração do âmbito da culpabilidade de todos aqueles elementos subjetivos que a integravam até então e, assim, dando origem a uma concepção normativa “pura” da culpabilidade, a primeira construção verdadeiramente normativa, no dizer de Maurach. Como se sabe, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o tipo penal, retirando-os de sua tradicional localização, a culpabilidade, com o que a finalidade é levada ao centro do injusto. Como consequência, na culpabilidade concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação repousa no próprio injusto” (BITENCOURT, 2022, p. 474.).

	implícito na Constituição Federal.
<i>Nulla culpa sine iudicio</i>	Art. 5º, LIV ²¹ , da Constituição Federal. Art. 5º, XXXVII ²² e LIII ²³ , da Constituição Federal. Art. 93, IX ²⁴ , da Constituição Federal. Art. 95, I, II e III ²⁵ , da Constituição Federal.
<i>Nullum iudicium sine accusatione</i>	Art. 129, I ²⁶ , da Constituição Federal.
<i>Nulla accusatio sine probatione</i>	Art. 5º, LVI ²⁷ , da Constituição Federal. Art. 5, LV ²⁸ , da Constituição Federal. Art. 5º, LVII, da Constituição Federal ²⁹ .
<i>Nulla probatio sine defensione</i>	Art. 5, LV ³⁰ , da Constituição Federal. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal ³¹ .

Fonte: SANTANA, Erick Lucas Bonfim. 2023.

Veja, os axiomas foram adotados em nosso ordenamento ainda que de forma implícita.

Começando pelo princípio da reserva legal ou legalidade, somente é possível a existência de um crime, quando houver uma lei anterior tipificando aquela conduta como criminosa. O Direito Penal exige que exista uma lei em sentido formal e material proibindo determinada conduta para que ela seja considerada criminosa.

Ademais, comportamos os dois primeiros axiomas neste princípio, pois falamos da necessidade de lei para a definição de uma conduta como crime e a imposição de uma pena por violação da lei penal incriminadora.³²

²¹ “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988)

²² “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (BRASIL, 1988)

²³ “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;” (BRASIL, 1988)

²⁴ “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” (BRASIL, 1988)

²⁵ “vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; [...] inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; [...] irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I” (BRASIL, 1988)

²⁶ “São funções institucionais do Ministério Público: [...] promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;” (BRASIL, 1988)

²⁷ “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 1988)

²⁸ “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988)

²⁹ “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988)

³⁰ “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988)

³¹ “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988)

³² Ana Cláudia Pinho explica como funciona a reserva legal para a teoria garantista de Ferrajoli: “Luigi Ferrajoli denomina princípio da mera legalidade a reserva de lei, quer dizer a norma dirigida ao juiz para que concentre sua atuação somente nas espécies de crime definidas em lei (dimensão formal) e chama de princípio da estrita

Brevemente, os outros 4 axiomas são princípios implícitos na Constituição Federal. Trata-se da exigência de somente utilizar o direito penal de forma subsidiária (no fracasso dos outros ramos do ordenamento) e somente naquele fragmento de condutas que se justificam a proibição, proibir condutas que efetivamente violem bens jurídicos individualizados, somente proibir condutas após a execução destas respeitando o direito à imoralidade³³ e apenas punir as pessoas que culpavelmente praticam o delito.

Quanto ao último princípio, é importante ressaltar que Ferrajoli critica a teoria Finalista da ação, e por consequência a teoria normativa pura da culpabilidade, adotada em nosso ordenamento jurídico:

Por outro lado, adquire elevada importância, sobretudo na Alemanha, um complexo processo doutrinário que assiste à progressiva subjetivação do conceito de ação, até diluir-se na doutrina nazista do tipo de autor. A primeira etapa desta evolução é, seguindo sugestões neokantianas e da filosofia dos valores, a consideração da ação como ato dotado de "significação social". A fase seguinte é a do conceito "finalista" da ação de Welzel, que responde à idéia de que a ação humana não é um fato objetivo, mas que comporta uma finalidade e é avaliável e relevante apenas enquanto subjetivamente orientada a fins. Por último, paralelamente à dissolução do conceito empírico de resultado lesivo, produz-se a obliteração da ação, reduzida a simples sintoma da personalidade do delinqüente: é a conclusão a que chegam as doutrinas da Escola nazista de Kiel, que dissolvem o elemento objetivo no desvalor, inicialmente, da ação e depois da vontade, dentro de um contexto de subjetivação integral do direito penal como instrumento de simples repressão da subjetividade desleal. Em ambos os casos, as vias do substancialismo coincidem, como sempre, com as do subjetivismo: por um lado, delinqüente nato e tipo criminológico; por outro, personalidade inimiga ou desleal e tipo normativo de autor. (FERRAJOLI, 2002, p. 388).

O que Ferrajoli critica neste ponto é o problema da visão dada pelo finalismo à culpabilidade. Isto porque a culpabilidade no finalismo pode ser vista como um sinônimo para a reprovabilidade da conduta do agente³⁴. O subjetivismo em que pode se chegar tal fato seria algo que iria contra o próprio coração do garantismo³⁵.

legalidade a reserva absoluta de lei, ou seja, uma norma dirigida ao legislador para que observe a taxatividade (clareza na formulação legal) e a precisão empírica (as desviações escolhidas para merecerem sanção penal devem ser fática e empiricamente demonstráveis), no momento da fabricação da norma incriminadora (dimensão material)." (PINHO, 2019, p. 104)

³³ "Apenas atos externos são capazes de produzir danos a terceiros. Pensamentos, estados anímicos, desejos, intenções, vícios ou maldades internas – ainda que moralmente condenáveis – não são suficientes para provocar lesão (ou perigo concreto de lesão) a bem jurídico alheio. Daí porque o Direito Penal não tem interesse em punir o subjetivismo inofensivo (critério de utilidade)" (PINHO, 2019, p. 113)

³⁴ Para o finalismo, culpabilidade é desvalor da conduta praticada pelo agente, neste sentido: "Jiménez de Asúa, apesar de sua orientação causalista, definiu a culpabilidade do finalismo como 'a reprovação do processo volitivo: nas ações dolosas, a reprovabilidade da decisão de cometer o fato; na produção não dolosa de resultados, a reprovação por não tê-los evitado mediante uma atividade regulada de modo finalista'" (BITENCOURT, 2022, p. 474)

³⁵ "Fica, pois, claro que o princípio de materialidade da ação é o coração do garantismo penal, que dá valor político e consistência lógica e jurídica a grande parte das demais garantias." (FERRAJOLI, 2002, p. 387). Ora, é assim porque uma das bases fundantes do garantismo é a separação do direito da moral.

Quanto às garantias do juízo, começamos com o devido processo legal, não se trata apenas da imposição legal de criação de um procedimento, mas do respeito à forma definida em lei. Um devido processo legal se constrói de um contraditório substancial, material ou efetivo. Não estamos mais na busca de poder falar no processo quando a outra parte fala, pelo contrário, um contraditório substancial envolve o direito de ser ouvido e de influenciar no pensamento do magistrado.

Mais do que isso, um devido processo legal efetivo, traz a efetividade da teoria das nulidades. Concretamente devemos levar a teoria das nulidades a sério e anular processos que desrespeitem a forma imposta pelo devido processo legal, parecido com o que Ferrajoli concebe como legitimação interna. Não devemos esquecer que tal garantia impõe que todo acusado seja levado a juízo previamente definido em lei³⁶.

Não é possível considerar que alguém é culpado sem que esta pessoa seja levada a um juízo previamente definido em lei, imparcial, independente, inamovível, vitalício e com subsídio irredutível. A segunda garantia do juízo se resume na independência do Poder Judiciário. Ferrajoli quando fala das garantias do juízo, está dando máxima efetividade ao juízo natural, pois, propõem um sistema em que o juiz terá sua máxima independência. Quanto se diz que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, se está exigindo que o ordenamento possibilite a máxima independência dos magistrados. E isto é feito pelas garantias da magistratura, que são um custo, mas um custo muito menor do que interferência política no Poder Judiciário³⁷.

Ademais, não basta que o juiz seja independente, a acusação também o deve ser, por isso, não há juízo sem acusação. O art. 129, I, da Constituição Federal, impõe ao Ministério

³⁶ “A primeira dessas garantias é aquela da submissão à jurisdição em sentido lato (*nulla poena, nulla culpa, sine iudicium*), isto é, no sentido de garantia substancial ou orgânica relativa à figura e ao estatuto do juiz. Ela consiste na atribuição exclusiva de Poder Judiciário a um corpo de juízes ordinários (art. 102, parágrafo 1.º e 2.º, da Constituição: “A função jurisdicional será exercitada pela magistratura ordinária instituída e regulada pelas normas sobre ordenamento judiciário. Não podem ser instituídos juízes extraordinários ou especiais”) constituídos em um poder independente e dotado de autogoverno (arts. 104, parágrafo 1.º, e 105: “A magistratura constitui uma ordem autônoma independente de qualquer outro poder”; “ao Conselho Superior da Magistratura cabe a nomeação, posse e remoção e as medidas disciplinares referentes aos magistrados”), sujeitos apenas à lei (art. 101, caput: “Os juízes estão sujeitos apenas à lei”), inamovíveis (art. 107: “os magistrados são inamovíveis”) e dotados de competências legalmente preestabelecidas (art. 25, parágrafo 1.º: “Ninguém pode ser subtraído do seu juiz natural preconstituído por lei”).” (FERRAJOLI, 2002, p. 585).

³⁷ “A segunda garantia orgânica conexa à primeira é aquela da não derrogação do juízo no duplo sentido indicado no parágrafo 39.1, de não jugibilidade da jurisdição ordinária disposta pelo art. 25, parágrafo 1.º, da Constituição e da sua não declinação decorrente da obrigatoriedade da ação penal (art. 112: “o Ministério Público tem a obrigação de exercitar a ação penal”). Como se disse no parágrafo 39.3, esta garantia é corolário da submissão apenas à lei da função judiciária e também o é da acusação pública igualmente vinculada à lei, e assim afastada de tentações potestativas e de pressões externas; e é, ao mesmo tempo, um princípio essencial de igualdade e de imparcialidade diretamente voltado a impedir favoritismos ou discriminações à pessoa do réu ou do seu acusador.” (FERRAJOLI, 2002, p. 588)

Público o dever de propor privativamente a ação penal na forma da lei. Neste ponto, separamos a figura do juiz da figura do acusador. Com essa garantia também preservamos a imparcialidade do magistrado, porque a figura do acusador e a do julgador devem ser diferentes, com o fim de chegarmos o mais próximo possível da certeza que aquele condenado é de fato o culpado pelo delito, minimizando assim o erro judiciário. Deve-se recordar que a divisão de funções é marca de uma democracia.³⁸

Não há acusação sem prova. O acusado é presumido inocente até prova em contrário. A prova em contrário no Brasil se dá pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pela aceitação da culpa com a não interposição de recursos ou pela impossibilidade destes no caso concreto. Ressalte-se que o ônus da prova incumbe a quem acusa, não possuindo a defesa no sistema garantista o ônus de provar nada.³⁹

Por último, não há prova sem defesa. Aqui também entra a garantia do contraditório e some-se aqui a ampla defesa. O réu tem o direito de se defender da acusação, por isto, ela deve expor de forma pormenorizada todo o fato criminoso. Além disso, o réu para ser interrogado precisa ter acesso a todas as provas do processo, com o fim de formular uma estratégia e se desejar, exercer sua autodefesa. Prova tem natureza jurídica de direito, logo, o réu tem o direito de provar suas alegações e a acusação tem o dever de comprovar o que se diz na denúncia, não sendo possível a condenação caso isto não ocorra.⁴⁰

³⁸ “A terceira garantia orgânica expressa pela nossa definição legal é a separação entre o juiz da acusação (*nullum iudicium sine accusatione*), introduzida pelo novo Código, e a configuração do Ministério Público como sujeito exclusivo da acusação e no seu todo exclusivamente acusatório, vinculado à lei (art. 112) e independente (art. 107, parágrafo 4.º: “o Ministério Público goza das garantias estabelecidas pelas normas que disciplinam a ordem judicial”). Daí deriva a posição do juiz como um terceiro em relação às partes, e sua imparcialidade com respeito a matéria contenciosa.” (FERRAJOLI, 2002, p. 589)

³⁹ “O quarto princípio incluído na nossa definição é a garantia processual da presunção de inocência do imputado até que prova contrária justifique a condenação (art. 27, caput, da Constituição: “o imputado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva”). Se é verdade que a verificação dos crimes e a aplicação das penas são possíveis apenas com sentença de condenação sucessiva a um processo, processo e condenação são condições em cuja ausência o acusado não pode ser considerado culpado, mas inocente, e não é suscetível de lhe ser aplicada uma pena nem que seja a título preventivo ou cautelar. Disso segue o corolário de que o ônus da prova pertence à acusação (*nulla accusatio sine probatione*): isto é, aquela regra fundamental do jogo processual segundo a qual a formulação de uma acusação gera o ônus de prová-la, e não é o imputado que deve provar ser inocente, mas a acusação que deve prová-lo culpado.” (FERRAJOLI, 2002, p. 586).

⁴⁰ “O último princípio contido na nossa definição legal do processo penal é aquele do contraditório, por meio do qual se realiza a estrita submissão à jurisdição do processo. Ele corresponde, essencialmente, como se disse no parágrafo 41.4, ao método de formação das provas e de verificação da verdade, fundado não no juízo potestativo, mas num conflito disciplinado e ritual entre partes contrapostas: a acusação, expressão do interesse punitivo do Estado, e a defesa, expressão do interesse do imputado de ver-se livre de acusações infundadas e permanecer imune à aplicação de uma pena arbitrária. Tal conflituosidade, da qual depende a efetividade da presunção de inocência do imputado, é garantida normativamente não apenas pela separação entre juízo e acusação mas pelo controle e pela participação do imputado na atividade de formação e discussão das provas que estão asseguradas pela sua defesa técnica (*nulla probatio sine defensione*) em qualquer grau de jurisdição (art. 24, parágrafos 2.º e 3.º, da Constituição: “A defesa é um direito inviolável em qualquer grau e estado do procedimento. Estão assegurados aos hipossuficientes, de acordo com o que expuser norma futura, os meios para agir e defender-se perante qualquer jurisdição”). Instrumentais em relação à garantia de defesa mas, também, àquela de presunção de inocência até prova em contrário, e da submissão do juiz apenas à lei encontram-se, enfim, a obrigação da

Por último, todas estas garantias importam, porque punir é exercício de poder, e poder descontrolado é arbítrio. Salo de Carvalho vai neste sentido:

A tese positivista da presunção de regularidade dos atos de poder, calcada na visão acrítica e contemplativa do jurista, é negada, sobretudo porque fundada na (ingênuo) noção da existência de um 'poder bom'. Não basta a sintonia da norma com os parâmetros formais estabelecidos para sua validação, visto que eles nada garantem. Imprescindível é sua harmonia com os direitos e garantias que expressam a racionalidade material (substantiva) do estatuto fundamental. (CARVALHO, 2008, p. 101).

No processo penal, nós não falamos em lide, já que não há pretensão resistida, de fato, não há nem pretensão. No processo penal há poder, trata-se de exercício de um poder⁴¹. Por isso, deve-se compreender o processo penal sob a ótica garantista, e entender que a condenação só pode ocorrer quando o processo demonstrar que o indivíduo é culpado, sob pena de transformarmos o exercício do poder em arbítrio, já que o poder não é bom, nem moralmente correto de per si⁴².

Passamos à análise do processo penal garantista.

motivação de todos os provimentos jurisdicionais (art. 111, parágrafo 1º da Constituição), em particular daqueles restritivos da liberdade pessoal (art. 13, parágrafo 2.º) e, ainda, a recorribilidade em cassação pelas violações à lei de todas as sentenças e de todos os provimentos sobre a liberdade pessoal (art. 111)." (FERRAJOLI, 2002, p. 589).

⁴¹ "Irrelevante, senão inadequada, a discussão em torno da existência de uma lide no processo penal, até porque ela é inexistente. Isso porque não pode haver uma pena sem sentença, pela simples e voluntária submissão do réu. O conceito de lide deve ser afastado do processo penal, pois o poder de apenar somente se realiza no processo penal, por exigência do princípio da necessidade." (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 72).

⁴² "O pressuposto de todo totalitarismo é sempre uma visão finalista e otimista do poder como bom, ou, seja como for, dotado de valor ético, graças à fonte de legitimação que o detém. Vice-versa, o pressuposto do garantismo é sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerar em despotismo." (FERRAJOLI, 2002, p. 709)

2 O PROCESSO PENAL GARANTISTA

O processo “é o instrumento de que se serve o Estado para, no exercício da função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os; ou seja, o instrumento previsto como normal pelo Estado para a solução de toda classe de conflitos jurídicos.” (ALVIM, 2018, p. 29). O processo também pode ser conceituado como:

[...] o instrumento de atuação da jurisdição. É a principal ferramenta para solucionar os conflitos de interesse que se apresentam. No léxico a palavra processo significa “ato de proceder ou de andar”. Contempla um elemento constitutivo objetivo, qual seja, o procedimento, que é a sequência de atos concatenados a um objetivo final, é dizer, o provimento jurisdicional, e um elemento constitutivo subjetivo, que é a relação jurídica processual entre os sujeitos que integram o processo. (TÁVORA, 2022, p. 53)

Ou seja, é uma sequência lógica de atos praticados em contraditório, animado pela relação jurídica entre os sujeitos processuais⁴³.

Para Rosmar Rodrigues Alencar: “a forma é, ademais, um dos conceitos jurídicos fundamentais do direito processual, sendo no entanto, meios e não fins em si mesmos.” (ALENCAR, 2016, p. 69). O processo penal garantista em sua essência é contenção ao poder punitivo do Estado. Tanto o direito como o processo penal no garantismo se legitimam como a lei do mais fraco, ambos servem exclusivamente como um instrumento de garantias.

É de extrema importância, porém, lembrar que o sistema penal é extremamente seletivo e escolhem pessoas de uma certa cor e uma certa classe social, selecionando-as desde a pré-escola para o sistema carcerário. Este é um sistema que exclui pessoas e as divide cruelmente para manter o poder daqueles que são de uma classe dominante.

Apesar de o Garantismo aparentemente (já que este problema não é abordado diretamente por Luigi Ferrajoli) não se preocupar, a princípio com o problema trazido pelos abolicionistas modernos, parece ser um meio de solução (a princípio teremos redução) deste problema. De todos os que denunciam este problema, escolhemos citar Alessandro Baratta:

A função seletiva do sistema penal em face dos interesses específicos dos grupos sociais, a função de sustentação que tal sistema exerce em face dos outros mecanismos de repressão e de marginalização dos grupos sociais subalternos, em benefício dos grupos dominantes - hipóteses sobre as quais o labeling approach já havia chamado nossa atenção -, parece, portanto, colocar-se como motivo central para uma crítica da ideologia penal, também no interior desta recente reflexão. (BARATTA, 2002, p. 114).

⁴³ “O processo é o conjunto, isto é, a concatenação dos atos procedimentais.” “O processo é o conjunto, isto é, a concatenação dos atos procedimentais, com o desiderato de produzir, ao final, a coisa julgada.” (TÁVORA, 2022, p. 1.057)

O problema é que como bem apontou Alessandro Baratta, o sistema penal tem a sua clientela selecionada, e o garantismo não focou nisso a princípio, porém, isto não significa que não seja possível utilizar esta para começar a reduzir (e um dia fazer desaparecer) a estigmatização feita pelo Direito Penal com as pessoas negras e das classes baixas, que são a clientela que o Sistema Penal escolheu (o Sistema Penal, conforme o entendimento da criminologia moderna é composto pelos agentes de polícia, a acusação, o juiz... Não sugerimos que o Sistema Penal seja algo mecânico que não saiba quem seleciona, mas defendemos que são pessoas expelindo um preconceito estrutural, e que na maioria dos casos estão cientes do que fazem).⁴⁴

O processo penal, no garantismo, não é apenas a única forma legítima de considerar alguém culpado e portanto digno de receber a sanção penal, mais que isso, o processo penal garantista é expressão de garantia, é o instrumento legítimo para proteger os direitos fundamentais do acusado. Para Ferrajoli:

Entre os dois conjuntos de garantias existem nexos tanto estruturais como funcionais. As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes a lesão, a conduta e a culpabilidade -, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também "instrumentais" no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, "substanciais". (FERRAJOLI, 2002, p. 432).

É justamente neste ponto onde é possível olhar para o processo como um instrumento, mas um instrumento que será utilizado para proteger a substância, traduzindo-se estas nas garantias penais materiais. Enquanto a substância, a matéria, a existência do direito penal está subordinada aos axiomas penais, a forma processual penal está subordinada às garantias instrumentais.

O garantismo é uma teoria legitimadora do sistema penal, por esta razão não busca sua abolição, pelo contrário, Ferrajoli entende a necessidade de um direito penal em todas as sociedades. Para Ana Cláudia Bastos de Pinho:

⁴⁴ “Embora correspondam a 52% da população brasileira, (segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE), os negros são as vítimas em 75% dos casos de morte em ações policiais; pretos e pardos correspondem a 64% dos desempregados e 66% dos subutilizados; e a chance de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco. Os números são estarrecedores e escancaram como o racismo atinge diretamente a vida da população negra. Essa cadeia de desigualdade também caracteriza o sistema carcerário no país. [...] Os dados sobre encarceramentos relativos à raça/cor disponibilizados pelo 14º Anuário Brasileiro indicam alta concentração entre a população negra. Em 2019, os negros representaram **66,7% da população carcerária**, enquanto a população não negra (considerados brancos, amarelos e indígenas, segundo a classificação adotada pelo IBGE) representou 33,3%. Isso significa que, para cada não negro preso no Brasil em 2019, dois negros foram presos. E um pouco mais que o dobro, quando comparado aos brancos.” (FIOCRUZ, 2020)

Luigi Ferrajoli é um legitimador do poder punitivo. Queremos dizer com isso que o garantismo se posiciona dentre as teorias que justificam a pena, que encontram na punição alguma finalidade compatível com o discusso que lhe sustenta (justificação externa do Direito Penal). (PINHO, 2019, p. 22).

Não apenas isto, mas o direito processual penal somente se legitima quando criado em conformidade com a legitimação externa: “Por legitimação externa ou justificação refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico.” (FERRAJOLI, 2002)

A legitimação externa do processo penal somente será alcançada quando a lei processual penal for produzida pelo legislador com a utilidade deste em mente. O processo penal, como já dito, somente se legitima como lei do mais fraco. No momento do crime a vítima é a parte hipossuficiente, mas durante o processo o acusado é o hipossuficiente quando confrontado com o poder punitivo estatal.

Busca-se a máxima felicidade dos inocentes e o mínimo de aflição para os culpados, ou seja, a máxima felicidade para todos, o direito e o processo penal serão ilegítimos se não partirem deste pressuposto. É aquilo que foi expressado por Ferrajoli:

Analisarei no próximo capítulo o modelo de justificação baseado na integração destas duas versões do utilitarismo penal. Enfatizo, por hora, que a tradição penal utilitarista, mesmo em não se considerando as doutrinas que assumem a razão de Estado como critério de avaliação da finalidade da pena, amolda-se, inteiramente, à primeira de tais versões. “A maior das felicidade dividida no maior número possível” é a fórmula política utilitarista proclamada por Beccaria e repetida por Bentham. É fato que no pensamento iluminista existem alguns enunciados genéricos também da segunda versão: “Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique”, escreve Montesquieu. “Foi a necessidade portanto”, escreve Beccaria, “que forçou os homens a cederem parte da própria liberdade; por consequência, ele está certo de que cada um deles não quis depositar, na esfera pública, nada além da mínima porção possível, bastante para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo mais é abuso e não justiça, é fato mas não mais direito”. Analogamente, Bentham, Romagnosi e Carmignani trazem à colação a “necessidade” como critério de justificação da pena, assim como o princípio de que a “lei não deve estabelecer nada além de penas estrita e evidentemente necessárias” encontra-se inserido em todas as constituições emanadas da Revolução Francesa. Todavia, tais indicações, vez que restaram ancoradas à concepção majoritária da utilidade que a mera prevenção dos delitos representa, mostraram-se incapazes de sugerir critérios de efetiva delimitação e minimização do direito penal, e, assim, cairão por terra, tanto em razão das constituições como também das doutrinas utilitaristas do século XIX, todas voltadas para modelos correicionais ou intimidativos de direito penal máximo ou ilimitado, em uníssono com a reação antiiluminista. (FERRAJOLI, 2002, p. 211).

Some-se a isto, que para ser legítimo o direito (e também o processo penal) deve-se buscar a máxima felicidade dos inocentes e o mínimo sofrimento daqueles considerados desviantes, além de se legitimar somente quando considerado lei do mais fraco, já que o réu é hipossuficiente, citamos Ferrajoli novamente neste ponto:

Para obviar estes defeitos e embasar uma adequada doutrina da justificação externa e, conjuntamente, os limites do direito penal, faz-se mister recorrer a um segundo parâmetro utilitário, ou seja, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes. Este segundo parâmetro, para desenvolver o papel de objetivo justificante, ou, dependendo do caso, deslegitimante, não pode, entretanto, referir-se ao objetivo da prevenção dos delitos. Referindo-se a tal objetivo, como acontece no princípio iluminista da "pena mínima necessária", rememorado no parágrafo 20.2, este revela-se um genérico critério de humanitário bom senso, totalmente privado de função limitativa, vale dizer, "seria" com base neste "injusta, porque gravosa, além do necessário, para aqueles que devessem suportá-la", toda e qualquer pena "excessiva, ou seja, maior do que aquela necessária para tornar sem efeito os motivos do delito". "É claro que, visto sob este prisma, o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários. Precisamente - monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados - a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. E sob esta base que as duas finalidades preventivas - a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias - são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a "necessidade política" do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições. [...] Esta legitimidade, como mostrarei nos parágrafos 37 e 57, não é "democrática" no sentido que não provém do consenso da maioria. É, sim, "garantista", e reside nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. "Garantismo", com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. E precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário. (FERRAJOLI, 2002, p. 267).

Quanto às teorias (des)legitimadoras da pena, existem algumas mencionadas por Ferrajoli durante sua obra que são as teorias da prevenção geral e especial, o retributivismo e o abolicionismo. Ferrajoli sintetiza:

O abolicionismo penal constitui um conjunto um tanto heterogêneo de doutrinas, teorias e posturas ético-culturais, cuja característica comum é a negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a deviança. Os pressupostos filosóficos e as perspectivas políticas de tais orientações são os mais diversos e vão desde o mito criado no século XVIII do "bom selvagem" e da ultrapassada e feliz sociedade primitiva sem direito, até as configurações anárquicas e marxistas-leninistas do "homem novo" e da perfeita sociedade sem Estado; das doutrinas apologéticas da deviança e da sociedade desregrada e livremente violenta àquelas renovadoras do final da deviança e da sociedade perfeitamente auto-regulamentada e pacificada." [...] São, ao contrário, "relativas" todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio

para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma destas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da prevenção especial, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinqüente, e doutrinas da prevenção geral, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral. Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja aquela entre doutrinas de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa, dependendo do fato da prevenção - especial ou geral - realizar-se positivamente, por meio da correção do delinqüente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou, negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes. [...] As doutrinas absolutas ou retributivistas fundam-se todas na expressão de que é justo "transformar mal em mal". Trata-se de um princípio com origens seculares, e que esta à base daquele arcaico instituto, comum a todos os ordenamentos primitivos, que é a "vingança de sangue". Presente na tradição hebraica sob a forma de preceito divino, incorporada inobstante o preceito evangélico do perdão na tradição Cristiana e católica - de São Paulo, Santo Agostinho e Santo Tomás até Pio XII tal concepção gira em torno de três idéias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da "vingança" (ex parte agentis), da "expiação" (ex parte patientis) e do "reequilíbrio" entre pena e delito. (FERRAJOLI, 2002, p. 201)

Mas Ferrajoli nas palavras de Ana Claudia Pinho:

[...] não está nem de um lado, nem de outro. Como será objeto de análise no decorrer do texto, a visão garantista sobre democracia e maioria é incompatível com esse modelo iluminista da prevenção geral negativa. O garantismo não pactua com uma proposta de pena que tenha por finalidade primordial a proteção da maioria (e a subsequente falta de limites à sanção), sem contemplar a minoria. Exatamente por isso, Ferrajoli propõe uma espécie de correção à prevenção geral negativa, sustentando o que chama de um utilitarismo reformado, que é a base de sua justificativa punitiva e a razão fundamental para legitimar o poder de punir. (PINHO, 2019, p. 23).

Mais, a pena somente se justifica quando está em um duplo caráter preventivo (numa perspectiva garantista, deve ser completamente excluído o caráter punitivo preventivo adotado no art. 59 do Código Penal), a pena tem a função de prevenir os futuros delitos e prevenir a barbárie que poderia ser praticada contra o acusado sem a existência de um sistema penal, não se defende isto sem excluir a possibilidade de o próprio Estado praticar barbáries contra o réu, por isto a pena possui o dever de prevenir penas arbitrarias, ela é em si uma garantia. Quando a lei comina uma pena, dirige ao Estado um comando limitador, como se dissesse “daqui não se pode passar”.

Nas palavras de Ferrajoli:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação - informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal - que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve

apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem ameaçada e infligida não apenas ne peccetur, mas também ne punietur. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinqüente contra reações informais, públicas ou privadas. Nesta perspectiva a pena "mínima necessária" de que falavam os iluministas - compreendido "pena" no sentido genérico de reação aflitiva a uma ofensa - não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja aquele da minimização da reação violenta ao delito. E este objetivo, diferentemente daquele da prevenção dos delitos, é também idôneo a indicar, em razão da sua homogeneidade com o meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais. (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

O processo penal garantista é o resultado que se obtém na observância absoluta da Constituição e da lei processual penal. A Constituição deve ser observada na criação da lei processual penal sob pena de invalidade da lei. Tanto a Constituição quanto o disposto no Código de Processo Penal (claro que apenas aqueles artigos recepcionados pela Constituição Federal) devem ser observados desde a deflagração do processo até seu término sob pena de invalidade do ato processual praticado em desobediência aos diplomas de legitimação interna do ato processual:

Por legitimação interna ou legitimação em sentido estrito refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos. (FERRAJOLI, 2002, p. 171)

Diante disto, concluímos que a legitimação interna da lei penal tanto processual como material, existirão juridicamente quando compatíveis com a Constituição Federal.

Existem no ordenamento brasileiro duas formas de controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos primários, quais sejam, o controle difuso e o controle concentrado. Em um país de Constituição Rígida, se deve ter um forte controle de validade das normas em face da Constituição Federal.

O controle concentrado é aquele que somente pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal por meio das ações do controle concentrado (ADI, ADO, ADC, ADPF e ADI interventiva), seus legitimados (exceto a ADI interventiva que tem como legitimado apenas o PGR na esfera federal) estão elencados no art. 103 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) em rol taxativo. No controle concentrado, o pedido feito é pela declaração de (in)constitucionalidade da norma objeto, disso concluímos que a (in)constitucionalidade é o pedido.

Já o controle difuso é aquele que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal (com o respeito à cláusula de reserva de plenário) do país inteiro. No controle difuso, a inconstitucionalidade é a causa de pedir, é um fator meramente incidental para se chegar ao pedido (uma norma infraconstitucional, naquele caso concreto está violando a Constituição

Federal e impedindo a concessão do pedido, por isto, afasta-se a norma, que era óbice para a concessão do pedido, e concede-se o pedido. Ressaltamos que a norma é afastada naquele caso concreto). Pela autonomia funcional dos magistrados, podem declarar a inconstitucionalidade das normas nos casos concretos, com as devidas ressalvas (por exemplo, não se pode declarar a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional pelo STF).

Além disso, para Gilmar Mendes:

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso a ser submetido à apreciação do Poder Judiciário. “É mister – diz Lúcio Bittencourt – que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva”. Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar-lhe a aplicação, a despeito do silêncio das partes.” (MENDES, 2020, p. 1.281)

Pode inclusive fazê-lo de ofício conforme entendimento da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INTERPOSIÇÃO DE DECISÃO DO STJ EM RECURSO ESPECIAL: INADMISSIBILIDADE, SE A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DE QUE SE OCUPOU O ACÓRDÃO RECORRIDO JÁ FORA SUSCITADA E RESOLVIDA NA DECISÃO DE SEGUNDO GRAU E, ADEMAIS, CONSTITUI FUNDAMENTO SUFICIENTE DA DECISÃO DA CAUSA. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, **o STJ, a exemplo de *todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância*, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício**; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa. 3. Ademais, na hipótese, que é a do caso – em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria, é a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial. (BRASIL, 1993).⁴⁵

Dessas duas formas (controle difuso e controle concentrado) é feito o controle de validade das normas perante à Constituição Federal.

Quanto ao processo penal garantista, Ferrajoli propõe uma ideia de cientificidade aplicada ao processo penal. O método indutivo é utilizado para se chegar aos fatos, já a

⁴⁵ “10. Não se trata de contestar a evidência de que, no âmbito do sistema difuso de controle de constitucionalidade, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício.” (BRASIL, 1993)

dedução é utilizada para realizar o juízo de subsunção destes mesmos fatos à norma penal. O terceiro silogismo é para saber qual pena será aplicada, já que os dois primeiros são um para a construção dos fatos e o outro para saber se há subsunção deles à norma. Sempre se parte de premissas para chegar a conclusões.

O primeiro passo para se chegar a um processo penal é alcançar os requisitos mínimos para sua instauração, que são a prova da materialidade e os indícios de autoria. Não se pode deflagrar um processo penal sem a comprovação da materialidade delitiva. Por exemplo, para que o Ministério Público possa denunciar alguém por homicídio, na visão do processo penal garantista, deve estar no mínimo cabalmente comprovado que a vítima morreu em decorrência de um assassinato, e deve haver alguém suspeito de ter-lhe cometido.

A lei não exige a prova pericial para o oferecimento da denúncia, mas nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal (CPP): “art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” (BRASIL, 1940) É impossível provar a materialidade de alguns delitos sem perícia, já que a confiabilidade da prova testemunhal é pouco quando estamos ameaçando tirar de 20 a 30 anos da liberdade de um ser humano. Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

A qualidade da perícia depende, em grande parte, das condições em que estiver o lugar ou objeto a ser periciado. Assim, é imprescindível o cumprimento do disposto no art. 6º do CPP, especialmente o determinado no inciso I: Art. 6º [...] I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais. Não por acaso esse é o primeiro inciso, pois na prática esta deve ser a primeira providência a ser tomada pela polícia: dirigir-se ao local e isolá-lo. Isso porque o local do crime será uma das principais fontes de informação para reconstruir a pequena história do delito, e desse ato depende, em grande parte, o êxito da investigação. Para efeito de exame do local do delito, a autoridade policial providenciará imediatamente que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos (oficiais ou nomeados para o ato), que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos (art. 164), registrando ainda, no laudo, as alterações do estado das coisas e a consequência dessas alterações na dinâmica dos fatos. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 204)

Ainda sobre o exame de corpo de delito, diz Aury Lopes Jr.:

A mais importante das perícias é exatamente o exame de corpo de delito, ou seja, o exame técnico da coisa ou pessoa que constitui a própria materialidade do crime (portanto, somente necessário nos crimes que deixam vestígios). O corpo de delito é composto pelos vestígios materiais deixados pelo crime. É o cadáver que comprova a materialidade de um homicídio; as lesões deixadas na vítima em relação ao crime de lesões corporais; a coisa subtraída no crime de furto ou roubo; a substância entorpecente no crime de tráfico de drogas; o documento falso no crime de falsidade material ou ideológica etc. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 205).

Caso comprovado pelo exame de corpo de delito, que não é prova essencial para se utilizar em fase processual, que aquela pessoa morreu em decorrência de um assassinato,

teríamos a materialidade do delito. Mas sem um provável Autor seria impossível deflagrar um processo penal. O próprio exame de corpo de delito poderia levar a uma provável autoria, mas eventuais testemunhas e outros meios de prova (como a confissão) serviriam para trazer à tona o *fumus commissi delicti*, que é basicamente a justa causa para o início da ação penal (prova da materialidade e indícios de autoria).

Eventual confissão isolada não é suficiente para condenar alguém à uma pena prevista para um crime e nem mesmo para instaurar ação penal, não há valoração legal das provas, o juiz valora cada uma no caso concreto (tal coisa é perigosa se não observados os princípios do garantismo na formação da lei e em sua aplicação) e sempre deve-se observar o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Nas palavras de Ferrajoli:

Nemo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela "tortura espiritual", como a chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o "direito ao silêncio", nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a conseqüente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais. (FERRAJOLI, 2002, p. 486)

Com a prova da materialidade e os indícios de autoria, seria possível iniciar o processo penal, observando sempre as garantias processuais penais do garantismo:

A7 Nulla culpa sine iudicio. A8 Nullum iudicium sine accusatione. A9 Nulla accusatio sine probatione. AIO Nulla probatio sine defensione [...] Sua análise teórica se desenvolverá na terceira parte deste trabalho, onde discutirei pormenorizadamente as questões da legitimação política expressas pelas perguntas acerca do "quando" e do "como" da intervenção penal. Justamente, analisarei no capítulo 7 os princípios A1, A2 e A3, que respondem às perguntas "quando e como punir" e expressam as garantias relativas à pena no capítulo 8, os princípios A4, A5 e A6, que respondem às perguntas "quando e como proibir" e expressam as garantias relativas ao delito-, no capítulo 9, os princípios A7, A8, A9 e AIO, que respondem às perguntas "quando e como julgar" e expressam as garantias relativas ao processo. (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Não seria possível comprovar a culpa de ninguém sem previamente levar tal pessoa a júízo. A garantia de ser julgado pelo órgão competente está definida no art. 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988⁴⁶. Para Ferrajoli, “a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo nosso axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*.”(FERRAJOLI, 2002, p. 432)

⁴⁶ “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988)

Por esta razão, uma das principais características do sistema acusatório é a separação do órgão julgador e do órgão acusador, como bem definido na Constituição Federal em seu art. 129, I, *in verbis*: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;” (BRASIL, 1988) Para Ferrajoli:

Além disso, algumas dessas garantias, como a orgânica de separação entre juiz e acusação e as procedimentais da publicidade, da oralidade e do contraditório na formação das provas, são especificamente próprias do método acusatório; outras como a da independência, da imparcialidade, da necessidade da prova e similares são comuns a todos os tipos de processo, ainda que sua observância seja preferida pelo método acusatório e preterida pelo inquisitório. (FERRAJOLI, 2002, p. 434)

Há forte divergência doutrinária quanto ao modelo processual penal adotado pelo ordenamento brasileiro. O posicionamento majoritário da doutrina brasileira é de que o Processo Penal é Misto (mistura-se o processo inquisitório com o acusatório)⁴⁷.

O processo inquisitório é um modelo histórico de processo penal que não se preocupava em respeitar as garantias processuais penais do acusado. Acumula-se pode nas mãos do magistrado, tanto investigativos como instrutórios. Não se respeita o princípio do contraditório e da ampla defesa, não há imparcialidade do magistrado, o juiz perseguia a prova e decidia a partir da prova que ele mesmo produziu (LOPES JÚNIOR, 2022), como já mencionado na parte histórica.

Há o sistema acusatório, que é um sistema voltado para o controle do poder. Não há acumulações de função no sistema acusatório. A polícia possui um dever, a acusação possui outro (qual seja o de acusar), o juiz possui outro dever (que é o de julgar) e a defesa possui outra tarefa (que é a de defender o hipossuficiente no processo).

Há também o processo penal misto, que é o acolhido pela doutrina majoritária. O grande problema com este sistema processual penal é que a parte da doutrina, entende ser o sistema adotado na Constituição o acusatório, e que este sistema processual penal é muito mais inquisitivo que acusatório (Eugênio Pacceli⁴⁸, Aury Lopes Jr.⁴⁹, Ferrajoli⁵⁰, e outros...).

⁴⁷ “A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual).” (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 18)

⁴⁸ “De todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos por que abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional. Além disso, o fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram as exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro misto.” (PACELLI, 2021, p. 28)

⁴⁹ “Daí estar com plena razão JACINTO COUTINHO quando explica que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema.” (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 21)

⁵⁰ “Disso é resultado aquele "processo misto", que será copiado por numerosas codificações posteriores, incluída a italiana: predominantemente inquisitivo na fase de instrução, predominantemente acusatório na fase de debate e dominado em ambas as fases pelo princípio da livre convicção do juiz-inquisidor. Compreende-se que tal "monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório", tenha somado os defeitos de um e de

O sistema processual penal misto seria apenas uma forma de adotar o sistema inquisitivo e dar ao juiz o poder de perseguir a prova.

Dito isto sobre os sistemas processuais, o garantismo acredita ser o sistema acusatório a melhor forma de sistema processual penal. O Axioma A8 o colocou expressamente como um princípio do garantismo⁵¹, e Ferrajoli acrescenta:

O conjunto das garantias penais examinadas no capítulo precedente seria totalmente insatisfatório se não fosse acompanhado do conjunto correlato e, por assim dizer, subsidiário das garantias processuais, expressas por princípios que respondem as nossas duas últimas perguntas, "quando" e "como julgar": a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre juiz e acusação, o ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa (FERRAJOLI, 2002).

A presunção de inocência e o ônus da prova total e intransferivelmente a cargo da acusação é uma exigência do Garantismo. Não há processo penal garantista sem a imposição completa do ônus da prova a quem acusa. No Ordenamento Brasileiro, há mais críticas a se fazer quanto a isto, pois a redação atual do art. 156 do Código de processo penal é no sentido de que o ônus da prova incumbe a quem fizer a alegação⁵².

Já o art. 156, I, do CPP, é fruto de um sistema inquisitivo, pois traz ao juiz a possibilidade de produzir provas. Para a doutrina, com o advento do art. 3º-A do Código de Processo Penal, estaria tacitamente revogado o inciso I do art. 156, logo, no momento que o art. 3º-A do Código de Processo Penal entrar em vigência, o inciso I do art. 156 estará tacitamente revogado. Mas caso o art. 3º-A do CPP seja declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 156, I não sofreria alterações na interpretação. No mesmo sentido, é o art. 156, II, do Código de Processo Penal, já que autoriza ao juiz a produção probatória para dirimir dúvida relevante. Ora, no processo penal, a dúvida deve conduzir à uma absolvição, não à produção de prova de ofício.

Ainda, há várias divergências doutrinárias sobre o ônus da prova, a posição minoritária de Aury Lopes Jr. é que nenhum acusado possui ônus de provar suas alegações em um processo penal por força do princípio acusatório (art. 129, I da Constituição Federal de

outro, comprometendo de fato o único valor comum a ambos: a obrigação de o juiz decidir juxta alligata atque probata, que caracteriza tanto o processo puramente inquisitivo, no qual é necessária a prova legal, quanto o processo acusatório, em que o juiz é passivo diante da atividade probatória das partes e está a ela vinculado.” (FERRAJOLI, 2002, p. 113)

⁵¹ “A8 Nullum judicium sine accusatione” (FERRAJOLI, 2002, p. 75)

⁵² “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)” (BRASIL, 2008)

1988⁵³) e do princípio da presunção de inocência (consagrado no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988⁵⁴). Já a posição majoritária da doutrina coloca nas costas da defesa o ônus de provar aquilo que alegar, eventuais excludentes de ilicitude, excludentes de culpabilidade e causas obstativas ou extintivas da punibilidade seriam do ônus da defesa provar, enquanto a acusação provaria a autoria, materialidade, nexos de causalidade e dolo (ou culpa no delito culposos).

Tal posição doutrinária e o próprio art. 156 do Código de Processo Penal (caput e incisos) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que tem viés garantista na definição dos direitos fundamentais dos acusados em processo penal, além disso redação dada a este artigo e seus incisos pela reforma de 2008 é inconstitucional. Diante disso, o melhor caminho a ser seguido pelos juízes que desejassem aplicar a teoria garantista a um processo penal no Brasil seria: declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 156, caput e incisos, do Código de Processo Penal e desde o início dar aos órgãos da acusação o ônus total e intransferível da prova.

Na fase instrutória são cabíveis todos os meios de prova, desde que falseáveis, admitidos em direito, inclusive a prova inominada (desde que falseável, não nos aprofundaremos na questão pois o enfoque é a prova testemunhal). A prova falseável é aquela que:

Em termos gerais, numa concepção empirista do conhecimento são verificáveis e falseáveis, no sentido de "verdade", como elucidado no parágrafo 3, apenas as afirmações dotadas de significado ou de referência empírica, quer dizer, que descrevem fatos ou situações determinadas a partir do ponto de vista da observação: por exemplo, "a terra é um planeta que gira em torno do sol" ou "Caio violou o limite de velocidade de 50km por hora ao dirigir no centro de Roma a 60km por hora", ou similares." [...] "As condições da verificabilidade e da falseabilidade, quer dizer, do uso dos termos "verdadeiro" e "falso", a propósito de uma afirmação, dependem assim da semântica da linguagem na qual seja formulada, quer dizer, do fato de que sabemos exatamente a que nos referimos com as palavras que nela utilizamos. (FERRAJOLI, 2002, p. 96)

Fatos objetivos podem ser refutados pois dependem de prova para existir juridicamente, já os conceitos abertos não são falseáveis porque independem de prova da sua veracidade, na verdade, dependem da íntima convicção do julgador. Tomaremos como exemplo o art. 312 caput do CPP que diz:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da

⁵³ "Art. 129, I - São funções institucionais do Ministério Público: [...] I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;" (BRASIL, 1988)

⁵⁴ "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;" (BRASIL, 1988)

lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (BRASIL, 2019).

Este art. 312 prevê a possibilidade da prisão preventiva para “garantia da ordem pública”, mas há três correntes para definir o conceito de ordem pública: Para Aury Lopes Jr. o argumento não tem respaldo constitucional já que é fluido; Para Guilherme de Souza Nucci, a ordem pública justifica a prisão em face da gravidade concreta do crime, da repercussão social do fato ou da perigosidade do agente; Para o STJ a ordem pública está em risco quando o sujeito em liberdade provavelmente continuará a delinquir.

Conceitos abertos, no processo penal, são expressão de antigarantismo. Quanto mais conceitos fechados há em um ordenamento jurídico, mais garantista é este:

Os axiomas garantistas - formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convenionada e os termos posteriores - não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Trata-se, em outras palavras, de implicações deontológicas, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, que aqui se tornarão axiomatizados, dará vida a modelos deontológicos, normativos ou axiológicos. A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados. Isso não impede o caráter descritivo e não normativo de sua análise teórica e, sobretudo, de seu uso - como se realizará no curso deste livro - para interpretar e explicar os princípios de justificação política e de convalidação jurídica dos diversos sistemas penais concretos, além das separações, inevitavelmente conectadas ao seu caráter normativo, entre justiça, validade e efetividade penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 74)

Por esta razão, o Garantismo é uma utopia:

Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. (FERRAJOLI, 2002, p. 33)

A prova testemunhal é aquela que mais pode estar aberta a interpretações decisionistas de todas as outras. O fato pode se contaminar pela subjetividade do relato da testemunha, além disso a parcialidade do magistrado num sistema processual penal desatualizado com o nosso facilita bastante o erro judicial e a condenação sem provas. O decisionismo:

O segundo elemento da epistemologia antigarantista é o decisionismo processual, quer dizer, o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social.” [...] “por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de avaliações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato. (FERRAJOLI, 2002, p. 36)

Quando o relato de uma testemunha é coerente e harmônico com o de todas as outras, será difícil que uma prova testemunhal seja refutada por outros meios de prova, pelo contrário, todos se confirmaram. Mas quando há contradição em testemunhos, basta um outro meio de prova para derrubar o narrado por testemunhas:

De que é prova, por exemplo, o fato de Tício atestar que viu Caio sair brandindo um punhal ensangüentado da casa de Semprônio pouco antes de este ser encontrado morto com uma facada no coração? E prova, mais ou menos provável, dependendo da sinceridade que creditemos a Tício, do fato de que este vira Caio sair com um punhal na mão da casa de Semprônio, pouco antes de este ser encontrado morto com um ferimento no coração. Este segundo fato, contudo, é apenas um indício, mais ou menos provável, por sua vez, segundo a confiabilidade que possamos atribuir à visão de Tício, do fato de que Caio saíra realmente da casa de Semprônio nas suspeitosas circunstâncias referidas por Tício. Este terceiro fato é de novo apenas um indício, por sua vez mais ou menos provável, segundo a plausibilidade dos nexos causais propostos por nós, do fato de que Caio assassinara culpavelmente Semprônio. Temos, assim, nesta breve história, não uma, mas três inferências indutivas: aquela que do testemunho de Tício induz como verossímil que ele vira realmente a cena por ele descrita; aquela que de tal indício induz como verossímil que Caio tivera efetivamente o comportamento suspeito referido por Tício; aquela que deste indício mais direto induz como verossímil a conclusão de que Semprônio fora assassinado por Caio. Se, além disso, não escutamos o testemunho de Tício de viva voz, mas dispomos apenas da ata na qual foi ele transcrito, igualmente o testemunho fica reduzido a indício ou, se se quiser, à prova indiciária, e às três inferências deveremos acrescentar uma quarta: aquela que vai da ata ao fato, do qual a ata é apenas prova de que no passado verossimilmente Tício declarou tudo o que fora transcrito, sem que seu depoimento fosse mal entendido, distorcido ou coarctado. (FERRAJOLI, 2002, p. 106)

A Testemunha é quem “revela a outrem a ocorrência de um fato pretérito, ao qual teve conhecimento por meio dos seus sentidos, sobretudo, por meio de sua visão e audição, mas, também, possivelmente, pelo seu tato, paladar e olfato.” (KAGUEIAMA, 2021, p. 43). Na história do direito penal, as declarações de mais de uma testemunha no mesmo sentido, e a depender de quem era a testemunha, era mais ou menos valiosa para condenar ou absolver alguém por um fato criminoso. Neste sentido Ferrajoli:

[...] a investigação judicial não consiste somente na coleta de dados e peças de **convicção**, mas, sobretudo, em experimentar e produzir novas fontes de prova, como interrogatórios, testemunhos, acareações, reconhecimentos, perícias, inspeções judiciais etc. Todavia, o que o juiz experimenta não são os fatos delituosos objeto do juízo, mas suas provas. De modo não diverso do historiador, não pode, pois, examinar o fato que tem a tarefa de julgar e que escapa, em todo o caso, à observação direta, mas somente suas provas, que são experiências de fatos presentes, mesmo se interpretáveis como sinais de fatos passados. (FERRAJOLI, 2002, p. 44)

O juiz não pode observar o fato exatamente como ele ocorreu, seu dever será agir como investigador das fontes de dados que ele terá contato, uma dessas fontes (talvez a mais importante no processo penal brasileiro) é a prova testemunhal.

Em nosso processo penal, o valor das palavras de todas as testemunhas é o mesmo, com exceção de alguns estados da federação que adotam diferente jurisprudência sobre o tema, dando maior valor ao testemunho dado por policiais⁵⁵. A lei determina que qualquer pessoa pode ser testemunha⁵⁶. Importa ressaltar que a doutrina entende que de fato toda pessoa pode ser testemunha, mas:

Toda pessoa poderá ser testemunha, afirma o art. 202 do CPP. Essa regra surge como recusa a discriminações historicamente existentes em relação a escravos, mulheres e crianças, ou ainda às chamadas “pessoas de má-reputação” (prostitutas, drogados, travestis, condenados etc.), que ao longo da evolução do processo penal sofreram restrições em termos probatórios. Da mesma forma, não há que se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento. Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejuízos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des)valorar esse depoimento. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 223)

Importa ressaltar ainda que a oitiva das pessoas em juízo no procedimento comum ordinário segue a ordem prevista no art. 400 sendo causa de nulidade (se é absoluta ou relativa é fato que veremos no próximo capítulo), *in verbis*:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). (BRASIL, 2008).

A verdade a ser alcançada no processo penal nunca será a verdade real (que é aquela na qual se pode perseguir por quaisquer meios, onde não há limites para a produção de prova). O garantismo também se manifesta quando se impõe limites à produção probatória. Sobre a verdade, diz Ferrajoli:

A alternativa epistemológica entre os dois modelos - um estritamente juspositivista e o outro tendencialmente jusnaturalista - se manifesta, portanto, no distinto tipo de "verdade jurídica" por eles perseguida. A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das

⁵⁵ “1. Os depoimentos dos policiais, no que diz respeito às funções que desempenham como agentes públicos, gozam de presunção de veracidade e os seus atos de presunção de legitimidade, motivo pelo qual suas palavras possuem relevante força probatória.” (BRASIL, 2019)

⁵⁶ “Toda pessoa poderá ser testemunha” (BRASIL, 1940)

rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida "verdade substancial", ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 38)

Pelo contrário, a verdade a ser perseguida em um processo penal garantista é que a produção probatória possui limites:

Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. E, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética "verdade substancial", no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias. (FERRAJOLI, 2002, p. 38)

A forma no processo penal é expressão de garantia, mesmo para se descobrir algo tão nobre como a verdade, houveram perversões durante a história do direito penal, para que ocorresse de forma que a perseguição desta violasse garantias direitos naturais dos acusados em geral. A verdade real é uma utopia inalcançável e o preço de sua perseguição é altíssimo, já que é autorizado torturar os acusados e utilizar quaisquer meios que lhes façam se auto incriminar. O direito ao silêncio é inexistente em uma perspectiva antigarantista.

Quanto à verdade de uma teoria científica, diz Ferrajoli:

A "verdade" de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a "verdade" de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. (FERRAJOLI, 2002, p. 42)

No processo penal garantista utiliza-se o método indutivo para a construção dos fatos (os meios de prova são o objeto a ser observado pelo julgador), o julgador não agirá como um inimigo do acusado, mas como um terceiro imparcial que está observando a situação jurídica com o fim de reconstruir os fatos, supostamente ocorridos no dia do delito.

Este processo penal existe para dirimir ao máximo as dúvidas existentes quanto às situações de fato, caso estas permaneçam, serão utilizadas em benefício do imputado.

Muitas destas normas sobre a (formação da) verdade se dirigem a garantir contra o abuso e as prevaricações das partes, o desenrolar das investigações e do contraditório entre acusação e defesa. Outras, como a do favor rei no caso de dúvida,

têm a função de elevar as margens de incerteza, em todo caso intrínsecas à verdade processual. (*grifo nosso*) (FERRAJOLI, 2002, p. 49)

As normas sobre a produção probatória estabelecem o limite imposto às partes para a produção de prova, a título de exemplo, deve ser considerada inválida uma prova testemunhal produzida em desobediência ao art. 212 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2008), não admite que a acusação pergunte à testemunha tentando induzir nela a resposta. Caso fosse admitida tal situação, a prova testemunhal perderia totalmente seu sentido, pois, toda a ideia de uma prova testemunhal é justamente chamar terceiros que presenciaram os fatos para que os narrem da forma mais precisa possível.

Diante das perguntas das partes, o magistrado, como o terceiro imparcial que é, deve observar o cumprimento desta norma, e na ótica de um processo penal garantista, jamais seria possível que o juiz fizesse perguntas à testemunha, já que esta é meio de prova e o juiz não pode ter ônus probatória.

Seria nula uma prova onde a testemunha respondesse uma pergunta sob indução de quaisquer das partes. Qual a confiabilidade de uma verdade processual, onde o objeto a ser analisado foi na verdade manchado pelas partes? Este limite se dá pois a descoberta da verdade não é um direito absoluto em um processo penal garantista, e mesmo assim a própria verdade está limitada em um processo penal garantista:

Por fim, há regras jurídicas sobre a prova que podem representar um impasse à descoberta da verdade. Apesar de o autor restringir-se a citar as regras sobre o resultado da prova, como o sistema da prova tarifada, entende-se quadrável nesse âmbito, também, as regras sobre exclusão da prova ilícita, que privilegiam a proteção de determinados valores (inviolabilidade domiciliar, integridade física, intimidade, etc.), em detrimento do atingimento da verdade. Ferrajoli, por sua vez, assinala as razões pelas quais a verdade, denominada como processual, é apenas aproximativa, e não correspondente à verdade, assim como ocorrida na realidade. Em primeiro lugar, aponta que as proposições judiciais fáticas não podem ser experimentadas diretamente pelo juiz, visto que dizem respeito a fatos pretéritos. Assim, a verdade de tais proposições só pode ser conhecida por meio de uma inferência indutiva, tendo como premissas o fato a ser explicado, as provas produzidas, além das máximas de experiência, e, como conclusão, o fato tido como comprovado. A verdade assim obtida é tão só provável. (KAGUEIAMA, 2021, p. 35)

Durante a produção da prova testemunhal, a parte estaria investigando para ajudar na produção da história daquele delito que está sendo perseguido no processo.

Importa diferenciar aqui o processo penal decisionista daquele cognitivista (garantista). O processo penal decisionista é aquele que se faz presente quando o magistrado se utiliza somente de seus preconceitos e de seu subjetivismo para tomar uma decisão, nele a própria lei dá ao magistrado juízo muito próximo do absoluto de discricionariedade para tomar suas decisões, autoriza-se a analogia e a interpretação extensiva mesmo que prejudicial

ao acusado. O garantismo aceita alguns níveis de decisionismo, mas apenas pró reo (PINHO, 2019).

Já o processo penal cognitivista é aquele que respeita os limites impostos pela teoria do garantismo penal no momento da construção dos fatos, da dedução jurídica e na imposição da sanção penal.

O problema dos limites daquilo que se pode obter como verdade em um processo penal é que se cairmos em extremos será impossível a subsistência de qualquer sistema processual:

A rigor, se se pensasse que o juízo penal devesse alcançar a verdade "objetiva" e se tomasse ao pé da letra o princípio in dubio pro reo, as margens irredutíveis de incerteza, que caracterizam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação e, portanto, a paralisia da função judicial. Ou, ao contrário, poderiam gerar um resignado cepticismo judicial, disposto a afastar como ilusória qualquer pretensão de perseguir a verdade no processo e a avalizar modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas. (FERRAJOLI, 2002, p. 51)

Em nosso ordenamento, a prova testemunhal é o meio de prova mais importante, pois tem-se várias condenações fundadas exclusivamente nestas. Muitas vezes, basta a palavra de dois policiais para que alguém seja condenado por um crime.

Ocupando posição central na reconstrução dos fatos, encontra-se a prova testemunhal, cuja importância, de um lado, e fragilidade, de outro, serão analisados nos itens que se seguem. A não rara dissonância entre o resultado da prova testemunhal e a verdade é objeto de antiga preocupação entre os estudiosos porque, não obstante insegura enquanto elemento de convicção, é ela, com frequência, definidora do convencimento judicial acerca dos fatos. (KAGUEIAMA, 2021, p 38)

Neste sentido, Aury Lopes Júnior:

O erro está na presunção a priori (no sentido kantiano, de antes da experiência) de veracidade desses depoimentos. O endeusamento da palavra da vítima é um erro tão grande como seria a sua demonização. Nem tanto ao céu, nem tanto ao inferno. Como bem explica MORAIS DA ROSA, ao tratar do depoimento policial, mas perfeitamente aplicável à palavra da vítima a lógica de “acreditar que todo depoimento policial (ou da vítima, incluso) é verdadeiro como pressuposto, é um erro lógico e simplificador. Mas tem gente que é enganado pelas aparências e gosta. O depoimento deverá ser considerado por sua qualidade, coerência e credibilidade. Em qualquer caso e conforme o contexto probatório. Lógica faz bem à democracia processual”. E prossegue explicando que a armadilha lógica do “a priori” dos depoimentos decorre da impossibilidade de atribuir-se como verdadeiro o depoimento antes de ser prestado. O ponto nuclear do problema está exatamente nisso: existe uma predisposição condicionante, uma vontade prévia de acreditar e tomar como verdadeiro. Parte-se, não raras vezes inconscientemente, da premissa (reducionista e possivelmente falsa) de que a vítima está falando a verdade e não teria porque mentir. Por consequência dessa predisposição, tomamos como verdadeiro tudo o que é dito. E esse tem sido um foco de inúmeras e graves injustiças. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 217).

Começaram a se levantar vozes no Supremo Tribunal Federal neste mesmo sentido:

Em que pese a deliberada inocência manifestada pelo Tribunal de Justiça, ao registrar que “não faria sentido admitir que eles dispusessem de quantidade de entorpecente e resolvessem aleatoriamente imputar a autoria de delito tão grave a pessoas inocentes”, a condenação por tráfico se impõe, sobretudo porque a paciente foi presa na posse das substâncias. Faço esse registro porque não é novidade que alguns policiais já dispuseram de grande quantidade de entorpecentes e resolveram aleatoriamente imputar autoria de delito tão grave a pessoas inocentes, conforme já registrei no ARE 1247914, verbis: “Ao contrário do que registrou o acórdão recorrido, no sentido de que palavra de testemunha de defesa deve ser tomada com reserva, digo que é a palavra do policial que deve ser analisada com cautela. (BRASIL, 2022)

Enquanto o processo penal garantista presume como falso aquilo que está na denúncia até suficientemente comprovado como verdadeiro, o processo penal inquisitivo ou antigarantista presume como falsas as palavras do réu até que ele possa comprovar cabalmente que a acusação é falsa. O grande problema é que isto se calca na ingenuidade de um “poder bom”.

A verdade processual deve ser apenas aproximativa, nunca se busca uma verdade absoluta com os meios de prova, inclusive com a prova testemunhal isto é impossível. O juiz não busca dirimir as contradições entre os depoimentos das testemunhas, mas o quão próximos eles se encontram e se são no mínimo coerentes e harmônicos entre si, caso não sejam, devem ser utilizados como prova em benefício do acusado.

A impossibilidade de conseguir a verdade real em um processo penal garantista:

não conduz nem poderia conduzir a um abandono dessa enquanto valor a nortear a atividade probatória no processo. É a função da prova permitir a reconstrução histórica dos fatos, e, portanto, tornar possível a maior aproximação da decisão judicial com a verdade. A prova e a verdade colocam-se em uma relação teleológica, e não de correspondência. (KAGUEIAMA, 2021, p. 37).

Caso os depoimentos ouvidos na parte de instrução e as outras provas colhidas estejam todos em harmonia para dizer-se que o acusado praticou o fato “X”, poderá então passar para o juízo de subsunção do fato à norma.

O juiz deverá se recusar a aplicar qualquer norma que viole a Constituição Federal em quaisquer de suas decisões em um processo penal garantista. A via do controle difuso será um método eficaz (porém trabalhoso), para que ele possa fazer o controle de constitucionalidade das normas em face da Constituição Federal.

Após a oitiva das testemunhas, o imperativo art. 400 do CPP determina que o réu será interrogado ao final.

Nas palavras de Nestor Távora:

Por derradeiro, o acusado será interrogado. Percebe-se portanto que o interrogatório foi deslocado para o final da instrução, e o réu irá prestar suas declarações após ter contato com todo o manancial probatório produzido em audiência, tendo maiores

elementos para exercer a sua autodefesa, ou valer-se, em sendo o caso do direito ao silêncio. (TÁVORA, 2022, p. 1.081)

Há na doutrina e na jurisprudência divergências sobre a natureza jurídica do interrogatório, alguns entendem que é um meio de defesa, outros entendem que na verdade é um misto entre meio de prova e meio de defesa. O código de processo penal enxerga o interrogatório como um meio de prova ao enquadrá-lo no Capítulo III do Título VII, destinado às provas em espécie (TÁVORA, 2022).

Para Ferrajoli, o interrogatório seria um meio de defesa:

Ao contrário, no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. (FERRAJOLI, 2002, p. 486)

Precisamos lembrar ainda que no interrogatório é possível que o acusado não responda pergunta alguma, permanecendo em silêncio ou que responda apenas algumas perguntas silenciando-se quanto às outras.

No processo penal garantista, utiliza-se o método dedutivo para a subsunção jurídica, se e apenas se a partir de todos os fatos construídos no processo penal for possível um juízo de subsunção, será o acusado condenado. Para a construção fática o melhor a se fazer é utilizar o art. 386 e o art. 387 do CPP para entendermos como isto se dará.

Como já dito acima, o processo penal garantista se baseia na indução para a construção dos fatos, o que significa que apenas quando o juiz conseguir visualizar a culpa do acusado através de várias provas que a corroborem, será então possível derrubar a presunção de inocência do acusado.

Se diante da construção fática o juiz chegar a qualquer outra conclusão diferente de “o réu praticou o fato (indução) o fato se subsume à norma (dedução)” o réu deverá ser absolvido, pois a única forma de condenar o acusado seria com essas premissas sendo verdadeiras.

Os requisitos da sentença condenatória são aqueles dispostos no art. 387 do Código de Processo Penal.⁵⁷

⁵⁷ “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

A fixação de valor mínimo para a indenização dependerá do caso concreto.

O juiz não pode decidir no processo penal se utilizando da equidade, pois isso é técnica decisionista de julgamento. O único momento que o processo penal aceita decisionismo é quando vem *pro reo*.

Ainda hoje, a contraposição da equidade à legalidade, como modelo de juízo complementar, supletivo ou alternativo é um lugar-comum da filosofia jurídica, que se confunde, às vezes, com a contraposição entre formalismo e antiformalismo ou, pior, entre juspositivismo e jusnaturalismo. A equidade seria, assim, uma espécie de "muleta da justiça", consistente em "uma tendência oposta a todo formalismo, do qual deve ser complementar"; ou bem um meio para suprir as lacunas ou os equívocos evidentes da lei, mediante o reenvio ao direito natural, à consciência social ou à discricionariedade normativa do juiz; ou inclusive uma lógica alternativa àquela própria do juízo de legalidade, não "fechada", "silogística" ou "dedutiva", mas "aberta", "silogístico-retórica" ou "entimemática"; ou, enfim, "a justiça do homem, em contraste com a justiça da lei". Em todos os casos, a equidade está acreditada (ou desacreditada, segundo os pontos de vista) como fonte de direito alternativa à legalidade, ou bem como instrumento mais ou menos excepcional de interpretação e de integração da lei. Com a consequência de que, enquanto sua aceitação serve para favorecer orientações substanciais e decisionistas contrárias ao princípio de legalidade e particularmente deletérias no direito penal, sua repulsa vem enlaçada com orientações obtusamente formalistas e abstratamente legalistas. [...] Penso que estas configurações da equidade e as dificuldades conceituais que comportam são o fruto de teorias inadequadas (e mais freqüentemente da ausência de qualquer teoria) do significado dos enunciados jurídicos - legais e judiciais - e das palavras que neles aparecem. Com efeito, o problema da equidade e de sua relação com a legalidade pode ser resolvido se subministrarmos uma caracterização semântica adequada a estes dois conceitos, utilizando para tal fim a teoria lógica do significado, exposta no parágrafo 9.1, e a distinção por ela elaborada entre conotação (ou intensão ou significado intensivo) e denotação (ou extensão ou significado extensivo) de um signo. [...] Se aplicarmos esta distinção à linguagem jurídica, podemos dizer que a legalidade (ou conformidade com a lei) de uma afirmação judicial consiste na denotação de um fato mediante um predicado conotado pela lei como delito e em sua conseqüente verdade processual, enquanto a sua equidade (ou conformidade com o caso concreto) consiste na conotação do mesmo fato denotado pela lei como delito e em seu conseqüente conteúdo informativo particular. A lei, com efeito, conota as características essenciais ou os elementos constitutivos que formam a intensão de uma figura ou conceito legal de delito e que determinam a extensão da classe dos casos individuais denotados pelo juiz como aqueles dos quais a figura legal é predicável em afirmações judiciais aceitas como verdadeiras; o juiz, por sua vez, conota as características acidentais e as circunstâncias específicas, não contáveis nem denotáveis legalmente, que formam a intensão dos casos individuais denotados pela lei como membros da classe cuja extensão está determinada pela figura de delito por ela conotada. Com uma fórmula sintética, que mais adiante se tornará mais clara, direi que a lei conota o que o juiz denota, e denota o que o juiz conota; e que, inversamente, o juiz denota o que a lei conota, e conota o que a lei denota. "Legalidade" e "equidade" - referindo-se uma à denotação e a outra à conotação, levadas a cabo no julgamento - podem ser concebidas conseqüentemente como dois aspectos distintos do conhecimento judicial: o juízo de legalidade corresponde à verificação (da qual se tratou nos dois parágrafos anteriores) das características essenciais e comuns que permitem afirmar que um determinado fato individual entra em determinada classe de delitos conotada pela lei; o juízo de

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal).” (BRASIL, 2008)

equidade consiste, ao inverso, na compreensão das características acidentais e particulares do caso individual verificado e não conotadas pela lei. (FERRAJOLI, 2002, p. 126).

Resumindo o pensamento de Ferrajoli, a equidade preencheria as lacunas legais conforme a lei do mais fraco. Por esta razão em uma sentença penal condenatória, ao fixar a dosimetria da pena o juiz teria que seguir alguns pontos na dosimetria da pena para se portar conforme o garantismo. O ponto principal é o definido logo abaixo.

O art. 59 do Código Penal diz:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1984).

O juiz teria a obrigação constitucional de considerar favoráveis todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, por constituírem conceitos jurídicos indeterminados, cujo significado tem que ser dado pela doutrina, e por esta razão necessitem da analogia ou da interpretação extensiva e quiçá dariam ao juiz verdadeiro poder de legislar.

Ou teria o magistrado que declarar a inconstitucionalidade do art. 59 do Código Penal toda vez que proferisse uma sentença penal condenatória, por ferir este o art. 5º, XXXIX da Constituição Federal (BRASIL, 1988). É inaceitável em um estado de direito que o juiz possua o poder de decidir se são favoráveis ou não os elementos previstos no art. 59 do Código Penal.

Mais, o Código Penal não dá quantidade de aumento (seja na primeira ou na segunda fase de dosimetria) e não conceitua nenhuma das circunstâncias trazidas. É dar ao juiz um poder decisionista absurdo sobre a liberdade de ir e vir de um acusado.

Quanto à dosimetria, todas as atenuantes da segunda fase e as causas de aumento previstas na parte geral e na parte especial devem obedecer o princípio da legalidade e da taxatividade das leis penais sob pena de também sofrerem a declaração incidental de inconstitucionalidade.

Não se admite em um ordenamento penal e processual penal garantista que existam normas jurídicas completamente indeterminadas e que podem trazer ao réu situação que viole sua liberdade. A lei penal não pode trazer conceitos jurídicos indeterminados.

Sabemos ainda que a maioria esmagadora dos conceitos jurídicos indeterminados geralmente são utilizados em matéria de direito e processo penal para impor ao réu sanção

penal mais grave⁵⁸. Não se preocupa com o fato praticado pela pessoa do réu, mas com a própria pessoa do réu, em verdadeiro Direito Penal do autor⁵⁹.

Isto está errado, pois o Estado não pode exigir que o cidadão se torne uma pessoa diferente de quem é, cada um possui o direito de ser o quão imoral queira por dentro, desde que não pratique condutas prejudiciais à vida em sociedade.

Por primeiro, se aplicada ao delito ou ainda aos problemas de justificação da legislação, a mesma comporta o fato de que o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros. Pode-se pretender que uma ação não seja proibida se em nenhum modo é considerada reprovável, mas, ao contrário, não se pode admitir que o seja somente porque tida como imoral ou, de qualquer modo, reprovável. Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente bens jurídicos alheios, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. Em segundo lugar, se aplicado ao processo, e conseqüentemente aos problemas da jurisdição, o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela lei. Um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é. Evidentemente, para que tais condições se concretizem e o julgamento tenha caráter cognitivo e jurisdicional, não basta que os delitos sejam previstos em lei, consoante o princípio da legalidade, fazendo-se mister que os mesmos consistam em fatos empíricos taxativamente identificados segundo este mesmo princípio, a fim de que possam ser verificadas e rebatidas as teses judiciárias que os afirmam ou que os negam. (FERRAJOLI, 2002, p. 178)

⁵⁸ Exemplo disso, é o conceito de ordem pública. Nucci possui o entendimento que a ordem pública está abalada por um delito de grave repercussão social, confira-se: “A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva.⁶³ Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. Nas palavras de NORBERTO AVENA, “questão importante concerne à possibilidade de a repercussão social intensa provocada pela gravidade da infração penal, por si, autorizar a privação cautelar da liberdade sob o manto da garantia da ordem pública”. A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente.⁶⁵ Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo, de intranquilidade.” (NUCCI, 2023, p. 703).

⁵⁹ “Identifica-se aqui um direito penal do autor, e não um direito penal do fato, o foco do inquisitivo é na pessoa que delinuiu, não no fato por ela praticado. Entre as figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal, pode-se recordar a concepção positivista-antropológica do “delinqüente natural”, a doutrina nazista do “direito penal da vontade” ou do “tipo de autor” [...] stalinista do “inimigo do povo”.” (FERRAJOLI, 2002, p. 36)

Enfim, o único meio legítimo de impor sentença condenatória a um cidadão é por meio do processo penal garantista e, para que esta sentença esteja em conformidade com os postulados do garantismo terá que ser fundamentada, se recusar a aplicar contra o réu qualquer norma jurídica que viole a Constituição e deve ter como resultado dos silogismos “o réu praticou o fato X”, “o fato X é uma conduta prevista em lei anterior como crime” e “o fato X possui sanção penal cominada”. Assim e apenas assim será possível condenar um acusado em processo penal verdadeiramente garantista.

Por óbvio é impossível chegar em absolutamente qualquer conclusão em uma sentença. As conclusões possíveis seriam:

I - inexistência do fato;⁶⁰

II - dúvida quanto a existência do fato;⁶¹

III - o fato não é infração penal;⁶²

IV – negativa de autoria;⁶³

V – dúvida quanto à autoria;⁶⁴

VI – erro de tipo, erro de proibição, exclusão da ilicitude e exclusão da culpabilidade, ou dúvida da existência destas circunstâncias;⁶⁵

VII – não houver prova suficiente para a condenação.⁶⁶

VIII - a existência do fato está provada e o réu concorreu para a infração penal.⁶⁷

Em quaisquer dos 7 primeiros casos o réu deverá ser absolvido e somente poderá ser condenado na ocorrência do oitavo caso.

Note-se que, para o decreto condenatório, é necessário que o acusado tenha ocorrido para a infração penal, que é um fato típico, antijurídico e culpável. Se por acaso o fato tenha existido, e o juiz chegar à conclusão que o réu o praticou, mas em Estado de Necessidade, por exemplo, deverá absolvê-lo.

Da mesma forma, se o fato existiu e o réu o praticou, mas agiu de forma que o Estado não lhe podia exigir o contrário, o crime também fica excluído e por isto não deverá ser o réu condenado, pois não há crime sem culpabilidade. Quando o fato existe e o réu lhe pratica sem dolo, novamente não há crime e o réu deve ser absolvido.

⁶⁰ “estar provada a inexistência do fato” (BRASIL, 1940)

⁶¹ “não haver prova da existência do fato” (BRASIL, 1940)

⁶² “não constituir o fato infração penal” (BRASIL, 1940)

⁶³ “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal” (BRASIL, 1940)

⁶⁴ “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” (BRASIL, 1940)

⁶⁵ “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência” (BRASIL, 1940)

⁶⁶ “não existir prova suficiente para a condenação” (BRASIL, 1940)

⁶⁷ O juiz observará o disposto no art. 387 do Código de processo penal.

Existem sete conclusões possíveis para uma absolvição, e apenas uma que autoriza a condenação do acusado.

Ocorre que diante de todo o juízo dedutivo, que é a subsunção do fato à norma, passará pelo crivo do art. 386 do Código de Processo Penal. Caso o fato constitua infração penal (fato típico, antijurídico e culpável) e seja praticado pelo réu, este será condenado.

Porém, qualquer distúrbio na conclusão “a existência do fato está provada e o réu concorreu para a infração penal” o réu será absolvido, pois não há no processo penal garantista nenhum descanso com a possibilidade de um acusado inocente de sua acusação ser condenado a uma pena que não merece.

Ferrajoli nos explica quais as certezas devem ser buscadas por um direito penal mínimo, e nos ensina que a busca no processo penal garantista é que nenhum inocente fique preso, mesmo que para isso um culpado deva permanecer em liberdade:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias. Podemos dissipar, assim, o equívoco de uma "certeza" ou "verdade" mística que seria perseguida pelo garantismo cognitivista. A certeza, ainda que não absoluta, a que aspira um sistema penal de tipo garantista não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos todos os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos somente aqueles nos quais se tenha comprovado a culpabilidade por sua comissão. Em todo o caso, ambas as "certezas" são subjetivas e relativas, afetando "verdades" igualmente opinativas e prováveis. Sua diferença está apenas nos critérios opostos de sua obtenção. [...] A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio in dubio pro reo. E o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova - quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva - não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas. Ademais, esta é a forma lógica de todos os princípios garantistas antes formalizados, os quais, como se tem observado, estabelecem as condições necessárias, em cuja ausência não é lícito punir, e nem aquelas suficientes, em cuja presença não é lícito deixar de punir. (FERRAJOLI, 2002, p. 84)

Por fim, entendemos que no processo penal garantista deve haver por parte do juiz a recusa em desobedecer a lei e a Constituição Federal. O juiz não permitirá que seja iniciado um processo penal sem os requisitos mínimos para a instauração. O juiz assegurará o respeito aos limites de produção probatória, o cumprimento da lei e a observação da Constituição na audiência de instrução. Na inquirição das testemunhas o juiz não deve lhes fazer perguntas,

deixando às partes que lhe tragam a prova necessária para a conclusão na sentença. Ele estará sempre vinculado e em observância ao princípio do in dubio pro reo, recusando-se a condenar uma pessoa sem que sua culpa esteja devidamente provada, provas que serão perseguidas pelo órgão da acusação.

3 AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL À LUZ DO GARANTISMO

Existem algumas correntes sobre o conceito de nulidades no Brasil.

Para Paulo Rangel, a nulidade é “a sanção que se aplica ao ato viciado, em desconformidade com a lei”. A nulidade é a consequência da prática do ato em desconformidade com a lei e não a desconformidade em si” (ALENCAR, 2016, p. 19). Logo, para esta corrente, a nulidade seria uma sanção.

Para Guilherme de Souza Nucci, “são os vícios que contaminam determinados atos processuais, praticados sem a observância da forma prevista em lei, podendo levar à sua inutilidade e conseqüente renovação”(ALENCAR, 2016, p. 29), o que nos leva a entender que para esta corrente a nulidade seria um vício. É a corrente defendida por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes.

Para Júlio Fabbrini Mirabete, “sob um aspecto, vício, sob outro, sanção, podendo ser definida como a inobservância de exigências legais ou uma falta ou falha ou imperfeição jurídica que invalida ou pode invalidar o ato processual ou todo o processo” (ALENCAR, 2016, p. 29).

Para Elmir Duclerc, “a nulidade é a providência judicial de saneamento que é levado a cabo pelo juiz diante do desatendimento de algum requisito para a prática do ato processual que, ao final, tenha ferido princípio constitucional.” (ALENCAR, 2016, p. 31).

Para Gustavo Badaró:

[...] sublinhando que “a tipicidade das formas é uma garantia para as partes e para a correta prestação jurisdicional”, vê a nulidade enquanto espécie de atipicidade do ato processual, isto é, como defeito, vício que, para deixar de produzir efeitos no processo, carece de “pronunciamento constitutivo pelo magistrado”. (ALENCAR, 2016, p. 31)

Gloeckner, por outro lado, de acordo com Rosmar Rodrigues Alencar:

[...] declara preferência pela teoria da nulidade enquanto ato jurídico inválido, ou seja, concepção que lhe atribui a mácula da invalidade. Conforme leciona, tal teoria “está associada aos direitos fundamentais do acusado” e “a ineficácia é a consequência que permite o desfazimento do ato afetado pelo vício de validade”. Sua conclusão é de que “a nulidade corresponde à inadequação do ato ao modelo normativo, correspondendo tal anomalia à invalidade. (ALENCAR, 2016, p. 28).

Já Rosmar Rodrigues Alencar entende que “Nulidade é um dos termos utilizados pelo ordenamento jurídico para designar defeitos de atos processuais penais.” (ALENCAR, 2016, p. 47).

Aury Lopes Jr. conceitua as nulidades também as nulidades pela seguinte forma: “os atos processuais realizados com defeito, em que o princípio constitucional ou processual tutelado é atingido.” (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 435)

Vemos por aí que em nossa doutrina as divergências quanto à teoria das nulidades já começam nos conceitos.

Adotaremos para este trabalho o conceito que Aury Lopes Jr. utiliza, pois para nós é aquele que mais se aproxima do garantismo, por óbvio não concordamos com cada detalhe falado pelo autor, pois isto é humanamente impossível.

O fundamento da invalidação de um ato processual eivado de vício, não está na ideia da forma pela forma, não se prega no garantismo um apreço às formalidades legais (sem pensar na ideia de finalidade), pelo contrário, o axioma da estrita jurisdicionariedade (ou simplesmente o princípio da submissão à jurisdição), tem relação direta com o princípio do devido processo legal.

Digo mais, Ferrajoli defende que os dez axiomas não são variáveis entre si e que um é dependente do outro, a depender da adoção de mais destes teoremas, mais será garantista o sistema. Ferrajoli defende porém que as combinações destes quando convertidos em teoremas são variáveis. Cito o Teorema “T72 Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla injuria, nulla actio vel nulla culpa sine iudicio.” (FERRAJOLI, 2002, p. 89).

No T16 da tabela, vemos que não há pena sem juízo. Obviamente em outros teoremas é possível extrair a mesma ideia. Ocorre que isto é o que se adotou na Constituição Federal no art. 5º, LIV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 1988).

Esta norma constitucional é o fundamento, a razão de existência de uma teoria das nulidades. Existem nulidades em nosso processo penal porque a Constituição determina que há um procedimento a ser seguido (art. 5º, LIV, da CF), com respeito a direitos fundamentais, para que o cidadão possa ser punido por uma conduta definida em lei como crime.

Ainda que o sistema das nulidades no processo penal não seja o ideal, é necessário que exista um sistema de invalidades dos atos processuais sob pena de desrespeito cabal ao mandamento constitucional do devido processo legal.

Segundo Ferrajoli:

A primeira enunciação legal do princípio de submissão à jurisdição se encontra no parágrafo 39 da Magna Charta inglesa de 1215: “Nullus liber homo capiatur vel impresonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”. Nessa clássica formulação, o princípio já exprime mais ou menos explicitamente três fundamentais garantias: a) o habeas corpus, ou

seja, a imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal e, mais em geral, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos; b) a reserva de jurisdição em matéria penal, isto é, confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao "juízo legal" de um sujeito imparcial e independente; c) a presunção de inocência, por força da qual sem um "juízo legal" e antes da sua conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado. (FERRAJOLI, 2002, p. 443).

Nestor Távora conceitua o princípio do devido processo legal:

O devido processo legal é o estabelecimento em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a **necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais**. Em se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois *nulla poena sine iudicio*. Mas não é só. A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas respeitando-se o contraditório e a ampla defesa. (TÁVORA, 2022, p. 94).

Em resumo, o devido processo legal se traduz na previsão em lei de um procedimento formal para se ter a persecução penal, com a devida imposição dos limites para a atuação dos Agentes Públicos do Estado. É a criação de um procedimento formal na lei para que se torne possível impor legitimamente uma pena e proteger no grau máximo o direito à liberdade de locomoção daqueles que são acusados. Além disso, também se exige para a concretização de tal princípio a observância das formalidades previstas em lei, por conta do caráter instrumental do processo.

Mais, durante o processo penal, não estamos lidando com o que popularmente se conhece como “bandido”, estamos lidando com um cidadão que é constitucionalmente presumido inocente até ter contra si uma sentença penal condenatória, que transitou em julgado (leia-se trânsito em julgado material).

A ideia expressada por Ferrajoli de submissão à jurisdição é justamente a concretização da lei do mais fraco, desejando-se, não que o Direito penal seja extinto, mas deseja-se paz social (a prevenção de delitos) e a prevenção de penas desumanas. Com o devido processo legal é possível se ter a certeza que a garantia da humanidade das penas será respeitada, pois não será possível se impor uma pena que não esteja previamente cominada em lei para aquele delito.

Para se respeitar o princípio do devido processo legal, deve-se observar todo o procedimento previsto em lei antes de impor em alguém condenação, sob pena de se produzir ato processual inválido. Tal ato precisa ser desentranhado do processo, pois coloca em dúvida todo o caminho percorrido pelas partes no âmbito da persecução penal.

Para Rosmar Rodrigues Alencar, nesta linha:

As formas no processo penal são caras às garantias individuais fundamentais. O direito processual penal é, sob tal prisma, direito individual fundamental de primeira geração, oponível que é pelo acusado contra o arbítrio do Estado, conferindo ao processo penal o cunho protetor da liberdade, como sua finalidade primeira. (ALENCAR, 2016, p. 68).

O autor parte de pressuposto parecido com aquele que Ferrajoli parte, qual seja, o processo penal se legitima somente como a lei do mais fraco, in verbis:

Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. E sob esta base que as duas finalidades preventivas - a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias - são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a "necessidade política" do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições. (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

Note-se que num processo penal garantista, a teoria das nulidades é a forma pela qual se protege os direitos e as garantias fundamentais. Enquanto o direito e processo penal se legitimam como lei do mais fraco, e a forma de evitar os delitos e as penas arbitrárias. O ato processual se legitima como forma de proteger o direito de liberdade do acusado.

No processo penal não se busca apenas uma maneira de impor legitimamente a pena em alguém, pelo contrário, o processo não se inicia pensando na pena, ele é na verdade a forma de se proteger a liberdade do imputado. Não se defende a forma pela forma, mas ninguém será privado dos seus bens nem da sua liberdade sem o devido processo legal (BRASIL, 1988), o que se deseja é impor o máximo de rigor técnico aos atos processuais que estes sejam legítimos.

O sistema das nulidades está sempre a serviço do imputado, como entende Aury Lopes Jr., já que o devido processo legal uma garantia individual (críticável a ideia de que o processo é pro-societate), nas palavras daquele autor:

Nessa linha, o art. 565, ao estabelecer o chamado princípio do interesse, deve ser repensado à luz do que explicamos, ou seja, o interesse tutelado é do imputado. Portanto, não cabe anular um processo por defeito, salvo se houver pedido da defesa ou isso for feito, em seu benefício, de ofício pelo Tribunal. Excepcionalmente, quando a violação de princípio constitucional afetar gravemente o acusador, estará legitimado o Ministério Público a pleitear o reconhecimento judicial da invalidade. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 441).

A legitimidade dos atos processuais está na proteção do direito de liberdade do imputado, e isto é a coisa que torna os atos processuais legítimos. Por esta razão, não se pode aceitar uma débil teoria das nulidades como a nossa. Não se pode colocar na lei a ideia de prejuízo sem conceituar o que isto seria, tornando a norma processual vazia em si mesma. A

norma que impõe a prova do prejuízo para a declaração da nulidade é de per si ilegítima por dar ao juiz enorme discricionariedade no momento da conceituação.

Quando se pensa em nulidades no processo civil, busca-se o princípio da instrumentalidade das formas, onde o processo não seria um fim em si mesmo, mas um meio para a resolução da lide. No processo civil, a instrumentalidade das formas é consagrada no art. 188, caput, do Código de Processo Civil. A finalidade do processo civil é atender a demanda (de direito privado) das partes, por isso, a instrumentalidade das formas quando possui esta significação é aceitável para o processo civil.

Neste ponto, temos a posição de Aury Lopes Jr. para nos resguardamos, não há que se falar em teoria geral do processo, não é aceitável a importação de conceitos do processo Civil para o Processo Penal. Tratamos de duas disciplinas autônomas com finalidades distintas. Para Gloeckner:

Outro ponto do processo penal em que impera irrefutável concentração de pulsões autoritárias é a concepção de que há uma relação jurídica de base material a emprestar substância ao processo, devindo, no curso deste, uma lide. É claro que não há direito material do Estado de punir (direito subjetivo de punir), sob pena de se manter um pensamento fascista (a elaboração do conceito é de ninguém menos que Rocco) e, portanto, faltaria a base de direito material da relação jurídica. Mas falta igualmente ao Estado acusador legitimidade, pois este órgão não pode reclamar a adjudicação daquilo que não é seu. Nesse sentido em primeiro lugar não se pode falar em relação jurídica. Por seu turno, igualmente não se pode falar em lide pois não há interesses conflitantes no cerne do processo penal, como já demonstrara inequivocamente Jacinto Coutinho. (GLOECKNER, 2017, p. 80)

Já no Processo Penal, o problema não seria aceitar a existência de um princípio da instrumentalidade das formas, o problema seria importar o conceito da instrumentalidade das formas do processo civil. Não existe uma lide no processo penal, não estamos num conflito de interesses marcado por uma pretensão resistida.

Por óbvio, não ignoramos a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, pois o processo não é um fim em si mesmo, é um instrumento (de concretização das garantias fundamentais diga-se de passagem). Óbvio que para aplicar o referido princípio, ele deve ser relido à luz da finalidade do processo penal, e deve-se conceituá-lo diferentemente do que é no processo civil. Para nós, a instrumentalidade das formas aplicada na teoria das nulidades seria que nenhum ato que atingiu sua finalidade, poderia ser declarado nulo.

Pelo contrário, no dia a dia, se pensa que na verdade a acusação deseja a condenação do réu a todo o custo, mas na verdade, não é dessa forma que se dá o processo penal. O Ministério Público ainda é o fiscal da lei (há uma parcela da doutrina que entende inclusive

que o termo “partes” seria inadequado ao Processo Penal⁶⁸), ele pode inclusive impetrar Habeas Corpus em favor do acusado, além disso, pode pedir pela absolvição se não tiver juízo de certeza quanto à culpa do acusado.

Ainda, quando olhamos para o Processo Penal como lei do mais fraco, entendemos que a finalidade principal do processo penal é proteger o direito de liberdade do imputado, não temos ali um (como é popularmente chamado) “bandido”, temos ali um cidadão presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição da República.

As nulidades processuais se fundamentam no princípio do devido processo legal, que exige a existência de procedimento previsto em lei de forma taxativa, por isso. Por isso, não se busca apenas salvaguardar a forma, mas a lei processual em si, não é aceitável a prática de um ato contrário à lei que possa permanecer vigente e somente é declarado nulo se dele resultar prejuízo. Fala-se em proteção ao devido processo legal, e não à forma vazia.

Quando partimos deste pressuposto, entendemos que o ato processual deve de fato atingir sua finalidade, mas é impossível que a finalidade do ato seja completamente dissociada da finalidade do processo penal em si. Por exemplo, a citação é o ato processual por meio do qual o réu tem o conhecimento de que há um processo correndo contra ele (TÁVORA, 2022), a finalidade do ato citatório é dar ao réu a ciência de que existe um processo, possibilitando assim, a defesa do réu em juízo, garantindo acesso a todo o manancial probatório dos autos e possibilitando que ele escolha o advogado de sua confiança para lhe defender no processo. Perceba, que a finalidade do ato citatório, a princípio, é uma, mas ao final, servirá para proteger o direito à liberdade de locomoção do acusado, assim como todo ato processual.

Se a citação não pode ocorrer porque o réu se encontra em local incerto e não sabido, será ele citado por edital e ficará suspenso o processo e o prazo prescricional do delito. Mas, se o réu for encontrado, será citado e poderá responder à acusação que se iniciou contra ele, nomeando seu defensor de confiança. Caso não nomeie defensor (seja porque não pode ou

⁶⁸ Temos dito e reafirmado que, a rigor, sequer de partes poder-se-ia falar em processo penal, na medida em que ali não se tem por conteúdo uma típica relação jurídica, na configuração dos conhecidos direitos subjetivos, que atribuem ao seu titular, não só a fruição, gozo ou utilização de um bem de vida, mas cujo exercício vem garantido – coercitivamente, se necessário – nas ordens jurídicas dos povos civilizados. Não é por outra razão que o Ministério Público, legitimado à acusação, não é compelido a ela, podendo requerer o arquivamento da investigação, quando não convencido da responsabilidade penal do investigado. Pode também recorrer em seu favor, requerer a sua absolvição, e, ainda, produzir prova de sua inocência. Não bastasse, pode até mesmo impetrar ordem de habeas corpus em benefício do acusado. No processo penal brasileiro, o Ministério Público não é mero acusador, mas órgão independente e desvinculado de qualquer tese que a priori submetesse a sua atuação. Tanto ele pode oferecer acusação, repita-se, quanto requerer o arquivamento das investigações. Não há parcialidade que lhe condicione o agir, tal como ocorre com a defesa criminal, esta sim obrigada a defender os interesses do réu, ainda que este confesse ao defensor eventual responsabilidade pelo fato (quanto ao direito, a defesa é técnica, isto é, do defensor/advogado). (PACELLI, 2020, p. 150)

porque não deseja), ser-lhe-á nomeado defensor dativo, pois não há produção de prova sem defesa. Mas nisto, podemos dizer que apesar do defeito, o ato conseguiu atingir sua finalidade. Diferente seria uma citação por hora certa em que fosse reconhecido que o réu não estava de má-fé, nem se ocultando para ser citado, neste caso, todos os atos processuais posteriores à citação deveriam ser anulados e o processo deveria recomeçar do momento após a citação (a própria decisão que declarasse a nulidade, já deveria dar o prazo de 10 dias para que o réu respondesse à acusação). No último caso, por não ter o ato citatório atingido sua finalidade, não poderíamos mantê-lo, pois era absolutamente nulo.

A teoria das nulidades no meio de uma grande bagunça doutrinária e jurisprudencial, mas isto ocorre principalmente na importação de conteúdos do processo civil para o processo penal, especialmente no que tange à instrumentalidade das formas. Difícil será ver tanto no Superior Tribunal de Justiça, como no Supremo Tribunal Federal, uma declaração de nulidade sem a importação da ideia de que nenhuma (absolutamente nenhuma) nulidade, será declarada se dela não houver prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Não teremos problema em considerar úteis ao processo penal os conceitos de inexistência, nulidade relativa, nulidade absoluta e mera irregularidade. Mas não se pode aceitar que estes conceitos sejam um empecilho à finalidade do processo penal como um todo, não se pode pegar a nulidade relativa por exemplo, e utilizar todo o conceito dado pela doutrina clássica, já que em muitos momentos os conceitos são bastante problemáticos.

Antes de falar sobre as nulidades relativas, nulidades absolutas, inexistência e meras irregularidades, pensemos nos efeitos da declaração de nulidade (já que estas devem ser declaradas). Qual a forma de se declarar a nulidade? e os efeitos da declaração de nulidade? Quando se declara uma nulidade, se está diante de um problema no plano da eficácia do ato processual. Razão pela qual concordamos com Aury Lopes Jr. Após a declaração de nulidade ocorrerá a ineficácia do ato, este deixará de produzir efeitos:

O descumprimento da principiologia que informa o sistema de garantias gera um defeito insanável, uma nulidade e, como consequência, a privação de seus efeitos. Dessarte, somente ocorrerá uma nulidade quando tivermos um ato defeituoso insanável e que será, por essa razão, decretado nulo. Com a decretação da nulidade, deve-se, conforme o caso, decidir pela: privação dos efeitos; ou a proibição de valoração probatória. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 443).

É importante lembrar que não estamos tutelando no processo penal, um interesse da parte, sempre, em processo penal estaremos tutelando um interesse público, já que tanto a absolvição de um inocente, como a condenação de um culpado, são do interesse de toda a sociedade. Apesar de o garantismo entender que entre a condenação de um inocente é prejuízo

muito maior do que a absolvição de um culpado, não se está buscando impunidade, pelo contrário, entende-se que o direito e o processo penal são as ferramentas para se evitar a vingança privada.

A classificação das nulidades como relativas para LOPES JÚNIOR, 2023, p. 436:

É elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa aquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta.

Para este autor, a categoria de nulidades relativas é uma fraude processual à serviço do punitivismo, e ainda, este mesmo autor entende que diante do cenário atual, a tentativa de classificar as nulidades é inútil, já que quando se aplica as classificações de nulidades a um caso concreto, temos apenas a bagunça feita pela jurisprudência.

Para Aury Lopes Jr. conceituando conforme a doutrina clássica:

viola uma norma que tutela um interesse essencialmente da parte, ou seja, um interesse privado; não pode ser conhecida de ofício, dependendo da postulação da parte interessada; convalida com a preclusão; a parte deve demonstrar o prejuízo sofrido. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 436)

Quando se fala em nulidade relativa, não se pode aceitar que num processo penal garantista, se conceitue uma nulidade relativa como sendo aquela onde a norma processual violada somente tutelar o interesse individual das partes do processo. As normas processuais penais raramente farão isto.

Quando se exige que o interrogatório, por exemplo, seja o último ato da instrução, não se está apenas dando uma faculdade ao réu de falar por último, pelo contrário, está dando ao réu a oportunidade de ter acesso a todo o manancial probatório antes de dar a sua versão dos fatos. E isto é o que entendemos por ampla defesa. O princípio da ampla defesa não se materializa apenas com a ideia da presença de um advogado, mas quando se dá ao réu a possibilidade de refutar tudo o que lhe foi apresentado (ainda que ele não consiga).

O direito de presença, também por exemplo, do réu na audiência de instrução não é mera faculdade que o réu pode exercer quando lhe for oportunizado, pelo contrário, se trata de concretizar a garantia fundamental da ampla defesa. Se a melhor estratégia defensiva é a presença do réu, a defesa escolhe orientá-lo a ir à audiência, se não for este o caso lhe orientará a não ir. É um direito ir e ficar em silêncio, ir e responder todas as perguntas que lhe fizerem ou comparecer e responder somente às perguntas que desejar. Não se pode entender a ampla defesa como mera faculdade.

Tanto é assim, que a revelia no processo penal possui apenas o efeito de não se paralisar o processo, jamais falaremos em confissão ficta no processo penal. Mas o que falta ao legislador é entender o que significa o princípio constitucional da ampla defesa, e que ele não se trata apenas de mera faculdade. O mesmo se pode dizer dos juízes que lidam com o processo penal.

Da mesma forma, a ideia de se demonstrar um prejuízo sofrido para a declaração da nulidade, a nenhuma das classificações das nulidades se pode exigir isto. O art. 563, caput, do Código de Processo Penal, expressa o princípio do prejuízo. Como já explicamos, se estaria retirando a eficácia de toda a teoria das nulidades ao se aceitar uma ideia de submissão ao prejuízo. Achamos por bem citar diretamente Aury Lopes Jr.:

Desde uma perspectiva teórica, é correto afirmar-se que “as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade do ato pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício”. Considerando a instrumentalidade inerente ao processo, em que seus atos são meios e não fins em si mesmo, a cada dia tomam mais força os princípios do prejuízo e do inatingimento dos atos, oriundo do processo civil. O ato só será decretado nulo se causar prejuízo e não atingir o fim previsto. O problema está na manipulação feita em torno dessa concepção, por parte de quem julga, que encontra um terreno fértil para legitimar o que bem entender. Basta começar pelo seguinte questionamento: o que se entende por finalidade do ato? Nós pensamos que a finalidade do ato processual cuja lei prevê uma forma, é dar eficácia ao princípio constitucional que ali se efetiva. Logo, a forma é uma garantia de que haverá condições para a efetivação do princípio constitucional (nela contido). (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 438)

Isto não é aceitável ao se falar em nulidades, não se pode aceitar um conceito que entenda que estamos tratando de normas que interessam apenas às partes, já que o processo penal é de interesse público, não se deseja um culpado solto, nem um inocente condenado.

Talvez, seja pertinente colocar aqui os princípios da economia processual e da duração razoável do processo. A duração razoável do processo retrata que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988). Importa ressaltar que por duração razoável do processo, não se defende a simples ideia de que o processo se dê de forma rápida⁶⁹, busca-se a contrário sensu, dar a efetiva e útil prestação jurisdicional à coletividade. Caso se aceitasse apenas a curta duração do processo penal, se aceitaria fazer com que fosse a regra absolver culpados e condenar inocentes. Mas o processo deve durar tempo razoável à prestação jurisdicional conforme o caso concreto.

⁶⁹ [...] cuida da efetividade do processo em sua missão social de dirimir os conflitos e materializar a Justiça. (AMORA, 2021)

Princípio que guarda boa relação com este é o princípio da economia processual, no conceito de Guilherme de Souza Nucci:

A economia no âmbito processual significa o bom uso dos instrumentos formais, colocados à disposição das partes e do juiz, para que haja o mais adequado funcionamento e andamento dos atos processuais, culminando com um resultado eficiente e útil. Deve-se evitar o desperdício, em particular do tempo de trabalho de todos os envolvidos no feito, abrangendo não somente as partes, mas também as pessoas que gravitam, eventualmente, em certos processos (peritos, testemunhas, vítimas etc.). (NUCCI, 2015, p. 460)

Quando ponderamos estes princípios, com o princípio do devido processo legal, o devido processo legal deve prevalecer. Jamais se pode aceitar a convalidação de nulidades por conta do princípio da economia processual. Ainda que se aceite um conceito de nulidade relativa, teríamos vício processual que não poderia ser sanado com base no princípio da duração razoável do processo e da economia processual. Se uma nulidade ocorreu, ocorreu por falha dos agentes Estatais que resolveram desrespeitar as leis processuais (digo isto pois qualquer erro cometido pela defesa no curso do processo seria identificado pelo membro do Ministério Público e pelo Juiz), razão pela qual não se pode aceitar conviver com um ato processual atípico em nome da duração razoável do processo.

É certo que a mora na prestação jurisdicional pode causar violações gravíssimas a direitos fundamentais (por exemplo, uma prisão cautelar demorada não é do interesse de ninguém), mas é este o escopo da duração razoável do processo, é um preceito constitucional que tem por destinatários a coletividade e o réu. O fato de o réu se beneficiar com uma eventual prescrição, não é desculpa para se negar a declaração da nulidade de um ato processual atípico, já que não é apenas para impedir a prescrição que temos um princípio da duração razoável do processo.

Portanto, serão raras as vezes em que se ponderará a duração razoável do processo e a economia processual com o devido processo legal, e este não se sobressairá sobre aqueles. Somente quando no interesse do réu, a economia processual e a duração razoável do processo se sobressaem ao devido processo legal. Isto se dá pois, o devido processo legal é o princípio que determina à lei que crie um procedimento e lhe garanta força, mas não podemos nos esquecer da finalidade do processo penal (que é a proteção do direito à liberdade de locomoção do réu).

É importante falar sobre o reconhecimento de ofício das nulidades, as relativas não podem ser conhecidas de ofício, enquanto as absolutas poderiam, mas isto para a doutrina clássica. Algumas nulidades, não deveriam de fato ser passíveis do conhecimento de ofício e serem deixadas à margem da estratégia defensiva.

Mais, imagine situação em que se inverte a ordem das perguntas a pedido da acusação. Escolheu-se uma ordem que a acusação começa sempre a perguntar primeiro, mesmo nas testemunhas de defesa, mas a defesa aceita a prática deste ato processual, pois entende que há melhores chances de fazer uma verdade processual que seja favorável ao réu (é uma nulidade que maculou a finalidade do ato, mas que como resultado, não retirou a proteção aos direitos de liberdade do imputado, por estratégia defensiva, a depender do caso concreto, pode-se arguir ou não esta nulidade).

Ressalto, que esta nulidade, somente seria relativa de fato, se olhássemos para o processo penal a partir da finalidade deste instituto que defendemos ter o processo penal neste trabalho. No exemplo dado, temos um juiz imparcial, que atendeu a um pedido do Ministério Público, e a defesa escolheu por não arguir a nulidade em suas alegações finais (momento oportuno para a arguição desta nulidade ocorrida na audiência de instrução). Como não se exige do réu a boa-fé processual, aqui não haveríamos de falar em obrigação de se insurgir contra o ato para poder arguir a nulidade.

Em suma, poderia se dar os efeitos de uma nulidade relativa (apenas aqueles atinentes à preclusão e à arguição pelas partes), excepcionalmente, em casos que não se perdesse a finalidade principal do processo penal (proteção do direito à liberdade de locomoção, consubstanciado na forma definida pela lei, exigência do devido processo legal). Porém, teria que se analisar o caso concreto, e com bastante cuidado para não se dar um conceito de nulidades relativas de forma que se favoreça o punitivismo.

Por óbvio, que a norma processual penal não protegeria o interesse privado, já que nele tratamos de normas que protegem um interesse público (punição de culpados e absolvição de inocentes). Quanto à preclusão, é óbvio que esta não faria sumir uma nulidade, mas é aceitável que a depender da situação o vício seja sanado, conforme entende Aury Lopes Jr.:

Assimilada a base epistemológica da teoria da invalidade no processo penal, percebe-se que o conceito de convalidação como decorrência da preclusão é inadequado. Convalidação, como o “tornar válido pelo decurso do tempo”, é um conceito inadequado para o processo penal, pois aqui não existe preclusão – no sentido civilista – para o réu, e, como o sistema de nulidades se estrutura a partir do sistema de garantias constitucionais, fundado, portanto, na tutela do interesse processual do imputado, o conceito perde sentido. Mas, a convalidação pela prática de outros atos que, compensando o defeito, deram eficácia ao princípio constitucionalmente violado, isso pode ocorrer. Nesse caso, é melhor falar em saneamento, para não incorrer no erro conceitual anteriormente exposto. CORDERO, metaforicamente, aponta que o ato inválido é um “detrito”, mas pode ser que mesmo assim ele sirva ao metabolismo jurídico, mediante algum saneamento. Em outras palavras, aquilo que faltou para que o ato defeituoso pudesse garantir a eficácia do princípio constitucional é obtido a partir da prática de outro ato

que, sanando o anterior, restabelece a eficácia principiológica pretendida. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 440).

Continuamos a defender que em alguns casos, a defesa pode deixar de arguir a nulidade se entender que aquele ato processual praticado de forma contrária ao que determina a lei, não lhe seja incômodo, conforme a estratégia que lhe convir. Por isto, em três hipóteses a nulidade seria relativa, primeiro quando fosse possível saná-la pela prática de outro ato que a sanasse, quando o vício não impedisse a finalidade do processo penal e quando no caso concreto seja exigível que a parte tenha que argui-la em tempo oportuno.

Assim, não é de todo inaceitável que em algumas nulidades, a parte tenha que se manifestar a respeito em tempo oportuno, afinal, se está diante de um sistema acusatório, razão pela qual uma nulidade contra o réu por exemplo, em regra, não poderia ser conhecida de ofício por conta do princípio da paridade de armas.

Porém, jamais se deve aceitar o princípio do prejuízo postulado no art. 563, caput, do Código de Processo Penal. Parcialmente, em casos específicos, se deve entender que algumas das características da nulidade relativa ao processo penal, especificamente o fato de a parte ter que arguir e o não conhecimento de ofício de algumas nulidades (em regra, quando contrária ao réu). Deseja-se que o ato seja refeito quando possível (declara-se a nulidade do ato, tornando impossível o reaproveitamento daquele ato declarado nulo), anula-se aquele ato e todos os outros que forem posteriores (retira-se apenas o ato nulo quando for possível fazer isto).

Importa ressaltar por último que não se está defendendo que todas as nulidades favoráveis à acusação serão relativas, é possível inclusive que uma nulidade que favoreça a acusação seja declarada de ofício, por causa do princípio constitucional que se busca proteger com a norma processual violada:

Excepcionalmente, diante da inesgotável capacidade dos atores judiciários em produzir monstruosidades jurídicas nos processos, pode surgir alguma situação em que a violação de um princípio constitucional legitime o Ministério Público a buscar o reconhecimento da ineficácia do ato (nulidade). Imagine-se um processo em que ocorra uma grave violação do contraditório, não se intimando o acusador público para a audiência de instrução e julgamento. A prova é colhida, a defesa se manifesta ao final (não existe debate, mas monólogo, pois o promotor não está presente, eis que não intimado) e o juiz profere sentença. É manifesta a existência de um defeito insanável, que deverá dar lugar a uma decisão anulatória de todo o processo, com a necessária repetição dos atos (e desentranhamento daqueles feitos com defeito). Patologias judiciárias dessa natureza legitimam o Ministério Público a postular o reconhecimento da invalidade processual, mas sempre que houver a violação da base principiológica da Constituição. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 440).

Por óbvio, em uma situação como esta, não há que se falar em preclusão ou de necessidade de manifestação da parte em tempo oportuno para se acolher a nulidade (nunca se deve aceitar a aplicação do princípio do prejuízo).

Quanto à categoria das nulidades absolutas, concordamos com o pensamento de Aury Lopes Jr. No processo penal, uma nulidade somente ocorrerá quando violar uma norma Processual Penal de forma que o princípio constitucional por ela tutelado seja quebrado pela nulidade. A nulidade, portanto, somente ocorreria quando a não observância da prescrição legal, impedisse a concretização da finalidade expressada pela norma (LOPES JÚNIOR, 2022). A nulidade absoluta para a doutrina clássica envolveria os seguintes aspectos:

ocorre uma violação de norma cogente, que tutela interesse público; ou existe a violação de princípio constitucional; pode ser declarada de ofício ou mediante invocação da parte interessada; o prejuízo e o não atingimento dos fins são presumidos; é insanável, não se convalida e tampouco é convalidada pela preclusão ou trânsito em julgado. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 436).

É importante ressaltar que as nulidades absolutas não se exaurem nos exemplos dados no art. 564, já que este é defasado e não consegue prever todas as hipóteses possíveis de nulidade dos atos processuais penais. Por exemplo, dizer que um processo onde o interrogatório não foi o último ato da instrução não é absolutamente nulo é ferir de morte o princípio da ampla defesa.

Quanto aos efeitos, tanto da nulidade absoluta, quanto da nulidade relativa, o autor que escolhemos o conceito mais adequado de nulidade subordina (como fazem boa parte dos doutrinadores) a uma declaração judicial. Não existe uma nulidade sem a declaração judicial do vício. Além disso, o vício que for declarado e não puder ser sanado pela repetição, no caso, o ato sendo feito novamente (por óbvio, deve-se adotar o princípio da causalidade, que é aquele que determina à nulidade arrastar para a invalidade todos os atos processuais posteriores que decorrerem dela) (LOPES JÚNIOR 2022).

Aury Lopes Jr. entende, quanto à taxatividade desta matéria:

Outro erro diz respeito à inequívoca pretensão do CPP, de 1941, de estabelecer um rol de nulidades cominadas, que não é atenuado pela tentativa de alguma doutrina de salvá-lo, argumentando que o rol seria exemplificativo. Errado. Trata-se de uma clara tentativa de estabelecer um rol de nulidades cominadas. A classificação das nulidades em cominadas e não cominadas é infeliz, pois incide no erro da presunção de completude e legalidade das normas processuais penais. Significa crer na possibilidade de uma definição a priori (antes da experiência) de algo que é essencialmente casuístico. Mas o pior é a possibilidade de fechar-se os olhos para situações de grave ilegalidade que, ao não estarem previstas na lei, permanecerão inalteradas no processo, comprometendo-o. Assim, contribuí para a impossibilidade de taxatividade nessa matéria o fato de a teoria das nulidades estar umbilicalmente vinculada à oxigenação constitucional do processo penal. Não há como pensar um sistema de nulidade desconectado do sistema de garantias da Constituição, de modo

que a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária. Elementar, ainda, que a tipicidade do ato processual não se confunde com taxatividade das nulidades (ou nulidades cominadas). (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 421).

Por isso, pensamos que a taxatividade não deve existir num processo penal garantista, pois a lei é incapaz de ser completa quando se trata do assunto nulidades. As possibilidades de violação à lei na prática são as mais diversas. Razão pela qual, *neste ponto (sempre devemos lembrar que se tratam de institutos diferentes, com efeitos diferentes)*, devemos agir da mesma forma que agimos (ou deveríamos agir) com a prova ilícita. A lei prevê um procedimento para a produção de prova, o direito material prevê os crimes, se a prova é produzida violando tanto o direito processual, como o material, ela será ilícita.

Explicamos: a lei não pode definir um rol de nulidades (ressaltamos que hoje a doutrina tem que considerar exemplificativo o rol do art. 564, porque, senão, o sistema processual penal seria completamente contrário à Constituição, mas também entendemos que é fato que a interpretação do sistema de nulidades nos leva a entender que o legislador de 1941 quis que as nulidades ocorressem apenas naqueles casos, pois o próprio Código de Processo Penal define quais nulidades seriam sanadas no seus art. 572), nem pode definir quais seriam absolutas e relativas, já que beira o infinito a possibilidade de violações a uma lei processual, e também seria impossível prever todos os casos de nulidades graves na própria lei. No dia a dia, quando observamos os acórdãos proferidos pelos Tribunais, há um esforço interpretativo no sentido de considerar as formas processuais como mera recomendação (esforço que vem sendo corrigido aos poucos e muito lentamente no STJ⁷⁰). Nos parece que isso viola a lei processual e por consequência o devido processo legal.

Por isto, quando se fala das nulidades, deve-se prever o princípio do devido processo legal que estabelece um procedimento formal para a persecução penal, e deve ser estabelecido que a nulidade é a prática de um ato processual contrariando a previsão da lei de forma que o princípio constitucional tutelado por aquele ato processual protegido por aquela norma (as normas processuais penais geralmente tutelam um princípio constitucional) é atingido.

De resto, a lei deve prever princípios para que se possibilite a aplicação da teoria das nulidades de forma que se proteja o processo penal, que deve ser lido como garantia. De novo,

⁷⁰ “O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva.” (BRASIL, 2020)

somente será possível se falar em não taxatividade do sistema de nulidades quando enxergamos o processo penal como expressão de garantia.

Quanto a isto, é de extrema importância ressaltar que de fato é impossível prever todas as situações no caso concreto que possam gerar uma nulidade absoluta, não só com aquelas previstas no art. 564 e o art. 572, ambos do Código de Processo Penal. Para exemplificar, criamos uma história. Portanto, imaginemos a seguinte situação hipotética que será narrada adiante.

Uma denúncia é oferecida contra uma pessoa que furtava cabos de energia, na denúncia, é narrado que a pessoa agia junto de mais outra pessoa, logo, a capitulação jurídica e a narração fática é que o acusado teria praticado a conduta descrita no art. 155, § 4º, II, do Código Penal. A pena é a de reclusão de dois a oito anos. Na denúncia o Ministério Público arrola três testemunhas, duas delas são os donos da casa que os cabos foram subtraídos e outra é um dos policiais que participou da ocorrência. Importa ressaltar que o réu teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva a pedido da Acusação.

O policial se lembrava de pouca coisa, na verdade, se amoldava perfeitamente no testemunho indireto ou *hearsay testimony* (para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, este testemunho somente serve para indicar outras testemunhas que estivessem presentes nos fatos, sendo inapto para provar qualquer elemento constitutivo do delito⁷¹), razão pela qual pouco se retira deste depoimento. Além disso, ele afirmou expressamente que o réu foi levado sozinho à delegacia.

A vítima, que era dona da casa onde os cabos foram furtados, afirmou que o réu agiu na verdade sozinho, e que era recorrente na prática destes delitos pela região. A testemunha contou mais detalhadamente como o réu agia, frisando inclusive que ele agiu sozinho, disse inclusive que o réu se utilizou de uma escada para a prática deste furto em específico, escada esta que só se teve notícia no dia da audiência de instrução, não foi mencionada por nenhuma das outras testemunhas.

Nas Alegações Finais por Memoriais do Ministério Público, este pugnou pela procedência da pretensão punitiva estatal, mas sem a qualificadora do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, já que estava devidamente comprovado que o réu não havia praticado o crime mediante o concurso de pessoas. Mas por conta da escada citada por uma das testemunhas

⁷¹ “[...] 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial e absolver o recorrente, com a adoção das seguintes teses:

8.1: o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de "ouvir dizer" ou *hearsay testimony*) **não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu**. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP. [...]” (BRASIL, 2021)

(que diga-se de passagem, o Ministério Público solicitou nenhuma diligência para encontrar tal objeto), o Ministério Público pediu pelo reconhecimento da qualificadora do art. 155, § 4º, II, do Código Penal, sem se utilizar do instituto da *mutatio libelli*, previsto no art. 384 do Código de Processo Penal⁷².

Tratava-se de suposto fato novo descoberto no meio da audiência de instrução e julgamento, mas o Ministério Público em nada se manifestou, apenas pediu para que a qualificadora fosse reconhecida em sede de Memoriais, alegando que não haveria prejuízo para a defesa, já que o réu se defende dos fatos. Basicamente, o Ministério Público pedia para que o juiz proferisse uma sentença nula, já que não haveria prejuízo algum para a defesa. A tal situação hipotética é extremamente comum no dia a dia forense⁷³.

Porém, a nulidade de que se estava tratando não está taxada no rol do art. 564 do Código de Processo Penal, razão pela qual se amoldava apenas ao inciso IV, do art. 564 do CPP. Porém é dito expressamente pelo Código de Processo Penal que esta nulidade é relativa. Veja, quando aplicamos o instituto da *mutatio libelli* a um processo penal, damos às partes o direito de arrolar novas testemunhas, prosseguir com a audiência de instrução, novo interrogatório, de fato há uma demora maior ao processo, mas se potencializa o direito de defesa quanto aos novos fatos.

Sobre isto, vejamos a consequência da *mutatio libelli* no prisma do aditamento próprio real (já que o pessoal não nos interessa por se tratar de alteração com relação aos sujeitos na denúncia), conforme o magistério de LOPES JÚNIOR, 2020, p. 385:

O aditamento próprio pode ser real ou pessoal, conforme sejam acrescentados fatos (real) ou acusados (pessoal), cuja existência era desconhecida quando do oferecimento da denúncia. Em geral, as informações surgem na instrução, em que a

⁷² “A acusação (imputação) deve ser clara e individualizados os fatos e a participação de cada réu. Mas não podemos esquecer que a qualificação jurídica do fato também é elemento imprescindível da acusação, pois assim determina o art. 41 ao – categoricamente – exigir que a denúncia ou queixa contenha a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Com isso, evidencia-se que o fato processual é mais amplo que o fato penal, pois abrange o acontecimento naturalístico, com todas as suas circunstâncias e também a classificação do crime (exigência do art. 41); ou seja, fato processual = fato natural + fato penal. A maior abrangência conceitual faz com que mudanças fáticas, irrelevantes para o Direito Penal, sejam totalmente relevantes para a definição do fato processual, exigindo cuidados para que se produza a mutação sem gerar uma sentença incongruente. A costumeiramente tratada como “mera correção da tipificação legal” não é tão inofensiva assim, pois modifica o fato penal e, por conseguinte, o fato processual.” (LOPES, JÚNIOR, 2020, p. 1.411).

⁷³ “PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO: intimamente relacionado com o princípio acusatório e para assegurar a imparcialidade do juiz e o pleno contraditório, o espaço decisório está demarcado pela acusação e seu pedido. O juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido. A regra geral é a imutabilidade do objeto do processo penal, ou seja, da pretensão acusatória. Para realizar qualquer modificação devem ser observados os arts. 383 (emendatio libelli) e 384 (mutatio libelli). Predomina neste tema, o (a nosso ver, superado) brocardo “narra mihi factum, dabo tibi ius”, segundo o qual, o réu se defende dos fatos aduzidos na acusação e não da capitulação jurídica. Essa posição é criticável, pois desconsidera que o réu também se defende da imputação jurídica, tanto que obrigatoriamente deve constar da denúncia ou queixa (art. 41).” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1.457).

prova demonstra que existiram mais fatos criminosos não contidos na acusação ou mais pessoas envolvidas (e que também não haviam sido acusadas). Exemplo: em determinado processo o réu “Mané” é denunciado por evasão de divisas (art. 22 da Lei n. 7.492). No curso da instrução, é apurado que também houve sonegação fiscal dos valores evadidos. Nesse caso, estamos diante de um aditamento próprio real, pois deverá o Ministério Público aditar a denúncia para incluir o fato novo (circunstância fática) e, com isso, permitir que o réu se defenda e o juiz, ao final, possa julgá-lo pelos dois delitos. Se não for feito o aditamento, não poderá o juiz julgar a sonegação fiscal (não poderá condenar, nem absolver, pois não está sob julgamento esse fato).

Cercear a defesa de forma tão brutal parece trazer ao processo uma nulidade relativa? Uma violação tão bruta ao princípio do devido processo legal e à ampla defesa, é uma situação que necessita da prova do prejuízo por parte do réu? É justo submeter uma nulidade tão grave à preclusão? Pelo contrário, isto é tão grave, que se o réu fosse condenado com o reconhecimento da qualificadora que o Ministério Público pediu em Alegações Finais, seria possível a admissão de eventual revisão criminal, por conta de tão grave vício.

Não se pode simplesmente taxar as nulidades e prever na lei quais serão absolutas, sob pena de falhar com a finalidade do processo penal, que é a de proteger o direito à liberdade de locomoção do acusado. Para Aury Lopes Jr.:

O ponto nevrálgico nessa matéria é que nenhum defeito pode ser considerado sanável ou insanável sem uma análise concreta e à luz da principiologia constitucional. Daí por que qualquer tentativa de definição a priori é extremamente perigosa e reducionista. Isso, por si só, já fulmina a eficácia do art. 564 do CPP. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 437).

Além disso, já defendemos neste trabalho que o conceito da verdade⁷⁴ a ser adotado num processo penal que respeite a Constituição Federal será o da verdade processual, já que a busca da verdade real no processo penal não é algo possível sem a relativização total dos direitos e das garantias fundamentais do imputado (na história já se chegou a admitir torturas, interferências corporais... Não é isto que se busca em processo penal que respeita a Constituição). Importa citar Aury Lopes Jr.:

Mas, é bastante comum encontrarmos decisões que, fazendo uma manipulação discursiva, partem da falaciosa premissa da verdade substancial (art. 566), por exemplo, para legitimar um ato defeituoso (cujo defeito impede a eficácia do princípio constitucional que está por detrás dele), sob esse argumento: o fim do processo é a verdade substancial (o que é isso?) e, portanto, ainda que defeituoso, o processo atingiu seu fim (que com certeza será uma sentença condenatória). (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 438).

⁷⁴ “Chamamos a atenção, ainda, para o art. 566, que revela um ranço inquisitório completamente superado, ao estabelecer a “verdade substancial” ou real, como critério para não reconhecimento da invalidade processual, quando se sabe da absoluta imprestabilidade jurídica e científica deste conceito.” (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 423).

O juiz não deve buscar ser bem visto socialmente, ele não faz a vontade do povo e ele não é eleito democraticamente. Pelo contrário, o juiz será aquele que for aprovado no concurso de provas e títulos, se busca aquele que julga de forma imparcial e que aplique a lei ao caso concreto (obviamente que poderá interpretar, mas sem desvirtuar o texto à sua discricionariedade). Deseja-se o controle do poder, para não incorrer em ingenuidade.

O juiz deve julgar respeitando a Constituição e declarando inconstitucionais as normas que sofrerem com a falta da legitimação interna (validade das normas perante a Constituição). Não se pode aceitar um processo penal onde o juiz busque fazer justiça com base em sua própria moral, pelo contrário, se quer separar o Direito da Moral, e perceber que o Direito Penal (observando a legitimação externa do Direito Penal como lei do mais fraco) como a ciência autônoma que é pode prevenir os delitos e as penas arbitrarias quando aplicado de forma garantista (não se busca acabar com o crime, o máximo que se consegue é reduzi-lo). (LOPES JÚNIOR, 2022).

O mesmo pode ser dito do Direito Processual Penal, como disciplina autônoma que é, com natureza jurídica e finalidade diferente do processo civil, não se pode importar os conceitos de lá e aplicar um sistema de nulidades (que já nasceu falido, pois inspirado em um modelo fascista em que se acreditava ser necessário declarar nulos apenas aquelas que tornassem completamente impossível o seguimento do processo) (LOPES JÚNIOR, 2022).

Não estamos num sistema fascista e inquisitivo onde a finalidade do Direito e do Processo Penal (sim, já no processo) seria segregar aqueles que fossem selecionados pelos agentes do Sistema Penal e condená-los a uma vida na criminalidade, já que nestes sistemas se adota a teoria Lombrosiana do criminoso nato. Pelo contrário, deve-se viver num sistema onde a interferência do Direito Penal somente se dará nos casos em que seja impossível resolver pelos outros ramos do Direito.

Aury Lopes Jr. Propõe uma releitura ao princípio do prejuízo, de forma que:

Pensamos que a premissa inicial é: no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de **se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido**. Nenhuma dúvida temos de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência. Ainda que não concordemos com essa distinção (nulidades absolutas e relativas), temos de reconhecer que ela é de uso recorrente e, portanto, com ela tentar lidar. Partindo do que aí está, e, mais especificamente, da teoria do prejuízo, pensamos que há somente uma saída em conformidade com o sistema de garantias da Constituição: não incumbirá ao réu a carga probatória de um tal “prejuízo”. Ou seja, não é a parte que alega a nulidade que deverá “demonstrar” que o ato atípico lhe causou prejuízo, senão que o juiz, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado. Trata-se de uma “inversão de sinais”, de liberação dessa carga probatória por parte

da defesa (que nunca poderá tê-la), e atribuição ao juiz, que deverá demonstrar a devida convalidação do ato para legitimar sua validade e permanência no processo. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 438).

É isto o que defendemos durante este trabalho, quando o processo penal assume a finalidade de proteger o Direito à liberdade de locomoção do imputado, lhe garantindo que somente haverá condenação com base na certeza inequívoca da culpa, e que ele não terá o ônus de provar suas alegações, não se protege a forma pela forma, se protege os princípios constitucionais.

Não há no processo penal uma formalidade inútil, pelo contrário, tratamos de formalidades extremamente importantes para a concretização do princípio do devido processo legal, o que se defende é a letra da Constituição, para que esta não seja considerada morta, o que estamos defendendo é que ninguém será privado dos seus bens ou da sua liberdade sem o devido processo legal. Não é só a previsão legal de um procedimento definido em lei, mas de um sistema que dê força a este procedimento, qual seja, a teoria das nulidades.

Esta teoria nada mais é do que o legislador dizendo ao juiz e às partes: “cumpram o procedimento definido em lei, ou terão de realizar novamente os atos defeituosos (quando possíveis)”. Claro que no caso de uma nulidade impossível de ser sanada, teremos um prejuízo tremendo, que deverá sempre ser suportado pela acusação quando o réu não der causa à nulidade. Se a acusação não pediu (tempestivamente, ou seja, até antes da apresentação de memoriais da acusação) para se aplicar o instituto da *mutatio libelli*, em uma situação fática que seria prejudicial ao réu por exemplo, esta deve com toda a certeza suportar a “perda da chance acusatória”, e não poderá reclamar por nenhum recurso, já que precluso o ato.

Não se exige do réu boa-fé processual (nem se defende aqui que o réu tenha esta obrigação), mas garantismo não é sinônimo de impunidade, não se deixará por exemplo que o réu postergue para sempre a apresentação de suas alegações finais por memoriais para fazer chegar o processo à prescrição, neste caso seria perfeitamente aceitável a nomeação de defensor dativo (sempre ao se analisar o caso concreto). Claro que citamos apenas um exemplo.

Por isto, deve-se cuidar para que não se relativize a categoria das nulidades absolutas a ponto de enfraquecer o sistema e que o processo penal seja impedido de cumprir a sua finalidade. Jamais se pode permitir que o processo seja uma ferramenta utilizada para a mera imposição de uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, pelo contrário, o processo é uma garantia.

Há um último ponto a se apresentar que pode interferir tanto na categoria das nulidades absolutas quanto das relativas que devemos expor:

Evidente que eventualmente, segue BADARÓ, a violação de uma forma pode não gerar prejuízo, mas não é necessária a demonstração do prejuízo, pois o correto é o inverso: a eficácia do ato ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. Ou seja, não é a parte que alega a nulidade que deverá “demonstrar” que o ato atípico lhe causou prejuízo. Será o juiz que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade. Somente a partir dessa inversão de sinais é que a teoria do prejuízo poderá ser utilizada, sob pena de grave violação do sistema de garantias constitucionais que fundam o devido processo penal. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 439).

Será difícil utilizar um conceito de nulidade relativa no processo penal, já que exigir da parte a demonstração do prejuízo seria um problema, por conta de eventual violação à Constituição Federal (especialmente a presunção de inocência e o devido processo legal). Dificilmente seria importar a categoria da nulidade relativa do processo civil (como já afirmamos anteriormente), e respeitar a finalidade do processo penal.

Por isto, questiona-se se mesmo quando o juiz ou tribunal (se começarmos a pensar com a manipulação conceitual que isto pode trazer no mundo prático, é possível que se desista da aceitação da nulidade relativa no processo penal, e nunca se exija o prejuízo, mas apenas a demonstração da ocorrência da nulidade, que seria a violação da forma processual que impediria a norma de manifestar o preceito constitucional que esta deseja proteger) fundamentar a decisão judicial que denegue a declaração da nulidade, não teríamos aí uma violação à finalidade do processo penal.

Se estamos defendendo um sistema processual penal que se traduziria como lei do mais fraco, não só teríamos de retirar do réu o ônus da prova em relação ao prejuízo, mas toda a ideia do prejuízo, já está a serviço da violação aos direitos fundamentais do acusado. Não é lógico se pensar na violação de uma forma que não gerou prejuízo, sem aceitarmos que em alguns casos o legislador criou formalidades desnecessárias. Se a finalidade do processo penal foi atingida, se não houve nenhuma violação ao princípio do devido processo legal, aí tratamos da não ocorrência de uma nulidade.

Explico em um exemplo, se o juiz decide inverter a ordem das perguntas a uma testemunha e iniciar a inquirição primeiro, assumindo o papel de acusador, temos violação grave ao sistema acusatório, pois o juiz estaria fazendo o papel do Ministério Público na instrução, e teríamos um sistema onde o próprio juiz se tornaria uma parte do processo (não estamos num processo inquisitivo), além disso, o Ministério Público estaria em grande

vantagem já que saberia exatamente quais perguntas teria que fazer para conseguir uma condenação bem fundamentada.

Nisto, vemos que há a violação a vários princípios constitucionais do direito processual penal, há evidente prejuízo para o réu quando temos uma situação desta, mas, quando olhamos para a violação frontal ao princípio do devido processo legal. Vemos que o prejuízo nunca se faz necessário para a decretação da nulidade. Digo isto, pois pode ocorrer de o juiz não fazer nenhuma pergunta que leve a entender que ele é inquisidor e acostumado com o sistema presidencialista, mas apenas tenta descobrir a verdade dos fatos, e mesmo assim, teríamos uma violação ao devido processo legal, mesmo que as perguntas feitas pelo magistrado não nos levasse à conclusão que houve prejuízo.

O que tentamos explicar é que o conceito de prejuízo (mesmo que se encarregue o juiz de demonstrar que não houve prejuízo por fazer um ato processual em desconformidade do previsto na lei processual penal, ainda assim foi útil para proteger o princípio fundamental que a norma busca proteger) seria ainda uma forma de manipular a nulidade para fingir que ela nunca aconteceu. Em suma, adotar um conceito de prejuízo em sede de teoria das nulidades, pode ser apenas uma forma de se evitar a declaração de uma nulidade, e condenar um réu a uma pena muitas vezes desproporcional ao delito.

Quanto à inexistência, concordamos com Aury Lopes Jr. (quanto ao que a inexistência expressa na maioria dos casos), no sentido de que é algo de maior abstração teórica do que com utilidade prática⁷⁵. Difícilmente se verá uma sentença assinada por alguém que não seja o Magistrado. Por óbvio, não se deve desconsiderar que a inexistência é um conceito útil ao processo penal, e que um ato inexistente, qual seja, aquele que não atingiu os mínimos requisitos estabelecidos em lei, possui nenhuma aptidão para produzir efeitos. Como se concederia efeitos a uma sentença assinada pelo estagiário? Como se daria efeito a um ato que é privativo de advogado (ou defensor público), praticado por alguém que não é advogado? Já neste ponto, talvez possamos ver aqui uma relevância prática aos conceitos da inexistência.

Por fim, a categoria da mera irregularidade, para Aury Lopes Jr.:

⁷⁵ “Se na dimensão teórica a inexistência possui alguma relevância, o mesmo não se pode dizer no dia a dia forense. Quando alguém viu uma “sentença” firmada por uma pessoa que não é juiz? Ou uma sentença sem dispositivo? Trata-se de situações que habitam apenas o ambiente manualístico, sem qualquer dado de realidade. Mas, se for esse o caso, estamos diante de um ato inexistente... E, mais, é óbvio que o ato inexistente somente será assim considerado quando houver uma manifestação judicial que o declare. Imagine alguém preso em decorrência de uma sentença juridicamente “inexistente”, mas com “existência” suficiente para levá-lo ao cárcere, que resolve, por si só, sair da cadeia; afinal, o ato é inexistente... Ou, então, teremos de ter carcereiros com poderes mediúnicos, para, sem qualquer decisão judicial sobre o tema, atingir essa consciência por meio de contato com a deusa Diké... Esse é o problema do autismo jurídico: desconectar-se do mundo, para mergulhar nas suas categorias mágicas.” (LOPES, JÚNIOR, 2020, p. 1.466).

são concebidas como defeitos de mínima relevância para o processo, que em nada afetam a validade do ato. Os atos irregulares são aqueles em que o defeito não compromete a eficácia do princípio constitucional ou processual que ele tutela, sendo, portanto, uma mera irregularidade formal sem consequências relevantes. Igual tratamento deve ser dado aos atos de natureza contingencial, secundária e que não estão a serviço de um princípio processual/constitucional, senão que são meramente ordenatórios e despidos de maior significado. Diariamente ocorrem centenas de falhas materiais irrelevantes, como erros na grafia do nome do réu (que não impedem sua identificação) na comunicação dos atos processuais, denúncias oferecidas fora do prazo legal, juízes que não cumprem os prazos estabelecidos para a prática dos atos judiciais, e situações congêneres, que não maculam sua validade. Isso constitui uma mera irregularidade sem qualquer relevância para a situação processual. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 435).

Novamente, deve-se olhar com cautela para este instituto, pois uma coisa é grafar o nome do réu errado, ou cometer leve erro material que não impeça no cálculo da dosimetria da pena (por exemplo, colocar a pena base em 5 anos e 96 meses mas a pena definitiva ficar em 7 anos e 3 meses - flagrante erro material corrigível de ofício), outra coisa é se considerar como mera irregularidade a inobservância do art. 226 do Código de Processo Penal. Deve-se na prática tomar cuidado para que não se confunda a mera irregularidade com uma nulidade grotesca. Até os dias de hoje, há juízes entendendo que se trata de mera recomendação, mesmo com todos os estudos que apontam a falibilidade da memória humana e a quantidade de pessoas que foi condenada injustamente.

Por isto, se defende a revisão da teoria das nulidades, de forma que se reconheça que as nulidades são o meio pelo qual se oxigena o devido processo legal, já que elas são o meio de concretização do devido processo legal.

Por último, o que mais nos leva a concordar com Aury Lopes Jr. é que, desde o conceito, este dialoga com o garantismo em sua teoria das nulidades. O sistema principiológico que o autor defende na teoria das nulidades é, se aplicado, quase impecável:

A estrutura do sistema de nulidades está inexoravelmente relacionada ao grau de efetivação das regras do devido processo penal e do próprio sistema acusatório. Também é afetada pela compreensão que se tem acerca da função persuasiva da prova no processo penal, que volta a se relacionar com os sistemas processuais e a discussão sobre a “verdade”, pois, se superarmos o mito da verdade e assumirmos a sentença como ato de convencimento do juiz, ainda mais cuidado com as formas processuais se deve ter. De nada serve um sistema constitucional de garantias se, no processo penal, não se dá a tutela devida aos princípios constitucionais; isso significa dizer, a eficácia da proteção depende diretamente do sistema de nulidades. Com isso, tem-se uma imediata percepção da complexidade que está por detrás do sistema de nulidades, muitas vezes olvidada em decisões e doutrinas restritas à superficialidade das categorias de nulidade absoluta e relativa, anteriormente expostas. Cada um dos princípios anteriormente referidos encontra, no processo, uma forma que o garanta. A observância dessas formas não é um fim, mas um meio para assegurar o cumprimento dos princípios. Acertada é a síntese de SCHMIDT: não confundir formalismos despidos de significados com significados revestidos de forma. Nada de amor à forma, pela forma em si mesma, senão pelo que ela significa em termos de eficácia de direitos fundamentais, ou seja, existem significados que se revestem de formas processuais e que são da maior relevância. Há que se entender

que el cumplimiento de esas formas no es de ninguna manera el fin, sino el medio para asegurar el cumplimiento de los principios. Desse modo, o sistema de invalidades processuais deve ser erguido a partir da Constituição, mais especificamente dos 5 princípios que fundam a instrumentalidade constitucional do processo penal: 1.Jurisdição. 2.Garantia do sistema acusatório. 3.Presunção de inocência. 4.Contraditório e ampla defesa. 5.Motivação das Decisões Judiciais. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 441).

O que Ferrajoli faz com a lei, Aury Lopes Jr. fez com os atos processuais, o autor aplicou os axiomas garantistas do processo (princípio da jurisdiccionariedade; princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; princípio do ônus da prova ou da verificação; princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.) às nulidades, adicionando o princípio da fundamentação das decisões judiciais⁷⁶.

É justamente o norte interpretativo que se propõe a uma boa teoria das nulidades, e é a teoria das nulidades que mais seria útil a um processo penal verdadeiramente garantista. Não se requer algo impossível na aplicação desta teoria, mas que ela simplesmente sirva para dar eficácia aos princípios constitucionais protegidos pelas normas jurídicas. Tudo o que se deseja é a aplicação dos princípios processuais penais e dos axiomas garantistas à teoria das nulidades também.

Mais, como a teoria das nulidades é a forma de se fortalecer, de dar vida ao devido processo legal (já que quando falamos de atos ilegais, que se praticados não trazem sanção alguma a quem praticou, aparentemente estamos dizendo que tais atos devem ser praticados mesmos, pois sua prática não gera prejuízo algum), precisamos que esta se mantenha forte, razão pela qual deve ser reformulada a fim de maximizar os direitos e as garantias fundamentais.

⁷⁶ “Desse modo, o sistema de invalidades processuais deve ser erguido a partir da Constituição, mais especificamente dos 5 princípios que fundam a instrumentalidade constitucional do processo penal”. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1.488).

4 O ENTENDIMENTO DO STJ SOBRE AS NULIDADES: CRÍTICA À LUZ DO GARANTISMO

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de suas duas turmas e da terceira seção (composta pelas duas turmas que discutem a matéria criminal), vem entendendo atualmente sobre as nulidades (tanto as absolutas como as relativas) que estas dependem da demonstração do prejuízo conforme o art. 563 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940).

Sobre as nulidades absolutas, entendia o Superior Tribunal de Justiça em momento passado que, apesar de o prejuízo ser presumido, a presunção seria relativa (de forma que, em regra, mesmo nas nulidades absolutas deveria se demonstrar o efetivo prejuízo ou este deveria ser evidente nos autos), portanto em regra não se reconhecera a nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo, salvo se este fosse evidente nos autos.

Neste sentido, citamos o Habeas Corpus 227.263/RJ:

Ademais, mesmo se considerando, por amor ao debate, que houve desrespeito ao sigilo processual, não foi demonstrado pelo impetrante, nem se pode extrair dos elementos carreados, qualquer resquício de prejuízo para o processo, para as partes, ou, por fim, para a Justiça. Destarte, ao promover juízo de ponderação, sobre a hipótese, concluo pela impossibilidade de reconhecimento de qualquer nulidade, frente a total ausência de prejuízo, em atendimento à sistemática da instrumentalidade das formas, elencada pelo Código de Processo Penal, no artigo 563, [...] Para prefaciá-lo o tema e corroborar com o posicionamento assumido, destaco o ensinamento doutrinário extraído da obra Curso de direito processual penal, 26ª ed. Saraiva: São Paulo, p. 440 do ilustre doutrinador MAGALHÃES NORONHA: "O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o pas de nullité sans grief. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça. "Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se. "A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de encontrar-se: é que a decretação da nulidade - lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados. "A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc." (Curso de direito processual penal. 26ª ed. Saraiva: São Paulo, p. 440) [...] No mesmo sentido, ainda, a jurisprudência desta Corte: [...] O princípio da instrumentalidade das formas adotado pelo processo penal brasileiro assevera que não deve ser declarada nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega, bem como válida os atos que atingem seus objetivos, ainda que realizados sem obediência à forma legal. Precedentes do STJ. (BRASIL, 2012)

Logo, se extrai disso que o STJ julgava necessário se demonstrar, em regra, o prejuízo, com a ressalva daqueles casos em que o prejuízo fosse evidente. Portanto, a presunção do prejuízo existiria, mas seria uma presunção relativa.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi muito menos letal que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que matou a diferença entre as nulidades absolutas e relativas⁷⁷⁸.

Porém, nos dias atuais, o Superior Tribunal de Justiça aderiu ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, de forma que não há nenhuma nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo, nos exatos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

Ao pesquisar no local público, onde podemos encontrar a jurisprudência do do STJ⁷⁹ pelas palavras-chave “nulidade testemunha inversão”, limitando aos julgados no ano de 2020 e à ação autônoma de impugnação Habeas Corpus, encontrou-se como resultado 14 (quatorze) acórdãos - não analisaremos as decisões monocráticas, pois nos interessa o posicionamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, e não o posicionamento individual de cada Ministro.

Organizaremos as decisões por data, e utilizaremos parte da jurisprudência citada nos acórdãos, eles foram escolhidos em razão da pertinência temática com o tema deste trabalho, por serem utilizados como *ratio decidendi* em outro acórdão, por entrar na questão do art. 222, § 1º, CPP (apenas o AgRg no Recurso em Habeas Corpus Nº 105.154/SP), por trazer uma peculiaridade do caso concreto que os outros não o trazem (Neste caso apenas o Habeas Corpus 550.180/PR)⁸⁰.

⁷⁷ “No STF, tem se afirmado reiteradamente que “o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção”. Esse posicionamento dificulta a sistematização das nulidades e reduz o controle dos atos viciados, em franco prejuízo aos direitos tutelados por meio do processo”. (TÁVORA, 2022, p. 1.491.).

⁷⁸ “Nenhum ato será declarado nulo, se a parte interessada não comprovar prejuízo. A exigência tem sido imposta pelos tribunais inclusive nos casos de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido pelo ordenamento jurídico.”. (TÁVORA, 2022, p. 1.491.).

⁷⁹ Importante dizer que todas as buscas foram realizadas por meio da plataforma pública de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do endereço: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

⁸⁰ Importante tecer considerações sobre a jurisprudência citada que escolhemos utilizar neste trabalho. As duas trazem situações peculiares de extrema importância, são elas o Habeas Corpus 550.180/PR e o AgRg no Recurso em Habeas Corpus 105.154/SP. Primeiro, precisamos citar o Habeas Corpus 550.180/PR, neste HC a nulidade não foi decretada porque não foi alegada *opportuno tempore* e por isso se considerou que não houve prejuízo. O grande problema deste julgado, é que o réu foi condenado por conta de tal inversão, que lhe causou prejuízo, por óbvio, já que foi interrogado sem acesso a todas as provas do processo (óbvio que isto é um prejuízo absurdo), porém se considerou que a condenação por si só não é prova do prejuízo. Além disso, foi utilizada como *ratio decidendi* no AgRg no Habeas Corpus Nº 580.263/MG, sendo a única jurisprudência citada neste julgado. Já o AgRg no Recurso em Habeas Corpus Nº 105.154/SP também merece ser utilizado. A relevância deste julgado está no fato que por meio dele, novamente extraímos o entendimento antigo do STJ sobre a expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas em comarca ou circunscrição diversa daquela em que se realiza a instrução e a problemática do interrogatório como último ato da instrução. Em tempo anterior ao julgamento na 3ª Seção, do HC 585.942/MT, o entendimento vigente nas duas turmas (5ª e 6ª Turma) de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça, era aquele segundo o qual de acordo com a redação do art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, expedição de carta precatória, não suspende a instrução, razão pela qual, era possível o interrogatório do acusado, sem que este fosse o último ato da instrução. Ademais, exigiu-se que fosse demonstrado o prejuízo para a decretação de eventual nulidade neste sentido. Também, porque é um acórdão utilizado na *ratio decidendi* no julgamento do no AgRg Habeas Corpus Nº 525.411, no qual se indica como

Em primeiro lugar, citaremos o Habeas Corpus nº 538.161/SP; trata-se de Habeas Corpus impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Marcante é a jurisprudência do STJ quanto às inversões de oitivas no começo do ano (este HC foi julgado 04/02/2020), entendeu-se firmemente (e vem se entendendo por muito tempo) que:

6. Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte, "a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal, a teor do que dispõe o art. 222 do Código de Processo Penal. Precedentes" (AgRg no RHC n. 105.154/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 4/2/2019). (BRASIL, 2020)

Este caso trata de um furto noturno qualificado. O acórdão mostra outro entendimento do STJ, a oitiva por carta precatória não suspende a instrução criminal (art. 222, § 1º, do CPP), razão pela qual a inversão das oitivas não macularia o processo nestes casos. Citamos o acórdão:

Destarte, da exegese dos sobreditos dispositivos não se extrai outra conclusão, senão a de que o interrogatório do acusado será o último dos atos da audiência de instrução, porém, em caso de oitiva de testemunhas por meio de carta precatória, não haverá suspensão da ação penal, não havendo qualquer ilegalidade passível de correção[...]. (BRASIL, 2020)

Denegou-se a ordem, pois o entendimento do STJ quanto ao assunto da inversão das oitivas do interrogatório é que isto gerará, no máximo, uma nulidade relativa.

Em segundo lugar, falaremos do Habeas Corpus nº 549.665/PE, que foi julgado no dia 6 de fevereiro de 2020. É um Habeas Corpus impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O acórdão exprime novamente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à inversão das oitivas:

4. Embora insista na tese de nulidade do feito em razão de suposta ofensa ao art. 400 do Código de Processo Penal, a defesa não foi capaz de demonstrar o prejuízo, o que se exige inclusive quando se trata de nulidade de caráter absoluto, conforme entendimento jurisprudencial firmado nesta Corte Superior. (BRASIL, 2020)

Expressa não só o entendimento do STJ sobre a inversão de oitivas (que é nulidade relativa) e sobre as nulidades em geral. Utiliza-se a redação do art. 563 do Código de Processo Penal, in verbis: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” (BRASIL, 1940).

A redação do art. 563 do Código de Processo Penal é aplicada pelo Supremo Tribunal Federal às nulidades absolutas e relativas:

precedente o AgRg no Recurso em Habeas Corpus Nº 105.154/SP, para se dizer que a expedição da carta precatória, autorizaria que o acusado fosse ouvido antes do último ato da instrução.

O reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação oportuna de fórmula legal descumprida e a demonstração do prejuízo suportado pela parte, a teor do art. 563 do CPP. [...] Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 951.953/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019). (BRASIL, 2020)

A ordem foi denegada, pois não havia constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão de ofício.

Em terceiro lugar, analisaremos o AgRg no Habeas Corpus N° 525.411/PR (Jurisprudência Citada - AgRg no Recurso em Habeas Corpus 105.154/SP), trata-se de um caso no qual a defesa arguiu nulidades pela ausência do defensor constituído pelo réu, momento em que o juiz nomeou dativo e “saneou o vício” (segundo o STJ). Além disso, a defesa arguiu nulidade na remarcação da audiência de ouvir testemunhas no juízo deprecado. Por último arguiu a nulidade objeto deste trabalho, na inversão da ordem do art. 400, in verbis:

6. “A inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal, a teor do que dispõe o art. 222 do Código de Processo Penal. Precedentes” (AgRg no RHC 105.154/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 4/2/2019). (BRASIL, 2020)

Novamente, defende-se que o art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal não suspende a instrução, e sua vigência, autorizando-se a inversão nas oitivas neste momento da instrução. Citamos o acórdão:

4 – Não existe nulidade na decisão que indefere pedido de redesignação de data para audiência destinada a ouvir de testemunhas no juízo deprecado, se o réu a ela compareceu atuando como advogado em causa própria e se, a par de haver tempo suficiente para substabelecimento de poderes pelo causídico constituído, o impedimento indicado como motivo para adiamento (audiência na mesma data em outra cidade) cessou na véspera, com conhecimento do patrono do réu. 5 – Justifica-se, ademais, a manutenção da data de audiência de oitiva de testemunhas no Juízo deprecado em virtude da conveniência da instrução de feito complexo com 12 (doze) corréus, dentre os quais vários presos, o que tornaria muito difícil encontrar nova data e hora em que todos os envolvidos estariam disponíveis, tanto mais que a magistrada estava prestes a sair de licença maternidade, sem perspectiva de que fosse indicado outro juiz para substituí-la. 6 – “a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal, a teor do que dispõe o art. 222 do Código de Processo Penal. Precedentes” (AgRg no RHC 105.154/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 4/2/2019). (BRASIL, 2020)

Apesar de que, neste acórdão, a defesa sustentou que a inversão seria a exceção e não a regra, mas não sensibilizou a jurisprudência. Vimos novamente a aplicação do art. 563 do Código de Processo Penal:

Diante do contexto narrado, não há como se vislumbrar, *primo icto oculi*, a existência de qualquer prejuízo concreto causado ao Paciente em virtude da ausência de seu advogado na audiência de oitiva de testemunhas, sendo certo que a jurisprudência desta Corte o demanda, para a declaração de nulidade do ato. (BRASIL, 2020)

A ordem foi denegada por estes fundamentos.

No AgRg no Recurso em Habeas Corpus Nº 105.154/SP, trata-se também de acórdão que revela o entendimento do STJ sobre a inversão nas oitivas de testemunhas (nulidade relativa, deve ser alegada *opportuno tempore*) e sobre a inversão quando há oitiva de testemunha por carta precatória (não há nulidade porque o art. 222, § 1º, do CPP diz que oitiva por carta precatória não suspende a instrução). Neste acórdão o STJ entendeu:

Do exposto, verifica-se que as instâncias ordinárias decidiram em conformidade com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal, a teor do que dispõe o art. 222 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2020)

Em quarto lugar, analisaremos o AgRg no Habeas Corpus Nº 578.934/SP, que foi julgado no dia 02/06/2020. Trata-se de acórdão singular em relação aos outros, pois aqui a alegação da defesa é que o juiz fez as perguntas primeiro que as partes. Entendeu-se que:

1. Em consonância com a jurisprudência desta Corte, a inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato, já tendo sido discutida a alegação de ofensa ao art. 212 do CPP no anterior Habeas Corpus 501.834/SP, constituindo-se a presente impetração em mera reiteração do mencionado writ. 2. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2020)

As críticas a serem feitas sobre este acórdão são muitas, mas serão feitas após a análise dos pontos mais importantes dos acórdãos.

Este Habeas Corpus foi utilizado para trazer os vídeos da instrução, para comprovar o prejuízo sofrido pela defesa, mas a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se sensibilizou com os argumentos trazidos pela defesa e novamente entendeu não haver prejuízo no ato processual.

Em quinto lugar, analisaremos o AgRg no Habeas Corpus Nº 580.263/MG (jurisprudência citada Habeas Corpus Nº 550.180/PR), trata-se de acórdão que deixa de reconhecer o prejuízo na prática da inversão nas oitivas, pois a inversão dos atos processuais só pode gerar nulidade se gerar algum prejuízo, *in verbis*:

3. Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não

possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto. 4. Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes. 5. No caso dos autos, não se constata qualquer ilegalidade ou ofensa ao artigo 400 do Código de Processo Penal, pois, embora a audiência de instrução e julgamento tenha se iniciado com a inquirição do réu, este foi novamente interrogado após depoimento das testemunhas de defesa e acusação. 6. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2020)

Há algo de extrema importância na jurisprudência citada neste acórdão:

3. Neste caso, embora a defesa tenha apontado a ocorrência de afronta às garantias do contraditório e da ampla defesa, deixou de alegar o vício na primeira oportunidade, bem como não apontou concretamente o dano causado em razão da manutenção do interrogatório como primeiro ato da instrução, o que impede o reconhecimento da nulidade, a teor do princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do Código de Processo Penal).[...] 4. A condenação do paciente não pode ser considerada, por si só, como prova do prejuízo, porquanto caberia à defesa demonstrar que a inobservância da formalidade repercutiu de forma negativa na situação processual do paciente, não sendo suficiente ligar diretamente a ocorrência do vício ao resultado do processo.[...] Houve a impetração de habeas corpus na origem, sustentando, em síntese, a nulidade do feito em razão de ofensa ao art. 400 do Código de Processo Penal. Argumentou a defesa que o paciente foi interrogado sem observar a ordem estabelecida no dispositivo mencionado, configurando flagrante constrangimento ilegal, decorrente de cerceamento de defesa [...] Destaco que admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça (HC 117.952/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 27/5/2010, DJe 28/6/2010). [...] Com essas considerações, deixo de constatar a presença de constrangimento ilegal apto a autorizar a concessão da ordem ex officio. [...] Com essas considerações, não conheço do habeas corpus. (BRASIL, 2020)

Novamente, o agravo regimental foi desprovido porque a nulidade na inversão da ordem do art. 400, caput, do CPP, só pode ser declarada quando dela restar prejuízo para a defesa, nos termos do art. 563, caput, do CPP.

Em sexto lugar, analisaremos o AgRg nos EDcl no Habeas Corpus 568.653/SP, trata-se de acórdão que chegou à conclusão de que a defesa deve se insurgir contra a inversão das oitivas *opportuno tempore*, além disso, a nulidade é relativa e somente será declarada quando houver prejuízo para a defesa. Novamente, utilizou-se o art. 222, § 1º, do CPP, para justificar a inversão nas oitivas. Citamos o r. acórdão:

A teor da jurisprudência desta Corte, para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão (HC n. 446.528/SP, Relator p/ acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 20/9/2018). [...] E, no caso em exame, verifica-se que consta, da ata da audiência de instrução, debates e julgamento, que as testemunhas de acusação, embora intimadas e requisitadas, não compareceram ao referido ato, tendo a acusação requerido fossem deprecadas suas oitivas para a Comarca de Santos; diante disso, o Magistrado singular indagou à defesa sobre a oitiva das testemunhas de

defesa naquela oportunidade, invertendo-se a ordem legal, tendo ficado consignado que por ela foi dito que não se opunha (fl. 188 - grifo nosso); ou seja, o patrono do acusado, presente em audiência, concordou com a aludida ordem de colheita dos depoimentos, inexistindo, assim, ilegalidade flagrante capaz de justificar a mitigação do enunciado da Súmula n. 691/STF. ‘De mais a mais, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que os §§ 1º e 2º do art. 222 do referido diploma legal disciplinam que, na hipótese de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o feito prosseguirá, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo-se à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado (AgRg no AREsp n. 1.490.745/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 2/9/2019). (BRASIL, 2020)

A ordem foi denegada por esta razão.

Em sétimo lugar, analisaremos o Habeas Corpus N° 574.885/PE, trata-se de acórdão que enfrentou a questão da inversão das oitivas em um processo com réu citado por edital e preso há quase uma década. Novamente, se denegou a nulidade, pois esta é relativa e somente será declarada se dela houver prejuízo para a acusação ou para a defesa. Novamente utilizou-se o art. 222, § 1º, do CPP, para justificar a inversão nas oitivas (afastando a nulidade), in verbis:

O acórdão recorrido, portanto, encontra-se em consonância com a orientação desta Corte de que a inversão da oitiva de testemunhas ou da vítima e interrogatório não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória. Inteligência do art. 400 c/c art. 222, ambos do CPP (AgRg no AREsp 1306303/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 26/10/2018). [...] Ante o exposto, voto por conhecer, em parte, do habeas corpus e, nessa extensão, denegar a ordem. (BRASIL, 2020)

Em oitavo lugar, analisaremos o AgRg no Habeas Corpus N° 546.061/SP, onde há outra situação singular, não somente se desrespeitou a ordem de perguntas. O magistrado fez suas perguntas antes das partes violando o art. 212 do Código de Processo Penal, conforme alegado pela defesa. Negou-se a ordem pois a defesa não demonstrou o prejuízo sofrido por tal violação. Alegou-se violação ao princípio acusatório (art. 129, I, da Constituição Federal) e o devido processo legal, além da dignidade humana. Citamos o acórdão:

Não há como acolher a insurgência. A jurisprudência desta Corte firmou orientação de que "a inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato" (AgRg no HC n. 578.934/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020). (BRASIL, 2020)

Denegou-se a ordem.

Em nono lugar, analisaremos o AgRg no Habeas Corpus N° 615.886/SP, novamente se concluiu que a oitiva por carta precatória serve para afastar o vício na inversão das oitivas, com base no art. 222, § 1º, do CPP, in verbis:

3. Em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, a inversão da oitiva de testemunhas ou de vítima e interrogatório não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória. Inteligência do art. 400, c/c o art. 222, ambos do CPP. Precedentes (HC n. 574.885/PE, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 5/8/2020). [...] Não conheço do presente agravo regimental. (BRASIL, 2020)

Em décimo lugar, analisaremos o AgRg no Habeas Corpus N° 345.871/MG, julgado no dia 01/12/2020, onde já inicio citando o acórdão:

3. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, ainda que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans grief), por se tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade. [...] Faço lembrar, ainda, que este Superior Tribunal possui o entendimento de que, ainda que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans grief), por se tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade. Nesse sentido, menciono o seguinte julgado: O entendimento que prevalece nesta Corte é de que, invertida a ordem de perguntas, na colheita de prova testemunhal (CPP, art. 212, redação conferida pela Lei n. 11.690/2008), tem-se caso de nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo - o que não se apontou [...]. (HC n. 181.100/ES, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 25/9/2013). (BRASIL, 2020)

Negou-se provimento ao agravo regimental por esta razão.

Por último, falaremos do Habeas Corpus n° 585.942/MT, que foi julgado no dia 09 de dezembro de 2020. É um acórdão de extrema importância pois emanado da 3ª seção do Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 2º O Tribunal funciona: [...] II - em Seções especializadas; [...] § 4º As Seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade. [...] Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: [...] II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção. (BRASIL, 2022)

Importa citar ainda a razão dada pelo Ministro Relator do Habeas Corpus decidido pela 3ª Seção do STJ:

De início, observo a pertinente afetação do presente feito para julgamento por esta Terceira Seção, não pelo fato do entendimento aqui apresentado conceber profunda alteração jurisprudencial, mas sim, a meu ver, pela conveniência de uniformizar o entendimento entre as Turmas que compõem a Seção. (BRASIL, 2020)

O Habeas Corpus havia sido denegado pelo tribunal de primeiro grau com base na Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça que vimos acima (O art. 222, § 1º, do CPP, não suspende a instrução, portanto a inversão nas oitivas não causaria nulidade). Por causa deste entendimento, a Sexta Turma decidiu trazer o julgamento à Terceira Seção daquele Tribunal Superior, para uniformizar a jurisprudência. Citamos o Ministro Relator:

De início, observo a pertinente afetação do presente feito para julgamento por esta Terceira Seção, não pelo fato do entendimento aqui apresentado conceber profunda alteração jurisprudencial, mas sim, a meu ver, pela conveniência de uniformizar o entendimento entre as Turmas que compõem a Seção.” “Realmente, há entendimento nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que admite o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima. Por oportuno, confira-se: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA E ACUSAÇÃO INTIMADAS VIA CARTA PRECATÓRIA. INVERSÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 400 C/C ART. 222, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO ADVINDO DA INVERSÃO NÃO COMPROVADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e interrogatório não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória. Inteligência do art. 400 c/c art. 222, ambos do CPP. Precedentes. 2. A Lei Processual Penal em vigor adota, em sede de nulidades processuais, o princípio da pas de nullité sans grief, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC n. 125.549/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/5/2020). (BRASIL, 2020)

Segundo o STJ neste acórdão, o interrogatório necessita de ser o último ato da instrução para que o réu tenha acesso a todas as provas dos autos. Citamos o acórdão:

Realmente, há entendimento nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que admite o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima. Por oportuno, confira-se: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA E ACUSAÇÃO INTIMADAS VIA CARTA PRECATÓRIA. INVERSÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 400 C/C ART. 222, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO ADVINDO DA INVERSÃO NÃO COMPROVADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e interrogatório não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória. Inteligência do art. 400 c/c art. 222, ambos do CPP. Precedentes. 2. A Lei Processual Penal em vigor adota, em sede de nulidades processuais, o princípio da pas de nullité sans grief, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC n. 125.549/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/5/2020) [...] No entanto, penso que essa

compreensão não está em harmonia com princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução. (BRASIL, 2020)

O Supremo Tribunal Federal entendeu que em todos os procedimentos criminais, inclusive os especiais da lei de drogas, os militares e o da lei 8.038/1990, o interrogatório deve ser o último ato da instrução. Conforme citamos:

Posteriormente, em 2016, no julgamento do HC n. 127.900/AM, a Suprema Corte fixou a orientação de que a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. Eis a ementa do julgado. (HC n. 127.900, Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 3/3/2016, DJe 2/8/2016). (BRASIL, 2020)

Entendeu-se que o interrogatório é meio de defesa, não mero meio de prova, onde o réu poderá responder as perguntas e se quiser, permanecer em silêncio. Para o relator, o § 1º do art. 222, do CPP, não autorizou a inversão na oitiva do réu.

Consolidou-se:

Por outro lado, a redação do art. 400 do CPP elenca, nitidamente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida. Neste caso, o Código viabiliza, em princípio, a oitiva de testemunha de acusação após a arrolada pela defesa, e não que se interroge o acusado antes da inquirição das testemunhas. [...] Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte: [...] 1. Embora o artigo 222, §1º, do Código de Processo Penal, disponha que a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, a hipótese não autoriza a indiscriminada inversão procedimental da ordem prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal, sendo necessário que o Juízo processante observe o interrogatório do acusado como ato final da instrução. (BRASIL, 2020).

O Tribunal superior reconheceu que o Tribunal a quo, indevidamente se utilizou da interpretação extensiva do art. 400 do CPP, para indevidamente inverter as oitivas. O Tribunal entendeu que prestigiaria-se o contraditório e a ampla defesa, que são os limites a serem seguidos nos processos. Citamos o acórdão:

Por ampla defesa entende-se a salvaguarda que é dada ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. [...] A relação de antagonismo entre as versões da acusação e da defesa e a necessidade da condução dialética do processo não deixam dúvidas sobre quem

tem o “direito de falar por último”: o acusado. O direito de falar por último está contido no exercício pleno da ampla defesa englobando a possibilidade de refutar TODAS, absolutamente TODAS as informações, alegações, depoimentos, insinuações, provas e indícios em geral que possam, direta ou indiretamente, influenciar e fundamentar uma futura condenação penal. Logo, o réu tem o direito de falar por último sobre todas as imputações e provas que possam levar a sua condenação, conforme consagrado em todos os ordenamentos jurídicos democráticos. (BRASIL, 2020).

Uniformizou-se a jurisprudência neste sentido:

Portanto, parece-me pertinente a uniformização do entendimento a respeito da questão nesta Corte, momento em que reputo oportuno estabelecer algumas premissas, notadamente para afastar eventuais equívocos que possam surgir com a aplicação do entendimento aqui firmado: (1) Não se está debatendo e decidindo neste feito a possibilidade de inversão de oitiva de testemunhas de acusação e defesa quando houver necessidade de expedir carta precatória para colher depoimentos; (2) Conquanto o art. 222, § 1o, do CPP, preceitue que a expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal, a hipótese não autoriza a inversão da ordem para o interrogatório do acusado que, conforme o disposto no art. 400 do CPP, deve ser o último ato da instrução; (3) O que determina a possibilidade de avançar na instrução e no julgamento não é a juntada da carta precatória aos autos principais, mas sim a realização do ato no juízo deprecado, de forma que a pendência de devolução da carta precatória não exerce interferência na possibilidade de interrogar o acusado e prosseguir no julgamento, desde que o interrogatório do réu seja o último ato de instrução. (BRASIL, 2020).

Concedeu-se parcialmente a ordem, não para anular os atos posteriores à instrução, mas para levar o réu a novo interrogatório.

Além disso, o ministro Schietti faz uma ressalva no final do julgamento, ressalva esta que traz nova luz ao tema das nulidades em geral. Citamos o acórdão:

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal, ante a magnitude constitucional de que se reveste o interrogatório judicial, também já teve diversas oportunidades de assentar que o interrogatório do acusado em juízo representa meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido: HC n. 94.016/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, 2a T., DJe 27/2/2009. Com efeito, o interrogatório, [...] no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. (Luigi Ferrajoli. Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. RT: 2002, p. 486, item n. 2). (BRASIL, 2020).

O ministro defendeu em sua ressalva que não se pode exigir da defesa que demonstre o prejuízo, pois o acusado não possui o ônus de provar prejuízo em decorrência de nenhuma ilegalidade. O Ministro ressalva dizendo que:

Em tais situações, tem-se aplicado a regra de que somente se decreta a nulidade do ato se comprovado o prejuízo à parte interessada. Tal raciocínio não pode, contudo, se estender a hipóteses que consubstanciam a própria essência do direito de se autodefender em um processo penal, de que é maior expressão o direito a ser interrogado após a produção da prova, de modo a poder refutar, com maior alcance, as provas e alegações produzidas pelo órgão acusador. (BRASIL, 2020).

Este acórdão foi muito diferente de todos os outros.

Quanto aos 11 primeiros acórdãos, é criticável a posição do STJ neles, pois, por farta jurisprudência, foi possível perceber a violação a preceitos constitucionais nos quais se buscariam a máxima observância.

Primeiro, começo com a utilização do princípio (infelizmente trata-se de norma princípio) do prejuízo. Um dos sentidos da palavra “princípio” é justamente a norma que norteia o pensamento jurídico sobre um determinado instituto, em suma, o julgador no momento do julgamento deve observar o princípio e aplicá-lo mesmo em detrimento da regra.

Quanto ao tema da inversão na oitiva de testemunhas e a exigência de prejuízo para a decretação da nulidade, Rosmar Rodrigues Alencar tem opinião sobre as violações ao art. 212, do Código de Processo Penal, entende que:

Mais um ponto que agrava o problema da falta de critérios firmes para o controle dos atos viciados é a exigência de tal somente se dê diante da “demonstração do efetivo prejuízo”. Nessa parte, o julgado considera indispensável “invalidação do ato”. O termo “invalidação” foi usado apropriadamente. No entanto, a exigência de prejuízo para hipóteses de nulidade sobre a forma da produção da prova testemunhal, destoa da Garantia Constitucional ao Contraditório e à Ampla defesa (ALENCAR, 2016, p. 71).

Ao analisarmos estes acórdãos, esta é justamente a conclusão a que chegamos, falta aos tribunais superiores entenderem que ao tratarmos das nulidades, não podemos exigir a demonstração do efetivo prejuízo para a parte que pede pela declaração de nulidade. Isto é o exigido tanto pelo STJ como pelo Supremo Tribunal Federal, para ambos, nenhuma nulidade será declarada se dela não houver prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Rosmar Rodrigues Alencar, em sua obra, faz um panorama da doutrina e sobre o que alguns doutrinadores entendem sobre a classificação das nulidades (ALENCAR, 2016):

Tabela 2 - A doutrina e a classificação das nulidades

Doutrina	Classificação			
Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes	Inexistência,	Nulidade		Irregularidade
		nulidade absoluta	nulidade relativa	

(ALENCAR, 2016, p. 91)				
Heráclito Mossin (ALENCAR, 2016, p. 92)	Inexistência	Nulidade		Irregularidade
		<ul style="list-style-type: none"> - nulidade absoluta - nulidade relativa - anulabilidade 		
Paulo Sérgio Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes (ALENCAR, 2016, p. 94)	Ato inexistente	Ato absolutamente nulo	Ato relativamente nulo	Ato anulável
Gustavo Badaró (ALENCAR, 2016, p. 95)	Atos inexistentes	Nulidades relativas	Nulidades absolutas	
			Aceita a convalidação de nulidades absolutas, mas apenas se ocorrer com o fim de maximizar as garantias fundamentais do acusado.	
Eugênio Pacelli (ALENCAR, 2016, p. 97)	Atos inexistentes	Nulidade absoluta	Nulidade Relativa	
	Eugênio Pacelli considera que a nulidade é uma sanção.			
Aramis Nassif e Samir Hofmeister (ALENCAR, 2016, p. 100)	Irregularidade	Nulidade Relativa	Nulidade Absoluta	Inexistência do Ato
Pedro Demercian e Jorge Maluly	Ato processual inexistente	Nulidade absoluta	Nulidade relativa	Ato meramente irregular

(ALENCAR, 2016, p. 102)				
Hélio Tornaghi (ALENCAR, 2016, p. 102.)	inexistentes	nulos	anuláveis	

Fonte: SANTANA, Erick Lucas Bonfim. 2023.

Todos estes autores, classificam de alguma forma as nulidades, ainda que não seja a melhor forma de classificar (em nossa visão), tratam-se ainda de classificações doutrinárias.

Noutro Prisma, Rosmar Rodrigues Alencar, além da classificação doutrinária das nulidades, traz o entendimento da jurisprudência sobre o tema:

Nota-se que, tanto o STF quanto o STJ fazem uso das expressões classificatórias das nulidades. Ao lado das categorias nulidade absoluta e nulidade relativa, ora tomadas como vício, ora como sanção, os tribunais aludidos agregam outras expressões, nem sempre manejadas como sinônimas, como "ato nulo", anulação e invalidação. Diante desse contexto que obscurece a fundamentação das decisões nulificadoras e diminui a necessária previsibilidade de aplicação do direito nessa temática. Daí a importância de se analisar o cabimento de uma linguagem formal, convencionada a partir da construção de um critério unitário com lastro nos elementos comuns encontrados. (ALENCAR, 2016, p. 125).

A falta de critério fixo na jurisprudência para definir qual conceito de nulidade é adotado, traz enorme insegurança sobre o que pode acontecer com um ato processual nulo (adiantamos que na maioria das vezes são convalidados, conforme a maioria dos acórdãos que analisamos). De todos os acórdãos que examinamos sobre o tema da audiência de instrução e a inversão das oitivas, não tivemos uma ordem concedida. Em todas, se confundia nulidade absoluta com nulidade relativa.

Não havia preocupação com a classificação das nulidades escolhidas, a única semelhança central entre todos os acórdãos, era justamente o que estava preconizado no art. 563, caput, do Código de Processo Penal.

Achamos por bem criticar o princípio do prejuízo neste capítulo, porque é o que temos em jurisprudência sobre a teoria das nulidades. Não só os acórdãos aqui analisados, mas raramente se terá uma declaração de nulidade sem que a parte consiga demonstrar de todas as formas que houve prejuízo. Nos dias atuais, para se conseguir uma declaração de Nulidade no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser ter passado por processo que beira a santa inquisição (e olhe lá, porque às vezes os réus são selecionados no meio da rua para tomarem uma surra e um processo por lesão corporal (o laudo que comprova as lesões terá uma foto da mão do policial machucada) em concurso material com desacato e resistência, e

mesmo assim, não teremos a declaração de ilicitude das provas e eventual ato nulo no processo será convalidado já que não há prejuízo, que é uma coisa que ninguém em doutrina e em jurisprudência sabe explicar muito bem o que é).

O princípio do prejuízo é o principal agente do punitivismo no processo penal pátrio, é um princípio que tem por escopo impedir a concretização do devido processo legal. Todas as críticas que fazemos ao princípio do prejuízo se dão porque este princípio impede a concretização do processo penal para a finalidade que ele existe hoje (à luz de uma interpretação garantista feita com base na Constituição Federal).

Se o princípio do devido processo legal tem substância por conta da teoria das nulidades, o princípio do prejuízo seria o veneno para a concretização do referido princípio. Quando entendemos a teoria da nulidade como o meio de fortalecer e dar vigência ao princípio do devido processo legal, maximizamos as garantias fundamentais do imputado e demonstramos que o sistema deseja o máximo de respeito possível à Constituição Federal.

Isto não significa que vamos ignorar o princípio da instrumentalidade das formas e não vamos aplicá-lo ao processo penal, pelo contrário, como dito anteriormente, com toda certeza nós o aplicaremos, mas faremos uma releitura deste princípio à luz da finalidade do processo penal. O processo penal existe como meio de garantia fundamental ao imputado, por isto funciona como a lei do mais fraco, o meio de proteção ao direito à liberdade de locomoção do acusado. O processo penal é meio para a concretização do direito fundamental à liberdade.

Já os atos processuais estão definidos em lei por conta de mandamento da própria Constituição Federal, que determina “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 2020). Esta norma possui o sentido formal (a exigência de um procedimento previsto em lei para a aplicação da lei penal) e material (que à luz do garantismo, seria a aplicação das normas procedimentais visando à proteção ao direito à liberdade de locomoção do acusado, que se maximiza quando olhado à luz das garantias constitucionais - a exemplo da presunção de inocência, o limite probatório, a separação entre juiz e acusação, o próprio princípio do juiz natural. Aqui não pensamos em razoabilidade na aplicação do procedimento como em outros processos, aqui o sentido material do devido processo legal tem a ver com a aplicação do procedimento em respeito ao princípio da dignidade humana, porém forma é garantia, não há melhor meio de se respeitar a dignidade humana do que aplicando o procedimento sem desvios).

Logo, não negaremos a instrumentalidade do processo (como não o fizemos por todo este trabalho), entendemos também que o processo é um instrumento, mas no processo penal

não existe lide, existe um interesse público tutelado pelas normas processuais penais. Por isto, o processo é um instrumento para a proteção das garantias fundamentais, especialmente do direito à liberdade de locomoção do acusado. Logo, os atos processuais terão a própria finalidade que a lei os dá, mas no final, estão subordinados ao devido processo legal e à finalidade de proteger as garantias fundamentais do acusado. Encontramos o que é a instrumentalidade das formas para o processo penal.

Ademais, quando olhamos por esta linha, é perfeitamente aplicável o princípio da instrumentalidade das formas ao processo penal (ressalto, apenas quando conceituado desta maneira). Mas isto não significa que haverá algum contexto em que poderemos aplicar o princípio do prejuízo à teoria das nulidades, já que toda a ideia de prejuízo vai contra tudo o que acabamos de defender para o processo penal.

Uma das maiores (só não a consideramos a maior porque o art. 156, caput e incisos, do Código de Processo Penal, ainda está vigente e viola frontalmente o princípio da presunção de inocência) expressões de antigarantismo que temos no ordenamento processual penal, é a exigência da demonstração de prejuízo por aquele que alegar a ocorrência de uma nulidade.

Entender que o princípio do prejuízo é legítimo para o nosso ordenamento jurídico, traz incoerências sistêmicas absurdas. Legitimou-se algumas situações indescritíveis por causa deste princípio, a exemplo do Habeas Corpus nº 574.885/PE, o réu estava preso a quase uma década (ressalto que de acordo com as informações disponibilizadas no acórdão, se trata de preso provisório), e mesmo assim foi considerado aceitável que ocorresse a inversão nas oitivas e o réu foi interrogado sem ter acesso a todo o manancial probatório do processo.

Além disso, não se conceituou em momento nenhum o que seria o prejuízo exigido para a decretação da nulidade, além disso, entendeu que a condenação do paciente não seria demonstração suficiente de prejuízo para dar base à nulidade do ato processual que gerou uma condenação (Habeas Corpus Nº 550.180/PR). Não é este o tipo de direito penal que se almeja, já que a nós, parece prejuízo suficiente decorrente de um ato processual eivado de vício uma condenação a cinco anos e seis meses de reclusão a ser cumprida em regime fechado.

Isto se deu principalmente porque se aplicou o art. 222, § 1º, do CPP, para inverter a ordem da instrução prevista no art. 400, caput, do CPP, fazendo com que não houvesse mácula no processo, isto para a jurisprudência, porque alí há uma nulidade, só não foi declarada. Tanto na Corte Suprema como no STJ adotou-se o entendimento que não há nulidade sem prejuízo.

Os onze acórdãos foram no mesmo sentido, além de exigir o prejuízo para a decretação de nulidades que evidentemente feriram normas constitucionais (principalmente o

devido processo legal), mitigou-se a ampla defesa, já que o réu foi interrogado muitas vezes sem acesso a todas as provas dos autos, que é justamente o que ele precisa para realizar uma boa autodefesa.

Quanto à ampla defesa, nas palavras de Nestor Távora:

Enquanto o contraditório é princípio protetivo de ambas as partes (autor e réu), a ampla defesa – que com o contraditório não se confunde – é garantia com destinatário certo: o acusado. A defesa pode ser subdividida em: (1) defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado; e (2) autodefesa (defesa material ou genérica), realizada pelo próprio imputado. A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e no direito de presença, “consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas”. (TÁVORA, 2022, p. 82).

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli:

E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica – do advogado – de corréu durante o interrogatório de todos os acusados. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesses entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele corréu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de corréus no interrogatório de todos os acusados. O interrogatório é meio de defesa – incluído na denominada autodefesa, que consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses da defesa, razão pela qual é indispensável a presença de um defensor para o ato. Naturalmente, a partir da Lei 11.719/08, que instituiu a concentração dos atos instrutórios, a defesa sempre estará presente ao interrogatório, já que este se realiza após a inquirição das testemunhas e peritos, na mesma audiência. Isso, como regra, é claro. Embora seja assim, meio de defesa, já que o acusado tem verdadeiro direito a ser ouvido pelo juiz da causa (art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica – Decreto nº 678/92), semelhante modalidade (de defesa) encontra-se no âmbito da disponibilidade do réu, isto é, cabe a ele o juízo de oportunidade e conveniência do exercício de tal direito. Por outro lado, o mesmo não ocorre em relação à chamada defesa técnica, corolário do princípio geral da ampla defesa, na qual é exigida a participação de um defensor – regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – em todos os atos do processo (art. 261, CPP). Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado. (PACELLI, 2021, p. 77).

Quando falamos sobre o princípio da ampla defesa, estamos falando sobre o direito do réu de possuir uma defesa técnica (ainda quando não possa pagar por ela), e o direito de se defender pessoalmente (autodefesa), de rebater os argumentos da acusação em seu interrogatório. O réu terá o direito de esclarecer alguns pontos que restaram dúvida, impugnar fatos que lhe foram imputados e rebater falas de outros no processo.

A defesa tem por garantia fundamental o falar por último no processo penal, isto não se trata apenas de mero formalismo, mas de dar ao réu o acesso a todo o manancial probatório

contido nos autos, autorizando que este possa se defender da melhor forma para que não tenhamos a condenação de um culpado.

A natureza jurídica do interrogatório é de meio de defesa, não se deve aceitar que o interrogatório seja meio de prova, nem que tenha natureza dupla. Nós tratamos do exercício da ampla defesa quando falamos sobre interrogatório. Nenhuma norma processual vigente que viole o princípio da ampla defesa pode permanecer quando incompatível a este princípio. É o caso da norma prevista no art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal.

O fato de a expedição de carta precatória não suspender a instrução criminal, não pode levar o interrogatório do réu a não ocorrer como o último ato da instrução. O art. 400 do Código de Processo Penal é uma norma cogente e protege um interesse público, qual seja, o dever de não condenar inocentes. É muito mais fácil que o réu fique prejudicado com um interrogatório que aconteça antes do retorno da carta precatória, já que não terá acesso àquele testemunho de forma que consiga se defender adequadamente daqueles fatos.

Mais, o depoimento daquela testemunha será uma coisa que apenas a defesa técnica poderá rebater nas alegações finais, e a construção da verdade processual muito provavelmente ficará prejudicada já que o réu sequer poderá se manifestar a respeito do que disse a testemunha ouvida no juízo deprecado. O princípio constitucional protegido pelo art. 400, caput, do Código de Processo Penal (qual seja, a ampla defesa) na maioria das vezes será violado quando tivermos a ocorrência do interrogatório do réu antes do retorno da carta precatória cumprida.

Mais, não dificilmente terá como se afirmar que esta nulidade é relativa, já que o interrogatório tem uma finalidade, qual seja, possibilitar ao réu que exerça o direito de defesa, após ter acesso a todo o manancial probatório, além disso, o vício atacou também a finalidade do processo penal, violando-se o princípio do devido processo legal. Portanto, estamos diante de uma nulidade absoluta, que poderia facilmente ser evitada, desde que o juiz esperasse a carta voltar cumprida e apenas após isto, marcasse o interrogatório do réu. Esta oitiva feriu o princípio da economia processual e da ampla defesa.

O art. 400 do CPP trouxe uma ordem ao procedimento comum ordinário, especialmente para que o réu tenha acesso a todo o acervo probatório contido nos autos e possa exercer sua autodefesa da melhor forma possível. A defesa fala por último no processo penal, não por mero preciosismo, mas porque o réu possui o risco de perder vários anos de sua vida e ainda passar o resto da vida etiquetado como um criminoso (mesmo com a imposição de pena restritiva de direitos).

Outra nulidade abordada nestes acórdãos é a ordem na inquirição das testemunhas. Aceitou-se com extrema facilidade o fato de o juiz decidir perguntar para as partes antes que essas pudessem fazer suas perguntas. É temerário aceitar que o juiz sequer pergunte qualquer coisa às partes em um processo penal acusatório (art. 129, I, da Constituição Federal). Agora, aceitar que faça suas perguntas antes das partes agindo como um verdadeiro inquisidor, é coisa que não se deveria imaginar, é como se todos os sujeitos processuais estivessem ali apenas para impor uma condenação aparentemente legítima contra o réu.

Digo isto pois o art. 212 do CPP existe como lei federal e deve ser aplicado pelo intérprete da lei federal. Foi da vontade do legislador trazer uma ordem para as perguntas, e o fato de o juiz presidir a instrução não lhe dá o direito de decidir iniciar perguntando para as testemunhas, já que estamos num sistema acusatório.

Mais, abandona-se o sistema presidencialista na inquirição de testemunhas e dá este trabalho ao órgão acusador porque se está a cumprir o princípio acusatório. Separa-se a acusação da defesa, porque se deseja que as garantias fundamentais do acusado previstas na Constituição Federal sejam respeitadas em seu grau máximo. Não se deseja, como já dito, um juiz herói, guardião da moral e dos bons costumes, deseja-se um juiz imparcial, que esteja pronto para aplicar a lei e respeitar a Constituição no caso concreto.

Por óbvio que, a violação desta lei não poderá gerar uma nulidade relativa, quebrou-se a imparcialidade do juiz, os autos devem ser enviados a outro magistrado e deve-se realizar nova instrução, extirpando a anterior instrução e retirando seus efeitos, impedindo que ela produza efeito sobre aquele caso. Os autos devem ser entregues a outro juiz que possa presidir a instrução de forma imparcial. Digo isto em concordância com a lição de Aury Lopes Jr.:

É preciso considerar, ainda, que dependendo da situação processual e da própria invalidade produzida, poderá haver uma contaminação do juiz a ponto de comprometer sua imparcialidade. O refazer um ato processual defeituoso, dependendo da extensão, poderá afetar de forma irreparável a necessária originalidade cognitiva e até a igualdade cognitiva que o julgador deve ter em relação às partes. Em tese, seria possível invocar-se aqui o art. 157, § 5º, do CPP (infelizmente por ora suspenso pela LIMINAR DO MIN. FUX), cujo mandamento é: § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. Ainda que o dispositivo se refira a prova ilícita, dependendo da complexidade da nulidade produzida no processo, é cogitável uma similar contaminação e exclusão do juiz. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 444).

Apesar de que neste caso, parece que há um problema cultural de nosso ordenamento punitivista. A conduta que ocorreu neste processo provavelmente se repetirá em vários outros processos, e, infelizmente, somente o tempo é capaz de trazer novas figuras ao Judiciário que respeitem a lei e a Constituição. Até lá, deve a defesa arguir a nulidade de forma incansável.

No garantismo, não se protege a forma pela forma, os atos processuais possuem uma finalidade, que é a mesma do processo penal, proteger o direito à liberdade de locomoção do imputado, e não pode servir para outra coisa. Quando decidimos que o direito e o processo penal possuem o objetivo de trazer o mínimo de sofrimento necessário ao delincente (por outro lado a máxima felicidade dos inocentes), prevenir penas arbitrárias e delitos, além de servir como lei do mais fraco, estamos dizendo que o poder punitivo do Estado está limitado e que não passaremos de nenhum limite imposto.

Convalidar atos processuais que estão eivados de vício a este ponto, não é algo do Estado Democrático de Direito. Na verdade, aplica-se a certeza do direito penal máximo ao fazer isso, que é aquela teoria onde pune-se o maior número de culpados, ainda que para isso, inocentes fiquem também presos.

É a maior expressão de garantismo o fato de se obedecer as normas processuais de forma a facilitar a ampla defesa e se ter a produção de provas mais firmes e certas para eventual condenação, pois não se pode aceitar algo diferente do juízo de certeza para condenar qualquer acusado.

Mas, há um feixe de luz em todas estas ordens negadas, no Habeas Corpus nº 585.942/MT, julgado pela 3ª Seção daquele tribunal, uniformizou-se a jurisprudência, especificamente quanto ao assunto da carta precatória autorizar que o réu não fosse interrogado por último, para defender o direito constitucional do acusado de ser interrogado por último (BRASIL, 2020).

Digo isto porque, aqui, o STJ decidiu que o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 127.900/AM, que definiu a tese do interrogatório como último ato da instrução para todos os procedimentos processuais penais (inclusive o militar). Aqui o STJ passou a decidir que a partir de agora, não seria mais aceito que se aplicasse a norma contida no art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, de forma que o interrogatório não fosse o último ato da instrução.

Modificou-se o entendimento quanto ao interrogatório para que este fosse visto como a materialização do princípio da ampla defesa (no prisma da autodefesa), para que o réu pudesse ter o direito de acessar todo o manancial probatório que houvesse, eventualmente, contra ele. Passou-se a interpretar que o art. 222 do Código de Processo Penal autorizaria a oitiva de uma testemunha fora da ordem do art. 400, mas, nunca, este artigo autorizaria que o interrogatório não fosse o último ato da instrução.

Porém, ainda se exigiu que o réu alegasse a aludida nulidade *opportuno tempore*, pecando principalmente neste ponto, a nosso entender. Mesmo assim, o réu foi levado a novo

interrogatório, sem a nulidade da instrução. Esta nulidade, deveria ter sido considerada como absoluta, já que o princípio constitucional da ampla defesa é ultrajado quando se autoriza que o interrogatório não seja o último ato da instrução criminal.

Firmou-se esta tese no acórdão:

(2) Conquanto o art. 222, § 1o, do CPP, preceitue que a expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal, a hipótese não autoriza a inversão da ordem para o interrogatório do acusado que, conforme o disposto no art. 400 do CPP, deve ser o último ato da instrução; (BRASIL, 2020)

Por isto, entendemos que, neste acórdão, ampliou-se a aplicação do princípio da ampla defesa. Dá-se ao réu o direito de ter acesso a todo o manancial probatório, de forma que o interrogatório tenha maior efetividade, que é o desejado em um processo penal garantista, o réu deve ter o direito de produzir a prova também e influir no convencimento do julgador, isto não é coisa que se dá apenas à acusação e à defesa técnica.

Por óbvio, não se deveria ter exigido a alegação *opportuno tempore*, já que não se trata de um interesse privado das partes (coisa que não existe no processo penal), mas de norma de interesse público, que visa dar ao réu verdadeira aplicação do princípio da ampla defesa.

A ressalva do Ministro Schietti, neste acórdão, é um feixe de luz para se começar a diferenciar em jurisprudência a nulidade relativa da nulidade absoluta⁸¹. Mais, maximiza-se também o princípio da presunção de inocência, quando se diz que não deveria ser ônus do réu comprovar a ocorrência da nulidade, não é bem o que se vem defendendo neste trabalho, mas é grande avanço (apesar de sustentarmos que não deveria haver a aplicação do princípio do prejuízo, este é um avanço muito grande numa matéria que vem aplicada com tanta severidade ao réu como a das nulidades).

Quando se coloca a presunção de inocência como princípio norteador da teoria das nulidades, se tem um avanço enorme, já que é uma teoria muito severa quando olhada sob o prisma da jurisprudência. Concede esperança àqueles que desejam um processo penal mais justo. Quando se aplica o princípio da presunção de inocência a uma teoria tão severa, que vinha servindo apenas para consolidar situações de flagrante ilegalidade, se dá esperança de que este princípio também será aplicado em todo o resto do processo penal.

⁸¹ “Em tais situações, tem-se aplicado a regra de que somente se decreta a nulidade do ato se comprovado o prejuízo à parte interessada. Tal raciocínio não pode, contudo, se estender a hipóteses que consubstanciam a própria essência do direito de se autodefender em um processo penal, de que é maior expressão o direito a ser interrogado após a produção da prova, de modo a poder refutar, com maior alcance, as provas e alegações produzidas pelo órgão acusador.” (BRASIL, 2020)

Como se pode exigir o prejuízo da não aplicação de uma norma que tem por finalidade justamente materializar o princípio da ampla defesa? neste sentido vai a ressalva do ministro.

Por isto, quando se fala em interrogatório do réu, se fala em ampla defesa, não se pode aceitar de braços cruzados, de forma acrítica a inversão nas oitivas, mais especificamente o interrogatório do acusado, pois, estamos almejando a aplicação de princípios que norteiam o processo penal inteiro.

Não se pode aceitar que o réu seja levado a interrogatório quando não tem acesso a todo o manancial probatório acostado aos autos. É dever do Estado permitir que o réu se defenda da forma mais efetiva possível. Por isso, o art. 400 do Código de Processo Penal é norma de interesse público.

Apesar de discordarmos em muito de outros entendimentos doutrinários sobre a teoria das nulidades, entendemos que a aplicação de algum deles se faz essencial, e neste acórdão, temos este pequeno feixe de luz, que está marcando uma mudança no entendimento de toda a teoria das nulidades a ser aplicada ao processo penal.

Algum critério de diferenciação das nulidades absolutas e relativas se deve ter, a princípio, não se deseja o melhor dos critérios, apenas um melhor que aquele adotado por um legislador inspirado no fascismo italiano. O que se deseja aqui é a aplicação de um critério mais moderno de diferenciação das nulidades.

Mais, a forma é expressão de garantia, por isto, quem deveria definir a aplicação de uma nova teoria das nulidades, deveria ser a própria lei. Necessita-se de uma reforma no capítulo das nulidades, mas uma reforma estrutural, de forma que o sistema comece a fazer sentido, e não se perca no meio de tantas interpretações jurisprudenciais que acabam por ferir o disposto na Constituição Federal.

Fecharemos este capítulo, entendendo que o jus libertatis sempre deve prevalecer quando ponderado com o jus puniendi. Sempre devemos no processo penal, valorizar o direito à liberdade, isto é a maior expressão de garantismo que se pode ter no processo penal. Na dúvida (razoável) quando da existência ou não de uma nulidade de uma nulidade, esta deve ser declarada. Por isto, pede-se por uma reforma na sistemática das nulidades e que enquanto esta não ocorre, a jurisprudência veja de forma mais razoável a aplicação do princípio do prejuízo, já que o processo penal serve para proteger os direitos fundamentais do acusado.

CONCLUSÃO

Em síntese, entendemos que é necessário fazer uma crítica da teoria das nulidades à luz do garantismo principalmente porque a forma (devido processo legal) é a máxima expressão de garantia no processo penal. Quando Ferrajoli prevê, em seus dez axiomas, o princípio da estrita jurisdicionariade, a primeira das garantias do juízo, está justamente dando à aplicação da lei penal o olhar da lei do mais fraco. Quando pensamos sobre a finalidade do processo penal neste trabalho, pensamos à luz do garantismo. O processo penal tem a finalidade de proteger o direito à liberdade de locomoção do acusado, de proteger suas garantias fundamentais, ele fará o papel de evitar as penas arbitrárias e a vingança privada, dando paz social aos inocentes e o mínimo de sofrimento necessário aos acusados. Não se protege no garantismo, a forma pela forma (porque garantismo não é sinônimo de impunidade), protege-se o direito à liberdade de um acusado presumidamente inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, escolhemos o Habeas Corpus para a análise, justamente porque é o instrumento que mais viabiliza esta proteção ao direito à liberdade de locomoção do acusado, já que possui um procedimento célere e autoriza que a ilegalidade seja corrigida logo. As nulidades, por óbvio, podem ser arguidas nesta ação autônoma de impugnação, e muitas vezes (quando não for sempre), a aplicação correta da lei é coisa que se deseja que seja feita logo. A audiência de instrução e julgamento é o momento onde mais se exerce contraditório e ampla defesa, é ali que (pelo menos em tese), se tem o direito de influir no convencimento do juiz. Como a prova mais utilizada em nosso processo penal é a oral, foi reputada por nós como sendo a de maior importância, e como sendo aquelas que devemos dar ao réu o direito de conhecer de todas elas antes que exerça sua autodefesa.

Com o fim de responder à pergunta de pesquisa, desenvolvemos este trabalho da seguinte forma, iniciamos com um breve resumo histórico, onde traçamos uma linha do tempo sobre o surgimento do Habeas Corpus no Brasil. Também relacionamos os axiomas do garantismo com a Constituição de 1988, identificando quais teriam sido adotados expressa ou implicitamente. Explicamos que punir é exercício de poder e poder sem controle é arbítrio, por isso surge o Direito e o Processo Penal como contenção ao poder punitivo do Estado.

No próximo capítulo definimos o que seria um Processo Penal Garantista, tomando os cuidados da teoria de Ferrajoli com a valoração da prova, fazendo uma linha do tempo que começou na deflagração da ação penal com o recebimento da denúncia e finalizou com a sentença, sendo que em matéria de provas trouxemos nosso enfoque principal na prova oral,

já que os acórdãos a serem analisados mais à frente versariam sobre os depoimentos. Ferrajoli entende que as provas são construídas no processo indutivo e a sentença faz um trabalho de dedução, sendo que quando se pode chegar à conclusão que o delito aconteceu conforme narra a denúncia, é possível a condenação, não havendo a possibilidade de se chegar a esta conclusão, o réu deve ser absolvido.

No capítulo das nulidades, expressamos nosso pensamento sobre as nulidades à luz de um sistema processual penal garantista. Veja, o processo penal é a lei do mais fraco e enxerga o réu como o hipossuficiente na relação processual. Por isso, o processo penal é uma forma de contenção ao poder punitivo do Estado e não é apenas a única forma legítima de se impor uma pena, mas é instrumento de proteção ao direito de liberdade do réu. Não se negou a instrumentalidade das formas, mas se deu uma finalidade diferente para o Processo Penal que aquela dada ao processo civil. Por isso, não nos foi possível tolerar a existência de um prejuízo para a decretação das nulidades. A ideia do prejuízo foi um ponto por nós criticado na atual teoria das nulidades, e tal ideia deve ser extirpada do processo penal. Ressalte-se que toleramos a ideia das nulidades relativas, mas para isso, o processo penal deve ser visto com a finalidade de proteção do direito à liberdade de locomoção, razão pela qual tal instituto teria de ser restringido, visando, repito, a proteção à liberdade de locomoção do acusado.

No capítulo derradeiro às conclusões, analisamos os acórdãos que fizeram parte da nossa proposta. Foram 13 (treze) ao todo, sendo que o mais importante foi o Habeas Corpus nº 585.942/MT, julgado pela terceira seção do Superior Tribunal de Justiça. Ali, se aplicou o princípio da ampla defesa, dando ao réu o direito de ter acesso a todas as provas do processo antes de ser interrogado. Além disso, na ressalva do Ministro Schietti, iniciou-se a construção de que para algumas nulidades, não se pode exigir a demonstração do efetivo prejuízo. Em toda a crítica que fizemos aos acórdãos, nos preocupamos em defender o princípio do devido processo legal. Defendemos em nossa crítica que a exigência da demonstração do prejuízo, em algumas nulidades gravíssimas, tornaria o Direito Processual Penal em instrumento a serviço da punição, punindo muitos inocentes no processo.

Todos estes capítulos nos ajudaram a definir a importância de se analisar a teoria das nulidades em nosso direito processual penal e porque se escolheram os Habeas Corpus julgados no ano de 2020 que versavam sobre as nulidades nos depoimentos. Concluiu-se que é o momento processual mais importante, porque a prova oral deve se aproximar de uma verdade científica, falseável e que se construa empiricamente. A importância da prova oral nos leva a concluir que a análise das atipicidades processuais que ocorrem no momento de sua produção são importantes de se analisar.

Por fim, defendemos neste trabalho a todo o tempo que o processo penal deve ser visto como a lei do mais fraco, o instrumento que causará o mínimo de sofrimento necessário aos culpados, e viabilizará a máxima felicidade dos inocentes (já que aqui, melhor é um culpado solto, do que um inocente preso, em verdadeiro sistema minimalista de direito penal), bem como ajudará na prevenção de penas arbitrárias e na aplicação de uma espécie de vingança privada. Apenas no garantismo, teremos como maximizar os direitos e as garantias fundamentais de forma que a lei penal passe a ser aplicada de forma justa. Além disso, a forma é expressão de garantia, razão pela qual ninguém deve ser privado dos seus bens ou da sua liberdade sem o devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, R. R. **Teoria da Nulidade no Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

ALVIM, J.E.C. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Gen. Forense, 2018.

AMORA, V. Q. **PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL: O LIMITE DA JUSTIÇA**. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. 2021 Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/830/1/Monografia_Vitor%20Quindere%20Amora.pdf. Acesso em: 25 out. 2022.

ÁVILA, H. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan [Instituto Carioca de Criminologia], 2002.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: Parte geral - arts. 1º a 120 (vol. 1)**. 28. ed. São Paulo. Editora: Saraiva. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.209 de 11 de Julho de 1984**. Reforma de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art3. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 11.690 de 9 de junho 2008**. Reforma de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 11.719 de 20 de junho de 2008**. Reforma de alguns institutos do processo penal em 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 13.964 de 24 de Dezembro de 2019**. Pacote Anticrime. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art2. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Panaceia Universal ou Remédio Constitucional?** Habeas Corpus nos Tribunais Superiores. Pensando o Direito. Ministério da Justiça. IPEA. Pensando o Direito. 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_55_Thiago_web-5.pdf Acesso em: 17 de jun. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Seção). Habeas Corpus. **HC 585.942/MT**. [...] 5. Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal - Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado. 6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas. [...]. Impetrante: Neyman Augusto Monteiro e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior [com ressalva do Ministro Rogério Schietti Cruz]. Brasília, 09 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001296263&dt_publicacao=14/12/2020. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Agravo em Recurso Especial. **AREsp 1.940.381/AL**. [...] 8.1: o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de "ouvir dizer" ou hearsay testimony) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP [...]. Agravante: M B B (MENOR). Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102429156&dt_publicacao=16/12/2021. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. **AgRg 345.871/MG**. [...]3. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, ainda que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans grief), por se tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade[...]. Agravante: ADILSON GONÇALVES DE OLIVEIRA PAGANELLI. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 01 de dezembro de 2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503206693&dt_publicacao=10/12/2020. Acesso: 02 out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. **AgRg no HC 525.411/PR**. [...] 6. "A inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal, a teor do que dispõe o art. 222 do Código de Processo Penal. Precedentes" (AgRg no RHC 105.154/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 4/2/2019) [...]. Agravante: REYNALDO SOARES DA FONSECA. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESTADO DO PARANÁ. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESTADO DO PARANÁ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 05 de maio de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902303443&dt_publicacao=11/05/2020. Acesso: 02 out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. **AgRg no 580.263/MG**. [...] 4. Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes [...]. Agravante: RENAN DOS SANTOS RODRIGUES NASCIMENTO. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 09 de junho de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001099443&dt_publicacao=17/06/2020. Acesso 02 out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Habeas Corpus. **HC 216.882/DF**. [...] HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS JÁ ANALISADOS POR ESTA CORTE E CONSIDERADOS INIDÔNEOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. [...]. Impetrante: MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA E OUTROS. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 27 de outubro de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102019327&dt_publicacao=17/10/2012. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Habeas Corpus. **HC 550.180/PR**. [...] 3. Neste caso, embora a defesa tenha apontado a ocorrência de afronta às garantias do contraditório e da ampla defesa, deixou de alegar o vício na primeira oportunidade, bem como não apontou concretamente o dano causado em razão da manutenção do interrogatório como primeiro ato da instrução, o que impede o reconhecimento da nulidade, a teor do princípio pas de nullité sans grief (art. 563 do Código de Processo Penal) [...]. Impetrante: TAYLA

NILESSA DE LIMA. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903649648&dt_publicacao=19/12/2019. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Habeas Corpus. **HC 549.665/PE**. [...]4. Embora insista na tese de nulidade do feito em razão de suposta ofensa ao art. 400 do Código de Processo Penal, a defesa não foi capaz de demonstrar o prejuízo, o que se exige inclusive quando se trata de nulidade de caráter absoluto, conforme entendimento jurisprudencial firmado nesta Corte Superior [...]. Agravante: CAMILA ANDRADE DOS SANTOS E OUTROS. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903622683&dt_publicacao=14/02/2020. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. **AgRg no HC 546.061/SP**. [...] 1. A jurisprudência desta Corte firmou orientação de que "a inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato" (AgRg no HC n. 578.934/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020). [...]. Agravante: CÉSAR EUGÊNIO DA SILVA. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 25 de agosto de 2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903440058&dt_publicacao=28/08/2020. Acesso: 2 out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. **AgRg no HC 578.934/SP**. [...] 1. Em consonância com a jurisprudência desta Corte, a inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato, já tendo sido discutida a alegação de ofensa ao art. 212 do CPP no anterior Habeas Corpus 501.834/SP, constituindo-se a presente impetração em mera reiteração do mencionado writ. [...].

Agravante: JEFFERSON LUCAS. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 02 de junho de 2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001049787&dt_publicacao=08/06/2020. Acesso: 30 set. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. **AgRg no HC 615.886/SP**. [...] 3. Em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, a inversão da ordem de testemunhas ou de vítima e interrogatório não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória. Inteligência do art. 400, c/c

o art. 222, ambos do CPP. Precedentes (HC n. 574.885/PE, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 5/8/2020). [...]. Agravante: O B. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 13 de outubro de 2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002535177&dt_publicacao=19/10/2020. Acesso: 02 out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. **AgRg no HC 730.232/SP**. [...] 3. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma suplementar [...]. Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Agravado: GILCIMAR BERTINI SOARES (PRESO). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 19 de dezembro de 2022. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200776832&dt_publicacao=21/12/2022. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus. **AgRg no RHC 105.154/SP**. [...] 2. As instâncias ordinárias decidiram em conformidade com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal, a teor do que dispõe o art. 222 do Código de Processo Penal. Precedentes. [...]. Agravante: MAURO AUGUSTO BOCCARDO, ADRIANA DA LUZ OLIVEIRA e MATEUS EDUARDO BOCCARDO. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 13 de dezembro de 2018. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802969516&dt_publicacao=04/02/2019. Acesso: 02 out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus. **AgRg nos EDcl no HC 568.653/SP**. [...] 2. No caso, além de a decisão do Magistrado a quo encontrar-se, prima facie, em consonância com o disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, que excepciona a ordem de oitiva de testemunhas, em caso de necessidade de realização do ato por meio de carta precatória, apontando para o art. 222 do mesmo Códex, houve consentimento da própria defesa durante a realização da audiência de instrução, debates e julgamento, acerca da inversão da ordem legal de oitiva das testemunhas, o que afasta a possibilidade de superação da Súmula 691/STF, diante da inexistência de ilegalidade flagrante. [...]. Agravante: EVERTON ERMANO DE SOUSA. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 16 de junho de 2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000744595&dt_publicacao=25/06/2020. Acesso 02 out. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus. **HC 227.263/RJ**. [...] 4. Não foi demonstrado pelo impetrante, nem se pode extrair dos elementos carreados, qualquer resquício de prejuízo para o processo, para as partes, ou, por fim, para a Justiça, sendo, assim impossível o reconhecimento de qualquer nulidade, em atendimento à sistemática da instrumentalidade das formas, elencada pelo Código de Processo Penal no artigo 563. [...]. Impetrante: JOSÉ MURTA RIBEIRO NETO E OUTRO. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro: Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Brasília, 27 de março de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102934025&dt_publicacao=11/04/2012. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus. **HC 538.161/SP**. [...] 6. Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte, "a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal, a teor do que dispõe o art. 222 do Código de Processo Penal. Precedentes" (AgRg no RHC n. 105.154/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 4/2/2019). [...]. Impetrante: ADILSON GONÇALVES DE OLIVEIRA PAGANELLI. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 04 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903019434&dt_publicacao=10/02/2020. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus. **HC 574.885/PE**. [...] 4. A Lei Processual Penal em vigor adota, nas nulidades processuais, o princípio da pas de nullité sans grief, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte. Precedentes[...]. Impetrante : GILSON DE ARAUJO ALVES. Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 30 de junho de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000914321&dt_publicacao=05/08/2020. Acesso: 02 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus. **HC 598.886/SC**. [...] 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; [...] Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 27 de outubro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso: 04 mar. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Recurso em Habeas Corpus. RHC 158.580/BA. [...] 3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de

certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP. [...]. Recorrente: MATEUS SOARES ROCHA. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 19 de abril de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial). **Regimento Interno**. Edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 41, de 21 de setembro de 2022. PARTE I - DA COMPOSIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA. TÍTULO I - DO TRIBUNAL. CAPÍTULO I - Da Composição e Organização. Art. 2º, II, § 4º, I. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial). **Súmula 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Brasília, 28 de junho de 1990. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=7>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Habeas Corpus. **HC 109.956/PR**. [...] HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. [...]. Impetrante: MATHEUS GABRIEL RODRIGUES DE ALMEIDA E OUTRO(A/S). Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de agosto de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709684>. Acesso: 30/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Decisão Monocrática). Habeas Corpus. **HC 219.362/SP**. [...] Em que pese a deliberada inocência manifestada pelo Tribunal de Justiça, ao registrar que “não faria sentido admitir que eles dispusessem de quantidade de entorpecente e resolvessem aleatoriamente imputar a autoria de delito tão grave a pessoas inocentes”, a condenação por tráfico se impõe, sobretudo porque a paciente foi presa na posse das substâncias. [...]. Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 31 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353208936&ext=.pdf>. Acesso: 04/03/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. **AI 145.589 AgR/RJ**. [...] Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos, de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício [...]. Agravante: JOSE AUGUSTO PESSOA SALINAS. Agravada: JULIANA MARQUES DE ALMEIDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 02 de setembro de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275664>. Acesso: 30/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Súmula 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false>. Acesso: 30/10/2022.

CARVALHO, S. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora LUMEN JURIS, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça Distrito Federal e Territórios. (2. Turma Criminal). APELAÇÃO CRIMINAL. **Acórdão n. 1196200**. Relator SILVANO BARBOSA DOS SANTOS. Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA. 22 de agosto de 2019. “APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. MATERIALIDADE E AUTORIAS COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. ANTECEDENTES. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. CONSEQUÊNCIAS. PROPORCIONALIDADE DO QUANTUM DE AUMENTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE O PROCESSO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.”. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletro nico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&campos Seleccionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=1196200&numero=&tipoDeRelator=TO DOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFOR MATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletro nico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&campos Seleccionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1196200&numero=&tipoDeRelator=TO DOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFOR MATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso: 30/10/2022.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIOCRUZ. ENSP - ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SERGIO AROUCA. **Dia da Consciência Negra: Por que os negros são maioria no sistema prisional?** Rio de Janeiro. Publicado em: 19 nov. 2020. Disponível em: <https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/50418>. Acesso em: 01 nov. 2022.

KAGUEIAMA, P.T. **Prova no Processo Penal: Um Estudo sobre as falsas memórias e mentiras**. 1. ed. São Paulo: Editora Almedina, 2021.

LOPES, JÚNIOR, A.. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, A.. **Direito Processual Penal**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JÚNIOR, A.. **Direito Processual Penal**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MENDES, G. M. BRANCO, P. G. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. Editora Saraiva, São Paulo. Série IDP, 2020.

NUCCI, G. S. **Curso de Direito Processual Penal**. 20. ed. rev. São Paulo: Editora Grupo Gen, 2023.

NUCCI, G. S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Gen Forense, 2015.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Gen Atlas Ltda, 2020.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Gen Atlas Ltda, 2021.

PINHO, A. C. B. ALBUQUERQUE, F. S. **Precisamos falar sobre Garantismo: Limites e resistência ao poder de punir**. 2. ed. São Paulo: Editora Tirant Lo Blanch, 2019.

TÁVORA, N. ALENCAR R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022.

TORON. A. Z. **Habeas Corpus: Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters - Editora Revista dos Tribunais, 2018.

TORON. A. Z. **Habeas Corpus: Controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ**. 4. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters - Editora Revista dos Tribunais, 2022.