

DECISÃO JUDICIAL E NULIDADES



Palestrante: William Braga

1. COMPREENDENDO A DECISÃO JUDICIAL NO PÓS-POSITIVISMO

- **POSITIVISMO (HANS KELSEN): DIREITO SE APARTA DA ÉTICA E DA MORAL - VALIDADE DAS NORMAS NÃO DEPENDE, ASSIM, DA EXISTÊNCIA DE UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA, MAS DA PRODUÇÃO DAS REGRAS DE ACORDO COM O RITO ESTABELECIDO NO ORDENAMENTO.**
- **“PROBLEMA DA JUSTIÇA” – ESCAPA, NESTA CONCEPÇÃO, AO MUNDO DO DIREITO – juiz seria mero verificador da validade da norma.**
- **APÓS HOLOCAUSTO – INTERNALIZAÇÃO DA JUSTIÇA AO CAMPO DO DIREITO – PÓS-POSITIVISMO: a) abertura valorativa do sistema jurídico; b) força normativa dos princípios; c) protagonismo do Judiciário (“mais aberto à opinião pública” – Peter Haberle) – juiz atua na construção do sentido da norma.**

ATIVISMO JUDICIAL PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. NÃO há OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.
2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de **mínimo existencial**, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.
3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005)" (STJ – SEGUNDA TURMA – AgRg no REsp 1.107.511 – rel. Min. Herman Benjamin – j. 06/12/2013

ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL: RESTRIÇÃO INDEVIDA DE DIREITOS INDIVIDUAIS CLÁSSICOS EM PROL DA SEGURANÇA PÚBLICA OU DE OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- **Indeferimento da liminar nas ADCs 43 e 44 pelo Plenário do STF: restrição do âmbito de proteção da garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII), contra o texto expresso da norma (que condiciona o encerramento da garantia ao trânsito em julgado da condenação), em nome da efetividade do direito penal (Barroso):**
- **“A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”.**

- **Zavascki: “A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”, afirmou. Se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça. “O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”.**
- **Fux: “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”. AFIRMA, AINDA, QUE EM CASOS EXCEPCIONAIS PODE SER SUSPESA A CONDENAÇÃO – SUBVERSÃO DA LÓGICA CONSTITUCIONAL QUE TRAZ A LIBERDADE COMO REGRA E NÃO COMO EXCEÇÃO.**

- **Abertura excessiva do sistema pode levar à panfundamentação objetivista ou hipertrofia jusfundamentalista (Canotilho): todas as normas ganham foro de “direitos fundamentais” e permitem toda a sorte de decisões;**
- **Enfraquecimento absoluto do texto normativo: desprezo total pela atividade legislativa, substituída pela interpretação individual de cada magistrado no caso concreto – desaparecimento da segurança jurídica e da objetividade do sistema.**
- **Para o processo penal, este quadro se traduz na fragilização dos direitos consagrados e no aumento exponencial das possibilidades de encarceramento;**

- **Solução de alguns autores (entre a objetividade extrema do positivismo e os excessos do pós-positivismo):**
- **A) objetividade moderada** – não apenas o discurso judicial motivado dá validade à decisão, independentemente do conteúdo (como é hoje) – a decisão judicial precisaria ser legitimada pelo ajuste de seu conteúdo à situação hipotética ideal (esta situação, em um Estado Democrático de Direito, é aquela que permita o pleno desenvolvimento da personalidade)
- **B) Jacinto Nelson Coutinho:** sugere a delimitação do Judiciário a partir da constatação da adequação possível da norma ao texto legislativo: *“ou seja, se a norma criada pelo intérprete não escapa da regra e, assim, do raio de alcance da estrutura linguística do enunciado e das suas palavras”*.

2. Classificação dos atos jurisdicionais

- **A) Despachos de mero expediente: atos meramente ordenatórios, sem cunho decisório e que, em tese, não causam prejuízo para acusação ou defesa. No entanto, se o despacho do juiz de primeiro grau provocar inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo, pode, excepcionalmente, desafiar correição parcial, por qualquer das partes.**
- **Ada: “A correição presta-se ao ataque às decisões ou despachos dos juízes não impugnáveis por outro recurso e que representem ‘erro ou abuso’, de que resulte a ‘inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo’. Destina-se, portanto, a corrigir o ‘error in procedendo’ e não o ‘error in iudicando’” (ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, in Recursos no Processo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 1a ed., pág. 257).**

•

- **Camargo Aranha: “A correição parcial ou a reclamação, pode ser traduzida como um recurso cabível contra despachos de juízes de primeiro grau que, por erro, abuso ou inversão tumultuarem o processo, despacho este sem recurso previsto na lei processual”. (Dos Recursos no Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 1988, pág. 130).**
- **Previsão: Decreto-Lei Complementar nº 3, de 27 de agosto de 1969 (Código Judiciário do Estado de São Paulo) – arts. 93 a 96:**
- **Artigo 93 - Compete as Câmaras Isoladas do Tribunal proceder a correições parciais em autos para emenda de êrro, ou abusos, que importarem inversão tumultuária dos atos e fórmulas de ordem legal do processo, quando para o caso não houver recurso.**
- **Artigo 94 - Observar-se-á, no processo de correição parcial, o rito do agravo do instrumento, ouvido o Ministério Público.**

- **B) Decisões interlocutórias: dividem-se em simples e mistas.**
- **B.1: decisões interlocutórias simples – possuem conteúdo decisório, porque dirime questões emergentes, sem, no entanto, encerrar o processo ou tocar o mérito da imputação. Exemplo: decisão de recebimento da denúncia – via de regra, estas decisões interlocutórias simples não desafiam recurso, mas podem ser impugnadas por ações autônomas, como habeas corpus (defesa) ou mandado de segurança (acusação);**
- **B.2: decisões interlocutórias mistas – possuem maior carga decisória, pois encerram o processo (ainda que sem o enfrentamento do mérito da imputação - terminativa) ou põem fim à determinada etapa do procedimento. Por isso, não fazem, em regra, coisa julgada material e são atacáveis pelo recurso em sentido estrito – art. 581 do CPP. Exemplos: decisão de rejeição da denúncia (terminativa), pronúncia (não terminativa), decisão que acolhe exceção de litispendência ou coisa julgada (terminativa)**

- **C) Sentenças: atos jurisdicionais que, analisando a imputação, a argumentação da defesa e as provas colhidas em sede de contraditório, acolhem (ou não) a pretensão acusatória contida na inicial. Podem, portanto, ter eficácia: a) condenatória; b) absolutória; c) declaratória (extinção da punibilidade – art. 107 do CP). A sentença que concede perdão judicial tem eficácia de declaratória extintiva da punibilidade (Súmula 18 do STJ).**
- **As sentenças condenatórias e absolutórias desafiam apelação e as extintivas da punibilidade recurso em sentido estrito (art. 581, VIII, do CPP).**
- **Tanto as sentenças quanto as decisões têm de ser devidamente fundamentadas – art. 93, IX, da CRFB/88 (apenas os despachos de mero expediente não precisam de fundamentação).**

- **C.1 Requisitos formais da sentença: art. 381 do CPP**

- **Art. 381. A sentença conterá:**

- **I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;**
- **II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;**
- **III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;**
- **IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;**
- **V - o dispositivo;**
- **VI - a data e a assinatura do juiz.**

- **À luz do artigo anteriormente citado, podemos concluir que a sentença deve, necessariamente, ter três elementos essenciais:**
- **A) relatório (que deve conter os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identifica-las, exposição sucinta da acusação e defesa – art. 381, I e II) – além disso, no relatório, também se faz breve exposição sobre os atos praticados pelas partes na marcha processual;**
- **B) motivação (que deve conter a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, bem como a indicação dos artigos de lei aplicados – art. 381, III e IV);**
- **C) dispositivo (que deve conter a solução – absolutória ou condenatória –, bem como a data e assinatura do juiz – art. 381, IV, V e VI).**

- **Sem dúvida, o elemento da sentença que mais suscita controvérsia, no cotidiano forense, é a motivação. É comum haver arguição das partes (defesa em especial), suscitando a insuficiência da motivação, por não enfrentar a sentença todas as teses ou por analisá-las sem esgotamento do tema.**
- **A jurisprudência pátria, no entanto, costuma ser bastante complacente com as decisões não suficientemente motivadas, admitindo tanto a chamada “fundamentação concisa” (ou seja, aquela que revela um mínimo de fundamentação, ainda que não esgote as teses da parte) quanto a chamada “fundamentação per relationem” (desde que relacionada à outra decisão judicial). Exemplo:**
- **PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE.. 4. Pacífico o entendimento desta Corte Superior de que a utilização da técnica de motivação per relationem não vulnera o disposto no artigo 93 , IX , da Constituição Federal . 5. Recurso ordinário desprovido. (STJ – Quinta Turma – RHC nº 53.447 – rel. Min. Gurgel de Faria – j. 20/04/2015).**

• No entanto, com o advento do NCPC, é possível que haja nova orientação jurisprudencial sobre o dever de motivação, eis que o artigo 489, § 1º, do referido diploma legal explicitou como ele tem de ser atendido pelo magistrado:

- **Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**
 - **I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**
 - **II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**
 - **III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**
 - **IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**
 - **V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**
 - **VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.**

3. Sentença penal

- **3.1 Condenatória (art. 387 do CPP) –**
- **Juiz, após motivar adequadamente o édito condenatório, deve individualizar a pena, de acordo com o método trifásico estabelecido no artigo 68 do CP: i) circunstâncias judiciais (art. 59); ii) circunstâncias agravantes e atenuantes; iii) causas de aumento e de diminuição.**
- **Efeitos da sentença penal condenatória:**
- **A) fixação de valor mínimo de indenização;**
- **B) imposição ou manutenção da prisão/medidas cautelares;**
- **C) cômputo do tempo de prisão provisória, para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena.**

3.1A – Fixação de valor mínimo de indenização:

- **Apesar da redação do art. 387, IV, do CPP, deve-se defender que só cabe nas ações penais privadas ou se requerida por assistente de acusação – MP não tem legitimidade para pedir, valor mínimo de indenização, em nome da vítima, pois só pode atuar na defesa de interesse individual indisponível ou impregnado de relevância social (art. 127), o que não é o caso da reparação dos danos (materiais ou morais) sofridos com a prática do crime;**
- **Mesmo assim, esta questão tem de ser objeto de prova e ser debatida pelas partes;**
- **Não pode ser aplicado antes da vigência da Lei nº 11.719/08**

3.1 B – Imposição/manutenção de prisão ou outra medida cautelar

- **Deve o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidir pela manutenção (ou imposição) da prisão preventiva ou de outra medida cautelar alternativa;**
- **Deve justificar, fundamentadamente, a restrição da liberdade do réu, com amparo nos requisitos previstos na lei processual (art. 282 – medidas cautelares e art. 312 – prisão preventiva), não podendo se valer, por si só, da condenação transitória, uma vez que o recolhimento à prisão não é mais efeito da condenação em primeiro grau, com a revogação do art. 393, pela Lei nº 12.403/11.**

3.1C – Cômputo de tempo de prisão provisória

- Art. 387, § 2º, do CPP:
- § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012) – traz uma nova fase de individualização do regime – 1ª leva em conta o art. 33 do CP; 2ª leva em conta o tempo de prisão provisória
- Duas formas de aplicação deste artigo, na segunda fase:
- 1) verifica-se o tempo de prisão provisória à luz do lapso de progressão de regime previsto na LEP. Exemplo: assistido primário condenado à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses por roubo circunstanciado e preso provisoriamente por 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias – fixa-se o regime semiaberto e, depois, verificado o lapso de 1/6 passa-se ao aberto.
- 2) desconta-se o tempo de prisão provisória da pena final e avalia-se o novo regime. Exemplo: assistido primário condenado por tráfico à pena de 05 (cinco) anos e preso provisoriamente por um ano – fixa-se o regime semiaberto e, depois, subtrai um ano de cinco, para se possibilitar o regime aberto (inclinação do STJ) – **CRÍTICA: SE OS DEMAIS CRITÉRIOS DO ART. 33 FÖREM DESFAVORÁVEIS, ESTE INSTITUTO NÃO TERÁ QUALQUER REPERCUSSÃO PRÁTICA.**

3. Sentença penal

- **3.2 Absolutória: divide-se em: própria e imprópria (impõe medida de segurança, nas hipóteses de inimputabilidade ou semi-imputabilidade).**
- **A sentença absolutória própria é proferida nas seguintes hipóteses:**
- **(art. 386):**
- **I - estar provada a inexistência do fato (certeza negativa do fato);**
- **II - não haver prova da existência do fato (incerteza quando ao fato);**
- **III - não constituir o fato infração penal (atipicidade);**
- **IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (certeza negativa da ausência de participação)**
- **V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (incerteza da participação)**
- **VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (certeza ou dúvida razoável de excludente de ilicitude ou de culpabilidade);**
- **VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (incerteza);**

- **Efeitos da sentença absolutória própria:**
- **A) Imediata colocação do acusado em liberdade (art. 386, parágrafo único, I);**
- **B) Cessaçã das medidas cautelares reais ou pessoais (art. 386, parágrafo único, II);**
- **C) Impossibilidade de ajuizamento da ação civil, nas hipóteses de absolvição, com fundamento no artigo 386, I e IV.**
- **D) O reconhecimento das excludentes de ilicitude e de culpabilidade também faz coisa julgada no cível (não se discute a sua caracterização novamente), mas isto não impede o ajuizamento da ação de reparação (na hipótese, por exemplo, do estado de necessidade agressivo – atinge-se bem de terceiro, para se afastar o perigo – art. 929 do CC/02), o mesmo ocorrendo nas demais hipóteses de absolvição.**

4. Princípio da congruência (correlação)

- **Objeto do processo penal é a pretensão acusatória: provocação do órgão jurisdicional, para que, diante da afirmação da prática de um delito, seja concretizado o poder punitivo estatal, por intermédio de uma pena ou medida de segurança. Esta pretensão acusatória, por sua vez, tem por objeto um fato enquadrável em um tipo penal, atribuído a alguém.**
- **Regra do processo penal brasileiro: imutabilidade do objeto da pretensão acusatória – respeito às garantias da ampla defesa, da imparcialidade e do próprio modelo acusatório;**
- **Correlação: traduz, portanto, a noção de correspondência entre a decisão e o fato imputado, que foi debatido pelas partes.**
- **Exceções – institutos da *emendatio e mutatio libelli*.**

5. Emendatio libelli – art. 383

- **Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008) – ideia equivocada de que o réu se defende dos fatos.**
- **§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).**
- **§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).**
- **Incompatibilidade com o art. 10 do NCPC:**
- **Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.**
- **Possibilidade de aplicação no momento do recebimento da denúncia**

6. Mutatio libelli – art. 384

- **Art. 384.** Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. [\(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008\).](#)
- **§ 1º** Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. [\(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008\).](#)
- **§ 2º** Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. [\(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008\).](#)
- **§ 3º** Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008\).](#)
- **§ 4º** Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. [\(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008\).](#)
- **§ 5º** Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. [\(Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008\).](#)

7. Vícios da sentença

- - Citra e extra petita;
- Impossibilidade de condenação quando o MP pede a absolvição – crítica ao art. 385;
- Coisa julgada: qualidade e um modo de ser e de manifestarem-se os efeitos da sentença – imutabilidade do mandamento que nasce da sentença.
- Garantia individual – concretude ao princípio do *ne bis in idem*.
- Divide-se em: formal (não analisa o mérito); material
- Coisa soberanamente julgada (sentença absolutória e decisão extintiva da punibilidade)
- Limites objetivos: atinge o fato natural (não o processual – soma do fato penal e natural) – mesmo que não tiver sido descrita qualificadora, não há como se processar novamente o réu (concurso formal – continuidade delitiva. Limite subjetivo: réu.

8. Nulidades

- **Distinção da categoria de vícios (irregularidade, nulidade absoluta ou relativa e inexistência)**
- **Distinguir nulidades (violação da norma; declaração; prejuízo; convalidação);**
- **Critica da relativização das nulidades;**