

O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional e sua Aplicação

1 - O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional e sua Aplicação

Guaraci de Sousa Vieira

Sumário: 1. O PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL.

1.1 Noções de Princípios. 1.2 O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional. 1.3 Influências do Sistema Norte-Americano – Nulidade ab initio. 1.4 Influências do Sistema Austríaco – Anulabilidade da Lei Inconstitucional. 2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL. 2.1 A Evolução dos Sistemas Norte-Americano e Austríaco. 2.2 Manifestações Inovadoras no Supremo Tribunal Federal. 3. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. 3.1 A edição das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99. 3.2 A Aplicação da Lei nº 9.868/99 pelo Supremo Tribunal Federal. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: Trata-se de uma abordagem epistemológico-instrumental dos efeitos da aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a verificar a possibilidade da modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

1. O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional

1.1 Noções de Princípios.

As normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são distinguidas em princípios e regras. Os princípios são proposições lógicas, encontradas explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico, possuidoras de posição de preeminência, capazes de vincular o entendimento e aplicação das demais normas que a elas estão conectadas.^[1]

Não se confundem com as regras, pois estas, ao contrário dos princípios, dispõem sobre situações fáticas,^[2] fazem referência a disposições interpretadas que estabelecem mandamentos, proibições ou permissões de atuação, ao passo que os princípios, por serem detentores de maior generalidade, não exigem condições à sua incidência, pois não são decisões que devem ser obrigatoriamente tomadas, mas mandamentos cujo cumprimento pode ocorrer em conformidade com as possibilidades reais de aplicação ante o seu grau de determinabilidade, submetendo-se, inclusive, a outros princípios ou regras.

1.2 O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional.

Ante o fato de a lei ser norma hierarquicamente inferior à Constituição e por possuir nesta os fundamentos de validade e sustentação, não será permitida a sua coexistência no ordenamento jurídico se seu conteúdo dispuser de modo a contrariar a Constituição, uma vez que somente com fundamento na Lei Maior é que ela poderia ser validada.^[3] Por esse princípio, atribui-se nulidade absoluta e ineficácia plena à lei

incompatível com a Constituição Federal, por lhe faltar o fundamento de validade. Logo, a lei que afrontar essa regra estará incorrendo em vício, passível de sanção imposta pelo próprio sistema. O juiz não anula a lei inconstitucional, esta, por natureza, é nula em si mesma, competindo ao juiz, ao exercer a função de controle, o dever de declarar a nulidade, que é preexistente.

O princípio da nulidade da lei inconstitucional foi incorporado ao Direito Constitucional pátrio pela Constituição Republicana de 1891, implementando entre nós o controle judicial de constitucionalidade das leis pela introdução em nosso sistema jurídico do controle difuso de constitucionalidade.

1.3 Influências do Sistema Norte-Americano – Nulidade ab initio.

O julgamento do caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803 foi fato determinante para a solidificação desse entendimento. Naquela oportunidade, concluiu-se que, se a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma recebesse apenas a atribuição de eficácia *ex nunc*, desconstituindo os fatos decorrentes da norma impugnada somente a partir do momento de sua declaração, tal fato importaria em reconhecimento da validade dos efeitos da lei inconstitucional. Em outras palavras, durante certo período de tempo a norma infraconstitucional se sobrepôs à Constituição, haja vista ter contrariado seus preceitos e permanecido impune.^[4] Assim, a inconstitucionalidade é a expressão da existência de um vício capital, ínsito à lei defeituosa, o qual exige do Judiciário seja declarada a invalidez do ato impugnado.^[5]

Em face da adoção pelo Judiciário brasileiro do princípio da nulidade da lei inconstitucional, a lei declarada inconstitucional é nula desde sua origem – *ab initio*. Daí se exigir eficácia *ex tunc* à decisão que a declare, porquanto a observância de uma norma inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição^[6]. Nesse caso, os termos “inconstitucionalidade” e “nulidade” são empregados como sinônimos, possuindo o caráter de sanção. Leva o ato ferido pela pecha de inconstitucionalidade a ser “declarado nulo *ipso jure* não mais podendo ser aplicado, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal”.^[7]

Sob a influência norte-americana, o princípio da nulidade da lei inconstitucional era aplicado somente no campo do controle difuso. Porém, com a evolução do mecanismo de controle da constitucionalidade, tal doutrina também foi adotada para as hipóteses da atuação do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, consagrando os atributos da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional e da retroatividade radical quanto aos efeitos da decisão que a declarar.^[8]

A aplicação do efeito *ex tunc* lastreia-se no entendimento mediante o qual a sentença que declara tanto a inconstitucionalidade da norma como sua constitucionalidade tem natureza declaratória e não constitutiva. A atuação jurisdicional apenas verificará a validade ou a invalidade da norma em face da Constituição, reconhecendo, para o caso de invalidade, a nulidade do ato inválido.^[9]

1.4 Influências do Sistema Austríaco – Anulabilidade da Lei Inconstitucional.

Para o sistema austríaco, idealizado por Hans Kelsen e implantado na Constituição austríaca de 1920, não existem atos jurídicos nulos. A Corte Constitucional não declara a nulidade da lei contrária à Constituição, mas a anula. Logo, enquanto o pronunciamento da Corte não for publicado, a norma jurídica tida como inconstitucional é válida e eficaz, apesar de inconstitucional.[\[10\]](#)

Muito embora os efeitos da decisão que anula a norma se dêem para o futuro, a anulabilidade poderá ocorrer em graus diferentes, competindo à Corte determinar, ante sua faculdade discricionária de dispor, o momento em que a anulação da lei se operará.[\[11\]](#) No entendimento de Isabel Gallotti, “o ordenamento jurídico pode estabelecer que a anulação opere retroativamente, hipótese em que se costuma caracterizar, de forma incorreta, a norma como nula ab initio ou nula de pleno direito”.[\[12\]](#)

Vem à baila a seguinte questão: a decisão que constatou a existência da pecha de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo ou meramente declaratório? Torna-se de fundamental importância ressaltar que a sentença constitutiva “é aquela pela qual se chega a uma declaração peculiar a todas as sentenças de mérito (provimentos jurisdicionais de conhecimento), com o acréscimo da modificação de uma situação jurídica anterior, criando-se uma nova.”[\[13\]](#) Na esteira do pensamento de Kelsen, Dalton Dallazen[\[14\]](#) conclui que o ato que anula a validade de uma lei assemelha-se àquele que a criou, ou seja, também tem o sentido de norma, pois a norma ora anulada não era nula desde o início, mas se tornou nula em face da decisão que constatou a sua desconformidade com a Carta e que possui poder para desconstituí-la, inclusive, desde sua origem. Então, vindo a Corte a declarar a nulidade de uma lei por inconstitucionalidade com efeitos ab initio, na realidade, está a declarar sua anulação, porém, com efeito retroativo, uma vez que essa nulidade somente poderia ser reconhecida após o pronunciamento do órgão competente. Logo, a decisão demonstra não ter caráter declarativo, mas constitutivo, funcionando a anulação da norma como verdadeira sanção pela inconstitucionalidade verificada.[\[15\]](#)

2. A Aplicação do Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional

2.1 A Evolução dos Sistemas Norte-Americano e Austríaco

Ao constatar o modo como tem sido aplicação esse princípio pelo Judiciário norte-americano, percebe-se que ele vem recebendo certa dose de atenuação quanto à sua ortodoxia. Da mesma forma, também na Áustria fora percebida, nos idos de 1929, uma mitigação na aplicação da doutrina da não-retroatividade, o que demonstra a ocorrência de uma verdadeira convergência – muito embora ainda singela – entre os dois modelos de controle da validade das leis em face da Constituição.[\[16\]](#) É que as exigências práticas impõem a evolução do sistema, a adequação da resposta judicial ao caso em apreciação, possibilitando atenuações ora na conferência de efeitos *ex tunc* pelos adeptos do modelo austríaco, ora na de efeitos *ex nunc* pelos adeptos do modelo norte-americano.

Em virtude da necessidade de posicionamento da Suprema Corte americana em questões de Direito Penal, a aplicação irrestrita do princípio da nulidade vem cedendo ante

a impossibilidade imediata de declarar ilegítimas decisões condenatórias efetuadas sob a vigência da norma posteriormente declarada inconstitucional em processo diverso. A questão era a seguinte: se a lei nunca existiu, todas as condenações com base nessa lei seriam nulas. Contudo, em vista da adoção pelos Estados Unidos do modelo de controle de constitucionalidade em seu sistema difuso, os efeitos de tais decisões somente deveriam repercutir inter partes, não se estendendo a terceiros, tampouco a julgamentos já ocorridos, muito embora embasados na mesma lei.[\[17\]](#)

A medida tomada pelo Tribunal estadunidense serviu à consolidação do entendimento segundo o qual a Constituição nem proíbe nem determina o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade, à luz da idéia de que uma lei antes de ser declarada inconstitucional pode produzir efeitos que nem sempre poderão ser apagados pela via de uma declaração judicial.[\[18\]](#)

Hoje, nos Estados Unidos, berço do controle difuso e da aplicação da retroação dos efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade, já se admite que a questão sobre a aplicação dos efeitos nesses casos não deriva diretamente de princípio contido na Constituição, mas de princípio político – princípio da livre determinação judicial. Lá se entende tratar-se de política judicial cuja aplicação se sujeita à livre valoração do caso concreto pelo Judiciário, evitando-se, com isso, a insegurança das situações jurídicas que merecessem permanecer inabaladas ante a nulificação do ato normativo tido como desrespeitador da Constituição.[\[19\]](#)

2.2 Manifestações Inovadoras no Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do nosso Supremo Tribunal Federal, desde o início da década de 1970, já existia posicionamento pela mitigação dos efeitos do princípio da nulidade, dando mostra de aceitação do entendimento da adoção da operância prospectiva (ou efeito ex nunc) para circunstâncias determinadas, conforme se depreende do exame de julgados da Segunda Turma desse Tribunal.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.594/SP,[\[20\]](#) em 7 de junho de 1971, o Relator, Ministro Bilac Pinto, deparou com situação em que o recorrente exigia a nulidade da citação e da penhora verificadas em processo no qual figurava como réu, uma vez que foram praticadas por oficial de justiça que, na realidade, era servidor público integrante do Poder Executivo e que, ante as necessidades do Estado de São Paulo, fora autorizado por lei à prática dos referidos atos processuais. Ocorre que, em data posterior, pela via do controle concentrado, a lei estadual foi declarada inconstitucional, impondo-se, assim a nulidade de todos os atos dela decorrentes, pois se tornara nula, ou inexistente para o mundo jurídico, em face do princípio da nulidade ab initio.

Em seu voto, o Relator afirmou que “os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade – declaração feita contra lei em tese – não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos” e que se deveria levar em consideração a natureza civil ou penal da lei. Na espécie, tratava-se de assunto de Direito Administrativo no qual prevista a validação dos atos praticados por servidores de fato – já

nessa época percebiam-se situações particulares a exigir melhor interpretação ou a adequação da teoria da nulidade ao caso sub judice.

Não é raro que na rotina dos juízes surjam hipóteses de manifesta ilegalidade cuja correção acarreta dano maior do que a manutenção do status quo. Nesse julgamento, optou-se pela ponderação dos bens jurídicos em conflito, prevalecendo os fatos consumados e a providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda que essa providência possa ter como resultado a manutenção de uma situação ilegítima, que cause, todavia, menor impacto negativo à idéia de segurança jurídica, além de corresponder ao interesse social. Na realidade, o que se faz é prestigiar outros valores e preceitos constitucionais, de igual hierarquia ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, que exigem cumprimento e observância no juízo concreto.[\[21\]](#)

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343-BA, verificado em 31 de maio de 1977, apoiado na doutrina de Kelsen, defendeu o Relator, Min. Leitão de Abreu, a anulabilidade da lei e a natureza constitutiva da decisão judicial que proclama a inconstitucionalidade. Sua Excelência ressaltou a presunção de constitucionalidade da lei – elaborada por órgão legislativo competente e na observância do devido processo legislativo, tendo passado até mesmo pelo crivo do chefe do Poder Executivo –, que não pode simplesmente ser declarada nula desde a origem, pois, enquanto vigente, estabeleceu relações jurídicas entre o particular e o público, relações estas que não são possíveis de ser ignoradas em face do princípio da boa-fé. O certo é que o ato normativo, muito embora tenha sido declarado inconstitucional, por um dado período de tempo constituiu fato jurídico eficaz. O particular que agiu em conformidade com a norma, na presunção de que o fazia segundo o direito objetivo, não pode por isso ser prejudicado. Leitão de Abreu atribuía ao Tribunal o poder de declarar a inconstitucionalidade com eficácia restrita, dando ensejo à aplicação da norma inconstitucional ao caso concreto,[\[22\]](#) o que, ante a teoria da nulidade, seria inconcebível.

Da lição de Regina Ferrari[\[23\]](#) extrai-se que o Direito tem o condão de tornar os fatos significantes, porém, não possui atributo capaz de lhes impedir a ocorrência, tampouco de fazer que seus registros históricos sejam eliminados. Daí não se recomenda a aplicação, como regra absoluta, do efeito ex tunc, pois essa prática estaria a desprestigiar a segurança jurídica e a estabilidade do Direito.

As implicações práticas da declaração de inconstitucionalidade começam a repercutir sobre o princípio da nulidade da lei inconstitucional de modo a impingir-lhe desgaste, ante a irreversibilidade de certas situações consolidadas garantidoras de valores constitucionais, em especial as relacionadas aos direitos fundamentais.[\[24\]](#)

No Recurso Extraordinário nº 105.789, ao tratar da situação de magistrados que auferiram determinadas vantagens pecuniárias em face de lei cuja inconstitucionalidade foi posteriormente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma entendeu por manter inalterada a situação, muito embora irregular, uma vez que o retorno ao status quo importaria em comprometimento do princípio da irredutibilidade de vencimentos. Ante a ponderação entre princípios de envergadura constitucional, o Relator, Ministro Carlos Madeira, concluiu que “tal garantia supera o efeito ex tunc da declaração de inconstitucionalidade da norma”[\[25\]](#).

Citando Bachof, Gilmar Mendes assevera que “os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas”.[\[26\]](#) Ademais, se o princípio da nulidade da lei inconstitucional funda-se na Constituição, e, levando-se em consideração o princípio da unidade da Constituição, é adequado ter-se presente que não há princípios constitucionais absolutos, nem hierarquia entre as normas constitucionais; logo, havendo concorrência entre essas normas a solução da preponderância há de ser resolvida pela percepção do peso de cada qual para a solução do caso concreto.[\[27\]](#)

Diante da colisão de princípios de igual hierarquia, da existência de fatos jurídicos que não podem ser desconsiderados e da possibilidade do agravamento da situação que se busca ver protegida, o dogma da nulidade não pode ser tomado por absoluto. Portanto, cabe ao Judiciário demandar esforço no sentido de harmonizar e sopesar a importância de cada fator inserto na demanda, mitigando o princípio da nulidade absoluta, que cede ante a preponderância de outros valores levados à consideração.[\[28\]](#)

3. A Evolução Legislativa

3.1 A edição das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99

Como resultado da evolução do sistema de controle de constitucionalidade, o ano de 1999 foi marcado pela edição das Leis nºs 9.868 e 9.882, de 10 de novembro e 3 de dezembro, respectivamente, responsáveis por imprimirem alteração de fundamental importância à tradição jurídica brasileira, até então espelhada no modelo estadunidense. Esses diplomas legais trouxeram para o Direito Constitucional brasileiro a possibilidade de o órgão judicial dispor sobre os efeitos de sua decisão quando declarar a inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, atribuindo ao julgador certa parcela de discricionariedade ante um juízo de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e os princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social, pela busca da preservação das relações jurídicas constituídas sob a égide de diploma possuidor de presunção de validade, que ora se vê banido do ordenamento jurídico.

Com a edição da norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868/99, de conteúdo semelhante à do art. 11 da Lei nº 9.882/99, o legislador ordinário reconheceu a necessidade de abandono dos pontos extremos das duas correntes, a norte-americana e a austríaca, que buscam estabelecer a eficácia da sentença que proclama a inconstitucionalidade, pois a observância irrestrita desses entendimentos pode repercutir negativamente na segurança e na certeza do Direito. Não há como negar a existência válida da lei inconstitucional até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considerou, bem como não se deve prestigiar o ato embasado em lei inconstitucional.[\[29\]](#)

Em homenagem ao sistema constitucional português, cuja Constituição traz no seu art. 282º, n. 4,[\[30\]](#) norma de teor similar à do referido art. 27, a nova legislação brasileira veio a inserir uma idéia de ponderação no atual sistema, no qual prevalecia a tese da nulidade ab initio da lei inconstitucional, dosando a excessiva rigidez de modo a acabar com a incerteza da aplicação do Direito no que tange à capacidade de determinar no tempo o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Buscou, com isso, a exaltação

do próprio Direito, cuja razão de ser está alicerçada na possibilidade de proporcionar harmonia à convivência social pela satisfação da necessidade de segurança jurídica e de evitar que os tribunais deixem de decidir pela existência da inconstitucionalidade por receio de que o restabelecimento do statu quo ante possa trazer conseqüências por demais gravosas.[\[31\]](#)

Ao dispor sobre a possibilidade de dosagem dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, o legislador não exclui do mundo jurídico a hipótese da aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. A adoção dos efeitos desse princípio ainda continua sendo a regra aplicada[\[32\]](#) – em constatando a existência do vício de inconstitucionalidade, o Tribunal deverá optar pela aplicação à sua decisão do efeito ex tunc, anulando a norma desde a origem. O que se acresceu à hipótese foi que, ante a verificação de motivos de segurança jurídica e de excepcional interesse social, poderá o órgão julgador impor restrições aos efeitos da decisão e decidir pela aplicação dos efeitos ex nunc ou pro futuro, de modo a melhor alcançar o resultado justo para o caso. Isso revela que a aplicação dos novos institutos não se contradiz à adoção da nulidade ab initio, mas a reafirma, já que funcionam como verdadeiras exceções à regra.[\[33\]](#)

O dispositivo mencionado da Lei nº 9.868/1999 está com sua constitucionalidade questionada mediante ação direta de inconstitucionalidade, na qual se perquire se poderia o Congresso Nacional, por meio de lei ordinária, permitir que o Supremo Tribunal Federal emende a Constituição, pois, indiretamente, é o que entendeu o requerente estar fazendo o Tribunal quando permite que uma lei inválida possa produzir efeitos, mesmo que limitados, em detrimento da Carta da República. Contudo, conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco, “a norma, na realidade, estaria apenas ratificando o poder inerente à Corte Constitucional de pôr em equilíbrio princípios concorrente.”[\[34\]](#)

3.2 A Aplicação da Lei nº 9.868/1999 pelo Supremo Tribunal Federal

Em março de 2004, pela via do controle difuso, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917-8/SP. Nesse processo foi apresentada ao Tribunal situação na qual o Ministério Público do Estado de São Paulo, por via de ação civil pública, impugnava o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, sob a alegação de que este não obedecera à proporção estabelecida no art. 29, IV, a, da Constituição Federal para a fixação do número de vereadores.

No juízo de primeiro grau, a ação foi julgada parcialmente procedente, sendo declarada inconstitucional a norma municipal e extintos os mandatos excedentes ao número estabelecido pela legislação anterior. O Município e a Câmara apelaram e, no Tribunal de Justiça, tiveram seus recursos providos, sendo, então, interposto recurso extraordinário.

No Supremo Tribunal Federal, o Relator, Min. Maurício Corrêa, consignando que a Constituição não emprega palavras ou expressões vazias, entendeu que a norma impugnada feria a Carta da República, uma vez que não atendia aos critérios da proporcionalidade e da isonomia.[\[35\]](#) Então, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação do disposto no

art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao caso, muito embora estivesse atuando em controle difuso.[\[36\]](#) A eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito ex tunc traria prejuízos imensuráveis ao sistema, que seria atingido pelo desfazimento de todas as decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito e que resultaram na atual composição da Câmara Municipal: implicaria rever a fixação do número de vereadores, do número de candidatos e a redefinição do quociente eleitoral. Da mesma forma seriam também atingidas as decisões tomadas posteriormente ao pleito, bem como a validade das deliberações da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovadas.

Sob um juízo de proporcionalidade, concluiu o Tribunal pela preservação do modelo legal existente naquela legislatura, assentando que eventual decisão cassatória acabaria por se distanciar ainda mais da vontade constitucional. Por conseguinte, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade incidenter tantum do dispositivo legal municipal. Determinou, no entanto, que a Câmara de Vereadores, após o trânsito em julgado dessa decisão, adotasse as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros fixados no acórdão, respeitando os mandatos dos atuais vereadores.

A aplicação do efeito pro futuro busca garantir certa margem de manobra ao Judiciário, para que, ante as peculiaridades do caso, venha a alcançar uma medida que traga a solução para o problema, evitando-se as consequências da criação de um vácuo legislativo decorrente da retirada abrupta da norma, que pode se revelar mais danosa à ordem constitucional do que a manutenção da norma impugnada. Dessa forma, confere-se ao órgão legislativo a possibilidade de, em tempo hábil, preencher a lacuna que a ausência da norma impugnada criará, impedindo, assim, a produção de efeitos que poderiam ser altamente ofensivos ao interesse social e à segurança jurídica.[\[37\]](#)

Conclusão.

O caráter constitucional do princípio da nulidade da lei inconstitucional é questão incontestada. A aplicação do disposto nos arts. 27 da Lei nº 9.868/99 e 11 da Lei nº 9.882/99 deve ocorrer mediante um juízo de ponderação entre princípios constitucionais implícitos na Carta de 1988, quais sejam, o da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica. Reclama também um rigoroso exame para a verificação do excepcional interesse social, de forma a sempre se ter como alvo a verdadeira finalidade do Direito, revelada na pretensão de proporcionar a harmonia na convivência social pela satisfação da segurança jurídica e estabilidade nos relacionamentos da sociedade. A mitigação da ortodoxia do princípio da nulidade da lei inconstitucional, dentro de uma obediência irrestrita às normas postas pelo Estado, individualizará o exame do caso sub judice, tornando justa e eficaz a prestação da jurisdição.

Como se vê, a Lei 9.868/99, bem como a Lei 9.882/99, foi editada com o intuito de estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a permitir que o Judiciário, sempre que deparar com um incidente de inconstitucionalidade, quer por via direta, quer pela atuação no controle difuso, não fuja à sua missão e possa enfrentá-lo, emitindo o seu entendimento. A edição dessas leis vem como resultado da evolução de um sistema que inicialmente se espelhou no modelo de controle utilizado nos Estados Unidos e que, diante da evolução experimentada pelo modelo original e das necessidades

vivenciadas dia-a-dia pelo nosso Judiciário, necessita de aprimoramento, adaptando o modelo para que a demanda pela prestação jurisdicional seja atendida satisfatoriamente, e também prestigiado o interesse social e a segurança jurídica.^[38]

Não se busca com isso fomentar a elaboração de normas inconstitucionais pela possível convalidação de leis inconstitucionais. Não. O princípio da nulidade não se opõe às normas insertas nos arts. 27 e 11 das Leis n°s 9.868/99 e 9.882/99, pois o efeito retroativo, anulando ab initio o ato inconstitucional, continua sendo a medida a ser aplicada. O que se possibilita é a dosagem desse efeito diante de situações jurídicas irreversíveis ou de difícil reversibilidade, que constituem verdadeiras exceções à regra, fatores extravagantes. Para essas situações, a adoção irrestrita do efeito ex tunc importaria em malferir os ideais do Direito, causando danos mais lesivos do que a manutenção provisória do status quo, muito embora formado irregularmente.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira. *Princípios processuais do controle abstrato de constitucionalidade de atos comissivos: aspectos contemporâneos no direito brasileiro*. Brasília, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei*. In *Direito Público*, n° 8, abril/junho, 2005.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n°s 9.868 e 9.882/99*. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide*. in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, São Paulo: Malheiros, 1997.

DALLAZEM, Dalton Luiz. *O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança*. In *Repertório de Jurisprudência IOB*, n° 11/2002 – Caderno 1.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro*. In *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 230, outubro/dezembro de 2002, Rio de Janeiro: Renovar.

GALLOTTI, Maria Isabel. *A declaração de inconstitucionalidade das lei e seus efeitos*. In *Revista de Direito Administrativo*, vol. n. 170, outubro/dezembro de 1987. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa (1976) – 3. Revisão, 1992*, Diário da República, Suplemento ao n. 273, 1ª série-A, de 25 de novembro de 1992, Lisboa: Assembléia da República – Divisão de Edições, 1994.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOTAS:

[1] Cf. CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30.

[2] Cf. LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: forense, 2002. p. 30-31.

[3] Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 48.

[4] Cf. DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. In *Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1, p.398.

[5] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In *Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 154.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 288-289.

[7] *Ibid.*, p 292.

[8] Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 54.

[9] Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

[10] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 230, outubro/dezembro de 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p.230-231.

[11] DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. In *Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1, p. 399.

- [12] GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das lei e seus efeitos. In Revista de Direito Administrativo, vol. n. 170, outubro/dezembro de 1987. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, p. 20.
- [13] CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p 303.
- [14] DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. In Repertório de Jurisprudência IOB, nº 11/2002 – Caderno 1, p. 398.
- [15] Ibid., p. 397.
- [16] Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 56.
- [17] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 541-542.
- [18] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In Direito Público, nº 8, abril/junho, 2005, p. 154
- [19] Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 58-59.
- [20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 78594/SP, Relator Min. Bilac Pinto, sessão de 7.6.1974, Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 71/2, p. 570: “FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE DA INVESTIDURA. VALIDADE DO ATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DE FATO. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado e valido. Recurso não conhecido.”
- [21] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. In Revista Trimestral de Direito Público, n. 17, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 91.
- [22] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 295.
- [23] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.
- [24] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In Direito Público, nº 8, abril/junho, 2005, p. 154.
- [25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 1418-3, p. 438.
- [26] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 299.
- [27] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In Direito Público, nº 8, abril/junho, 2005, p. 156-157.

[28] Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In *Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 157.

[29] DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. In *Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1, p. 397-398.

[30] PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976): “Art. 282º: 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. [...] 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.”

[31] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 323-324.

[32] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 311.

[33] Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

[34] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In *Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 158.

[35] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 2150-3, p. 394.

[36] Em seu voto, Gilmar Mendes ressaltou que: “a norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional”.

[37] Cf. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 126.

[38] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 325.

Informações Sobre o Autor

Guaraci de Sousa Vieira

Servidor público do quadro permanente do Supremo Tribunal Federal e especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense em Direito Público – IDP

O Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

(Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2333, data de acesso 10/04/2015)

2 - Nulidades

Conceito:

“Nulidade é a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito às formalidades legais.

Ao estabelecer as formalidades, o legislador quer garantir que o réu tenha ciência da acusação, que seja citado regularmente e que esteja sendo a ele oferecida a oportunidade de defesa. São normas de Direito Público.

O Código de Processo Penal, em seus artigos 563 a 573, trata das nulidades.

O artigo 564 do Código de Processo Penal apresenta o rol das nulidades;

todavia, algumas nulidades relativas constantes desse rol, em razão da Constituição Federal de 1988, estão desatualizadas – deveriam ser nulidades absolutas. Além disso, as hipóteses de nulidades deveriam ser verificadas, no caso concreto, pelo juiz.

As nulidades podem ser absolutas ou relativas. Ao lado delas, existem algumas situações em que o vício é tão grave que gera a inexistência do ato. Em outras situações, o desatendimento da formalidade é incapaz de gerar qualquer prejuízo ou anular o ato, pois trata-se de mera irregularidade.” (elaborado com base na doutrina de Fernando Capez) Denílson Feitoza Pacheco traz a seguinte definição:

“Há uma corrente que vê a nulidade como a sanção aplicada ao ato processual defeituoso.

Como a forma prescrita em lei não foi observada, aplica-se a sanção de nulidade e, neste sentido, fala-se em “decretação da nulidade”, significando a “decretação da ineficácia” do ato. Nulidade seria sinônimo de sanção de ineficácia. É a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência.

Para outra corrente, a nulidade é uma qualidade ou característica do ato processual ou de todo o processo. Nesta linha, a sanção é a ineficácia do ato processual ou do processo: por não ter sido observada a forma prescrita em lei, declara-se que ocorreu a nulidade e, como sanção, decreta-se a ineficácia ou invalidade do ato processual ou do processo. Nulidade seria sinônimo de defeito, vício, eiva, imperfeição, inobservância da forma legal ou requisito legal.

Entendemos que a nulidade é o defeito do ato processual ou do processo, que pode ter como sanção a ineficácia. Portanto, nulidade é característica, qualidade, do ato processual ou do processo, enquanto a ineficácia é a sanção aplicada pela inobservância da forma prescrita em lei.” (pp. 1181/1182) Guilherme de Souza Nucci define da seguinte forma:

“é o vício que impregna determinado ato processual, praticado sem observância da forma prevista em lei, podendo levar à sua inutilidade e consequente renovação.” (p. 879)

Desse modo, podemos classificar os vícios processuais em:

- a) Irregularidade: Ocorre sempre que a formalidade desrespeitada for considerada inócua. Tal desrespeito é incapaz de gerar prejuízo, seja para a acusação, seja para a defesa. O ato produz seus efeitos normalmente.

Exemplos: falta de leitura do libelo no início da fala da acusação; falta de compromisso pelo perito louvado ou particular (o perito oficial é funcionário e, ao tomar posse, já assume esse compromisso); oferecimento de denúncia fora do prazo legal (5 dias para o réu preso e 15 para o solto) acarreta o relaxamento da prisão em flagrante, mas a denúncia em si é válida.

Podemos, assim, enumerar as seguintes características da irregularidade:

- formalidade estabelecida em lei (norma infraconstitucional);
- exigência sem qualquer relevância para o processo;
- não visa garantir interesse de nenhuma das partes;
- a formalidade tem um fim em si mesma;
- a violação é incapaz de gerar qualquer prejuízo;
- não invalida o ato e não traz qualquer consequência para o processo.

(trecho retirado da obra de Fernando Capez, p. 604)

Mirabete cita que são chamados de atos irregulares os ‘vícios de forma que não afetam a validade dos atos; há violação de forma legal e não violação do fundo que a informa. É um defeito na estrutura do ato sem reflexos na sua eficácia.’ (p. 592) Tourinho Filho menciona que quando ‘o ato imperfeito, vale dizer, atípico, houver atingido o fim a que se destinava e não sofrer a sanção de nulidade, ele se diz irregular.’ (p. 343)

- b) Nulidade relativa: viola exigência estabelecida pelo ordenamento legal (infraconstitucional), estabelecida no interesse predominante das partes. A formalidade é essencial ao ato, pois visa resguardar interesse de um dos integrantes da relação processual, não tendo um fim em si mesma. Por esta razão, seu desatendimento é capaz de gerar prejuízo, dependendo do caso concreto. O interesse, no entanto, é muito mais da parte do que de ordem pública, e, por isso, a invalidação do ato fica condicionada à demonstração do efetivo prejuízo e à arguição do vício no momento processual oportuno.

São estas, portanto, suas características básicas:

- formalidade estabelecida em ordenamento infraconstitucional;
- finalidade de resguardar um direito da parte;
- interesse predominante das partes;
- possibilidade de ocorrência das partes;
- necessidade de provar a ocorrência do efetivo prejuízo, já que este pode ou não ocorrer;
- necessidade de arguição oportuno tempore, sob pena de preclusão;
- necessidade de pronunciamento judicial para o reconhecimento desta espécie de eiva.

(trecho retirado da obra de Fernando Capez, p. 604)

As hipóteses de nulidades relativas são as seguintes:

- 1) em regra, verificam-se nas “nulidades não-cominadas” violadoras de norma protetiva de interesse da parte (ou seja, a lei estabelece a forma no interesse da parte, mas não prescreve a nulidade para sua inobservância). Por exemplo: não notificação da expedição da carta precatória instrutória, para oitiva de testemunhas em outra comarca (nulidade não-cominada, violadora de norma protetiva de interesse da parte).

Obs: Quanto a este exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, conforme sua Súmula 273, entende que, “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

- 2) nos casos de “nulidades cominadas” com previsão de sanção. Em geral, estão sujeitas às impeditivas e sanatórias. Por exemplo: hipóteses do art. 572 do CPP (nulidades cominadas com previsão de sanção). (trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, p. 1194)
- c) Nulidade absoluta: nesse caso, a formalidade violada não está estabelecida simplesmente em lei, havendo ofensa direta ao Texto Constitucional, mais precisamente aos princípios constitucionais do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, publicidade, motivação das decisões judiciais, juiz natural etc).

As exigências são estabelecidas muito mais no interesse da ordem pública do que propriamente no das partes, e, por esta razão, o prejuízo é presumido e sempre ocorre.

A nulidade absoluta também prescinde de alegação por parte dos litigantes e jamais preclui, podendo ser reconhecida ex officio pelo juiz, em qualquer fase do processo. São nulidades insanáveis, que jamais precluem. A única exceção é a Súmula 160 do STF, que proíbe o Tribunal de reconhecer ex officio nulidades, absolutas ou relativas, em prejuízo do réu.

Para ser reconhecida, a nulidade absoluta exige um pronunciamento judicial, sem o qual o ato produzirá seus efeitos.

Suas características:

- há ofensa direta a princípio constitucional do processo;
- a regra violada visa garantir interesse de ordem pública, e não mero interesse das partes;
- o prejuízo é presumido e não precisa ser demonstrado;
- não ocorre preclusão; o vício jamais se convalida, sendo desnecessário argüir a nulidade no primeiro momento processual; o juiz poderá reconhecê-la ex officio a qualquer momento do processo;
- depende de pronunciamento judicial para ser reconhecida.

(trecho retirado da obra de Fernando Capez, p. 605)

As hipóteses de nulidade absoluta são as seguintes:

- 1) em regra, verificam-se nas ‘nulidades cominadas’ (ou seja, a própria lei prescreve a nulidade) sem previsão de sanção. Por exemplo: hipóteses do art. 564 do CPP não mencionadas no art. 572 do CPP (nulidades cominadas sem previsão de sanção);
- 2) também podem ocorrer por violação de modelo legal, mesmo sem previsão de nulidade, quando a norma que institui o modelo o fez para proteção de interesse de ordem pública. Por exemplo: impedimento do juiz (nulidade não-cominada, mas violadora de interesse de ordem pública);
- 3) também ocorrem quando há violação de normas constitucionais, mesmo sem previsão de nulidade, como é o caso de violação de princípios e regras constitucionais. Por exemplo: violação do princípio constitucional do contraditório e violação do princípio da fundamentação das decisões judiciais (nulidade não cominada, mas violadora de norma constitucional).

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, p. 1193)

- d) Inexistência: ato inexistente é aquele que não reúne elementos sequer para existir como ato jurídico. São os chamados não-atos, como, por exemplo, a sentença sem dispositivo ou assinada por quem não é juiz.

Ao contrário da nulidade (relativa ou absoluta), a inexistência não precisa ser declarada pelo juiz, bastando que se ignore o ato e tudo o que foi praticado em sequência, pois o que não existe é o “nada”, e o “nada” não pode provocar coisa alguma.

Grinover, Scarance e Magalhães sustenta o contrário, no sentido de que, mesmo no caso de inexistência, não poderá ser violada a garantia da coisa julgada, em prejuízo do réu. Isto porque “... o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante princípios maiores do favor rei e do favor libertatis” (As nulidades no processo penal, cit., p. 46).

(trecho retirado da obra de Fernando Capez, pp. 605/606)

Tourinho Filho traz uma classificação dos atos processuais, em face das nulidades, em:

- a) atos estruturais ou essenciais (os previstos no art. 564, III, do CPP – exceto àqueles elencados nas letras d e e, segunda parte, e, finalmente, g e h desse mesmo inciso, pois o próprio legislador admitiu a sanabilidade desses atos, na precisa redação do art. 572), acrescidos das exigências previstas nos incs. I e II da mesma disposição legal;
- b) atos não essenciais (todos aqueles não previstos na letra anterior).

Cabe ressaltar que os primeiros quando ausentes, dão causa à nulidade absoluta da relação processual, ou de uma de suas fases, conforme o instante em que ela tenha surgido.

Classifica ainda as formalidades do ato, em essenciais e secundárias. Somente as primeiras têm relevância para a eficácia do ato. Se disseram respeito a ato essencial, a insanabilidade é manifesta. Do contrário, sanável, nos termos do art. 572. (p. 346)

Princípios básicos das nulidades

Após leitura de diversas doutrinas, podemos citar os seguintes princípios que se aplicam as nulidades:

Princípio da Tipicidade das Formas

O código de processo é um conjunto de modelos típicos legais, de formas legais, que devem ser observados;

Nem toda inobservância da forma legal acarreta, necessariamente, a decretação da invalidade. O ordenamento jurídico, conforme o caso, despreza o defeito ou irregularidade, impõe uma multa a quem descumpriu a forma, decreta a invalidação do ato ou considera-o inexistente.

Nesta linha de raciocínio, podem ser estabelecidas quatro categorias de irregularidades ou defeitos, conforme a consequência que tenham sobre o ato:

- a) irregularidades ou defeitos sem consequência;
- b) irregularidades ou defeitos que acarretam apenas sanções extraprocessuais;
- c) irregularidades ou defeitos que acarretam a invalidação (nulidades);
- d) irregularidades ou defeitos que acarretam a inexistência jurídica.

O sistema de nulidades foi estabelecido para compelir os sujeitos processuais a cumprirem as formas legais: ou se cumpre a forma legal ou o ato processual poderá ou será declarado inválido e ineficaz. A consequência da inobservância da forma prescrita é o ato não gerar os efeitos que ordinariamente teria.

O princípio da tipicidade das formas tem seu rigor mitigado pelo princípio da instrumentalidade das formas.

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, pp. 1182/1183)

Princípio da Eficácia dos Atos Processuais

O regime jurídico das nulidades no direito processual é diverso daquele adotado no direito material (direito civil, comercial etc.).

O ato absolutamente nulo, no direito civil (direito material), não gera efeitos de pleno direito.

Já no âmbito do direito processual, ato processual absolutamente nulo continua a gerar efeitos enquanto uma decisão judicial não declarar a nulidade, a invalidade do ato, e, por conseguinte, como consequência lógica, a ineficácia do ato.

Pelo princípio da permanência da eficácia dos atos processuais, o ato processual, ainda que defeituoso e desde que existente, produz os efeitos que a lei prevê, enquanto não houver uma decisão judicial que decrete sua ineficácia.

Assim, enquanto não for declarada a nulidade de uma sentença condenatória proferida por juiz absolutamente incompetente, ela continuará a gerar os efeitos que lhe são próprios, por exemplo a expedição e o cumprimento do mandado de prisão.

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, p. 1183)

Princípio da Restrição Processual à Decretação da Ineficácia

Conforme Vicente Greco Filho, o “princípio da restrição processual à decretação da invalidade” significa que a invalidação de um ato somente pode ser decretada se houver instrumento processual e momento adequados. A se manter a ideia de Greco Filho e tendo em vista nosso conceito de nulidade, melhor seria “princípio da restrição processual à decretação da ineficácia” ou “princípio da restrição processual à declaração da nulidade”.

Pensamos que o referido princípio melhor se expressaria por meio de outros dois subprincípios, que seriam o “princípio da restrição temporal à decretação da ineficácia”, relativo ao momento adequado, e “princípio da restrição instrumental à decretação da ineficácia”, relativo ao instrumento processual adequado.

Vejamos, novamente, o exemplo da sentença penal condenatória proferida por juiz absolutamente incompetente, transitada em julgado. O instrumento adequado é a revisão criminal, entretanto o momento é qualquer um após o trânsito em julgado, mesmo após a morte do condenado. O habeas corpus também pode ser instrumento processual adequado, mas somente enquanto houver reflexo da sentença condenatória sobre a liberdade de locomoção do condenado, como seria o caso de estar cumprindo pena ou haver mandado de prisão pendente.

Se a sentença também fosse proferida por juiz absolutamente incompetente e transitada em julgado, mas fosse absolutória, então, apesar da nulidade absoluta, não teríamos instrumento que permitisse o reconhecimento da nulidade, pois não há revisão criminal pro societate, mas tão-somente pro reo (a favor do condenado).

Enfim, independentemente de estarmos diante de uma nulidade (absoluta ou relativa), há necessidade de instrumento e, geralmente, também de momento para reconhecimento da nulidade e decretação da ineficácia.

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, pp. 1183/1184)

Princípio do Prejuízo

Não há nulidade se não houver prejuízo (artigo 563 do CPP). Esse princípio aplica-se à nulidade relativa, na qual precisa ser demonstrado o prejuízo, pois, na nulidade absoluta, esse é presumido.

No processo penal, a falta de defesa acarreta a nulidade absoluta e a defesa deficiente produz nulidade relativa (ver a Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal). Exemplo: réu não tem defensor constituído e o juiz não nomeia um defensor dativo, ou esse é nomeado e nada faz no processo; o réu fica indefeso, acarretando nulidade absoluta. (com base na obra de Fernando Capez)

Denilson Feitoza Pacheco traz o seguinte:

Este princípio trata-se de desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas.

Encontra-se inculpidado no brocardo francês pás de nullité sans grief (não há nulidade sem prejuízo).

Pode ser constatado em diversos dispositivos legais:

- a) nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563, CPP);
- b) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 566, CPP);
- c) as nulidades previstas no art. 564, inciso III, alíneas d, e, segunda parte, g e h, e inciso IV, do CPP, considerar-se-ão sanadas se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido seu fim (art. 572, II, CPP), ou seja, não houver prejuízo;
- d) quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade (art. 244, CPC), ou seja, não houver prejuízo. (p. 1188)

Princípio do Interesse

Ninguém pode alegar nulidade que só interesse à parte contrária (artigo 565 do CPP). Esse princípio só se aplica à nulidade relativa, pois a absoluta pode ser alegada por qualquer pessoa.

Ninguém pode arguir nulidade para a qual tenha concorrido ou dado causa.

Como exceção o Ministério Público pode arguir nulidades que interessem somente à defesa.

Também podemos constatar o referido princípio no art. 572, III, do CPP: as nulidades previstas no art. 564, inciso III, alíneas d, e, segunda parte, g e h, e inciso IV, do CPP considerar-se-ão sanadas se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

(com base nas obras de Fernando Capez e Denilson Feitoza Pacheco)

Princípio da Instrumentalidade das Formas

Não se declara a nulidade de ato que não influíu na apuração da verdade real e na decisão da causa (artigo 566 do CPP) e também de ato que, apesar de praticado de forma diversa da prevista, atingiu sua finalidade (artigo 572, inciso II, do CPP).

“Segundo esse princípio, a forma não pode ser considerada um fim em si mesma, ou um obstáculo insuperável, pois o processo é apenas um meio para se conseguir solucionar conflitos de interesse, e não um complexo de formalidades sacramentais e inflexíveis. Assim, dispõe ele que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (CPP, art. 566). Não tem sentido declarar nulo um ato inócuo, sem qualquer influência no deslinde da causa, apenas por excessivo apego ao formalismo. (com base no Fernando Capez, p. 611)

Na obra de Denilson Feitoza Pacheco, tem-se o seguinte:

Também denominado princípio da finalidade.

Pelo princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, a existência do ato processual não é um fim em si mesmo, mas tem a função de proteger algum interesse ou atingir algum fim, devendo-se, antes de se decretar a invalidade, verificar se o interesse foi protegido ou se o fim foi atingido, pois, se o foi, não se deve decretar a ineficácia do ato.

O princípio da instrumentalidade das formas pode ser constatado, expressamente, em certos dispositivos legais:

- a) as nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, do CPP, considerar-se-ão sanadas se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido seu fim (art. 572, II, CPP);
- b) quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade (art. 244, CPC). (pp. 1185/1186)

Princípio da Causalidade ou Consequencialidade

Segundo o artigo 573, § 1.º, do Código de Processo Penal: “A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”. Todos os atos visam a sentença; os atos processuais são entrelaçados entre si. Assim, se um ato é nulo, os demais que dele dependam também o serão.

O juiz deve declarar expressamente quais são os atos contaminados.

A Professora Ada Pellegrini Grinover estabelece duas regras úteis para saber se há contaminação dos atos subsequentes:

- o A nulidade dos atos da fase postulatória, como regra, anula todo o processo. Exemplo: nulidade na denúncia, citação.
- o A nulidade de atos da fase instrutória, via de regra, não contamina os demais atos da mesma fase processual. Exemplo: laudo elaborado por um só perito.

Denilson Feitoza Pacheco traz que:

O juiz que pronunciar a nulidade deve declarar a do atos a que ela se estende (art. 573, § 2º, CPP).

Essa dependência é lógica, e não cronológica.

Devemos distinguir a nulidade de um ato processual e a nulidade de todo o processo. Se, por exemplo, é reconhecida a invalidade da denúncia, como consequência também se pode reconhecer a nulidade de todo o processo.

Contudo, vamos supor que o juiz ouça uma testemunha arrolada pela defesa antes das testemunhas arroladas pela acusação. Após terminar a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, o juiz reconhece a inversão processual e, segundo o caso concreto, apenas decreta a invalidade da oitiva da testemunha arrolada pela defesa, mantendo a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, para, então, ouvir novamente a testemunha arrolada pela defesa. A oitiva das testemunhas arroladas pela defesa é que depende que se tenha ouvido, antes, as da acusação, e não o contrário. (p. 1186)

Princípio da Conservação dos Atos Processuais

O princípio da conservação dos atos processuais é um corolário do princípio da causalidade, o reverso deste princípio, ou seja, deve-se conservar o ato processual que não depende de ato anterior declarado inválido.

Melhor se encontra expresso no CPC, no art. 248: “Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes”.

Portanto, também se aplica aos atos complexos: a parte inválida do ato não prejudica as outras válidas do mesmo ato e a nulidade de um ato não prejudica os atos subseqüentes que sejam independentes. Essa regra não se aplica à sessão do júri, que é indivisível em virtude da concentração e incomunicabilidade dos jurados.

Como aplicação da regra, na jurisprudência, é comum o tribunal ad quem, em grau recursal, declarar a nulidade da sentença, mas apenas com ineficácia parcial, ou seja, anula-se a sentença apenas parcialmente, determinando-se que o juiz a corrija ou complete quanto a determinado ponto, por exemplo: mantendo-se a condenação, para fixar o regime inicial de cumprimento da pena, ou para fundamentar a pena fixada acima do mínimo legal, ou para observar atenuante na fixação da pena etc. É a posição que vem sendo adotada pelo STJ e pelo STF.

Por outro lado, se a parte inválida de um ato não prejudica as outras válidas do mesmo ato, a nulidade de um ato também não prejudica outros atos subseqüentes que sejam independentes.

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, pp. 1186/1187)

Princípio da Lealdade

Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para tenha concorrido (art. 565, CPP).

O princípio da lealdade, de modo geral, não se aplica à nulidade absoluta, pois qualquer das partes pode argui-la, independentemente de lealdade.

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, p. 1188)

Princípio da Economia Processual

O princípio da economia processual informa todo o direito processual. O processo deve ter o máximo de rendimento com o menor número possível de atos e com o mínimo gasto de bens.

Percebemos seu desdobramento, quanto à teoria das nulidades, nos princípios da instrumentalidade das formas, do prejuízo, da conservação dos atos processuais e da convalidação.

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, p. 1189)

Princípio da Convalidação

Nem sempre a atipicidade do ato processual acarreta a sua invalidação. Em várias hipóteses, pode ocorrer a convalidação do ato processual imperfeito, ou seja, ser o ato considerado válido e eficaz.

Trata-se de desdobramento dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas e atos processuais.

Convalidação, sanção ou saneamento têm o sentido de se remover o defeito, remediar a falha ou suprir a omissão do ato processual imperfeito, para que ele possa ser considerado válido e produza os efeitos legais que são próprios do ato perfeito.

Há várias causas de saneamento, sanção ou convalidação:

- a) suprimimento: completando-se as omissões da denúncia, da queixa ou da representação, a todo o tempo, antes da sentença final (art. 569, CPP);
- b) retificação: corrigindo-se a parte do ato que apresenta defeito;
- c) ratificação: hipótese que ocorre no caso de ilegitimidade do representante da parte, no que tange à capacidade postulatória, mediante ratificação dos atos processuais (art. 568, CPP). Diz respeito à falta ou defeito na procuração. Por exemplo, procuração a que faltaram poderes especiais para se propor exceção da falsidade documental;
- d) preclusão: perda da faculdade processual de se argüir a nulidade, pelo não exercício dela no momento estabelecido pela lei (preclusão temporal), ou por haver-se realizado uma atividade incompatível com esse exercício (preclusão lógica). Encontra-se prevista no art. 572 do CPP, ao admitir que certas irregularidades estarão sanadas se não arguidas em tempo oportuno (preclusão temporal) ou se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos (preclusão lógica);
- e) prolação da sentença: a decisão de mérito em favor do prejudicado pela irregularidade é um fato novo, que afasta a conveniência de retroceder na marcha procedimental porque, no caso, a finalidade da instituição da forma não chegou a ser comprometida. Aplica-se ao processo penal por analogia com o processo civil. É o que estabelece o art. 249, § 2º, do CPC: Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta. No processo penal, tendo em vista os princípios da liberdade e da ampla defesa, devemos, entretanto, atentar para quem é a parte favorecida (autora ou ré) e para o caso concreto, pois, se é possível prolatar-se uma sentença absolutória diante de uma nulidade absoluta (que será sanada com a coisa julgada), o mesmo não ocorre com a “acusação”, cuja sentença condenatória que a “favoreceu” poderá ser desconstituída por revisão criminal; mas, é possível imaginar-se hipóteses que favoreçam a acusação, como seria o caso de ser possível a condenação, ignorando-se totalmente determinado depoimento nulo, por ser irrelevante;
- f) coisa julgada (“preclusão máxima”): é uma causa sanativa geral, pois a imutabilidade da sentença alcança também as irregularidades não alegadas ou não apreciadas durante o procedimento. A coisa julgada sana os vícios formais que poderiam ser

reconhecidos em favor da acusação (Ministério Público ou acusador particular). Contudo, no que tange à defesa, há instrumentos (revisão criminal e habeas corpus) que podem ser utilizados mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Podemos, ainda, elencar duas outras formas de se evitar a declaração da nulidade:

- a) renovação ou repetição: não é, propriamente, saneamento do ato. Trata-se da repetição ou renovação do ato imperfeito, praticando-se outro ato da mesma espécie que seja perfeito;
- b) substituição: também não é saneamento do ato, pois não se está remediando um defeito do ato. Simplesmente se pratica ato diverso no lugar do que deveria ser praticado, tendo este ato de espécie diferente os mesmo efeitos do ato não praticado. É o que ocorre com a substituição da falta ou da nulidade da citação, da intimação ou da notificação pelo comparecimento do interessado, ainda que compareça apenas para arguir a falta ou nulidade. O comparecimento substitui a citação, intimação ou notificação, não se decretando a nulidade (art. 570, CPP).

As causas de convalidação, de saneamento ou de sanação também são denominadas simplesmente sanatórias.

Mesmo a renovação e a substituição podem ser consideradas, em sentido amplo, dependendo do caso, como causas de convalidação, pois, se o ato em si não está sendo convalidado, mas repetido ou substituído, o processo, ou relação processual, pode estar sendo convalidado. Por exemplo, substituindo a citação nula pelo comparecimento do réu, o certo é que, se não convalidou a citação nula, a relação processual foi convalidada, não se declarando a nulidade do processo.

O que aqui tratamos como princípio da convalidação, Rui Portanova trata como outros dois princípios: a) princípio do aproveitamento ou princípio da proteção, enunciado como Não se declara a nulidade quando for possível suprir o defeito ou aproveitar parte do ato; b) princípio da convalidação ou princípio da consolidação, enunciado como A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, p. 1189/1191)

Impeditivas de Declaração da Nulidade

As circunstâncias impeditivas da declaração ou arguição da nulidade são também chamadas simplesmente de impeditivas.

As impeditivas são certas circunstâncias que impedem a arguição ou declaração da nulidade. Podemos mencionar:

- a) falta de prejuízo;
- b) falta de interesse;
- c) falta de lealdade.

Podemos classificar as faltas de interesse e lealdade (art. 565, CPP) como impeditivas de arguição, e a falta de prejuízo (arts. 563 e 566, CPP) como impeditiva de declaração da nulidade.

As impeditivas, genericamente, são aplicáveis às nulidades relativas. Deve-se perquirir se há alguma das impeditivas presentes, antes de se declarar a nulidade relativa; em caso positivo, não se declara a nulidade.

Quanto às nulidades absolutas, de modo geral, não estão sujeitas às impeditivas. Todavia, há exceções, como por exemplo: presente uma nulidade absoluta (nulidade ocorrida na citação do réu, p. e.) e a conclusão probatória é pela absolvição, tanto que a acusação e a defesa, em alegações finais, pleitearam a absolvição, pode o juiz absolver, pois a decisão de mérito beneficia exatamente o réu, a quem aproveitaria a declaração da nulidade, uma vez que a não-declaração da nulidade não lhe traz qualquer prejuízo. Já não seria possível se a decisão foi o contrário, pela condenação.

Paulo Cláudio Tovo entende que as impeditivas são aplicáveis a todo tipo de nulidade.

A doutrina ainda aponta as seguintes impeditivas de declaração da nulidade:

- a) Súmula 160 do STF: É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício. Observe que o contrário não ocorre, uma vez que o tribunal ad quem pode conhecer nulidade a favor do réu, ainda que o recurso seja exclusivo da acusação e não tenha sido alegada a nulidade;
- b) quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta (art. 249, § 2º, CPC).

Obs: No princípio da convalidação, viu-se que devemos atentar para quem é a parte favorecida (autora ou ré).

(trecho retirado da obra de Denilson Feitoza Pacheco, pp. 1198 e 1201)

Momentos e meios para a decretação da nulidade

Como já assentado, somente uma declaração judicial pode reconhecer a nulidade do ato processual realizado em desconformidade com o modelo legal, com observância das regras gerais até aqui examinadas.

Cumprе então fazer referência aos momentos procedimentais em que é possível fazer-se a decretação da nulidade, bem como aos meios colocados pelo ordenamento à disposição dos interessados na referida declaração judicial.

Em princípio, e até por imposição da economia processual, incumbe ao juiz da causa, no exercício de seu poder de direção do processo, zelar pela rigorosa observância das formas legais, sem o que inútil poderá vir a ser a atividade processual realizada irregularmente, inclusive com repercussões nos atos subsequentes; assim, o mais correto e desejável é que ao longo do iter procedimental eventuais vícios sejam desde logo

extirpados, determinando-se, conforme o caso, a realização de atos omitidos, renovação daqueles praticados em desconformidade com o modelo legal e, quando admitidos pela lei, a convalidação dos irregulares.

Mas, afora essa atuação de caráter “preventivo”, é no momento da sentença que surge a primeira ocasião apropriada para o exame das questões atinentes à regularidade formal, até porque sem o válido desenvolvimento da relação processual não será admissível a entrega da prestação jurisdicional; assim, ao juiz de primeiro grau (salvo, é evidente, as hipóteses de competência originária dos tribunais) incumbe, ao proferir a sentença, resolver todas as preliminares suscitadas pelas partes ou, de ofício, reconhecer eventual nulidade de caráter absoluto.

No procedimento ordinário dos crimes apenados com reclusão, o CPP não prevê um despacho saneador em que sejam resolvidas as questões referentes à regularidade formal, e mesmo no procedimento sumário ou em procedimentos especiais, como o de tóxicos, em que há tal previsão, na maioria das vezes esse exame é relegado ao momento da sentença, até porque no sistema do CPP, não há recurso próprio contra o saneamento do processo, nem preclusão da matéria irrecorrida.

Caso os vícios preexistentes não tenham sido reconhecidos na sentença, ou na hipótese de ser a irregularidade da própria decisão, ao tribunal competente, no exame de eventual recurso, caberá decretar a invalidade, mediante arguição como preliminar, pelo interessado, ou de ofício, em se tratando de recurso necessário (art. 574, segunda parte, do CPP) ou de nulidade absoluta.

No entanto, mesmo em relação às irregularidades que levam à nulidade absoluta, a possibilidade de reconhecimento pelo tribunal ex officio está restrita às situações em que o desrespeito à forma tiver prejudicado a defesa; ao contrário, quando se tratar de vício cujo reconhecimento favoreça a acusação, será indispensável a arguição do vício como preliminar do recurso. É o que vem sublinhado pelo verbete da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal: ‘É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício’.

O entendimento jurisprudencial consolidado pela Súmula 160 tem por base interpretação dos arts. 574, 578, 599 e 617 do CPP. Os precedentes que levaram à sua elaboração referem-se especialmente a casos de apelações contra decisões do Tribunal do Júri, em que se trata de recurso com fundamentação vinculada (Ag. Crim. 26.219-PR; HC 36.137-PR; HC 38.591-

RJ; HC 39.380-RJ; HC 39.923-PB; HC 39.980-PB etc.). Todavia, o princípio sumular vem sendo igualmente aplicado a recursos contra decisões de juízes singulares, conforme orientação pacífica do STF (RTJ 80/42, 90/825, 109/556, 114/175, 112/944, 123/227 etc.).

Diante desse entendimento, aferida pelo tribunal, no julgamento de recurso, a existência de um vício processual capaz de levar ao reconhecimento de nulidade absoluta, caberá então distinguir: se a invalidação favorecer o réu, como, v.g., na hipótese de estar condenado e não ter sido regularmente citado, mesmo que a defesa não tenha arguido a nulidade, caberá ao órgão julgador proclamar a nulidade e ordenar a renovação do feito, a

partir da citação, pois isso favorece o réu; se, ao contrário, tratar-se de nulidade não arguida pela acusação, mas cujo reconhecimento poderá prejudicar a defesa (como ocorreria, por exemplo, se o réu está absolvido e com a renovação do feito poderá ser condenado, diante de novas provas), aí nada restará ao tribunal senão confirmar a absolvição.

Nesse sentido, v. STF, HC 67.446-1, RT 644/375; TJSP, Ap. 75.639-3, RT 660/269; TACrimSP, Ap. 581.775-4, RT 660/297; TARS, Ap. 290.150.846, RT 670/326. Não parece razoável, todavia, entendimento já adotado em alguns julgados segundo o qual seria possível aplicar a Súmula também ao caso de réu condenado, que vem a ser absolvido tão-somente pela impossibilidade de reconhecimento de nulidade não arguida em recurso da própria defesa (JTACrim 70/315 e 82/218, RJTJSP 105/442, RT 612/348). É que nessa situação não se trata de recurso da acusação, como referido pela Súmula, e, além do mais, a nulidade não é reconhecida contra o réu, mas sim a favor deste. Nem vale argumentar que o reconhecimento do vício, em recurso da defesa, poderia reverter em prejuízo do réu, pois o art. 617 do CPP veda expressamente que o tribunal venha a agravar a pena quando somente o réu tiver recorrido. E, mesmo no caso de anulação da sentença, a jurisprudência dominante também não admite que a nova sentença a ser proferida venha a piorar a situação do réu que recorreu.

Também é possível o reconhecimento de nulidades processuais através de ações autônomas, como habeas corpus, o mandado de segurança e a revisão criminal.

O habeas corpus, remédio constitucional destinado à proteção urgente do direito à liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, LXVIII), tem amplíssima aplicação no processo penal, porquanto a pretensão acusatória tem como finalidade, quase sempre, a imposição de pena privativa de liberdade. E a existência de um vício processual, com repercussão efetiva ou potencial na liberdade do acusado, caracteriza coação ilegal corrigível através do writ (art. 648, VI, do CPP).

A utilização do habeas corpus como meio de decretação de invalidade de atos processuais, ou de todo o procedimento, é admissível tanto no curso do feito como depois de prolatada a sentença, mesmo após o trânsito em julgado, enquanto não cumprida a pena e desde que a existência do vício (e a consequente ilegalidade) possa ser demonstrada de plano.

Por outro lado, se a ilegalidade não afetar, direta ou indiretamente, o direito à liberdade de locomoção (como, v.g., no caso de irregularidade que digam respeito aos direitos e faculdades processuais do Ministério Público ou do querelante) será ainda possível a impetração de mandado de segurança contra o ato judicial respectivo, visando à invalidação do ato irregular, se dele puder resultar dano irreparável.

Também em relação ao mandado de segurança é indispensável que a ilegalidade possa ser constatada desde logo e através de prova pré-constituída, sem o que será impossível falar em direito líquido e certo, como previsto no texto constitucional (art. 5º, LXIX, da CF).

Finalmente, é possível também o reconhecimento de nulidade através de revisão criminal. Embora o CPP não arrole existência de nulidade como motivo que autoriza o pedido de desconstituição da coisa julgada penal (art. 621), é certo que o art. 626, caput,

parte final, estabelece que o tribunal, julgando procedente a revisão, poderá anular o processo. Assim, diante do pedido do interessado, ou mesmo de ofício (até por aplicação do art. 654, § 2º, que prevê a concessão de habeas corpus ex officio), caberá ao tribunal, conhecendo da revisão, anular o processo em que seja constatado o vício formal.

Observe-se que a utilização, pelo réu, de habeas corpus ou revisão para pedir o reconhecimento de nulidade de processo findo dependerá da necessidade, ou não, de exame de prova controversa para aferição do prejuízo causado pela irregularidade. Se o vício é manifesto e está positivada, à primeira vista, a ilegalidade, melhor será pedir o writ, cuja tramitação é mais célere; ao contrário, se a decretação da nulidade depender de exame mais aprofundado dos autos (como, por exemplo, decorrente de deficiência da defesa), a via mais apropriada é a da revisão criminal, pois com o apensamento dos autos poderá o órgão julgador analisar com maior profundidade a extensão do prejuízo.

(trecho retirado da obra de Ada Pellegrini Grinover e outros, PP. 41/46)

BIBLIOGRAFIA:

- Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães

Gomes Filho, As nulidades no processo penal. 8. ed. rev. e atual. – São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

- Denilson Feitoza Pachco, Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.

3ª ed., rev., ampl. e atual., Niterói, RJ: Impetus, 2005;

- Fernando Capez, Curso de processo penal. 6. ed. rev. – São Paulo:

Saraiva, 2001;

- Fernando da Costa Tourinho Filho, Manual de processo penal. São Paulo:

Saraiva, 2001;

- Guilherme de Souza Nucci, Código de processo penal comentado. 5. ed.

rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

- Julio Fabbrini Mirabete, Processo penal. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo:

Atlas, 2000.

Autoria: <http://mpto.mp.br/portal/>

(Fonte: <http://mpto.mp.br/portal/sites/default/files/Nulidades%20-%20doutrina.pdf>, data de acesso 10/04/2015)

3 - A Teoria da Co-Culpabilidade às Aversas nos Delitos Contra a Ordem Econômica, Financeira e Tributária

Ariadne Elloise Coelho e Bruna Inez Vieira

Inserido em 24/05/2012

Parte integrante da Edição no 984

Código da publicação: 2548

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar a teoria da co-culpabilidade às avessas no que se refere aos crimes econômicos, financeiros e tributários. Visa demonstrar o que é co-culpabilidade, a parte de responsabilidade que o Estado possui em algumas infrações penais cometidas por pessoas negligenciadas. Será ainda estudado o que vem a ser co-culpabilidade às avessas, em razão da comprovada diferença existente ao se julgar os crimes econômicos, financeiros e tributários, e os demais crimes previstos na legislação penal.

PALAVRAS-CHAVE: co-culpabilidade; co-culpabilidade às avessas; crimes econômicos, financeiros e tributários.

ABSTRACT: This article aims to analyze the theory of co-guilt upside down in relation to financial crime and tax. Aims to demonstrate what is co-culpability, the share of responsibility that the state has in some criminal offenses committed by persons neglected. It will also be studied what happens to be co-culpability in reverse, being demonstrated differences in judging the financial and tax crimes and other crimes under criminal law.

KEYWORDS: Co-culpability, Co-culpability averse; economic crimes, financial and tax.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE CULPABILIDADE. 2.1. O CONCEITO PSICOLÓGICO DE CULPABILIDADE. 2.2. O CONCEITO PSICOLÓGICO-NORMATIVO DE CULPABILIDADE. 2.3. O CONCEITO NORMATIVO DE CULPABILIDADE. 2.4. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE. 3. CO-CULPABILIDADE ÀS AVESSAS. 3.1. CO-CULPABILIDADE. 3.2. CO-CULPABILIDADE ÀS AVESSAS. 4. DO DIREITO PENAL ECONÔMICO. 4.1 DA ORDEM ECONÔMICA, FINANCEIRA E TRIBUTÁRIA. 4.2 DOS DELITOS ECONÔMICOS, FINANCEIROS E TRIBUTÁRIOS. 5. DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE ÀS AVESSAS NOS CRIMES ECONÔMICOS, FINANCEIROS E TRIBUTÁRIOS. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 Introdução

A finalidade do presente estudo está localizada na análise da teoria da co-culpabilidade às avessas nos crimes econômicos, financeiros e tributários, sem nenhuma intenção de esgotar o tema.

Será analisada a parte de responsabilidade que o Estado possui em algumas infrações penais, cometidas por pessoas negligenciadas pela atuação precária das instituições estatais, sendo esse princípio conhecido como co-culpabilidade.

Ainda, serão estudados os delitos econômicos, financeiros e tributários. Observando a dominação social exercida pela camada dominante sobre a camada menos favorecida chegou-se a conclusão que há o princípio da co-culpabilidade às avessas, na aplicação de penas mais brandas aos crimes contra o sistema econômico, financeiro e tributário, o que será avaliado através de exemplos de alguns delitos que tem suas penas mais baixas, ou ainda, ante o reconhecimento do princípio da insignificância em determinados crimes tributários.

2 Conceito de Culpabilidade

A doutrina majoritária entende que a culpabilidade é sempre o fundamento e limite de pena, prende-se ao princípio da culpabilidade que, para Zaffaroni, o que se chamava princípio da culpabilidade, hoje se transforma em dois diferentes níveis: num deles funciona o *nullum crimen sine culpa*, ou seja, que não pode haver delito se não for ao menos culposos; noutro opera a condição de reprovabilidade para que haja delito. A culpabilidade seria apenas uma das condições necessárias para a imposição da pena, ao lado da necessidade preventiva da sanção penal. A culpabilidade deve recair sobre o fato individual e não sobre uma conduta de vida individual (culpabilidade de caráter ou de autor).

Nessa mesma acepção, Bitencourt remete a um triplo sentido ao conceito de culpabilidade. Em primeiro lugar, culpabilidade como fundamento da pena, referindo-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, exigindo-se a presença de uma série de requisitos, tais como capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. A culpabilidade, em segundo lugar, como elemento da determinação, funcionando como um limite da pena, impedindo que a mesma seja imposta a quem ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade. Por fim, a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva, sendo que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver agido com dolo ou culpa.

Para Juarez Cirino dos Santos, o conceito atual de culpabilidade é o produto inacabado de mais de um século de controvérsia sobre sua estrutura: tem início com o conceito psicológico, passa pelo o psicológico-normativo até se transmutar em conceito normativo puro. O autor conclui que:

“a dogmática penal contemporânea coincide na admissão de duas categorias elementares de fato punível, o tipo injusto e a culpabilidade, que concentram todos os elementos da definição analítica do fato punível. [...] o injusto, como objeto de valoração e a culpabilidade, como juízo de valoração. [...] O componente de culpabilidade do fato punível é um juízo de reprovação sobre o sujeito que realiza um tipo de injusto, cujos fundamentos são a capacidade geral de compreender e de querer as proibições ou mandados da norma jurídica (capacidade de culpabilidade), o conhecimento real ou possível da proibição concreta do tipo de injusto específico (consciência real ou potencial da antijuridicidade) e a normalidade das circunstâncias de fato (exigibilidade de comportamento diverso).”

A culpabilidade, para Zaffaroni, é a reprovabilidade do injusto ao autor. Considerando o injusto como uma conduta típica e antijurídica, a culpabilidade se configura quando é reprovável ao autor a realização desta conduta, ou seja, porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse.

2.1 O Conceito Psicológico de Culpabilidade

O conceito psicológico de culpabilidade é constituído por dois elementos: a capacidade de culpabilidade (ou imputabilidade), como capacidade geral de compreender o valor do fato e de querer o valor do fato; e a relação psicológica do autor com o fato, existente como consciência e vontade de realizar o fato típico, ou como causação de um resultado típico por imprudência, imperícia ou negligência.

Dentro da concepção psicológica da culpabilidade, Bitencourt afirma que o dolo e a culpa não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade, como também a sua totalidade, na medida em que esta não apresentava nenhum outro elemento constitutivo. Segundo essa teoria, culpabilidade é uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso, ou seja, culpabilidade era o vínculo psicológico que unia o autor ao resultado produzido.

2.2 O Conceito Psicológico-Normativo de Culpabilidade

No conceito psicológico-normativo compreende-se a capacidade de culpabilidade, dolo e imprudência como relação psicológica concreta do autor com o fato e normalidade das circunstâncias de fato com fundamento da exigibilidade de comportamento.

Essa concepção vê a culpabilidade como algo que se encontra fora do agente, isto é, um juízo de valoração a respeito do agente. Há uma reprovação, uma censura, que recai sobre o sujeito, sobre um agente autor de um fato típico ilícito, que se condiciona à existência de certos elementos: imputabilidade; elemento psicológico-normativo (dolo ou culpa); exigibilidade de conduta conforme o Direito.

2.3 O Conceito Normativo de Culpabilidade

O conceito normativo de culpabilidade se caracteriza pela seguinte estrutura: a capacidade de culpabilidade, o conhecimento real ou possível do injusto e a exigibilidade de comportamento conforme a norma. A universalidade dessa estrutura do conceito não é gratuita: define culpabilidade como reprovação de um sujeito imputável (o sujeito pode saber o que faz) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito sabe o que faz) e em condições de normalidade de circunstâncias (o sujeito tem o poder de não fazer o que faz), um tipo de injusto.

A culpabilidade normativa é definida como mero juízo de reprovação pela realização de fato antijurídico, quando fosse exigível obrar conforme o Direito. A culpabilidade, portanto, pode ser definida como a reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez.

3 Co-Culpabilidade às Aversas

3.1 Co-Culpabilidade

Entende-se por co-culpabilidade a parte de responsabilidade que o Estado possui em algumas infrações penais cometidas por pessoas negligenciadas pela atuação precária das instituições estatais. Esses indivíduos são excluídos da sociedade, sendo-lhes negados os mais valiosos direitos fundamentais, tais como saúde e educação. Sendo assim, há a atribuição ao Estado da responsabilidade na prática delitiva daqueles cidadãos por ele desamparados e sem autodeterminação, tendo em vista as circunstâncias impostas aos mesmos.

Reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação ao princípio da isonomia, que consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

Trata-se de uma co-responsabilidade do Estado, visando promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime, em virtude de sua posição de hipossuficiente, levando em consideração a concreta experiência social dos réus, as reais oportunidades oferecidas e a efetiva assistência que lhes foi ministrada.

Para Zaffaroni, a sociedade nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades, portanto, há sujeitos que tem um menor âmbito de autodeterminação, condicionados dessa maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. “Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.”

Nesse mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos explica a razoabilidade da teoria da co-culpabilidade:

“Hoje, como valorização compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação de vontade nas decisões da vida. Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do status social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social: indivíduos de status social superior, maior liberdade; indivíduos de status social inferior, maior determinação. Em conclusão, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como escolha do mal menor-até porque, em situações sem alternativas, não existe espaço para culpabilidade.”

Como ainda não foi inserida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, a concepção de co-culpabilidade tem sido aplicada com base nos artigos 59 e 66 do Código Penal. Importante ressaltar que, ambos os artigos relacionam-se à aplicação da pena, não

podendo falar em excludentes de culpabilidade e, conseqüentemente, a descaracterização do crime. Na verdade, o Juiz ao analisar as condições sociais do réu tem a possibilidade de reduzir a pena em razão da falta de acesso às condições mínimas de existência, o que não significa em deixar de aplicar a sanção adequada.

A co-culpabilidade, segundo Grégore Moura, é tida como sendo um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando implicações práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Apesar de a doutrina ser majoritária no sentido de se aceitar o princípio da co-culpabilidade, a jurisprudência – mesmo a menos conservadora – tem resistido sob a alegação de que as desigualdades econômico-sociais não devem servir de justificativa às práticas delituosas, senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE. Inviável a aplicação da atenuante genérica. As desigualdades econômico-sociais não têm o condão de justificar a prática de condutas ilícitas. DELITO CONSUMADO. Ainda que o réu não tenha tido a posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos, estes saíram da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Condenação mantida. Apelo improvido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70044061299, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 25/08/2011)

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. Inequivocas a materialidade e a autoria do delito diante da consistente palavra das testemunhas, que tornou indubitoso, do mesmo modo, a qualificadora do rompimento de obstáculo. APENAMENTO. As circunstâncias judiciais do art. 59, do CP autorizam a redução da pena-base. Fixado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, do CP. CO-CULPABILIDADE. Inviável a redução da pena com a aplicação da atenuante inominada. O caso não se enquadra na hipótese do art. 66 do CP, visto que, para a sua aplicação, é necessário que o magistrado verifique circunstância relevante acontecida antes ou depois do fato ilícito, que tenha influenciado no cometimento do crime ou positivamente na conduta do acusado, pós-crime. Não é o caso dos autos. Embora existam desigualdades sociais em nossa sociedade, estas não têm o condão de justificar as práticas ilícitas. PENA DE MULTA. Réu Pobre. Redução ao mínimo legal. SUBSTITUIÇÃO DA PENA INCABÍVEL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. VOTOS VENCIDOS. (Apelação Crime Nº 70035389204, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 02/12/2010)

menta: FURTOS QUALIFICADOS PELO CONCURSO DE AGENTES EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. Só se aplica aos casos em que encerrada a instrução na vigência do artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 11.719/08, em vigor a partir de 23.08.08. AUTO DE AVALIAÇÃO. Irrelevante o fato de ter sido firmado por policiais, posto que a avaliação visa apenas informar o valor da coisa subtraída, informação que poderia ser dada pela própria vítima. CONDENAÇÃO. Mantida a condenação das rés em relação aos furtos. Absolvida a corré T.S.C em relação às receptações. PENA. DOSIMETRIA. Pena de O.G.R.S. redimensionada. MULTA. A multa, uma vez cominada no tipo penal como sanção, não pode ser afastada da condenação.

PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE. Não incide o princípio da co-culpabilidade ao caso em julgamento, pois não há como identificar a relação causal da situação econômica do agente com o delito em questão. Inaplicável, pois, a atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal. REJEITADAS AS PRELIMINARES. RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70037355740, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 21/09/2011).

Entretanto, não há, ainda, um posicionamento solidificado dos Tribunais Superiores (STJ e STF) sobre a questão, mesmo porque depende muito mais de política criminal, de forma que o debate jurídico permanece livremente.

3.2 Co-Culpabilidade às Aversas

Observando a dominação de uma pequena parcela social exercida sobre a camada menos favorecida, chegou-se a conclusão que o sistema penal atual aplica o princípio da co-culpabilidade às avessas, ao prevê penas mais brandas aos crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária.

Sobre o assunto, Grégore Moura preceitua ser possível a manifestação da co-culpabilidade às avessas sob três formas: a) tipificando condutas dirigidas a pessoas marginalizadas; b) aplicando penas mais brandas aos crimes contra o sistema financeiro e tributário; e c) como fator de aumento da reprovação social e penal.

A divisão dos crimes de acordo com os interesses da classe dominante fica ainda mais clara no livro *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault:

“A prostituição patente, o furto material direto, o roubo, o assassinato, o banditismo para as classes inferiores; enquanto que os esbulhos hábeis, o roubo indireto e refinado, a exploração bem feita do gado humano, as traições de alta tática, as espertezas transcendentais, enfim todos os vícios e crimes realmente lucrativos e elegantes, em que a lei está alta demais para atingi-los, se mantêm monopólio das classes superiores.”

Por isso que os crimes cometidos por uma elite financeira e política, embora sejam crimes que atingem a maioria da população de forma grave, e muitas vezes fatal, têm, além de uma pena mais branda, diversas alternativas para se fugir da punição, incluindo a absolvição pelo princípio da insignificância, e extinção da punibilidade, quando efetuado o pagamento em determinados crimes tributários.

A sociedade precisa atentar para a gravidade dos crimes econômicos, financeiros e tributários, pois são mais danosos do que aqueles cometidos contra o patrimônio individual, posto que atingem os interesses difusos e coletivos de toda uma população. São “macrocrimes” cuja repercussão é incomparavelmente superior à dos crimes comuns. Por motivos óbvios, a maior preocupação da sociedade é com a violência nas ruas, por ser ela visível e também porque vítima e criminoso estão mais próximos, causando, assim, um impacto imediato.

4 Do Direito Penal Econômico

4.1 Da Ordem Econômica, Financeira e Tributária

Há uma preocupação com a ordem econômica pelo ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciada em princípios e normas sistematizadas na Constituição de 1988, o que vem se consignando desde a Constituição de 1934.

Essa atuação estatal na economia, entretanto, está respaldada na proteção do princípio capitalista de apropriação privada dos meios de produção por uma classe dominante, da qual o próprio Estado faz parte.

Em que pesem os eventuais e reais interesses assegurados em um sistema essencialmente capitalista, a ordem econômica constitucional prioriza alguns valores sociais, que são, inclusive, fundamentos estruturantes da República Federativa do Brasil. O Art. 170 da Constituição de 1988, assim dispõe sobre a atividade econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – [...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI – [...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

[...]

Da redação do supracitado dispositivo, é possível conceituar a ordem econômica como um conjunto de preceitos fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que regulamentam a produção, distribuição, circulação e consumo de bens e serviços, com o fim de garantir a todos uma vida digna, em conformidade com a justiça social.

O Direito Econômico é caracterizado por sua flexibilidade, maleabilidade e reversibilidade, em conformidade com o momento político estatal e a necessidade da época. Tal mutabilidade reflete na existência de um Direito Penal Econômico descodificado. Com efeito, as leis esparsas que tratam dos delitos econômicos são abarcadas por elementos normativos (carecem de valoração) e normas penais em branco (carecem de complementação por outra norma), conferindo ao tipo penal certa estabilidade ao longo do tempo.

Assim, a ordem econômica, em sentido amplo, abarca a ordem financeira, a ordem tributária, a ordem econômica em sentido restrito, ou seja, reflete a atenção com a política econômica que rege a sociedade.

Restritivamente, contudo, a ordem econômica compõe seara distinta da financeira e tributária, pois, embora interligadas, protegem bens jurídicos peculiares.

Na ordem econômica em sentido estrito, há uma especial atenção com o direito concorrencial, quanto à liberdade de iniciativa e à livre concorrência. É a previsão do Art. 173, §4º, da Constituição da República de 1988, em que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Na ordem tributária, protege-se a tributação, como forma principal de renda, defendendo a arrecadação tributária; no sistema financeiro, tutela-se a política financeira do Estado, em especial, cuidando da receita e despesas públicas.

4.2 Dos Delitos Econômicos, Financeiros e Tributários

O Direito Penal Econômico, ramo qualificado do Direito Penal, também tutela bens jurídicos diferentes e específicos, a depender de cada crime (econômico, financeiro ou tributário), embora todos supraindividuais, pertencentes a um número indeterminado ou determinado de pessoas, ultrapassando o âmbito individual.

A Constituição de 1988, no Art. 145 a 169, dispõe de forma sistematizada sobre o Sistema Tributário Nacional, tratando dos aspectos estruturais básicos do nosso ordenamento jurídico-tributário, das regras que devem ser seguidas pelos legisladores infraconstitucionais, bem como por parte da administração tributária e do Poder Judiciário no exercício de suas respectivas funções.

A violação penal de todo esse arcabouço tributário consta na Lei n. 8.137/1990, que vai se resumir basicamente em condutas de sonegação fiscal. Esta Lei também prevê em seu bojo os crimes contra a ordem econômica (em sentido restrito) e contra as relações de consumo.

O Sistema Financeiro é subdividido em Público e Para-Público. Aquele está preocupado com as finanças e orçamentos públicos, sendo regulamentado constitucionalmente – Art. 163 a 169. Este se preocupa com as instituições financeiras e mercados de capitais.

Enquanto o mercado de capitais, relativo aos valores e títulos mobiliários, é disciplinado pela Lei n. 6.385/1976, o Sistema Financeiro Nacional (Art. 192 da Constituição da República de 1988) é tratado na Lei n.7492/1986, conhecida como a Lei de Colarinho Branco, a primeira a tratar desse tipo de criminalidade.

O termo criminoso do colarinho branco foi cunhado pela primeira vez pelo criminólogo americano SUTHERLAND, que estudou a organização social de aprendizagem. Ao observar o comportamento de hippies e skinheads, os quais compartilham das regras comuns da sociedade, mas também possuem regramentos próprios, Sutherland concluiu que tudo é ensinado em grupos. Da mesma forma, são os criminosos de colarinho branco, amparados em cinco traços identificadores e individualizantes:

- cometem ilícito penal;
- gozam de prestígio na sociedade;
- ocupam status social elevado;

- delitos praticados estão vinculados ao trabalho que desempenham e posição que ocupam;
- há uma quebra de confiança.

O comportamento criminoso é resultado de um processo de aprendizagem, que vai desde técnicas de cometimento do crime até as justificativas do delito. Uma pessoa se “converte” em delinquente quando as definições favoráveis à violação da norma são maiores que as desfavoráveis.

A partir dessas ideias, passa a estudar os crimes de colarinho branco (sem derramamento de sangue), cometidos por pessoas (engravatados) que, a princípio, não teriam qualquer motivo para a prática de tais ilícitos. Para Sutherland, porém, a sociedade admira essas pessoas e fornece um tratamento diferenciado, mais ameno, não tendo consciência das reais consequências desses crimes.

5 Teoria da Co-Culpabilidade às Aversas nos Crimes Contra a Ordem Econômica, Financeira e Tributária

É possível constatar que há um nítido abrandamento do Legislador nas sanções previstas à criminalidade econômica, financeira e tributária.

Como já explicitado, a Teoria da Co-Culpabilidade às Aversas, a princípio, é aplicada especialmente para diferenciar as consequências da reparação do dano nos delitos “comuns” e nos delitos tributários: no primeiro caso, a devolução da ‘res furtiva’ pode servir de causa de diminuição de pena (Art. 16 do Código Penal) ou como atenuante (Art. 65, inciso III, alínea ‘b’), a depender do momento da restituição do bem; no segundo, a reparação do dano, qual seja, pagamento integral do tributo devido extingue a punibilidade do agente, e o parcelamento do débito suspende a pretensão punitiva estatal. É a redação do Art. 9º da Lei 10.684/2003:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. (Grifo nosso).

Aliás, a crítica que se faz pelos defensores da teoria é no sentido de que o Estado legalizou uma forma de coação para pagamento de débito tributário, na via criminal, o que certamente produz muito mais efeitos ante uma possibilidade expressa de privação de liberdade. O que realmente se deseja é forçar o pagamento, e sendo este efetuado, há a libertação validada na própria lei das “amarras” do Sistema Penal.

Mas não é só isso. Podemos aplicar a Teoria da Co-Culpabilidade às Aversas nos delitos econômicos, financeiros e tributários, sobretudo pela existência de penas mais brandas e de uma menor reprovação social e penal aos detentores do poderio econômico.

A Lei n. 7.492/1986, que trata dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de um modo geral, permite uma série de benesses penais e processuais penais aos delitos nela tipificados.

Primeiro, porque a pena mínima cominada em nove crimes da Lei n. 7492/1986 (Art. 8º ao 12; Art. 16, Art. 18; Art. 21 e Art. 23) é igual a um ano, o que possibilita, cumpridas determinadas condições, a suspensão do processo (Art. 89 da Lei n. 9.099/1995), e evita a condenação.

Segundo, porque com exceção da gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, tipificada no Art. 4º, cuja pena abstrata chega a 12 (doze) e 08 (oito) anos de reclusão, os condenados pela prática de delitos financeiros possivelmente iniciarão o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto.

Terceiro, porque é muito fácil substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito: fixação de pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos (Art. 68 do Código Penal); delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; e não reincidência em crime doloso. A alta probabilidade de se atender os requisitos do Art. 43 e Art. 44 do Código Penal, nos delitos contra o sistema financeiro, acaba proporcionando um sentimento de impunidade nos crimes de colarinho branco pela população, visto que raramente se vai preso, provisória ou definitivamente.

Outro problema que pode ser citado é o do delito de gestão fraudulenta e gestão temerária (Art.4º). Trata-se de tipo penal aberto, eis que o legislador deixou de identificar de maneira taxativa, completa e precisa o que seria gerir fraudulentamente ou de forma temerária instituição financeira.

Entende-se, no primeiro caso, que existe a prática de determinados atos, ao longo da administração, com o intuito de enganar e, assim, obter vantagem indevida – semelhante ao estelionato do Código Penal; no segundo caso, há uma gestão sem cautela da instituição pelo agente, que assumi um risco inadmitido.

Nas duas situações, o Princípio da Legalidade é ofendido, no seu subprincípio da taxatividade, o qual determina que o tipo penal deve ser preciso e completo, sem expressões ambíguas, que dão margem a arbítrios e impunidades.

De igual modo, nos delitos contra a ordem econômica (Direito Penal Econômico “stricto sensu”) definidos no Art. 4º a 6º da Lei n 8.137/1990, referentes à proteção da liberdade de concorrência e de iniciativa, e no Art. 1º e Art. 2º da Lei 8.176/1991, que protegem o patrimônio da União, em sentido estrito, e a ordem econômica em sentido amplo, a suspensão condicional do processo e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos são genericamente cabíveis.

Importa lembrar, também, o reconhecimento da insignificância ou bagatela no crime tributário com valor até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em especial diante do disposto no Art. 20 da Lei n.10.552/2002, modificado pela Lei 11.033/2004, in verbis:

“Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como

Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Saliente-se que se a própria Administração Pública estabelece que tal valor é irrisório e desarrazoado para o ajuizamento da execução fiscal, não cabendo ao Direito Penal tratar o caso de outra forma. Afinal, o Direito Penal deve ou não ser considerado como a *ultima ratio*?

O princípio da insignificância apresenta-se hoje completamente firmado na doutrina e jurisprudência pátrias, e deve ser observado por todos aqueles que lidam com a aplicação do Direito Penal, um ramo especial da ciência jurídica, por ser de exceção e onde o Estado demonstra todo o seu poder, usando da força para coagir até mesmo a liberdade do acusado.

Tal coação deve sim ser direcionada àquelas condutas realmente relevantes, postos a essência do Direito Penal, que é impor penas, as mais severas, para aqueles que praticam as condutas abominadas pela sociedade e que devem ir além da composição civil ou administrativa. Esse é um caráter da pena.

O referido princípio pressupõe que a conduta, para ser típica (materialmente), necessita efetivamente causar mácula, ou seja, tem necessariamente que atingir o bem jurídico protegido pela norma penal.

A verdade é que o critério válido para os crimes tributários não é um critério geral do Direito Penal, utilizável em todas as modalidades de crime. Pode-se dizer que a maioria dos processos criminais por imputação de furto advém de valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). No entanto, exige-se atualmente para aplicação do mesmo princípio da insignificância os seguintes requisitos: 1) inexpressividade da lesão ao bem jurídico; 2) ausência de periculosidade da conduta; 3) baixa relevância social da conduta; e 4) baixa gravidade da conduta praticada.

É claro que o delito tributário é peculiar, e requer uma solução diferenciada, até mesmo porque a configuração da tipicidade exige o término de um procedimento administrativo fiscal pela Fazenda Pública. Contudo, não há como negar que é muito mais fácil ser absolvido pela prática de um crime tributário (basta que o valor não ultrapasse R\$ 10.000,00) do que um delito de furto (é insuficiente a alegação de que o bem subtraído é de ínfimo valor), ainda que a reprovabilidade das condutas seja equivalente.

Como visto, os delitos ordinários do Código Penal apresentam um endurecimento de penas, comparados à criminalidade econômica – o que abrange a tributária e a financeira -, que acaba por possuir lacunas propícias à impunidade dos chamados “criminosos do colarinho branco”, fato pouco percebido pela sociedade ou a ela indiferente, por incentivo do próprio Estado.

6 Conclusão

Os crimes econômicos, financeiros e tributários causam um dano social expressivo todos os dias, embora não apareça nas estatísticas oficiais, integrando a chamada "cifra negra".

A seletividade do Direito Penal, que pune muito mais pessoas provenientes da classe pobre da sociedade, deve ser no mínimo amenizada pela aplicação de pena menor àqueles que estão em uma situação de vulnerabilidade propiciada pelo próprio Estado, o que decorre dos princípios da individualização da pena, dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade e intervenção mínima. À sociedade excludente cabe dividir a responsabilidade por tais práticas delituosas.

E mais. É imprescindível que haja uma modificação dos critérios de seleção propostos atualmente pelo Direito Penal, cujo tratamento diferenciado mais benéfico das classes econômica e financeiramente dominantes é garantido pela lei.

O Direito Penal não se coaduna com confecção de qualquer norma que não tenha a mínima chance de prevenir e reprimir condutas danosas para a sociedade. Com efeito, a estrutura dos tipos penais econômicos, financeiros e tributários deve ser delimitada, evitando problemas de adequação típica, com descrições amplas que submetem a tipicidade ao arbítrio do julgador, e que causa insegurança jurídica.

A mutabilidade e flexibilidade do Direito Econômico não impedem que a lei penal contra tal criminalidade possua o mínimo exigível de clareza, precisão e adequação, e seja elaborada por juristas, com auxílio de economistas, para que se evite a existência de uma parafernália penal imprestável e inútil, máquina de escape para a impunidade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Cezar Roberto; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito Penal Econômico Aplicado. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70044061299, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto, Julgado em 25/08/2011. Disponível em: Acesso em: 09 de abril de 2012.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70035389204, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 02/12/2010. Disponível em: Acesso em: 09 de abril de 2012.

_____. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70037355740, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 21/09/2011. Disponível em: Acesso em: 09 de abril de 2012.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói: Ímpetus, 2006.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Padrão PUC MINAS de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos em periódicos científicos. Belo Horizonte: 2010. Disponível em: Acesso em: 12 de abril de 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. A moderna teoria do fato punível/ Juarez Cirino dos Santos. – Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

TORTIMA, José Carlos. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: José Carlos Tortima. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de direito penal brasileiro: parte geral/Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

(Fonte: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2548>, data de acesso 10/04/2015)

Princípio da Co-Responsabilidade Inevitável

Posted: 09/12/2011 in Uncategorized

Este princípio demonstra que é impossível haver dois sistemas distintos e que as relações humanas são uma grande teia multifocal. O que existe são duas maneiras de ver e actuar no mesmo sistema. As pessoas jamais são completamente separadas umas das outras.

Revela que ninguém é uma ilha física, dentro da humanidade. Todos somos influenciados pelos outros. Todos nossos actos, sejam eles conscientes ou inconscientes, sejam atitudes construtivas ou destrutivas, alteram os acontecimentos e o desenvolvimento da própria humanidade; qualquer ser humano – intelectual ou iletrado, rico ou pobre, médico ou paciente, activista ou alienado – é afectado pela sociedade e, por sua vez, interfere nas conquistas e perdas da própria sociedade através de seus comportamentos (todos são co-responsáveis pelo futuro da sociedade e, por consequência, pelo futuro da humanidade e do planeta como um todo).

Nossos comportamentos afectam de três modos as pessoas:

- alteram o tempo delas;
- alteram a memória delas, através do registo desses comportamentos; e
- alteram a qualidade e frequência das suas reacções.

Alterando estes três, modificamos seu futuro, sua história.

Os mínimos comportamentos podem interferir em grandes reacções na história. O espirro de um norte-americano pode afectar as reacções das pessoas no Oriente Médio. Uma atitude de um europeu, por mínima que seja, pode interferir no tempo e nas acções da China. Um índio numa tribo isolada da Amazónia também afecta a história. Ao abater um pássaro, este deixará de produzir ovos, de chocá-los e de ter descendentes, afectando o consumo de sementes, os predadores e toda a cadeia alimentar, o ecossistema, a biosfera terrestre. Além disso, a ausência de descendentes do pássaro abatido afectará o processo de observação dos biólogos, interferindo em suas reacções, suas pesquisas, seus livros, sua universidade e sua sociedade.

Uma pessoa que se suicida não deixou de actuar no mundo social. O acto do suicídio alterou o tempo dos amigos e parentes e, principalmente, despedaçou a emoção e a memória deles, gerando vácuo existencial, lembranças e pensamentos perturbadores que afectarão suas histórias e o futuro da sociedade.

Ninguém desaparece quando morre. Viver com dignidade e morrer com dignidade deveriam ser tesouros cobiçados ansiosamente. Portanto, o princípio da co-responsabilidade inevitável demonstra que nunca podemos ser uma ilha na humanidade...

By Augusto Cury “O Futuro da Humanidade”

(Fonte: <https://cauende.wordpress.com/2011/12/09/principio-da-co-responsabilidade-inevitavel/>, data de acesso 10/04/2015)