



ADVOCACIA & ASSOCIADOS

Rossini Corrêa



Aguiar de Pádua & Lima



Lucas de Castro Rivas // Leonardo Costa de Paula

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um.”¹

PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB, partido político com representação no Congresso Nacional e devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 01.421.697/0001-37, com sede na SCLN 304, Bloco A, Sobreloja 01, Entrada 63, Brasília – DF, CEP 70736-510 (documentos anexos), representado por seu legítimo presidente nacional, o Sr. **Carlos Roberto Siqueira de Barros**, brasileiro, portador da CI n. 2.045.625, CPF n. 084.316.204-04, (Doc. 1, em anexo), por seus advogados (Doc. 2, em anexo), com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei Federal n. 9.882/99, ajuizar a presente

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

a fim de evitar e/ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de atos do Poder Público, especialmente **para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no caso do REsp nº 1.765.139 / PR, relatado pelo Min.**

¹ CALMON DE PASSOS, JJ. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. RDC Nº 7 - Set-Out/2000.

Felix Fischer, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos, contra a utilização, por parte de juízes e tribunais pátrios, do postulado “*pas de nullité sans grief*” como se fosse “princípio geral do direito” representativo do art. 563 do CPP, e contra o próprio art. 563 do CPP, para a sua interpretação conforme à Constituição, por violação aos arts. 1º, caput, 1º, inciso III, 3º, 4º, 5º, caput, e 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o **controle de convencionalidade** sob a luz do art. 25 (Proteção judicial) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (*Pacto San José da Costa Rica*), pelos fundamentos abaixo expendidos.

1. SÍNTESE E PREMISSAS DA PRESENTE ADPF

Nossa tradição germânica, herdada da antecedente Representação de Inconstitucionalidade, **impôs**, mais que sutilmente, ao menos a partir de 1965 (EC n16/1965) a presença de um **processo objetivo** (*objektives verfahren*), sem sujeitos e vocacionado à pura **Defesa da Constituição** (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*)², aliado ao fato de ser, como dito pelo ministro Moreira Alves, um processo que “*não é uma ação, no sentido clássico, genuíno do Direito Processual, [sendo] uma instituição de caráter político*”³.

Publicado em 1968, o clássico estudo de Jorge Miranda, “*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*” ressalta que: “*constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido*”⁴.

Trata-se de ingressar exatamente naquilo que Carlos Santiago Nino muito bem denominou de “**a lógica de Marshall e o problema de Kelsen**”⁵, observando ser surpreendente que no *caso Marbury*⁶ (1803) John Marshall, um homem de formação militar, tenha desenvolvido um tema profundo e sofisticado (como a validade das normas e seus diferentes estratos normativos), algo que

² MENDES, Gilmar. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Feitas Bastos, 2000, p. 17.

³ **REPRESENTAÇÃO N. 700**, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.06.1967, RTJ 45, p. 714.

⁴ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito, 1968, p. 11.

⁵ NINO, Carlos Santiago. **A Philosophical Reconstruction of Judicial Review**. Cardozo Law Review, vol. 14, 1993.

⁶ **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

PATROCÍNIO CONJUNTO

somente encontraria paralelo muitos anos após, quando da abordagem de Kelsen⁷ (mais de 100 anos depois), em 7 premissas seguidas de uma conclusão:

Premissa 1: o dever do judiciário é aplicar o direito.

Premissa 2: quando existirem dois direitos contraditórios, a aplicação de um deles exclui o outro.

Premissa 3: a Constituição é o direito supremo, além de ser o critério definidor da legalidade das outras normas.

Premissa 4: a supremacia da constituição implica que, quando houver conflito com uma norma aprovada pelo parlamento, esta última deixa de ser um direito válido.

Premissa 5: a negação da premissa anterior implicaria que o legislativo poderia modificar a Constituição através de uma lei ordinária, significando que a Constituição não seria funcional em limitar o legislativo.

Premissa 6: o legislativo é limitado pela Constituição.

Premissa 7: se uma lei não é válida, ela perde sua força obrigatória.

Conclusão: se uma lei do parlamento é contrária à Constituição, ela não obriga o Poder Judiciário.

Pois bem, nesta ADPF, busca-se preservar a supremacia da Constituição, bem como a rigidez das normas constitucionais, para que um suposto postulado como o “*pas de nulité sans grief*” seja afastado do ordenamento jurídico pátrio no caso do Processo Penal (art. 563 do CPP), por ofensa aos arts. 1º, 3º, 4º e 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, uma vez que:

a) A origem do suposto postulado “*pas de nulité sans grief*” nasce de uma tentativa de calar e silenciar o poder judicial, na regra “*nullité sans grief n’opere rien*”⁸, do ordenamento jurídico napoleônico, a partir do antagonismo entre o rei e o

⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito* (1934).

⁸ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nulité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro*. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015, p. 101-102.

PATROCÍNIO CONJUNTO

parlamento, e, portanto, contrária ao postulado republicano (arts. 1º, 3º e 4º, da CF/88).

b) A noção mesma de Controle de Constitucionalidade abstrato, conforme Kelsen, é tributária da premissa anterior, pois este nasceu, na perspectiva do mestre de Viena, para “condenar a doutrina, segundo a qual a lei [seria] expressão da vontade do Monarca e que estabelece uma separação entre o comando dele emanado e o conteúdo criado ou proposto pelo parlamento [denunciando isso] como inimigo da garantia jurisdicional da constituição”⁹.

c) O suposto postulado “*pas de nulité sans grief*” hoje tem servido para que os juízes e tribunais estabeleçam dúvida sobre a existência de nulidades relativas ou absolutas (determinando a prova do prejuízo), e a presença da dúvida é direcionada à determinação de absolvição dos acusados (art. 386, VII, do CPP), bem como insere o julgador em posição que fragiliza a sua necessária imparcialidade, violando, em ambos os casos, o devido processo legal substantivo (art. 5, inciso LIV, da CF/88)¹⁰.

d) O suposto postulado “*pas de nulité sans grief*” além de não existir no ordenamento pátrio como princípio geral do direito, e de fragilizar a imparcialidade, o devido processo legal e o princípio republicano, também serve para desvirtuar a forma do Processo Penal como garantia do acusado, transformando o réu em mero objeto de pretensões processuais, despido de sua dignidade (art. 1º, inciso III, da CF/88).

e) A regra inerente ao sistema geral das nulidades no Processo Penal deve ser tratada de maneira diferente da que ocorre no âmbito juscivil, vale dizer, não há possibilidade de aplicar o suposto postulado “*pas de nulité sans grief*” ao Processo Penal, sem violar o princípio da igualdade e da desigualdade, a despeito da controversa concepção de “bens jurídicos” diferentes (art. 5º, caput, da CF/88).

⁹ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito, 1968, p. 49-50.

¹⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, p. 159-160.

f) Se a Constituição é a norma que mais vale; se é ela quem deve determinar e conduzir a interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional; e, se o devido processo legal substancial determina que a forma é garantia do acusado, especialmente quanto aos vetores relacionados ao Código de Processo Penal, e não havendo a preponderância de um suposto postulado principiológico inexistente (como o “*pas de nulité sans grief*”) então o artigo 563 do CPP deve ser interpretado no sentido de se presumir o prejuízo ao acusado, com a decretação de nulidade, sempre que se relacione a violação do rito/forma em temas ligados à “**medula óssea**” ou “**espinha dorsal**” do **Processo Penal**”: competência, quebra da parcialidade, cerceamento de defesa, constrição da liberdade pessoal ou de direito patrimonial, prova, julgamento e fundamentação das decisões judiciais.

g) O **Novo Código de Processo Civil francês** opera atualmente no sentido de que, tratando-se de “nulidades fundamentais”, estas podem ser sancionadas com a pecha de invalidade mesmo **sem texto** ou **sem queixa** (*même sans texte et même sans grief*), a qualquer tempo/evento; tratando-se de nulidades processuais ou de ordem pública, podem ser sancionadas sem texto, mas não sem queixa (*soulevées sans texte mais pas sans grief*); e, tratando-se de nulidades formais, que não sejam nem substantivas ou nem de ordem pública, há a imposição de obediência ao duplo preceito da exigência de texto e de queixa (*pas de nullité sans texte ” et ” pas de nullité sans grief*)¹¹. Porém, o

¹¹ Conforme o magistrado Félix Etoundi: “*Le Nouveau Code de Procédure Civile Français ajoute d’abord à cet ancien système, une distinction fondamentale qui s’établit entre la nullité des actes pour vice de forme et pour irrégularité de fond. Le législateur français réalise dans ce nouveau Code un véritable compromis entre plusieurs systèmes possibles. Car dans le nouveau régime qu’il consacre trois distinctions s’imposent : les nullités de fond peuvent être sanctionnées même sans texte et même sans grief, et peuvent être invoquées en tout état de cause (1ère distinction) ; les nullités de forme substantielles ou d’ordre public peuvent soulevées sans texte mais pas sans grief (2ème distinction) ; les nullités de forme qui ne sont ni substantielles, ni d’ordre public, obéissent au double principe ” pas de nullité sans texte ” et ” pas de nullité sans grief ” ; le grief apparaissant comme le préjudice que l’irrégularité cause à l’adversaire et que celui-ci a la charge de prouver.”. Cfr. ONANA ETOUNDI, Félix. **Le Régime Juridique des Nullités des Actes de Procédure dans L’acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies D’exécution**. Disponível em: <<http://www.institut-idef.org/Le-regime-juridique-des-nullites.html>>.*

Código de Processo Penal francês¹² não admite esta fórmula por óbvias razões, especialmente nas 126 vezes em que menciona a expressão nulidade (**nullité**), sobretudo no dispositivo de n. 171, que usa a regra da **garantia dos interesses do acusado**, e não do prejuízo, texto ou queixa, acarretando a distinção fundamental das nulidades num verdadeiro Processo Penal garantista de índole constitucional.

h) A própria *Cour de Cassation* francesa, no relatório de M. Boval (Conseiller rapporteur), esclarece a questão sob o ponto de vista histórico, bem como sob a perspectiva processual civil (inaplicável ao Processo Penal) de que mesmo a palavra “*grief*” significa queixa, e relaciona-se ao vício de fundo e de forma, e a depender do caso independe de motivação, ou seja, a própria gravidade da queixa já se desvincula de um aspecto de prova do prejuízo, militando esta assertiva para asseverar que mesmo a Corte de Cassação não aplica no campo penal e, em razão disso, o aspecto central é a alegação, e não o efetivo prejuízo¹³.

Em termos gerais, são essas as premissas e os pressupostos relacionados aos temas discutidos nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, posta ao necessário deslinde deste Supremo Tribunal, uma vez que a

¹² Conforme se verifica do dispositivo n. 171 do Código de Processo Penal francês: “*Il y a nullité lorsque la méconnaissance d’une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu’elle concerne.*”, disponível em: <http://codes.droit.org/CodV3/procedure_penale.pdf>.

¹³ Conforme se verifica da manifestação da própria *Cour de Cassation* francesa, no relatório de M. Boval (*Conseiller rapporteur*): “Il paraît enfin utile de citer la note (38) de M. Cornu déjà mentionnée, publiée en 1977 sous deux arrêts dont le premier, du 15 octobre 1975, subordonne (contrairement aux précédents invoqués en défense) à la preuve d’un grief la nullité de l’acte d’appel d’un tribunal paritaire des baux ruraux contenant une injonction de comparution sans indiquer de date de comparution. “La déviation, écrivait l’éminent auteur, consisterait, sous la pesée d’une intention suspecte et contraire à l’esprit de la loi (refouler la maxime “*pas de nullité sans grief*”) à faire dégénérer en irrecevabilité de fond un vice de forme, sous prétexte que ce vice est grave. Dissipant toute confusion, l’énergique insistance de l’article 114 et ses répétitions intentionnelles auraient pu faire comprendre que tout ce qui est grave ne devient pas “fond”. Ainsi le défaut de motivation demeure-t-il typiquement, dans un acte de procédure, un vice de forme (sauf à donner application, dans leur domaine, aux dispositions spécifiques prévues par certains textes, ainsi l’irrecevabilité pour le contredit non motivé)”, disponível em: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/boval_conseiller_8736.html>.

presença do postulado “*pas de nullité sans grief*” no ordenamento jurídico pátrio, como suposto princípio geral, está desvinculado de suas raízes históricas, e o art. 563 do CPP, da forma como aplicado, tem violado a Constituição Federal, por macular os arts. 1º, caput, 1º, inciso III, 3º, 4º, 5º, caput, e 5º, inciso LIV, da CF/88 (**república, dignidade da pessoa humana, igualdade e devido processo legal**).

2 - LEGITIMIDADE ATIVA, CABIMENTO, SUBSIDIARIEDADE E RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO RELACIONADO À CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL.

2.1 - A LEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR DESTA ADPF

Ao regulamentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Lei Federal nº 9.882/99 houve por bem definir que são legitimados para propô-la os mesmos legitimados para a ADI e a ADC (art. 2º, I), de sorte que o partido político autor possui legitimidade ativa para o ajuizamento desta ADPF (cfr. art. 103, incisos VIII, da CF).

Com efeito, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os partidos políticos são considerados legitimados ativos universais, vale dizer, podem questionar a (in)constitucionalidade de qualquer ato normativo sem que precisem demonstrar a pertinência temática, ou seja, a presença do vínculo entre os objetivos do partido e o pedido deduzido no âmbito da ADPF.

2.2 - DO CABIMENTO DESTA ADPF

O artigo 1º da Lei nº 9.882/19991 autoriza o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para “*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*”¹⁴. A presente ADPF é ao mesmo tempo **preventiva** (para evitar) e **repressiva** (para reparar).

Acerca da abrangência da expressão “*ato do Poder Público*”, relacionada ao dispositivo legal referido, este Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “**o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser ato do Poder Público federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não**”¹⁵.

¹⁴ “Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

¹⁵ Cfr. **ADPF n. 1 QO**, Rel. Min. Nery da Silveira, j. 03.02.2000, DJ de 07.11.2003.

PATROCÍNIO CONJUNTO

No presente caso, os atos inquinados não possuem caráter normativo (no sentido de serem emanados de fonte legal legislativa), pois relacionam-se a decisões judiciais proferidas por diversos e variados juízos.

A literatura jurídica assevera ser cabível o questionamento de atos tradicionalmente “não normativos”, especialmente as **decisões judiciais**, através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme recordado por Dirley da Cunha Júnior:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental presta-se, outrossim, a fiscalizar os atos ou omissões não normativas do poder público. Vale dizer, pode ser empregada para controle dos atos concretos ou individuais do Estado e da Administração Pública, incluindo os atos administrativos, os atos ou fatos materiais, os atos regidos pelo direito privado e os contratos administrativos, **além de abranger, outrossim, até as decisões judiciais e os atos políticos e as omissões na prática ou realização destes atos**, quando violarem preceitos constitucionais fundamentais. Assim, a significativa amplitude do objeto da arguição tomou possível o controle abstrato de constitucionalidade dos atos concretos e das atividades materiais do Estado (...). A sujeição destes atos à fiscalização concentrada do Supremo Tribunal Federal só vem corroborar a preocupação que motivou o constituinte na criação de um remédio eficaz e célere de defesa dos preceitos mais importantes da Constituição.”¹⁶

Seguindo tal premissa, este Supremo Tribunal Federal igualmente tem admitido o cabimento e o uso da ADPF, conforme os precedentes julgados abaixo colacionados:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Ato lesivo fundado em decisões de primeiro e de segundo grau do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região que determinaram bloqueio, penhora e liberação de valores oriundos da conta única do Estado do Piauí, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI). 3. Conversão da análise do pedido de medida cautelar em julgamento de mérito. Ação devidamente instruída. Possibilidade. Precedentes. 4. É aplicável o regime dos precatórios às

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ações Constitucionais**. Salvador: Jus Podium, 2012, p. 461-63.

PATROCÍNIO CONJUNTO

sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. Precedentes. 5. Ofensa aos princípios constitucionais do sistema financeiro e orçamentário, em especial ao da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), aos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF) e ao regime constitucional dos precatórios (art. 100 da CF). 6. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.** (ADPF na 387, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 23/03/2017, Publicação em 25/10/2017);

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. **DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.** I. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. **Multiplicidade de ações judiciais**, (...) (ADPF na 101. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento em 24/06/2009, 04/06/2012)

PATROCÍNIO CONJUNTO

Observa-se, a propósito, que não há dúvida sobre a possibilidade do cabimento do uso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para impugnar decisões do Poder Judiciário, excetuando-se, exclusivamente, os casos em que já tiver ocorrido o trânsito em julgado, para que não faça as vezes como sucedâneo de uma Ação Rescisória:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE - INOBSERVÂNCIA - INVIABILIDADE DE REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL DOCTRINA PRECEDENTES POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO, MEDIANTE ADPF, DE DECISÕES JUDICIAIS, DESDE QUE NÃO TRANSITADAS EM JULGADO - CONSEQUENTE Oponibilidade da coisa julgada em sentido material à ADPF

- PRECEDENTE - O SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA "RES JUDICATA" - RELAÇÕES ENTRE A COISA JULGADA MATERIAL E A CONSTITUIÇÃO - RESPEITO PELA AUTORIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL, MESMO QUANDO A DECISÃO TENHA SIDO PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- ADPF: AÇÃO CONSTITUCIONAL QUE NÃO DISPÕE DE FUNÇÃO RESCISÓRIA

- EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE CARACTERIZADA POR JULGAMENTOS CONFLITANTES DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DIVERSOS: PRESSUPOSTO NECESSÁRIO E ESSENCIAL AO VÁLIDO AJUIZAMENTO DA ADPF

- AUSÊNCIA, NO CASO, DE QUALQUER ESTADO DE INCERTEZA OU DE INSEGURANÇA NO PLANO JURÍDICO, NOTADAMENTE PORQUE JÁ DIRIMIDO O DISSENSO INTERPRETATIVO PELO STF

- FORMULAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 652/STF - DOCTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ADPF nO249 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2014, Publicação em 01/09/2014; grifou-se).

Por tais motivos, e neste sentido, observa-se a adequação da via eleita para a impugnação de atos do Poder Público, relacionados a decisões judiciais, conforme especificado nesta inicial.

2.3 - DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A presente ADPF também satisfaz o pressuposto consubstanciado no princípio da subsidiariedade¹⁷, contido no artigo 4º, §1º, da Lei n. 9.882/1999. A este respeito, e a propósito da interpretação do mencionado requisito, este Supremo Tribunal Federal entendeu que o exame a respeito da existência de meio processual subsidiário deve ser *“compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”*¹⁸.

A respeito do tema, o escólio doutrinário de Gilmar Ferreira Mendes¹⁹, asseverando a compreensão do princípio da subsidiariedade, que deve considerar a predominância do enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva, sobretudo quando existem inúmeras decisões judicial violadoras de preceito fundamental:

“De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. **Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.** Em outros termos, o princípio da subsidiariedade - inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão -, contido no §1º, do art. 4º da Lei 9.882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. (...) **Assim, tendo em vista o caráter acentuatadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.** (...) **Não se pode admitir que a existência de**

¹⁷ Art. 4º (...). § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

¹⁸ Art. 4º (...). § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1151-1156.

processos ordinários e recursos extraordinários deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. (...) Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais - vias processuais ordinárias - não poderá servir de óbice à formulação de arguição de descumprimento. **Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.**"

Verifica-se não ser oponível outro processo de caráter objetivo para afastar ou reparar a lesão a preceito fundamental resultante dos atos inquinados de inconstitucionalidade, eis que, por serem destituídos do tradicional conteúdo normativo demandado pelo art. 102, inciso I, alínea "a", da CF/88, não são passíveis de controle por meio de ADI ou ADC. Ou seja, a discussão sobre a compatibilidade vertical de atos concretos emanados do Poder Público, como as decisões judiciais, apenas podem ser questionadas por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Vale dizer, no controle objetivo de constitucionalidade, somente a ADPF têm o condão de resolver a **controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata**, demonstrando-se o preenchimento do requisito da subsidiariedade.

Além disso, muito embora se reconheça, nas hipóteses de impugnação de atos concretos, que o atendimento da subsidiariedade também precise considerar igualmente os meios subjetivos de tutela jurisdicional presentes no ordenamento jurídico, é preciso ressaltar que não existe, na via do controle difuso, outro meio capaz de sanar a alegada lesividade de maneira imediata, como se revela necessário na espécie.

Este Supremo Tribunal Federal já entendeu que *"a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse 'writ' constitucional"*.

Por tais motivos, afirma-se cristalino a não existência de outros meios **eficazes** para resolver o problema, de forma ampla, geral e imediata, nos termos da lesividade decorrente dos atos questionados, militando tais premissas no sentido do cabimento da presente ADPF.

2.4 – A RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL (I): REPETIBILIDADE E ORIGEM DA DISCUSSÃO

Cumpra ressaltar que a presente ADPF envolve controvérsia constitucional das mais relevantes, atrelada ao profundo e enraizado desrespeito ao preceito fundamental contido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988, na dupla face do **devido processo legal: substantivo e objetivo**, diuturnamente violado quando se aplicam nas decisões judiciais o suposto postulado “*pas de nullité sans grief*” como se fosse ele “princípio geral do direito” representativo do art. 563 do CPP²⁰.

Sobre este tema, confira-se o escólio doutrinário de Luís Roberto Barroso, quando sustenta que “*será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético*”²¹.

Observe-se, com efeito, o julgamento não transitado em julgado ocorrido no dia 23.04.2019, no âmbito da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no caso do **REsp nº 1.765.139 / PR, relatado pelo Min. Felix Fischer**, em que se utilizou exatamente o postulado “*pas de nullité sans grief*”, primeiro no voto do eminente ministro relator, secundando o entendimento de que “*o Processo Penal é regido pelo princípio pas de nullité sans grief, não sendo possível o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, sem a demonstração do efetivo prejuízo*”, e depois no voto Min. Ribeiro Dantas para afirmar que “*competência firmada por conexão é relativa, e não gera nulidade se não causar prejuízo*” (trecho inicial do voto)²².

Constata-se o uso indiscriminado do adágio “*pas de nullité sans grief*”, sob os mais diferentes enfoques, como verdadeiro “escudo” para não se reconhecer a invalidação de atos no Processo Penal, violando o postulado do “devido processo

²⁰ **CPP: “Art. 563.** Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

²¹ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2017. p. 278-79.

²² Ainda não publicado o acórdão, mas disponível o julgamento proferido ao vivo e transmitido pela internet no seguinte endereço: <<https://www.youtube.com/watch?v=mGcMqaBNgrg>>, acesso em 24.04.2019.

legal” e a própria concepção do modelo acusatório do Processo Penal em sua concepção constitucional. A título de exemplo, mencionemos recentes julgamentos (apenas de 2019), no âmbito dos 27 Tribunais de Justiça: Acre²³, Alagoas²⁴, Amazonas²⁵, Amapá²⁶, Bahia²⁷, Ceará²⁸, Distrito Federal²⁹, Espírito Santo³⁰, Goiás³¹,

²³ Cfr. “O reconhecimento de nulidades no curso do Processo Penal reclama a efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*)”. Acórdão n. 28.226, **Habeas Corpus n. 1000275-80.2019.8.01.0900**, Relator : Des. Pedro Ranzi, Acre, 28 de março de 2019.

²⁴ Cfr. “uma vez que não houve comprovação de prejuízo ao réu, obedecendo ao princípio do *pas de nullité sans grief* e o que assevera o e o que assevera o art. 563 do Código de Processo Penal.” **Apelação n. 0700104-74.2017.8.02.0049**, Rel. Des. João Luiz Azevedo Lessa, 10 de abril de 2019.

²⁵ Cfr. “Com relação à não caracterização das nulidades apontadas, ao compulsar os autos, verifica-se terem sido oportunizadas ao recorrente todas as garantias processuais, do contraditório à ampla defesa, não tendo o apelante demonstrado prejuízo. (*pas de nullité sans grief*)”. **Apelação Criminal nº 0610875-62.2018.8.04.0001** Relatora: Dra. Onilza Abreu Gerth, DJ. 25.03.2019.

²⁶ Cfr. “Não prospera a alegação de nulidade por força de falhas nas gravações da audiência de instrução e julgamento, uma vez que, não obstante os ruídos, são perfeitamente audíveis as falas, de tal sorte que, nos termos do art. 563 do CPP, não se deve declarar a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo (*pas de nullité sans grief*)”. **Apelação. nº 0000682-80.2017.8.03.0007**, Relator Des. Sueli Pereira Pini, 29 de Janeiro de 2019.

²⁷ Cfr. “Consoante a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no artigo 563 do Código de Processo Penal. Tendo em vista a ausência de demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo impetrante, não há de se falar em nulidade processual”. **Apelação Criminal n. 0000064-25.2007.8.05.0139**, Rel. Des. Carlos Roberto Santos Araújo.

²⁸ Cfr. “a título de ilustração, ressalto que, nos moldes do art. 563 do CPP, somente será declarada a nulidade de ato processual se houver efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*”. **Apelação Criminal. 0000442-64.2015.8.06.0044**, Relator Des. Henrique Jorge Holanda Silveira, 16/04/2019

²⁹ Cfr. “Nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não se proclama nulidade sem a demonstração de prejuízo (*princípio do pas de nullité sans grief*)”. Acórdão n.1163663, 20160510059133APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 04/04/2019, Publicado no DJE: 09/04/2019. Pág.: 89/112.

³⁰ Cfr. “Como se sabe, a declaração judicial de invalidade de atos processuais tem por pressuposto prejuízo concreto, pois vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio do *pas de nullité sans grief*”. **Apelação Criminal n. 0023703-94.2016.8.08.0035**, Rel. Des. Elisabeth Lordes, 03/04/2019.

³¹ Cfr. “A ausência de comprovação de prejuízo concreto para a parte impossibilita a anulação do ato processual em que o acusado esteve algemado, em razão do princípio do *pas de nullité sans grief*”. Rel. Des. Edison Miguel da Silva Junior, **Habeas Corpus n. 5117725-35.2019.8.09.0000** -, DJ de 04/04/2019.

PATROCÍNIO CONJUNTO

Maranhão³², Minas Gerais³³, Mato Grosso do Sul³⁴, Mato Grosso³⁵, Pará³⁶, Paraíba³⁷, Pernambuco³⁸, Piauí³⁹, Paraná⁴⁰, Rio de Janeiro⁴¹, Rio Grande do Norte⁴², Rondônia⁴³, Rio Grande do Sul⁴⁴, Santa Catarina⁴⁵, Sergipe⁴⁶, São Paulo⁴⁷ e Tocantins⁴⁸.

³² Cfr. “A declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado nº 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese”. **Apelação Criminal n. 0414702018**, Relator: Des. Josemar Lopes Santos, acórdão: 2411692019, 19.02.2019.

³³ Cfr. “não há violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não sendo demasiado pontuar que o tema das nulidades no Processo Penal é regido pelo princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não pode ser declarado nulo qualquer ato que não gere demonstrado prejuízo às partes”. **Apelação Criminal n. 2033643-78.2015.8.13.0024**, Relator(a): Des.(a) Catta Preta Data de Julgamento: 11.04.2019

³⁴ Cfr. “O nosso sistema processual penal consagra o princípio “*pas de nullité sans grief*”, ou seja, não há nulidade sem prejuízo”. **Apelação - Nº 0041104-37.2015.8.12.0001**, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 11.04.2019.

³⁵ Cfr. “Em matéria de nulidade, rege o consagrado princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato.” **Apelação Criminal n. 0000361-40.2018.8.11.0087**, Relator: Luiz Ferreira Da Silva, 21.02.2019.

³⁶ Cfr. “Inexistência De Prejuízo. Princípio “*pas de nullité sans Grief*”. Inocorrência”. **Habeas Corpus n. 0800686-65.2018.8.14.0000**, Rel. Des. Maria de Nazare Silva Gouveia dos Santos, 12/03/2018.

³⁷ “Suposta inobservância do prazo previsto no § 1º do art. 433 do CPP se constitui como mera irregularidade processual que não enseja prejuízo ao paciente, especialmente quando carente de demonstração. Aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*”. **Habeas Corpus nº: 0804073-66.2015.8.15.0000**, Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos, 05.02.2016.

³⁸ Cfr. “A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas”, **Apelação 505434-6 0002394-69.2016.8.17.0260**, Rel. Des. Democrito Ramos Reinaldo Filho, 02/04/2019.

³⁹ Cfr. “Quando não verificado qualquer prejuízo para o apelante, enquanto a defesa tenha se limitado a meras alegações de existência de vícios, sem, contudo, se desincumbir da demonstração inequívoca do efetivo prejuízo suportado, exigência necessária para o reconhecimento de nulidade, seja relativa ou absoluta, em atenção ao dogma fundamental que a disciplina (“*pas de nullité sans grief*”). **Apelação Criminal n. 2017.0001.010345-7**, Des. Pedro de Alcântara Macêdo, 20.03.2019.

⁴⁰ Cfr. “A declaração de nulidade de ato processual exige a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo ao réu, em face do princípio *pas de nullité sans grief*”. **Apelação Criminal n. 0001974-34.2012.8.16.0098**, Relator: Celso Jair Mainardi, 11.04.2019.

⁴¹ Cfr. “Portanto, não se vislumbra nenhum prejuízo à defesa, o que impede a declaração de nulidade da sentença, em prestígio ao princípio *pas de nullité sans grief*”, **Apelação Criminal n. 0086981-68.2016.8.19.0001**, Des(a). Claudio Tavares de Oliveira Junior, 13/02/2019.

⁴² Cfr. “Outrossim, não logrou demonstrar dano efetivo e concreto, prevalecendo, pois, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, consagrador do princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se declara nulidade quando inexistente prejuízo à parte”. **Recurso em Sentido Estrito nº 0806969-39.2018.8.20.0000**, Relator: Gab. Des. Saraiva Sobrinho, 11.12.2018.

⁴³ Cfr. “O sistema das nulidades processuais é informado pela máxima “*pas de nullité sans grief*”, segundo a qual não se decreta nulidade sem prejuízo”. **Apelação Criminal nº 1000918-72.2017.822.0011**, Rel. Des. Miguel Monico Neto, 03/04/2019.

PATROCÍNIO CONJUNTO

O mesmo ocorre com relação aos Tribunais Regionais das 5 regiões: 1ª Região, 2ª Região, 3ª Região, 4ª Região e 5ª Região, quando a utilização do suposto postulado do “*pas de nullité sans grief*”, igualmente, é utilizado como se fosse a tradução do art. 563 do Código de Processo Penal, **realizando-se a interpretação do Processo Penal brasileiro conforme um adágio francês que nem é mais usado na França (e nem no Processo Penal), ao invés de uma interpretação do art. 563 do CPP conforme a (e à luz da) Constituição Federal de 1988.**

Ao lado do art. 563 do Código de Processo Penal, costuma-se invocar sempre, de maneira “automática”, o **enunciado n. 523 da Súmula de Jurisprudência dominante deste Supremo Tribunal Federal**⁴⁹, aprovada em Sessão Plenária de 03.12.1969 (ou seja, em plena ditadura e na vigência do Ato Institucional n. 5, além de 19 anos antes da própria Constituição de 1988), vinculando-se aos casos dos seguintes julgados originários: **RHC 43.501, HC 42.274, RHC 45.336, e HC 45.015.**

O mais curioso, entretanto, é que nesses 4 precedentes relacionados aos aspectos formativos do **enunciado 523 deste Supremo Tribunal Federal**, foi deferida a ordem de habeas corpus por desrespeito às determinações da Lei Processual Penal (oitiva de testemunhas, apresentação de defesa e formulação de perguntas), quando então nem se sequer chegou a discutir o suposto postulado do “*pas de nullité sans grief*”.

A propósito, o caso mais antigo presente no sítio eletrônico do STF sobre a aplicação do suposto postulado do “*pas de nullité sans grief*”, remonta ao ano de **1950. No Recurso Extraordinário n. 14.175/SP**, relatado pelo ministro Orosimbo Nonato, discutiu-se uma Ação de Divisão de Terras a partir do art. 278, §2º, do

⁴⁴ Cfr. “O direito processual brasileiro é regido pelo princípio *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo. Inocorrendo este, inexistente nulidade a ser proclamada”. **Apelação Criminal n. 71008316739**, Rel. Des. Edson Jorge Cechet, 15.04.2019.

⁴⁵ Cfr. “Quando se fala em nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido é imprescindível, em face do princípio *pas de nullité sans grief*”. **Apelação Criminal n. 0000450-84.2016.8.24.0018**, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorat, 28.03.2019.

⁴⁶ Cfr. “De outra banda, não percebo a comprovação do alegado prejuízo suportado pelo Apelante, o que impede o reconhecimento da nulidade pretendida, na forma do princípio *pas de nullité sans grief*”. **Apelação Criminal n. 201800326345**, Rel. Des. Edson Ulisses de Melo, 27.11.2018.

⁴⁷ Cfr. “Os defensores não demonstraram a existência de prejuízo à defesa, nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal, que explicita o *pas de nullité sans grief*”. **Apelação Criminal nº 0006645-55.2017.8.26.0322**, Rel. Des. Péricles Piza, 22.04.2019.

⁴⁸ Cfr. “Em matéria de nulidade, o Processo Penal brasileiro adota o princípio *pás de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo.” **Apelação Criminal nº 0000632-77.2015.827.0000**, Rel. Des. Helvécio De Brito Maia Neto, 30.06.2016.

⁴⁹ Sum: 523 - **No Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.** Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5933; DJ de 11/12/1969, p. 5949; DJ de 12/12/1969, p. 5997.

PATROCÍNIO CONJUNTO

vetusto CPC de 1939, acerca da irrepetibilidade de certos atos⁵⁰, culminando com a seguinte assertiva de seu voto:

“(...) inexistindo prejuízo para as partes, não se repetirá o ato omitido e nem lhe suprirá a falta. Adversa o legislador, a todo poder que pode inutilizar o processo por falhas que não geram prejuízo. O ‘pas de nullité sans grief, princípio que informa uma série de dispositivos processuais, confluentes todos no combate ao ‘flagelo vitando da referência de Tito Fulgêncio.”

Ainda, mais curioso é o fato de que tal referencial, ancorado nos termos da legislação processual civil de 1939, remonta ao ainda mais vetusto **Regulamento 737, de 1850** (especificamente aos artigos 98 e 676)⁵¹, todos eles demasiado distantes do Poder Constituinte de 1988, especialmente no que toca ao sistema acusatório e à noção de preservação dos direitos dos acusados no Processo Penal.

Conforme Daniel Zaclis⁵², não é tarefa das simples traçar com exatidão as origens da regra relacionada ao “prejuízo”, havendo um marco introdutório, dissociado de uma concepção histórica do postulado “*pas de nullité sans grief*”, valendo citar, a passagem:

*“Demonstrar a dificuldade de definir com precisão a origem do *pas de nullité sans grief*, há de se registrar os diferentes pontos de vista históricos da doutrina. Afirmando encontrar raízes no Código Napoleônico: Trata-se de um princípio cujos*

⁵⁰ **CPC/1939**: Art. 278. A nulidade de qualquer ato não prejudicará senão os posteriores, que dele dependam ou sejam consequência. § 1º O juiz que pronunciar a nulidade declarará a que atos ela se estende e ordenará as providências necessárias para que sejam repetidos ou retificados. **§ 2º Não se repetirá o ato, nem se lhe suprirá a falta, quando não tiver havido prejuízo para as partes.**

⁵¹ Cfr.:

Regulamento 737/1850: Art 98. Quando da contestação constar a arguição de nullidade, o Juiz tornando della conhecimento verbal e summario em audiencia, ou mandando que os autos lhe sejam conclusos, supprirá ou pronunciará a nullidade como fôr de direito e se prescreve no titulo - Das nulidades.

Regulamento 737/1850: Art. 676. Deve o Juiz ou supprir, ou pronunciar a nullidade logo que as partes as arguirem pelo modo determinado no artigo antecedente. Serão suppridas as nullidades quando os actos e termos posteriores são independentes, e **não ficam prejudicados por ella**, devem porém ser pronunciadas quando pelo contrario ellas influem sobre os actos posteriores.

⁵² ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do Processo Penal brasileiro.** São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015.

contornos remontam ao Processo Penal francês, justamente no processo de instituição do Código Napoleônico" (Gloeckner, Ricardo. Nulidades no Processo Penal...). Entendendo que a origem remonta à Ordenação Tolosa: "Compreendendo a extensão destes malefícios, surgiu já em 1667, com a ordenação de Tolosa, um primeiro protesto contra a *outranae*, expresso na máxima: *pas de nullité sans grief*, não há nulidade quando não há prejuízo (Rosa, Inocência. Nulidades no processo...) (...). Há, no entanto, quem entenda que a necessidade de se identificar o prejuízo para reconhecimento da nulidade nasceu de uma construção pretoriana no século XIX: '*De célèbres maximes sont par ailleurs nées de la reprise d'une jurisprudence d'Ancient droit. C'est le cas du pas de nullité sans texte et sans grief. Au XIXème siècle, la jurisprudence crée encore des adages* (Pierre-Maurice, Sylvie. Le Code de Procédure Civile et les maximes...)."'

Consta que a primeira oportunidade em que a questão do *prejuízo* acerca da alegada existência de uma nulidade processual, teria ocorrido exatamente como uma reação necessária a um formalismo exacerbado, remontando à **Ordonnance francesa de 1667**, de Luiz XIV, que estabelecia que o único interprete da lei era o próprio rei, vedando aos Parlamentos (que no antigo regime exerciam a função de Tribunais) qualquer pretensão de exercer a interpretação da norma. E mais: considerando que se estava diante de uma época plenamente absolutista, a eventual nulidade constituía instrumento utilizado pelo rei para se assegurar que os juízes cumprissem rigorosamente a *letra da lei*, alimentando a crença de que estaria impedindo que a discricionariedade dos magistrados suplantasse a vontade do soberano⁵³.

Ainda sobre a **Ordonnance** francesa de 1667, de Luiz IV, podemos observar que:

"(...) vale recordar que a edição da Ordenança de abril de 1667 pretendia servir de guia para ser respeitada, junto com as ordenanças posteriores, por todos aqueles a quem se dirigiam (Parlamento, Grande Conselho, Câmaras de Contas, Cortes, juízes, magistrados, oficiais). Depreende-se daí que sua edição

⁵³ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro**. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015, p. 100.

foi direcionada para os órgãos públicos encarregados de efetivar os mandamentos reais. Quando da remessa da ordem às comarcas (pela tradução livre se identificou por '*compagnies*', ou companhias que não seria fiel ao termo representado hoje), ela deveria ser publicada e registrada imediatamente, independente se isso ocasionasse o atraso de negócios secundários e até de julgamento de processos criminais. (...)A Ordenança de abril de 1667 previa prisão e julgamento daqueles que não observassem as ordens reais, passando a serem consideradas nulas de efeito ou de valor as decisões dos juízes que não se submetessem a tal ordem. Os juízes seriam considerados responsáveis pelos prejuízos (dano) e interesses das partes, quando da inobservância da ordem expedida. Essa peculiaridade permite que se compreenda a direção do documento, cujo intuito era o de exigir dos magistrados a observância prioritária e absoluta de ordens reais, controlando-os"⁵⁴

E foi justamente sob a égide da *Ordonnance* (e como forma de tentar contrariar seus dispositivos) que o parlamento de Toulouse teria introduzido em um caso julgado (e depois repetido) "*um critério mediante o qual os magistrados se abstinham de declarar a ineficácia de um ato, em virtude de não vislumbrarem prejuízo algum às partes*". Ali nascia o chamado "*nullité sans grief n'opere rien*", como forma de irresignação dos juízes em relação a um ordenamento que impedia todo e qualquer traço de subjetivismo no processo decisório"⁵⁵.

Nosso percurso (o caso Brasileiro) foi deveras acidentado. Não inserimos a questão do "prejuízo" no Código Imperial de 1832, embora tenhamos inserido a distinção entre as "formalidades substanciais" e as "formalidades acidentais", mas inserimos a questão do "prejuízo" já no Regulamento 737, de 1850 (como aliás já mencionado). Deixou-se, assim, nas mãos dos magistrados a análise dos casos que poderiam suscitar a nulidade do processo, oportunidade em que os julgadores passaram a se utilizar de uma lista de possíveis causas de nulidade elaboradas pela doutrina, como forma de facilitar o processo decisório. Essa lista começou com 120 nulidades em 1879, passando para 624 nulidades em 1924.⁵⁶

⁵⁴ PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 42-43.

⁵⁵ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro**. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015, p. 101-102.

⁵⁶ FERNANDES, Paulo Sergio Leite. **Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1976, p. 14-15

Neste sentido, não se pode olvidar que tal confusão e vertiginosa ampliação ocorreu a partir de 1891, quando a Constituição da República passou a permitir Códigos de Processo Penal Estaduais. Foi aí que se vislumbraram as influências do Direito Francês, bem como do Regulamento 737, fazendo com que muitos Códigos de Processo Penal Estaduais passassem a dispor sobre a obrigação da verificação de “prejuízo efetivo” como condição para a declaração de nulidade (cfr., por exemplo o **art. 327 do CPP do Estado do Rio Grande do Sul**⁵⁷, o **art. 476 do CPP do Estado de Minas Gerais**⁵⁸, etc.).

Este estado de coisas acabou por gerar, como recordado ainda por Daniel Zaclis⁵⁹, uma jurisprudência caótica, pela multiplicidade de CPPs Estaduais podendo prever, ainda que de maneira incipiente, a fórmula do prejuízo do “*pas de nulité sans grief*”, ao passo que no âmbito Federal, afigurava-se a presença de outro modelo. O ajuste para um modelo unitário, sob o aspecto federativo, ocorreu apenas em 1941 com o surgimento do Código de Processo Penal nacional, diploma este inspirado no Código Rocco da Itália fascista. A partir disso, redundou-se no modelo que se verifica atualmente, o qual passa longe de ser concorde com a Constituição Federal de 1988.

A propósito, Leonardo Costa de Paula menciona, a respeito da patente e inescapável contradição da fórmula adotada:

“(...) verifica-se a tendência de proporcionar poder ilimitado aos juízes de cognição ou recursais para analisar se haverá prejuízo na inversão de atos processuais, na ausência de citação para a prática de atos, ou qualquer forma não prevista em lei. Dessa forma, seria necessário proporcionar ao magistrado um aparato tal qual uma bola de cristal, pois, como seria ele capaz de realizar uma análise hipotética se um ato praticado de acordo com a lei ou com a forma híbrida estipulada pelo juízo influenciaria, ou não, o convencimento de certa tese defensiva ou acusatória de maneira diversa? Pensar que há a possibilidade de uma análise hipotética do prejuízo no caso concreto é dotar o juiz de poder de intuição,

⁵⁷ “Constituem nulidades insanáveis a preterição de alguma fórmula ou termo do processo, em prejuízo da acusação ou da defesa”.

⁵⁸ “Outrossim, [a nulidade] não pode ser pronunciada quando não houver prejuízo de nenhuma das partes, ou quando a falha tiver sido suprida proveitosamente no correr da ação”.

⁵⁹ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro**. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015, p. 105

sexto sentido judicial e policial, já que denota um ato de fé ou de relação empática do juiz.”⁶⁰

Aliás, não causa surpresa que uma fórmula com origens napoleônicas e positivista, criada para evitar discricionariedade, seja justamente o instrumento que permite a ampliação da discricionariedade, conforme acentuado por Lenio Streck, no sentido de que: “o que sempre caracterizou o positivismo é o fato de que a postura metodológica por intermédio da qual se analisa o fenômeno jurídico é marcada pela restrição à análise das fontes sociais, a cisão/separação – epistemológica – entre direito e moral (...) e a ausência de uma teoria da interpretação, que acarreta uma aposta na discricionariedade (ou seja, não se conseguiu superar a herança – ou maldição – kelseniana da cisão entre ciência do direito e direito ou entre observador e participante, no caso hartiano)”. Isso representa, ainda, a presença de um Direito sem DNA:

“(...) tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em última ratio. Em síntese, a velha “vontade do poder” (Wille zur Macht) de Nietzsche.”⁶¹

Em termos práticos, é de se reconhecer que no modelo atual, nós ainda estamos (continuamos, portanto) aplicando o Código de Napoleão, maximizando a discricionariedade, para que os tribunais e magistrados ora se recusem a decretar uma nulidade, sob o fundamento de que para ele (magistrado) deve haver a presença de prejuízo, ou ora decretam nulidades porque entenderam presente um prejuízo não muito bem explicitado. O fato é que, ambos os panoramas dificultam a compreensão acusatória de processo, especialmente quanto a dimensão de Direitos Fundamentais que a própria Constituição sedimenta.

Seja qual for a questão, **o suposto postulado da fórmula do prejuízo (*pas de nulité sans grief*) não existe, de fato, no ordenamento jurídico brasileiro.**

⁶⁰ PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 48-50.

⁶¹ STRECK, Lenio. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ, v. 15, n. 1, 2010, p. 158-173.

Antes, o contrário, pois o princípio, que é o ponto de partida do ordenamento e regra geral, é o devido processo legal, previsto na Constituição, sendo sufragado argumentativamente por uma suposição de que um princípio geral, sequer positivado, pudesse revogar a Constituição ao bel prazer do julgador. Trata-se de uma verdadeira “fraude processual” aplicada de geração em geração, perpetuando um mecanismo napoleônico arbitrário que deita raízes no direito civil e processual civil francês, e que não pode ser aplicado aos relevantes e fundamentais temas afetos ao modelo constitucional do Processo Penal.

A fórmula criada por **Francisco Campos**, que remete a muitos autores ultrapassados a adotar a tal vinculação a ideia do prejuízo se compõe da análise da nulidade a partir de um rol *numerus clausus* e uma regra geral de nulidade, conforme se percebe da exposição de motivos elaborada por Chico Ciência:

“As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoa a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandato não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandato. É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. O prazo da formação da culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento ultra petitem. Todo um capítulo é dedicado às medidas preventivas assecuratórias da reparação do dano ex delicto.”⁶²

⁶² CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*.

PATROCÍNIO CONJUNTO

A fórmula criada, portanto, serve somente a nunca invalidar qualquer ato. Ou seja, apesar do rol do artigo 564 do Código de Processo Penal que indica que a forma dos atos é necessária, essa análise da nulidade se torna uma análise em concreto que é impossível de ser realizada. Primeiro porque se submete à possibilidade de se verificar, em hipótese, o que teria sido se fosse diferente do que foi. Ou seja, mera elocubração que nunca se chegará a uma conformação de ferimento, a ferro e fogo, à verdade substancial (prevista no art. 566 do CPP) e ao prejuízo a acusação ou a defesa (previsto no art. 563 do CPP).

A fórmula, portanto, põe fim ao postulado do devido processo legal. Todo momento que um julgador lança à mesa o *pas de nullité sans grief* o que ele faz é revogar, implicitamente, o postulado obrigatório do devido processo legal. No ordenamento jurídico brasileiro, por se tratar de uma República, é ser dito tudo a partir da lei. A República é regida e fundada pela e da lei. Assim, o princípio da legalidade dita a atuação e ação dos indivíduos e, mais ainda, do Estado e os indivíduos que fazem do Estado presente.

Quando em uma contenda penal, contra um indivíduo, a pessoa está submetida a um processo por ter ferido a norma material penal. Essa norma é desenvolvimento da cláusula geral do princípio da compatibilidade, ou, para os que preferem, da legalidade: o indivíduo pode fazer tudo que não é proibido.

Porém, ao se tratar daqueles que tornam o Estado presente, juízes, promotores, delegados, servidores públicos, estes são regidos, no feixe das relações que os colocam nas funções que realizam, os submetem à outra dimensão do princípio da legalidade: o da estrita legalidade ou da conformidade.

O que é, para o processo penal, o princípio da conformidade, então? Eis o ponto central da discussão sobre a possível coexistência entre o devido processo legal e a pseudo cláusula geral inconstitucional e jamais recepcionada da *pas de nullité sans grief*, o princípio da estrita legalidade determina que aquele que personifica o estado na função pública deve fazer tudo o que previsto e conforme a lei. Isso se tratando com o foco do Estado Presente.

2.5 – A RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL (II): DO PRECEITO FUNDAMENTAL VIOLADO

Assim, neste sentido, a aplicação do suposto postulado do “*pas de nulité sans grief*”, fere mortalmente o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, representativo da cláusula do **Devido Processo Legal** (formal e substancial), na medida em que fragiliza a garantia processual de todo e qualquer acusado ter

respeitado o preceito de que “a forma do ato processual é garantia”, conforme observado por Alexandre Bizzotto⁶³. Sem dúvida esta é a principal função das formas processuais: garantir os princípios de proteção do imputado.⁶⁴ Assim, “se há um modelo, ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil”⁶⁵.

Assevera-se que a integralidade dos atos processuais tem forma, e é exatamente esta forma que lhe dá o sentido de realidade, “e pelo qual se exprime o conteúdo da atividade do processo”, vale dizer, sem observância mínima de sua forma, mas a forma é “garantia, sempre que seu objetivo for assegurar o conteúdo democrático do Processo Penal e seus pilares constitucionais “direcionados para a proteção aos direitos fundamentais, e muito embora forma não possa ser confundida com o soerguimento de um altar de divindade e adoração da forma, “significa, sim, **o imprescindível respaldo ao devido processo legal**”. Assim:

“É inestimável acentuar que, na seara do Processo Penal, a forma não pode ser ignorada pela simplória e descontextualizada alegação da teoria de viés civilista da instrumentalidade das formas. Mais do que isto, é necessária a verificação dos interesses constitucionais em jogo.”⁶⁶

E prossegue:

“Para que a forma processual seja preservada, não basta adentrar na busca da finalidade utilitária do ato processual praticado se, no transcurso imaginário das possibilidades do processo, ocorrer violações constitucionais pela insuficiência de asseguuração das garantias.

Por conseguinte, se torna determinante deixar demarcada a advertência de que o objetivo fulcral da existência do Processo Penal

⁶³ BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 167.

⁶⁴ BINDER, Alberto M. **El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades em el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L. 2000, p. 119.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 189.

⁶⁶ BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 168.

PATROCÍNIO CONJUNTO

é o da efetiva proteção dos direitos da pessoa colocada na posição de indiciado/acusado”⁶⁷

Isso equivale a dizer, em termos constitucionais, que muito embora os defensores acrícos da instrumentalidade das formas argumentem que o prejuízo concreto do ato processual será “ponderado”, fato é que “a avaliação do prejuízo deve implicar deixar intacto o respeito ao paradigma constitucional”, pois:

“Há que se garantir que os caminhos do procedimento em contraditório estejam robustecidos pela livre possibilidade do amplo manejo do rol de garantias processuais e constitucionais. Desse modo, após ter-se ultrapassado tal crivo é que a forma processual eventualmente distorcida poderá prevalecer”⁶⁸

Neste sentido, a cláusula do devido processo legal, desde seus eixos histórico, conceitual e decisório, veda a interpretação do art. 563 do CPP sob as luzes do suposto postulado “*pas de nullité sans grief*” como se fosse “princípio geral do direito”, eis que sua interpretação deve ser realizada sob o crivo do próprio *due process of law*. Aliás, conforme registra Alberto Binder⁶⁹, a norma geral não pode ser outra que uma cláusula aberta de base constitucional, sem vínculo algum com uma interpretação restritiva, ideia de legalidade ou tipicidade das nulidades, pois esses conceitos são inaplicáveis a uma interpretação ampla e progressiva dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, considerando que rito é forma, e forma é garantia do acusado/indiciado sob as luzes e os influxos do paradigma constitucional, e para que não se tenha uma adoração pueril da forma pela forma, é mister que se compreenda que o suposto postulado “*pas de nullité sans grief*” não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e suas origens (acima mencionada) vedam inclusive a sua aplicação sob o prisma da **Constituição Cidadã**.

Assim, com relação a “medula óssea” do Processo Penal sob o signo da sua interpretação constitucional, é mister que quando se tratar de malversação da

⁶⁷ BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 168-69.

⁶⁸ BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 169.

⁶⁹ BINDER, Alberto M. **El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades em el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L. 2000, p. 17.18.

forma com relação a: (i) competência; (ii) quebra da parcialidade, (iii) constrição da liberdade pessoal ou de direito patrimonial, (iv) prova, (v) julgamento e (vi) fundamentação das decisões judiciais, a Constituição Federal determina que “haverá prejuízo presumido ao acusado/indiciado por desvirtuamento das fórmulas processuais penais”.

2.6 – A RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL (III): DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

O Sistema das Nulidades ou, mais especificamente, os métodos de convalidação dos atos em desconformidade com a forma são a mais importante baliza, o termômetro do grau de aceitação dos valores estampados na Constituição Federal para o Processo Penal. Como baliza que é, compreender esse Sistema a partir do postulado *“pas de nullité sans grief”* como critério geral de validação de atos esculpido em plena desconformidade com a lei revela um Processo Penal apegado a um modelo inquisitorial de processo e que “serve como fonte de represamento dos novos valores no Processo Penal; obsta o amadurecimento das normas constitucionais e serve de entrave para a solidificação da cultura democrática no Processo Penal”⁷⁰.

Aliás, no Brasil, toda a literatura processual em tema de nulidades está assentada no conceito de “prejuízo”⁷¹. Vê-se, porém, que se trata de cláusula genérica e de extrema indeterminação. A partir disso: a) a ideia de prejuízo é dada por um determinado sentido de interpretação⁷²; b) como fruto de determinado processo interpretativo, está condicionado aos fatores culturais que o norteiam; c) a cultura inquisitiva, mais do que sua simples condicionante normativa, impera largamente entre os operadores do Processo Penal no Brasil; d) aquilo que se compreende por “prejuízo” está determinantemente influenciado pela cultura inquisitiva e não se mostra largamente sensível aos valores alinhados ao Processo Penal e trazidos no texto constitucional. É que, num modelo de processo de matriz inquisitiva, os conceitos (de “prejuízo”, por exemplo), não são definidos com

⁷⁰ CHOUCK, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 832.

⁷¹ Ver: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 23.

⁷² Nestes casos, a expressão “vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas” (Ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001, p. 44).

clareza. Não há, assim, possibilidade de apresentar na doutrina e jurisprudência uma forma concreta do que é, no caso concreto, prejuízo. E é por isso que, nesse modelo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência preocupam-se em dizer o que não é prejuízo ao invés de traçar um conceito para a categoria e empreender segurança jurídica ao modelo processual.⁷³

Desse modo, uma das saídas para que se tenha um Sistema de Nulidades a partir do modelo constitucional e com respeito ao devido processo legal seria a inversão de sinais no sentido de que, uma vez arguida a nulidade de ato processual, é o juiz que, para manter a eficácia do ato, deveria expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade.⁷⁴ Não se pode, num sistema que tem por objetivo precípua a proteção das garantias do imputado, obrigar ao réu a carga probatória de um tal prejuízo. Até mesmo porque, conforme se verifica, não se sabe bem ao certo o que isso (prejuízo) significa.

No entanto, é de se registrar que existem outras formas de análise e abordagem, “tendo em vista que a nulidade seria encarada como a declaração de que o julgador teria descumprido o devido processo legal, e aí já não se poderia aceitar a eficácia do ato, pois seria equivalente ou similar a manter o sistema do *pas de nulitte*, uma vez que, bem entendido, ou é devido processo legal, ou é eficácia.

No mesmo sentido, e portanto argumentativamente, o reflexo visível do combatido e inconstitucional sistema de nulidade só tem serventia para fazer uma análise impossível, ou no máximo, adotando-se a “filosofia do como se” (em patente *fictio iuris*, nas palavras de Vahinger), equivalendo a imaginar: como teria sido a sentença se tivesse sido diferente do que foi? Isso, ninguém nunca vai saber, e passar uma tal carga probatória equivale a emulação de um demiurgo processual, criando-se uma linha de espaço-tempo alternativa para demonstrar o prejuízo em concreto de uma garantia abstrata.

A fórmula diabólica criada por Francisco Campos, inspirada em uma codificação forjada no berço do fascismo de Mussolini, continua a ecoar suas vozes perversas no Brasil de 2019. Porém, aqui, segue sendo revalidada com a aparência de estar em um regime democrático. Nulidades reduzidas ao mínimo, diria o ministro Francisco Campos, em um momento autoritário. Em outro momento autoritário o Ministro edita o Ato Institucional número 1. Toda vez que um tribunal entoa o *pas de nullité sans grief* a luz instalada por Francisco Campos brilha e os defensores da constituição e do devido processo legal lembram da célebre frase de

⁷³ CHOUCK, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 835-836.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 190.

Rubem Braga: “Toda vez que acende a luz do Sr. Francisco Campos há um curto-circuito na democracia”⁷⁵.

2.7 – A RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL (IV): O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Não bastassem os fundamentos jurídicos acima expendidos, verifica-se que ao se fragilizar o sistema processual penal, fora do que deve ser (modelo constitucional do processo penal), com uma marcante feição e requintes do Estado Novo de Vargas e seu “*Kronjurist*”, equivalente ao alemão Carl Schmitt durante a ditadura Nazista na Alemanha, os investigados, processados e condenados de uma maneira geral, acabam não recebendo uma “verdadeira proteção judicial” na seara recursal, conforme determinado pelo Pacto de San José da Costa Rica, a CIDH – Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

“Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
 - a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
 - c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”

E isto porque, como visto, da forma como desenhado o sistema recursal juspenal e a inconstitucional válvula de escape da “teoria do prejuízo”, e do suposto princípio “*pas de nullité sans grief*”, acaba resultando com que os recursos no

⁷⁵ PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 169.

processo penal não sejam nem **justos**, e nem muito menos **efetivos** contra a violação de direitos fundamentais reconhecidos pela convenção, pelas leis e pela Constituição Federal de 1988, especialmente quando os que cometem possíveis violações são julgadores que perpetram tal “atuando no exercício de suas funções oficiais”.

Com efeito, colham-se os inúmeros exemplos citados nesta petição, ou espalhados nos mais variados rincões do Brasil, impondo a imediata tomada de providências por parte deste Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, **sob pena de fomentar uma crescente e perigosa “desidratação” da Constituição, com o aumento do sentimento descrito por autores de nomeada como “ilusões constitucionais perdidas”** (ou decrete o “fim das ilusões constitucionais”), alguns já considerado este STF como órgão que teria colaborado para o desfazimento das tais “ilusões constitucionais”⁷⁶, significando estas “o erro político pelo qual as pessoas acreditam num sistema normal [jurídico, ordenado, legal: vele dizer, constitucional] embora ele não exista, de fato”:

“A força normativa da constituição (Hesse, 1959), tão festejada pela teoria constitucional brasileira, não resistiu a um mero ataque do órgão de jurisdição constitucional, o que leva à conclusão de que, até aqui, a Constituição de 1988 sobreviveu formalmente mais pela tolerância de seus adversários do que pela capacidade de seus defensores em se articularem materialmente em torno das ideias que ela representava. A organização política brasileira não se demonstrou competente em defender seu próprio poder constituinte, deixando que ele se esvaísse pelas mãos de uma juristocracia, defensora de seus interesses no interior do próprio Estado. Intelectuais e políticos que tiveram o sincero compromisso com as bases da transformação estatuída pela Constituição de 1988, deixaram que suas mesmas incapacidades constitucional e política revelassem-se noutros âmbitos da constituição, o que ratifica o fim da ilusão”⁷⁷.

⁷⁶ Muitas são as análises reflexivas, como p. ex. a de Lenio Streck, sobre as lições de podemos colher a partir da experiência da derrocada de Weimar. Cfr. STRECK, Lenio. **Papel Social "Com Constituição alemã de Weimar, Estado é chamado a proteger o cidadão"**. Conjur, de 10.08.2019. Outra abordagem também em: PÁDUA, Thiago. **A balzaquiana Constituição: Constitucionalismo e Democracia nos 30 Anos do (Des)Aniversário da CF/88**. Brasília: Trampolim, 2018, p. 15-25.

⁷⁷ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?** Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2018.

Assim, uma Constituição **que já não assegura**, direitos fundamentais que **não garantem**, e direitos **que não são percebidos**, formam uma mistura volátil e altamente explosiva, mas que certamente encontrará neste Supremo Tribunal Federal o devido assegurador, o inolvidável garantidor e sensível à percepção da força normativa da Constituição!

A conclusão inafastável é a de que este STF deve adotar qualquer meio para preservar a ordem jurídica, deferindo medida acauteladora, até que o colegiado possa julgar o mérito da Ação Constitucional.

3- DOS PEDIDOS.

3.1 - LIMINAR

Desde logo, requer o autor que se suste a eficácia, tanto da utilização do suposto postulado do “*pas de nullité sans grief*” como verdadeiro “princípio geral do direito”, e do próprio art. 563, do Código de Processo Penal, na parte em que menciona a não declaração de nulidade sem prejuízo (para a acusação e para a defesa), por violação ao art. 5º, inciso LIV, da CF/88 (devido processo legal).

Evidenciam-se, pelas decisões deste Supremo Tribunal Federal ao longo das três últimas décadas, o *fumus boni juris* para o presente pedido, consistente na garantia da república, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do devido processo legal, formal e material, (arts. 1º, caput, 1º, inciso III, 3º, 4º, 5º, caput, e 5º, inciso LIV, da Constituição), a indicarem a plausibilidade das razões invocadas pelo Arguente, bem como a alta probabilidade de que o provimento definitivo ocorra a favor do autor.

Igualmente, também está presente o *periculum in mora*, presente no risco de malferimento do direito de todos àqueles que possam ser afetados pela legislação e pelas práticas judiciárias inquinadas como inconstitucionais. A seu turno, torna-se imprescindível a concessão da presente medida cautelar, até o julgamento definitivo por este STF, acerca da inconstitucionalidade da norma e das práticas ora impugnadas.

Em seu lugar, que seja fixada liminar e provisoriamente a tese de que: “haverá prejuízo presumido ao acusado por desvirtuamento das fórmulas processuais penais”, sempre que se vincule aos seguintes temas relacionados à “**medula óssea**” ou “**espinha dorsal**” do **Processo Penal**”: competência, quebra da parcialidade, cerceamento de defesa, constrição da liberdade pessoal ou de direito patrimonial, prova, julgamento e fundamentação das decisões judiciais.

Não há periculum reverso na espécie, pois basta cumprir a Lei e a Constituição, normas imperativas e cogentes, adotando-se o modelo constitucional do processo. Admitir que a violação da Lei e da Constituição não possua consequência é que se torna cada vez mais perigoso.

Embasado em tais fundamentos, requer-se a concessão de medida liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5º, §1º, da Lei 9.882/99) sem a prévia oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, até o julgamento definitivo desta ADPF, com vistas a suspender os efeitos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no caso do REsp nº 1.765.139 / PR, relatado pelo Min. Felix Fischer, bem como a determinação proibitiva para que juízes e Tribunais deixem de utilizar o suposto postulado do “*pas de nullité sans grief*”.

3.2 - PRINCIPAL

Ante o exposto, e diante dos relevantes argumentos constitucionais expendidos, requerer-se o julgamento de procedência da ADPF para:

(a) em sede cautelar, sejam suspensos os efeitos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no caso do REsp nº 1.765.139 / PR – e demais decisões judiciais que, ao terem decidido, se utilizaram do suposto postulado do “*pas de nullité sans grief*” no Processo Penal, sob a vigência da CF/88, bem como impeça a utilização do referido postulado em decisões futuras;

(b) declarar a não-recepção parcial do art. 563, do Código de Processo Penal, na parte em que menciona a não declaração de nulidade sem prejuízo (para a acusação e para a defesa), por violação aos arts. 1º, caput, 1º, inciso III, 3º, 4º, 5º, caput, e 5º, inciso LIV, da CF/88 (**república, dignidade da pessoa humana, igualdade e devido processo legal**); e,

(c) declarar a inconstitucionalidade do uso do suposto postulado do “*pas de nullité sans grief*”, e para uma interpretação do art. 563 do CPP conforme à CF/88, aos arts. 1º, caput, 1º, inciso III, 3º, 4º e 5º, inciso LIV, da CF/88 (**república, dignidade da pessoa humana, igualdade e devido processo legal**), e não conforme um brocardo francês com raízes, sentido e conteúdo não recepcionados, para que o art. 563 do CPP seja lido como: “haverá prejuízo presumido ao acusado por desvirtuamento das fórmulas processuais penais”, sempre que se vincule aos seguintes temas relacionados à “**medula óssea**” ou “**espinha dorsal**” do **Processo Penal**”: competência, quebra da parcialidade, cerceamento de defesa, constrição da

PATROCÍNIO CONJUNTO

liberdade pessoal ou de direito patrimonial, prova, julgamento e fundamentação das decisões judiciais.

(d) Seja realizado também o **controle de convencionalidade**, com fundamento no (e sob os influxos do) art. 25, do Pacto de San José da Costa Rica, a CIDH – Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para assegurar que os recursos no processo penal sejam efetivos, mesmo para o reconhecimento de violações de direitos praticadas por autoridades oficiais (juízes), quando a teoria do prejuízo “*pas de nullité sans grief*” acaba minando a própria força normativa da Constituição, devendo o art. 563 do CPP ser lido como: “haverá prejuízo presumido ao acusado por desvirtuamento das fórmulas processuais penais”, sempre que se vincule aos seguintes temas relacionados à “**medula óssea**” ou “**espinha dorsal**” do **Processo Penal**”: competência, quebra da parcialidade, cerceamento de defesa, constrição da liberdade pessoal ou de direito patrimonial, prova, julgamento e fundamentação das decisões judiciais.

(e). Seja recebida e julgada procedente a presente ADPF, com a confirmação meritória da medida cautelar;

(f). Sejam notificados o Excelentíssimo Sr. **Presidente da República**, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, por intermédio de seus presidentes, para que, como responsáveis pela elaboração das normas impugnadas, se manifestem;

(g). Seja notificado o Exmo. Sr. **Advogado-Geral da União** para se manifestar sobre o mérito da presente ADPF;

(h). Seja notificado do Exmo. Sr. **Procurador Geral da República** para que emita Parecer como consultente;

(i). Que as intimações sejam feitas em nome do advogado Thiago Santos Aguiar de Pádua, OAB/DF 30.363, sob pena de nulidade;

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília DF, data do protocolo.

Thiago Aguiar de Pádua
OAB/DF 30.363

José Rossini Campos do Couto Corrêa
OAB/DF 15.932

Dinah Lima
OAB/DF 60.556

Airto Chaves Junior
OAB/SC 26.341

Lucas de Castro Rivas
OAB/DF 46.431.

Leonardo Costa de Paula
OAB/RJ 140.564

Mariana Tripode
OAB/DF 59.473

Tiago Felipe de Oliveira
OAB/GO 31.548

Danilo dos Santos Vasconcelos
OAB/GO 26.830