EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO.

DISTRIBUIÇÃO URGENTE
REQUERIMENTO LIMINAR

RICARDO JORGE MURAD, brasileiro, casado, empresário, R. G. nº. 3554397 IFP/RJ, CPF nº. 100.312.433-04, residente e domiciliado na Av. Brito Passos n°. 139, bairro Olho D'Água, São Luís – MA, por seus patronos subfirmados (procuração anexa – doc. 01), este com escritórios estabelecidos nos endereços constantes do rodapé, onde recebe as intimações, vem, respeitosamente, perante V. Ex.ª, com supedâneo nos **incisos XXXIV, "a"**; **XXXV**; **LIV**, **LV** e **LVI LXIX** do **art. 5º** da **Constituição da República** c/c as **Lei nº. 12.016/2009**, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL
com pedido de
LIMINAR
Inaudita altera pars

contra ato do Juiz de Direito

FERNANDO LUIZ MENDES CRUZ, nos autos do **processo n°. 2729-84.2016.8.10.0001 (34162016)** que tramita na **7ª. Vara Criminal da Comarca de São Luís – MA**, aduzindo, para tanto, o que se segue:

DOS FATOS

01. O Impetrante foi denunciado nos autos **processo n°. 2729-84.2016.8.10.0001 (34162016)** que tramita na **7ª. Vara Criminal da Comarca de São Luís – MA**.

02. Foi regularmente citado e apresentou resposta.

03. Apresentada a defesa (resposta), o Juízo *a quo*, por meio de decisão de Juiz substituto, não acolheu as alegações contidas na resposta e designou audiência de instrução.

04. Intimado da decisão o Impetrante – por não ter nenhuma razão séria para desconfiar de que os atos do juiz não eram para valer – atendeu a todos os chamados do Juízo *a quo*.

05. Com efeito, não se poderia presumir, imaginar – até porque sobremaneira veiculado na imprensa – que o Juiz que prolatou a decisão e designou audiência de instrução, e dela participou ativamente (doc. 02), não estava investido de poderes para tanto.

06. Contra a decisão prolatada sobre a resposta e que designou audiência somente houve recurso do órgão acusador acerca da exclusão de um dos acusados do polo passivo da ação. Nada mais.

07. Foram quase 15 (quinze) horas de audiência de instrução acerca da qual não restou nenhuma impugnação (recurso) do órgão acusador ou dos denunciados.

08. Na fase de alegações finais o órgão acusador, embora tenha confeccionado todo o processo, requereu e obteve do TJMA prazo em dobro para apresentar os seus memoriais, a alegar que precisava ler o processo e rever os depoimentos nos quais esteve o tempo todo presente.

09. No curso do processo o Juízo fez desmembramento do processo em relação a alguns dos denunciados, atos estes contra os quais não foram interpostos recursos.

10. Em suma, a partir da decisão acerca das respostas apresentadas pelos denunciados até a fase de alegações finais restou incólume e hígido o andamento do processo.

11. Não obstante, num dos processos desmembrados (**processo 42.272/2017**), o Impetrado não gostou de algo (não se sabe do que exatamente) e, por isso, a partir de lá, adonou-se do processo originário (**processo n°. 2729-84.2016.8.10.0001 (34162016**) e, após diversas reprimendas ao Juiz substituto – ressalte-se, sem provocação de absolutamente ninguém – **de ofício**, anulou toda a instrução sob a alegação de que o Juiz substituto **"(...) acabou tumultuando o processo e causando embaraços a ampla defesa e contraditório (...)"**; que o processo penal é regido pelo **"sistema acusatório misto"**; que o juiz deve buscar a **"verdade real"** por meio de **"perguntas complementares"**, **"testemunhas referenciadas"** e **"novo interrogatório"**; que

ocorreu **"desrespeito"** as formas; que ocorreu **"*error in procedendo*"** quando feito desmembramento, na inquirição de testemunhas depois do interrogatório; etc..

12. Com base nos fundamentos acima mencionados, o Impetrado, diga-se novamente, **de ofício**, designou nova audiência de instrução para **"reinstruir o feito"**, e, em substituição ao órgão acusador, arrolou 03 (três) testemunhas. Vide:

> **"(...)**
>
> ***ii) chamo a ordem o feito dos autos originários de número 35162016 e converto o julgamento em diligência para DESIGNAR AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO para o* DIA 21 DE JULHO 2017, ÀS 09:00 HORAS, *para Audiência UMA, de forma a reinstruir o feito, com inquirição de todas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público, testemunhas de defesa, sendo que o rito deve seguir a partir desta Resposta Escrita os réus Jeferson Nepomuceno da Silva e de Delci aparecida Toledo Missiagi Neponuceno da Silva;***
>
> ***iii) Determino que sejam intimadas as testemunhas do juízo:***
>
> 1. ***Tania Lima Diniz, Técnico do TCE, (...);***
> 2. ***Antonio Carlos Silva Júnior, Técnico do TCE, (...);***
> 3. ***Achiles Câmara Ribeiro Júnior, (...)***
>
> **(...)"**.

13. Num ato inominável, o Impetrado decidiu, repita-se, não se sabe porque motivo, agredir o ordenamento jurídico pátrio, portanto o decidido é pratica de ato judicial na contramão da legalidade e juridicidade.

14. A tradução do ato praticado pelo Impetrado é uma espécie de "exercício arbitrário das próprias razões".

15. Dita decisão, *data maxima venia* ou não, cuida-se de decisão **manifestamente inconstitucional**, **ilegal** e, sobretudo, **teratológica**, que implica em violência contra **direito líquido e certo** do Impetrante de lhe ser oferecido prestação jurisdicional dentro de um mínimo de legalidade e juridicidade.

16. **Seja qual for a interpretação que se dê ao ato ora combatido; que se diga que todas pessoas são passíveis de um algum deslize; seja qual for o móvel do ato, a única tradução é que é ato TERATOLÓCICO, verdadeiro ATO DE EXCEÇÃO**.

17. Estes os fatos que importa relatar.

DO CABIMENTO DO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA

18. Reza o **inciso LXIX do art. 5º. da Constituição da República** que **"conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"**.

19. No caso concreto o **art. 5º., II**, da **Lei nº. 12.016/2009**, autoriza a impetração para dar efeito suspensivo ao **RSE** interposto pelo Impetrante.

20. Por intermédio da presente ação constitucional o Impetrante busca decisão judicial que assegure **direito subjetivo constitucional**, **líquido e certo**, de **NÃO SER SUBMETIDO A ATO DE EXCEÇÃO**.

21. Pretende, ainda, seja a ele garantido tratamento condizente com os **preceitos** e **princípios** adiante ditos violados por **ato judicial absolutamente inconstitucional**, **ilegal**, **abusivo** e **teratológico**, perpetrado pelo Impetrado.

22. Os pressupostos e requisitos – subjetivos e objetivos, para o cabimento do *mandamus* ora impetrado, estão presentes, a saber: pretende o Impetrante, proteção a direito certo e líquido contra ato judicial eivado de inconstitucionalidade, ilegalidade e teratologia (ato de exceção) e que, ao fim, constitui abuso de poder, perpetrado por agente público, o Impetrado, direito este que não só ao Impetrante interessa proteger, mas, também, à própria cidadania.

23. No caso sob exame – que é de imputação de prática de ato **inconstitucional**, **ilegal** e **teratológico** e que constitui, dentre outras ilicitudes, **abuso de poder**, o mandado de segurança é o remédio adequado e eficaz.

24. Acerca do tema, **Hely Lopes Meirelles**, leciona que **"Entre *nós*, o *abuso de poder* tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e para seu combate o constituinte armou-nos com o remédio heróico do *mandado de segurança*, cabível contra ato de qualquer autoridade (CF, art.5º, LXIX, e Lei 1.533/51), (...)"** [1].

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 95.

25. Ainda, vale frisar, com **Sérgio Ferraz**, **"(...) que o mandado de segurança é um remédio que tem uma vocação constitucional vertida para salvaguarda ou para restauração do direito em si"**[2].

26. Finalmente, diz-se que a medida judicial adequada para o caso – já que contra decisão **teratológica**, contra a qual **não cabe recurso com efeito suspensivo**, e **manifestamente inconstitucional**, **ilegal** e **abusiva**, é o mandado de segurança. Com efeito, a medida judicial cabível para o caso é o **RSE**, que já foi interposto (doc. 02), todavia não tem ele efeito suspensivo.

27. E a teratologia é escandalosa, pois o Impetrante – à revelia de todos **os princípios** e **preceitos** que adiante se demonstrará vulnerados – além de declarar nula toda a instrução processual, correu para imediatamente designar data em curto espaço e tempo, como se estivesse a praticar ato de império contra o qual ninguém pode reclamar e intangível para as instâncias superiores.

28. Como já se tem decidido corretamente, cabível o mandado de segurança **"(...) <u>CONTRA DECISÃO JUDICIAL, SE DESTA NÃO COUBER RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO E A ILEGALIDADE FOR MANIFESTA</u>"**[3].

29. É de se anotar que o **STF** já entendeu ser legítimo o mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao RSE em desfavor da liberdade, ou seja, se pode numa hipótese dessa, há de poder em favor do acusado, pelo menos pela aplicação dos princípios da isonomia, a igualdade, da paridade de armas. Veja-se o entendimento do **STF**:

> **"(...) 3. "Reveste-se de legitimidade a decisão do Tribunal que, deferindo mandado de segurança impetrado por promotor de justiça, outorga efeito suspensivo a recurso em sentido estrito deduzido pelo ministério público contra ato judicial concessivo de liberdade provisoria" (HC 70392, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/1993, DJ 01-10-1993). (...)"** (HC 108187 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 26-10-2011 PUBLIC 27-10-2011)

[2] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 136.
[3] COSTA, Tito. **Recursos em Matéria Eleitoral**. 8ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 143.

DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

30. O ato do Impetrado e as consequências deletérias que dele advêm – não apenas para o Impetrante, sobretudo para a ordem jurídica, para a imagem do Poder Judiciário maranhense, estão expressos nos atos contidos nas cópias de inteiro teor do processo anexo (**processo n°. 2729-84.2016.8.10.0001 (34162016)**) (doc. 02).

31. **"Hoje está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz"**[4], leciona **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**.

32. **Eduardo Alvin** afirma que **"hoje entende-se, de forma bastante tranqüila, que o direito é líquido e certo desde que não haja dúvida a respeito do quadro fático em que se insere a postulação veiculada no mandado de segurança"**[5].

DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO, CONSTITUCIONAL E LEGAL, DE NÃO SER SUBMETIDO A ATO DE EXCEÇÃO – DECISÃO INCONSTITUCIONAL, ILEGAL ABUSIVA – VIOLAÇÃO PRINCÍPIOS E PRECEITOS CONSTITUCIONAIS, CONVENCIONAIS E LEGAIS

Razões da decisão inexistentes e injurídicas – Pressupostos pré-constitucionais

33. Ao reverso do que afirma a decisão do Impetrado, não ocorreu tumulto no processo e embaraços a ampla defesa e contraditório, já porque não se identifica isso concretamente nos autos (doc. 02), já porque nenhuma das partes lançou mão desses argumentos.

34. A partir da **Constituição de 1988** o processo penal, no **Estado constitucional e democrático de direito** que se tornou o Brasil, não se pode mais falar em **sistema acusatório misto** no processo penal por expressa escolha do constituinte (**art. 129, I**). A evocação do Impetrado desse sistema submeter o Impetrante ato de exceção, portanto, não encontra conformidade constitucional e, por isso, é tese inconstitucional, com requintes manifestos de abusividade. Para não ir muito longe, basta que se mencione que o projeto de lei que cuida do novo Código de Processo Penal, no

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. **Direito Administrativo**. 6ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 510.
[5] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 120.

Livro I, Título I – Dos Princípios Fundamentais, art. 4º, preceitua: **"Art. 4º: O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação."**. Sem sentido, portanto, a tese do Impetrado. Como paradigma da assertiva contrária à afirmação contida na decisão do Impetrado, veja-se recentes decisões do Poder Judiciário brasileiro:

> ***APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO ACUSADO. CRIME DE AUTO ACUSAÇÃO FALSA (ART. 341 DO CP). DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. SENTENÇA CONDENATÓRIA.*** **PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE EM GRAU RECURSAL PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO. SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO SOB PENA DE SUBVERSÃO DAS FUNÇÕES DOS PLAYERS E OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. ***DESNECESSIDADE DE CONHECIMENTO E ANÁLISE DO MÉRITO DA CAUSA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*** *O poder punitivo do Estado-juiz só pode ser exercido se houver pretensão acusatória atual e positiva, oportunidade em que só se analisa o mérito da ação penal se o representante do Ministério Público pugnar pela condenação do acusado (ius ut procedatur), sob pena de ofensa ao contraditório (CF, artigo 5º, inciso LV).* **Caso se condene o réu sobre o qual não paira mais nenhuma pretensão acusatória, estará também o juiz usurpando o locus acusatório do Ministério Público, o que implicará, diante da anômala cumulação das funções acusatória e jurisdicional, em retrocesso ao modelo inquisitorial, conduta essa totalmente inaceitável diante dos direitos e garantias constitucionais que a todos deve interessar proteger e tutelar**. *"Enfim, cabe ao juiz garantir direitos processuais, sem participação na gestão da prova ou em nome da ilusória verdade real. Diversos dispositivos do Código de Processo Penal não foram recepcionados pela CR/88 e várias leis posteriores que alteraram parcialmente suas disposições são inconstitucionais. Exemplificativamente indicam-se: (…) (d) condenar sem requerimento (CPP, art. 385); (…), dentre outros erros democráticos de quem, muitas vezes, fez o concurso errado e não entende que, ou se joga, ou se julga." (ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2016, p. 331). O Ministério Público é órgão uno e indivisível (CF, art. 127, § 1º.), destarte, sua condição de parte ("player") permanece inalterada, tanto para quem exerce as funções em primeiro grau, como na fase recursal. Em havendo conflito de posições acerca da pretensão acusatória, a absolvição é medida que se impõe.* (TJ-SC – 5ª Turma de Recursos, Ap. Crim. Nº 2014.501431-3, de Mafra, Rel. Juiz Uziel Nunes de Oliveira, j em 05/08/2015)

> ***RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – ABSOLVIÇÃO DOS REUS DECRETADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS – VINCULAÇÃO DO JULGADOR – SISTEMA ACUSATÓRIO.*** *I – Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. II* – **O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está a cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor.** *III – Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório. IV* – **A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público**. (TJ - MG. Recurso em Sentido Estreito nº 1.0024.05.702576-9/001, Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 13/10/2009, Data de Publicação: 27/10/2009)

35. Aliás, é bom que se diga que o tal sistema acusatório misto é apenas um mito inventado pelos que não conseguem se desapegar do pré-constituição de 1988. Em suma:

> **"(...)**
>
> **O mito do sistema misto tem que ser descartado, pois é insuficiente. *Vigência* não pode ser confundida com *validade*. É hora de encarar o atual sistema processual como realmente o é, e, a partir daí, realizar**

uma filtragem constitucional do CPP, deixando de lado vários dispositivos arraigados no sistema inquisitório.

Chega a ser lógico: a Magna Carta apresenta-nos um modelo processual democrático, garantista e, portanto, acusatório; o Código de Processo Penal um sistema processual puramente inquisitório. A mescla de ambos é impossível; chega a ser como óleo e água. (...)

(...)"

36. Acerca da **verdade real** buscada pelo Impetrado, é de se dizer que também é incompatível com a **Constituição da República**, haja vista que constitui "método" de origem inquisitorial e, por isso, verdadeiro descompasso com o sistema acusatório e o processo democrático. No dizer de **Salah Hassan Khaled Júnior**[6], **"(...) o argumento da verdade correspondente relativa permanece sendo utilizado para sustentar a busca da verdade pelo juiz, conformando um inaceitável ativismo judicial, que rompe com a estrutura acusatória do devido processo legal, autorizando a busca da condenação a qualquer custo."**. Também é de se dizer, sobre a **verdade real**, que

"(...)

Ah... a realidade. Essa também apareceu em outros momentos marcantes. O ministro relator, Herman Benjamin, voltou a esgrimir o vetusto "princípio" (sic) da verdade real (posso imaginar Lenio Streck, neste momento, acusando dor aguda em virtude de sua LER), como forma argumentativa justificadora do juiz-produtor-de-prova e, igualmente, da necessidade de se considerar todo o material oriundo das delações premiadas obtidas na operação "lava jato", máxime as delações da Odebrecht, no seio da ação eleitoral de "cassação da chapa Dilma-Temer". Ora, como se sabe, a expressão "verdade real" não sobrevive a um exame lógico-analítico primário. É uma expressão vazia. Poder-se-ia afirmar, numa certa tradição carnapiana, que se trata de um enunciado metafísico. A hermenêutica vai um pouco além, mas, mesmo assim, chega a resultado comum: a verdade real é uma expressão que promove um jogo retórico e estilístico, mas não se coaduna com a melhor tradição democrática. Aliás, verdade real e verdade formal são expressões utilizadas para tentar esclarecer o teor da prova no âmbito do processo civil e criminal. Na verdade, estão a indicar o grau de certeza com que se contentaria a análise da prova no âmbito civil e criminal. Não é propriamente

[6] KHALED JR, Salah Hassan (coord.). **Sistema penal e poder punitivo:** estudos em homenagem ao professor Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

com a verdade que se está preocupado aqui. Na melhor forma cartesiana, a ideia é que o processo é um método que pode levar à certeza do que ali se propõem a conhecer (já analisamos essa questão em texto disponível na revista *Novos Estudos Jurídicos*, da Univale). Ora, numa perspectiva democrática, de processo participativo, de contraditório dinâmico, não cabe esse tipo de argumento que ainda se relaciona com a ideia de que o destinatário da prova é o juiz (e não o processo); e que este ente — o juiz — deve fazer, internamente, um juízo de certeza sobre o caso antes de proferir seu julgamento.

(...)"[7]

37. De outro lado, é de se registrar a absoluta impertinência da afirmação de que o Juiz substituto cometeu **"alguns equívocos"**, até porque, repita-se, nenhuma das partes os apontou ou contra eles reclamou (recorreu).

38. Ao reverso do que referido pelo Impetrado, a própria decisão dele é que necessita de intervenção desse egrégio Tribunal porque, somente nela (na decisão do Impetrado), é que se encontra graves motivos que tirou o processo do seu curso normal.

39. Acerca dos supostos ***"error in procedendo"***, repita-se, embora as partes sobre eles nada tenham dito, basta que se diga que nada de ilegal existe no desmembramento de processo e na inquirição de testemunhas depois do interrogatório. Poder-se-ia citar um manancial de doutrina e jurisprudência para descontruir as "teses" do Impetrado, mas não se faz por 04 (quatro) simples razões: **i)** a decisão do Impetrado não aponta nenhum preceito constitucional ou legal violado, **ii)** as partes sobre estes pontos não apresentaram irresignação, **iii)** as partes, no caso concreto, anuíram e, **iv)** por fim, o Impetrado não pode e não poderia ter agido de oficio nesses casos.

40. Dessarte, as razões evocadas pelo Impetrado são inexistes e injurídicos.

41. Entretanto, o ato do Impetrado é pior do que já se alegou até agora, como adiante se passa a demonstrar.

[7] http://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho

Decisão inconstitucional e ilegal – Protagonismo judicial – Solipsismo – Decisionismo – Arbitrariedade – Discricionariedade judicial – Destituição de juiz de sua jurisdição – Cassação de ato do TJMA

42. O ato do Impetrado, segundo a doutrina e jurisprudência que têm como paradigma a **Constituição da República**, o **Estado constitucional e democrático de direito**, por todas razões já alegadas e das demais que virão adiante, cuida-se de protagonismo judicial, solipsismo, decisionismo, arbitrariedade judicial, discricionariedade judicial.

43. O primeiro aspecto a demonstrar isso é que ato do Impetrado destituiu o Juiz substituto Clésio Coelho Cunha de sua jurisdição.

44. Com efeito, mencionado juiz, até que se prove o contrário, atuou no processo de forma legítima a partir de ato de designação do TJMA.

45. E o que é absolutamente grave é que as únicas hipóteses que o juiz pode ser afastado da jurisdição não ocorreram, no caso, auto suspeição ou auto impedimento, morte, aposentadoria, remoção, disponibilidade, acesso ao tribunal de segunda instância, revogação do ato de designação pelo TJMA e recusa pelas partes (**art. 252** e **254** do **CPP**), nesta última hipótese, por reconhecimento do próprio juiz ou das instâncias superiores.

46. Houve, portanto, cassação da jurisdição (poderes e competência do juiz), de todas as decisões ocorridas no curso da instrução (que foram várias) e da independência do juiz substituto, em verdadeira usurpação de poder e competência das instâncias superiores.

47. A carraspana que sofreu o Juiz substituto foi igualmente indevida e inconstitucional (**inciso XII** do **art. 93** da **Constituição da República**).

48. Não há dúvida de que o Impetrado, num ato de império, criou as suas próprias normas para cassar, de oficio, o que praticado e decido por juiz no pleno exercício da jurisdição. Como bem disse o Ministro **Mario Guimarães** (O Juiz e a Função Jurisdicional, 1ª ed., Cia. Editora Forense, págs. 330/331):

> **"Deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injusta. É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicado.**
>
> **Seria o império da desordem se cada qual pudesse, a seu arbítrio, suspender a execução da norma votada pelos representantes da nação. Lembremo-nos, ainda uma vez, de que todo o poder vem do povo e que o povo cometeu aos**

membros da assembleia, e não a juízes, a tarefa de formular as regras jurídicas que o hão de governar. Admitir possa o magistrado tornar prevalente a sua opinião, contra a exarada, por modo lúcido, no texto, seria superpor a sua vontade individual, à da maioria parlamentar, nas democracias, ou a do ditador, nos regimes discricionários"

49. Até aqui só se falou do que representa o ato do Impetrado a título de agressão à **Constituição da República**, ao **Estado constitucional e democrático de direito**, ao **juiz substituto** (Clésio Coelho Cunha) **como servidor público dotado de jurisdição** (**poderes e competências**) e às instâncias superiores.

50. Drásticas, não obstante, são as violações (agressões) perpetradas contra o Impetrante. Para ficar apenas na **Constituição da República**, foram vulnerados os seguintes **princípios**, **garantias** e **preceitos**:

> **Art. 1º. A <u>República Federativa do Brasil</u>, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em <u>Estado Democrático de Direito</u> e tem como <u>fundamentos</u>:**
>
> **II - a <u>cidadania</u>;**
>
> **III - a <u>dignidade da pessoa humana</u>;**
>
> **Art. 3º. Constituem <u>objetivos fundamentais da República</u> Federativa do Brasil:**
>
> **I - construir uma <u>sociedade</u> livre, <u>justa</u> e solidária;**
>
> **Art. 4º. A <u>República</u> Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes <u>princípios</u>:**
>
> **II - <u>prevalência dos direitos humanos</u>;**
>
> **Art. 5º <u>Todos são iguais perante a lei,</u> sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a <u>inviolabilidade</u> do direito à vida, <u>à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade</u>, nos termos seguintes:**
>
> **II - <u>ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei</u>;**

III - <u>ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante</u>;

VIII - <u>ninguém será privado de direitos por motivo</u> de crença religiosa ou <u>de convicção</u> filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

X - <u>são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas</u>, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXXVII - <u>não haverá juízo ou tribunal de exceção</u>;

LIII - <u>ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente</u>;

LIV - <u>ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal</u>;

LV - <u>aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes</u>;

LXXVIII - <u>a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação</u>. (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004)

51. De outro lado, a **segurança jurídica** para o jurisdionado (o cidadão) foi jogada no lixo, pois, se se adotar o ato do Impetrado como prática, nada garante que, porventura no futuro o juiz for substituído por alguma razão legal ou constitucional, o outro que chegar poderá também não gostar da conduta do juiz anterior e, por isso, decidir fazer o recomeço da instrução ou, sabe-se lá, refazer aquilo que lhe der na telha, ou seja, tudo bem ao estilo **protagonismo judicial**, **solipsismo**, **decisionismo**, **arbitrariedade judicial**, **discricionariedade judicial**.

52. Atos como o do Impetrado, quando não absolutamente inexistente (porque efetivamente injurídico), padece de nulidade absoluta. É o que assevera **Ada Pellegrini Grinover**:

"Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc., constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa...

A atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre numa violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública.

SENDO A NORMA CONSTITUCIONAL-PROCESSUAL NORMA DE GARANTIA, ESTABELECIDA NO INTERESSE PÚBLICO, O ATO PROCESSUAL INCONSTITUCIONAL, QUANDO NÃO JURIDICAMENTE INEXISTENTE, SERÁ SEMPRE ABSOLUTAMENTE NULO, DEVENDO A NULIDADE SER DECRETADA DE OFÍCIO, INDEPENDENTEMENTE DE PROVOCAÇÃO DA PARTE INTERESSADA.

(...). RESULTA DAÍ QUE O ATO PROCESSUAL, PRATICADO EM INFRINGÊNCIA À NORMA OU AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE GARANTIA, PODERÁ SER JURIDICAMENTE INEXISTENTE OU ABSOLUTAMENTE NULO: NÃO HÁ ESPAÇO, NESSE CAMPO, PARA ATOS IRREGULARES SEM SANÇÃO, NEM PARA NULIDADES RELATIVAS".[8]

53. Porque bem representa o que ocorreu nos autos, abaixo transcreve-se texto do Juiz de direito **Alexandre Morais da Rosa**[9]:

"Quando o Juiz pensa "esse cara sou eu" e se vale do jeitinho de Procusto

Por Alexandre Morais da Rosa e Giseli Caroline Tobler – 24/05/2015

Bom domingo para quem nos acompanha. A proposta de hoje é repensar o lugar do magistrado e a armadilha de que no processo se indaga sobre sua

[8] GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades No Processo Penal. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 20/21.

[9] **http://emporiododireito.com.br/quando-o-juiz-pensa-esse-cara-sou-eu-e-se-vale-do-jeitinho-de-procusto-por-alexandre-morais-da-rosa-e-gisele-tobler/**

opinião pessoal, ou seja, o magistrado pode ter suas ideias, defender alterações legislativas, promover discussões em blogs, sites, etc., mas não pode negar a autonomia do Direito e confundir seu lugar público, afinal, não foi coroado "reizinho" de sua unidade jurisdicional. Falaremos sobre o mito de Procusto, metáfora do jeitinho e da discricionariedade. A ideia é formar certa lógica com as semanas anteriores nas quais indicamos algumas armadilhas da percepção. (Confira depois aqui: O Efeito Manada no Direito, Cerejas Jurisprudenciais e Doutrinárias, O jurista como um peru na véspera de natal?, Armadilhas da percepção e o cisne negro, Teoria da decisão rápida e devagar, O que podemos aprender com a Psicologia cognitiva)

Na mitologia grega, o personagem Procusto, da historia do herói Teseu, foi um ladrão que assolou a Grécia Antiga. O sádico *Damastes* ou *Polipêmon*, como também era chamado Procusto, hospedava viajantes em sua casa, situada na serra de Elêusis entre Trezena e Atenas, local onde articulava singular procedimento com seus hóspedes: deitava-os em uma cama de ferro que dispunha serrando os pés daqueles que excedessem o tamanho do leito bem como distendendo violentamente as pernas dos que não preenchessem todo o comprimento da cama. Todos acabavam vítimas.

O estratagema utilizado por Procusto era precisamente o fato de possuir duas camas de ferro de tamanhos diferentes, ou seja, nunca um hóspede lograria um perfeito ajuste ao leito, dado que o assassino escolhia sempre aquela divergente a estatura de seu visitante. A artimanha durou até o momento em que Teseu, hóspede de Procusto, percebeu a fraude (modalidade de *doping*, como foi trabalha do no Livro A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal) e o prendeu lateralmente em sua própria cama cortando-lhe a cabeça e os pés. Com isso, impôs um tormento tal como aquele destinado aos viajantes. Teseu venceu finalmente um dos mais bárbaros perigos que o caminho de Atenas já presenciara.

A metáfora via hermenêutica filosófica foi trabalhada por Ricardo Menna Barreto e nos servirá de guia (aqui). Assim é que o personagem Procusto, embora impregnado pelo simbolismo das histórias mitológicas, guarda relação direta com a discricionariedade na tomada de decisão judicial. O gesto simbólico de serrar ou estirar o hóspede de acordo com o tamanho da cama representa nada mais do que o protagonismo individualista – solipsismo – em desconformidade com a autonomia do Direito, como sempre diz Lenio Streck. Pode ser a materialização do jeitinho, do egoísmo, da intolerância e da intransigência da maioria dos julgadores diante das opiniões e posicionamentos alheios, fazendo prevalecer o modelo

"atitudinal" de decisão, ou seja, em que o "jurídico" e o "estratégico" (aqui) são subvertidos em nome da "vontade" do juiz. Como resultado desta tirania intelectual, o "leito de Procusto" nas decisões judiciais pode ser expresso como a "síndrome de Procusto", consequência, principalmente do chamado solipsismo judicial movido pelo "jeitinho hermenêutico".

O solipsismo como doutrina filosófica, anotamos, preceitua que a única realidade existente é aquela decorrente do eu empírico. O sujeito confunde a sua mirada com a do Direito e, por si, sem mais, decide todos os casos como se fosse "Rei de sua Unidade Jurisdicional". Não consegue entender que o exercício do poder judicial não se dá pelas concepções pessoais, nem de que a assunção ao cargo signifique que suas opiniões valerão mais do que o Direito. Aqui reside o ponto fundamental: o magistrado se confunde com a lei. O sujeito solipsista acredita que o mundo exterior e tudo o que nele existe é consequência apenas de seu pensamento automaticamente pré-concebido, bem assim de suas experiências. A existência fora dessa percepção é irreal e ilusória. Comporta-se como uma criança que acredita ser o centro do universo, no seu caso, universo paranoico (Franco Cordero e Jacinto Coutinho – aqui).

Na esfera da tomada de decisão um julgador solipsista não apenas menospreza a imparcialidade, mas também em nome do que acolhe como sendo discricionariamente, própria do positivismo (Lenio Streck), decide como se fosse o mandatário divino. Para este magistrado toda a realidade do processo deriva do que inicialmente idealizou como verdade e tudo o que surgir no decorrer será meramente consequência de sua compreensão acerca daquilo que imaginou. Os fatos são manipulados, flexionados, para caber, com jeitinho, na sua percepção de Procusto. Daí que a alusão ao "leito de Procusto" se refere exatamente a esta tentativa de o juiz sobrepor suas próprias medidas, isto é, sua compreensão (in)consciente em relação a um ponto de vista, forçosamente aos demais e, por vezes, fundamentada simplesmente em pensamentos autocentrados e de cunho pessoal, "como se" habitasse uma exceção do Direito.

Decidir conforme a própria consciência é prática comum que não se restringe apenas aos juízes de primeira instância. Ao contrário, pois é o fundamento recorrente nas apreciações tanto de desembargadores como de Ministros, especialmente pelo matreiro princípio da confiança no "juiz da causa", bem criticado por Juliano Bogo. Lenio Luiz Streck ao citar um trecho do ilustrativo voto do Ministro Humberto Gomes de Barros explicita claramente a discricionariedade resultante em parte desta concepção procustiana: "*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do*

***Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição […]. Decido, porém, conforme minha consciência, precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. […] É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.*"**

Convencer os magistrados que não foram coroados Reis de nenhuma unidade jurisdicional e que sua opinião pessoal não deveria substituir o Direito, cuja autonomia está para além de suas preferências, constitui-se a tarefa a ser buscada. Neste caminhar, todavia, as armadilhas da percepção estão presentes, principalmente porque a maioria não se dá conta de que assim como se fez uma revolução para substituir a noção de Luís XIV de que o "Estado sou Eu", precisamos dizer aos magistrados que o lema "O Direito sou Eu", em voga no solipsismo judicial brasileiro, não é próprio de regimes democráticos. Até porque, bem sabemos que a autonomia do Direito deveria estar para além dos caprichos individuais e, também, lembrar, que se confundir com o Estado, mais dia menos dia, faz perde a cabeça, literalmente ou simbolicamente com a aposentadoria. E se aposentar tem sido um martírio para quem não consegue constituir uma existência dissociada da toga. Cada vez mais a confusão entre ocupar o lugar de juiz e se identificar com a figura precisa ser elaborada, para não cairmos na "Síndrome de Procusto Togado". Em uma frase: O Direito não é o Juiz, embora muitos pensem "*que esse cara sou eu.*" Só que não.""

Inconstitucionalidade e ilegalidade por violação ao juízo natural – Juízo da instrução – Da nulidade absoluta do ato do Impetrado – Segurança jurídica – Devido processo legal

54. O **princípio do juízo natural**, previsto na **Constituição da República**, também é encontrado nos **arts. 8º.** e **10º.** da **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, assim como na **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, ou **Pacto de San José**.

55. Internamente tal princípio é consagrado no **art. 5º.**, **incisos XXXVII** e **LIII** da **Constituição da República**. Vide:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

56. Por atratividade natural, incidentes em conjunto com tais preceitos constitucionais são os seguintes do mesmo **art. 5º.**:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

57. No âmbito infraconstitucional, o princípio da identidade física do juiz hodiernamente está previsto no **CPP** e, por isso, o juiz que presidir a audiência de instrução e julgamento deverá proferir a decisão (**art. 399**, **§ 2º.**). A redação do dispositivo é a seguinte: **"O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença."**.

58. O preceito é expresso: **O juiz e não o juízo**. O ato do Impetrado, dessarte, viola os princípios e preceitos **constitucionais**, **convencionais** e **legais** acima aduzidos quando não encaminhou para o **Juiz da instrução** os autos para que ele sentenciasse, já que o juiz não perdeu a jurisdição de primeira da instância da Capital, não se aposentou etc.

59. No caso, ocorreu verdadeira usurpação de jurisdição e competência do juiz substituto que presidiu a instrução pelo juiz titular, como se o simples fato de ser titular da vara tornasse o Impetrado superior ao juiz substituto.

60. Ocorreu, portanto, múltipla, variada e irradiada violação em todo o sistema de normas vigentes no Brasil (preceitos **constitucionais**, **convencionais** e **legais**).

61. Ensina **Aury Lopes Jr** que **"forma é garantia' e limite de poder. O formalismo tem sentido e significado na perspectiva constitucional, pois a informalidade e o amorfismo são incompatíveis com a estrutura acusatória e o devido processo."**.

62. A jurisprudência dos tribunais pátrios caminha no sentido da validade da regra do juízo natural:

"(...) Nulidade da sentença condenatória. Juiz prolatante sem jurisdição. Férias e convocação para auxiliar a presidência do Superior Tribunal de Justiça. Presidência da instrução e interrogatório dos réus por outro Magistrado. Contrariedade ao princípio do juízo natural. Art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal. Norma processual vigente à época em que os autos foram conclusos para sentença. princípio do efeito imediato. Art. 2º do Código de Processo Penal. Concessão da ordem. Prevê o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. I – Essa norma processual já estava em vigor quando os autos da ação penal questionada no writ foram conclusos para sentença. II – No âmbito do direito processual penal a aplicação da lei no tempo é regrada pelo princípio do efeito imediato, representado pelo brocardo tempus regit actum, conforme estabelece o CPP, art. 2º. III – O fundamento da aplicação imediata da lei processual é que se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atentar mais aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao réu, etc. IV – Havendo a instrução processual, desde o recebimento da denúncia até as audiências de interrogatório dos réus e oitiva das testemunhas, com a abertura dos prazos processuais para produção de provas e alegações finais, sido presidida pelo Juiz Federal Substituto da Vara Federal, e não pelo magistrado que proferiu a sentença, tem-se demonstrada a não observância do preceito processual vigente, notadamente diante de qualquer óbice ou impedimento daquele à época. V – A jurisprudência pátria construída encontra-se em consonância com a tese defendida pelo impetrante, a reconhecer a nulidade da sentença prolatada, com a remessa à autoridade judicial competente, no caso específico o Magistrado que presidiu a instrução processual, com a colheita da prova testemunhal e interrogatório dos réus. Ordem concedida para anular a sentença condenatória. VI – Proferida na Ação Penal nº 2007.84.00.003656-8 (ACR-7412/RN), devendo seus autos, nesta eg. Corte em sede de apelo, serem baixados para outra sentença ser prolatada pelo juiz competente." (TRF 5ª R. – HC 4483/RN – (0014412-71.2011.4.05.0000) – 4ª T. – Relª Desª Fed. Margarida Cantarelli – DJe 15.12.2011)

63. Nulo, de pleno direito, deve ser declarado o ato do Impetrado na via própria, no recurso em sentido estrito.

Da nulidade da decisão por vulneração aos arts. 1º., 4º., 5º., 6º., 7º., 8º., 9º. e 10 do NCPC combinados com o art. 3º. do CPP (violação aos princípios da não surpresa e do contraditório substancial) – Violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório

64. Sem a intervenção/reclamação do órgão acusador, dos acusados e, sobretudo, a partir de um processo desmembrado, que contra o desmembramento absolutamente ninguém reclamou, a ocorrer todas as preclusões, o Impetrado deu cabo a várias decisões (também preclusas) e de toda a instrução.

65. Também por assim proceder, o Impetrado prolatou decisão absolutamente nula, por vulneração aos **arts. art. 1º.**, **7º.**, **9º.** e **10** do **NCPC** (**violação aos princípios da não surpresa e do contraditório substancial**) e violação aos **princípios constitucionais do devido processo legal**, **ampla defesa** e **contraditório**.

Da preclusão

66. Outra matéria que se apresenta como incontroversa é que ocorreu todas as preclusões, a saber: **lógica**, **temporal** e **consumativa**.

67. Segundo o Impetrado existiram/ocorreram **"tumulto processual"**, **"embaraços"**, **"equívocos"**, **"desrespeito à forma"**, **"*error in procedendo*"**, **"temeridade"**, **"precipitação"**, **"afobação"**, ato **"atentatório ao direito"**. Não obstante, os legitimados para tanto (órgão acusador e acusados) silenciaram, até porque, efetivamente, nada disso aconteceu.

68. Este absoluto silêncio, observada a regra do jogo, fulmina o desejo de ventilar a matéria depois de decorridos todos os prazos, ressalte-se, depois até de encerrada a instrução e vencido o prazo para alegações finais, diga-se, até o prazo em dobro obtido pelo órgão acusador.

69. Com efeito, após vencidas a fases de dilação probatória e diligências, e já apresenta as alegações finais pelas partes, o Impetrado – num ato judicial, no mínimo atípico – determinou o reinício da produção de prova e ainda arrolou testemunhas para o próprio Juízo.

70. Tal conduta fere gravemente os **princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal**.

71. Se o próprio Juízo já tinha encerrado a fase de produção de provas, diligências e alegações finais, não poderia reabrir o processo em razão da **preclusão**. Tal conduta somente poderia ser praticada, em grau de recurso, pelas instâncias superiores, ressalte-se, em hipóteses estreitíssimas e provocadas pelas partes.

72. Com efeito, presente a **preclusão temporal**, **lógica** e **consumativa**. Serve como luva para o caso vertente os ensinamentos de **Humberto Theodoro Júnior**[10] sobre o tema, como se vê adiante:

> **"O processo deve ser dividido numa série de fases ou momentos, formando compartimentos estanques, entre os quais o exercício das atividades tanto das partes como do juiz.**
>
> **Dessa forma, cada fase prepara a seguinte e, uma vez passada à posterior, não mais é dado retornar à anterior. Assim, o processo caminha sempre para a frente, rumo à solução de mérito, sem dar ensejo a manobras de má-fé de litigantes inescrupulosos ou maliciosos.**
>
> **Pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena de se perder a oportunidade de praticar o ato respectivo.**
>
> **Assim, a *preclusão* consiste na perda da faculdade de praticar um ato processual, quer porque já foi exercitada a faculdade processual, no momento adequado, quer porque a parte deixou escoar a fase processual própria, sem fazer uso do seu direito."**

73. É do mesmo doutrinador a assertiva de que **"(...) as questões incidentemente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo"**[11].

74. De forma insofismável é ainda as lições de **Humberto Theodoro Júnior** que leciona que **"A preclusão, como adverte Couture, está, no processo moderno, erigida à classe de um princípio básico ou fundamental do procedimento. Manifesta-se em razão da necessidade de que as diversas etapas do processo se desenvolvam de maneira sucessiva, sempre para frente, 'mediante**

---

[10] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 43.

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 548.

fechamento definitivo de cada uma delas, impedindo-se o regresso a etapas e momentos processuais já extintos e consumados".

75. Sobre o tema, o **CPC/73** preceituava o seguinte:

> Art. 183. **Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.**
>
> Art. 245. **A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.**
>
> Art. 471. **Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:**
>
> Art. 473. **É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.**
>
> Art. 500. **Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais.**
>
> Art. 503. **A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.**

76. Do **NCPC**, v.g.:

> **Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.**
>
> **Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.**

77. A regra, portanto, é que **"(...) a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retração"** (STF, Pleno, ACO 142/SP).

78. No âmbito da **Justiça Eleitoral** a regra também é a mesma. No egrégio **TSE** o entendimento é de que **"(...) Após o encerramento da instrução processual não se admite produção de prova. (...)"** (RCED 671 MA (TSE) .

79. Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro a regra é a preclusão (penal, civil, trabalhista, eleitoral etc.).

80. E como já mencionado, **"(...) Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retração"** (STF, Pleno, ACO 142/SP).

81. E nem se pode dizer que o Juízo pode substituir o Ministério Público, já que nem este mais poderia suscitar os supostos **"tumulto processual"**, **"embaraços"**, **"equívocos"**, **"desrespeito à forma"**, **"*error in procedendo*"**, **"temeridade"**, **"precipitação"**, **"afobação"**, ato **"atentatório ao direito"**. É que, como leciona **Roberto Delmanto Júnior**[12]:

> **"Determinadas atividades do "parquet' têm natureza de dever em face da sua qualidade de funcionário público, ao passo que, outras, quando ele atua como parte, possuem a natureza de direito (ônus).**
>
> **Desse modo, as atividades do membro do Ministério Público concernentes à produção da prova, à argüição de nulidades e à interposição de recursos estão sujeitas à preclusão, ao contrário do que ocorre com outras que decorrem de imposição legal, como sucede com o poder-dever de oferecer denúncia, uma vez formada a "opinio delicti', o qual só pode ser atingido pela prescrição em abstrato".**

82. Dessa forma, em razão da **preclusão**, da **violação aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da segurança jurídica e da boa-fé** (**art. 5**, **II** e **LIV** da **Constituição da República**) e violação ao **art. 572**, **I** e **III** do **CPP**, é nulo o ato do Impetrado que reabriu a fase de produção de provas.

[12] Delmanto junior, Roberto. Inatividade no processo penal brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 298.

Preclusão *pro judicato*

83. Principia-se por redizer que **"(...) Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retração"** (STF, Pleno, ACO 142/SP).

84. Mais: no dizer dos doutos, preclusão **"se tratar de um imperativo da segurança jurídica"** e **"preclusão é um dos pilares da jurisdição e da própria justiça"**.

85. Por força do **art. 3º.** do **CPP** combinado com **art. 505** do **NCPC**, é possível dizer que **"Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide (...)"**.

86. **Nelson Nery Jr.**[13] assertoa que **"a perda da faculdade para praticar determinado ato abrange não somente as partes, muito embora estas sejam as principais destinatárias, mas também o juiz, que não poderá decidir novamente a respeito de questões já preclusas"**.

87. Os pronunciamentos dos tribunais são no mesmo sentido:

> **"Em princípio, a decisão que recebe a denúncia ou dá pela absolvição sumária, quando não albergue nulidade absoluta, ou erro material, não está sujeita a retratação operada pelo mesmo juízo que a proferiu. Ela estabiliza o processo e cria situações jurídico-processuais, em virtude da preclusão pro judicato. Nos termos do art. 471 do Código de Processo Civil , c/c art. 3º do Código de Processo Penal , é vedado ao juízo reanalisar questões por ele já decididas."**

88. Aliás, *data maxima venia*, o ato do Impetrado é que incorreu em *error in procedendo*, haja vista que **"Configura error in procedendo, ante a ocorrência da preclusão pro judicato, a prolação de decisão que rejeita a denúncia por ausência de justa causa, se o mesmo órgão julgador já houver proferido, anteriormente, decisão em sentido contrário, reconhecendo a viabilidade da imputação"**.

[13] NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 10a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 446.

89. Em caso semelhante, veja-se como já se decidiu:

> **"No presente caso, entretanto, nota-se a singularidade de que a decisão de absolvição sumária foi proferida em juízo de retratação da decisão anterior e em momento processual absolutamente inadequado, pois os autos já reuniam elementos suficientes para a prolação de sentença de mérito, após inclusive a apresentação de alegações finais pelas partes. 4. Não bastasse o vício que decorre do juízo de retratação sem previsão legal, com afronta à preclusão pro judicato, é patente a invalidade da decisão recorrida por ter sido proferida em fase do processo que não comportava mais o julgamento"**

90. Para todos, e como fecho do presente tópico, transcreve-se entendimentos de tribunais pátrios sobre a matéria:

> **"(...) III - O processo não pode retroceder, deve seguir em frente. Ao juiz é defeso, após receber a acusação, reconsiderar sua primeira decisão, para, então, rejeitar a acusação imposta, sob pena de causar insegurança jurídica a relação processual e a outras que surgirem. Ademais, sobre o exame da admissibilidade operou-se a preclusão logica da matéria. A ação penal tem que prosseguir e ao final, caso surjam no transcorrer da instrução processual, outros elementos que levem ao magistrado a concluir pela improcedência da acusação, deverá o mesmo sentenciar e não antes, se retratando, como ocorreu no caso em exame. Precedentes do STJ e do TJPA; IV- Recebida a peça acusatória e superada a aceitação da acusação ou seu juízo de admissibilidade, deve ser restaurada a decisão acostada às fl. 33 que acolheu a denúncia, retornando os autos ao juízo a quo, para que o feito criminal prossiga normalmente; (...)"** (TJPA – RSE 00047679720118140401 – (170017) – Belém – 2ª T.DPen. – Rel. Romulo Jose Ferreira Nunes – DJe 25.01.2017 – p. 400)

> **"PROCESSUAL PENAL E PENAL: PRECLUSÃO PRO JUDICATO. CRIME DE ESTELIONATO. NATUREZA. QUESTÃO JÁ DECIDIDA POR ESTA CORTE. LIMITAÇÃO DO PODER JURISDICIONAL. ARTIGO 471 DO CPC E ARTIGO 3º DO CPP. ACÓRDÃO EMANADO DO TRIBUNAL. MAGISTRADO VINCULADO AO SEU CONTEÚDO O QUAL SOBREPÕE-SE AO SEU ENTENDIMENTO PESSOAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. PENA IN ABSTRATO. MAIS DE 70 ANOS DE IDADE.**

ARTIGO 115 DO CP. PRAZO REDUZIDO PELA METADE. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO CO-RÉU. I - Da conjugação do artigo 471 do CPC com o artigo 3º do CPP, haure-se que o juiz está impedido de reexaminar questão já decidida anteriormente, porquanto operou-se em relação a ele a denominada preclusão pro judicato. II - Como a questão relativa à natureza do crime de estelionato perpetrado contra a Previdência Social já foi objeto de apreciação pelo Órgão superior, ao magistrado a quo era vedado rediscuti-la, pois, como visto, restou configurada hipótese de preclusão pro judicato, cuja conseqüência imediata no processo é a limitação do poder jurisdicional. III - O acórdão emanado do Tribunal vincula o magistrado ao conteúdo que dele emerge, sobrepondo-se ao seu entendimento pessoal, de sorte que, ao julgador, cabe dar cumprimento ao acórdão. IV - O julgado assentou o entendimento de que o crime de estelionato praticado contra a Previdência Social consistente na percepção de benefício fraudulento, em prestações continuadas, possui caráter eventualmente permanente, de modo que a sua consumação se prolonga ao longo de todo o tempo em que a vantagem supostamente indevida é recebida pelo agente, devendo, o prazo prescricional, ser contado a partir da data da obtenção da última parcela do benefício previdenciário apontado como fraudulento, ou seja, a contar da cessação da permanência nos termos do disposto no artigo 111, III do Código Penal. V - Como a questão sobre a qual se controverte já foi decidida pelo Tribunal, não tendo as partes se insurgido, emerge à evidência que ela não pode mais ser alterada ou modificada, sob pena de nulidade. VI - Conclui-se que o prazo prescricional deve ser contado a partir da cessação da permanência que, in casu, ocorreu em maio de 1998, sendo evidente que não decorreu o lapso temporal necessário para caracterizar a extinção da punibilidade do delito, em razão da prescrição da pena in abstrato, a qual se daria apenas em maio de 2010, por força do artigo 109, III, do CP. VII - Impõe-se anular a decisão recorrida na parte que decretou a extinção da punibilidade dos delitos perpetrados entre setembro/89 e setembro/93. VIII - O recorrido Gilson Ferreira Peixoto nasceu em 21/01/1934, contando com mais de 70 anos de idade, razão pela qual, em relação a ele, o prazo prescricional deve ser reduzido pela metade, ex vi do disposto no artigo 115, do CP. IX - Considerando que, entre a data dos fatos (maio de 1998) e a data do recebimento da denúncia (outubro de 2005) decorreu lapso temporal superior a 06 (seis) anos, impõe-se reconhecer, em relação a Gilson, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, prosseguindo a ação penal em relação a Joaquim Gimenes. X - Recurso do Ministério Público Federal provido para anular, em parte, a decisão recorrida e receber a denúncia em

> **relação a todo o período denunciado e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do crime imputado ao recorrido Gilson Ferreira Peixoto, na forma do expendido, prosseguindo-se a ação penal com relação a Joaquim Gimenes."** (TRF-3 - RSE: 1334 SP 2006.61.81.001334-7, Relator: JUIZA CECILIA MELLO, Data de Julgamento: 07/11/2006, Data de Publicação: DJU DATA:01/12/2006 PÁGINA: 445)

Da inconstitucionalidade e ilegalidade da decisão recorrida por violação aos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima – Da necessária estabilidade, integridade e coerência dos pronunciamentos judiciais

91. O acusado no processo penal não pode e nem deve ser tratado como objeto do processo, disponível que fica para, a cada juiz que intervir no feito, sobre ele dispor da forma que bem entender e quiser.

92. No **Estado constitucional e democrático e de direito**, contra o estado de coisas instaurado contra o Impetrante a partir do ato do Impetrado, imperam os **princípios da proteção constitucional à confiança legítima e de proibição de comportamento contraditório** (*venire contra factum proprium*).

93. **Diga-se de forma mais crua: o acusado no processo criminal não é um objeto inservível da prateleira do juiz que ele manuseado quando, como e da forma que quiser. Ou se cumpre a regra do jogo do Estado constitucional e democrático e de direito, ou é pura tirania**.

94. É da **proteção à segurança jurídica** que decorre tais princípios. **Daniel Sarmento**, em parecer sobre a coqueluche (sem trocadilho) do atual estágio do processo penal brasileiro, a colaboração premiada, diz o seguinte:

> **"(...)**
>
> **Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho:**
>
> ***"(…) a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos do poder público. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos próprios actos".[51]***

O princípio da proteção à confiança visa a preservar expectativas legítimas dos particulares que, agindo de boa-fé, tenham se fiado na manutenção dos atos e das orientações estatais. Como bem resumiu Gustavo Binenbojm, "*tendo agido subjetivamente de boa-fé (boa-fé subjetiva) confiando numa situação digna de confiança gerada pelo Poder Público (standard de comportamento leal e médio que se aproxima da boa-fé objetiva) e tendo orientado a sua conduta em conformidade com essas premissas, não é justo (…) que essa confiança legítima do particular seja frustrada por uma mudança de posição do Estado*".[52]

À semelhança do que se dá em outras democracias constitucionais, o princípio da proteção à confiança legítima vem sendo amplamente reconhecido no Brasil. É vasta, nesse particular, a jurisprudência da Suprema Corte,[53] da qual são exemplos os precedentes abaixo:

***"Admissões realizadas por processo administrativo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e decisão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão de liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público."*[54]**

***"Ora, assim como no direito alemão, francês, espanhol e italiano, o ordenamento jurídico brasileiro revela, na expressão de sua unidade sistemática, e, na sua aplicação, vem reverenciando os princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança, sob a compreensão de que nem sempre se assentam, exclusivamente, na observância da pura legalidade ou das regras stricto sensu.* (…).**

***A fonte da proteção da confiança está aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta e, em consequência, na* ratio juris *da coibição do* venire contra factum proprium*, tudo o que implica vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobretudo o Estado de confiança."*[55]**

De acordo com a doutrina, para que se caracterize afronta ao princípio da proteção da confiança legítima, é necessária a presença simultânea de quatro elementos: (i) que haja uma base objetiva para a confiança; (ii) que a confiança exista subjetivamente para o particular; (iii) que este pratique atos

com base nessa confiança; e (iv) que a confiança seja posteriormente frustrada por ato contraditório do Estado.[56]

Tal como se dá com a confiança legítima, também vigora em nossa ordem constitucional o princípio implícito de proibição do comportamento contraditório, igualmente conhecido pela sua denominação latina: *nemo potest venire contra factum proprium.* O princípio em questão, que tem forte relação com a tutela da confiança legítima, volta-se contra a mudança de comportamento de um agente quando ela implicar frustração da confiança legítima de terceiros.[57] Como consignou Anderson Schreiber, o *"princípio proíbe comportamentos contraditórios apenas na medida em que tais comportamentos possam romper a legítima confiança depositada por outrem na conservação de um comportamento inicial",* tratando-se, assim, de *"um instrumento de consideração dos interesses de todos aqueles sobre quem um comportamento de fato possa vir a repercutir".[58]*

É indiscutível a incidência desse princípio também nas relações jurídicas em que figure o Estado.[59] Aliás, nestas relações ele deve incidir com ênfase especial, haja vista a sua íntima relação com a moralidade administrativa (art. 37, *caput,* CF), que exige dos Poderes Públicos o mais estrito respeito à boa-fé dos particulares. Como assinalou Luís Roberto Barroso, trata-se de impor ao Estado *"o dever de agir com coerência e lógica, respeitando-se as legítimas expectativas dos administrados, criadas em decorrência da observação, por estes, dos comportamentos da própria Administração".*[60]

Vale destacar que a jurisprudência do STF e do STJ vem reconhecendo a eficácia normativa do princípio da proibição do comportamento contraditório, e estendendo a sua incidência aos Poderes Públicos. Nessa linha, veja-se os seguintes precedentes – o primeiro do STF e os dois seguintes do STJ:

"*Cabe enfatizar, de outro lado, que nenhum ato de Comissão de Concurso pode introduzir, no âmbito das relações de direito administrativo entre o Poder Público e os candidatos inscritos no certame, um fator de instabilidade e de incerteza, apto a frustrar, de maneira indevida, legítimas aspirações dos referidos candidatos, especialmente se se considerar a cláusula geral do "*nemo potest venire contra factum proprium*", que, além de consagrar a proibição do comportamento contraditório, traduz consequência derivada dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, que visam obstar, nas relações jurídicas, práticas incoerentes por parte daqueles que incutem em outrem, em razão de conduta por eles adotada (no caso, o Poder Público), expectativas legítimas que, no entanto, vêm a ser posteriormente*

contrariadas em função de uma inesperada mudança de atitude conflitante com a conduta inicial."[61]

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE PROPRIEDADE OUTORGADO PELO PODER PÚBLICO, ATRAVÉS DE FUNCIONÁRIO DE ALTO ESCALÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, OBJETIVANDO PREJUDICAR O ADQUIRENTE: INADMISSIBILIDADE (…)

I- Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios **nemo potest venire contra factum proprium** ***e de que*** **nemo creditur turpitudinem suam allegans" [62]**

"Embora a INFRAERO detivesse plenas possibilidades de unilateralmente não prorrogar o contrato de concessão, sob a proeminência do interesse público, corporificado pela conveniência e discricionariedade, não poderia infundir na recorrida a legítima expectativa de prorrogar por mais 3 (três) anos tão-somente para que aquela aceitasse a celebração do contrato por 8 (oito) meses e 19 (dezenove) dias.

A teoria dos atos próprios ou **venire contra factum proprium** ***tem por escopo exatamente coibir práticas dessa natureza, ou seja, evitar que o contratante que promova determinada expectativa, munido da prevalência de congregar em suas mãos bens de interesse da outra parte, em seguida pratique atos inequivocamente incompatíveis com os anteriormente praticados".[63]***

(...)"

95. Ora, o acusado/impetrante se submeteu a todos os *atos de império* do Estado-Juiz (não acolhimento das teses da resposta, quase 15 horas de audiência de instrução, interrogatório, apresentação de alegações finais), com o dispêndio de tempo e recursos, e, do nada, absolutamente do nada, vem este mesmo Estado-Juiz, pelas mãos do Impetrado, e diz que tudo que ocorreu não tem nenhum valor. Onde encontrar neste ato a boa-fé objetiva, a lealdade processual, o cumprimento da regra do jogo?

96. Dessa forma, resta manifesto que o ato do Impetrado, até não poder (para usar uma frase do Ministro Marco Aurélio), vulnera gravemente os princípios evocados e, por isso, nula de pleno direito.

Da inconstitucionalidade e ilegalidade do ato do Impetrado por violação aos princípios acusatório, imparcialidade jurisdicional e titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público

97. Despiciendo ratificar que o ato do Impetrado – que encontrou supostos vícios na instrução probatória, anulando-a por isso, e arrolou testemunhas – é decisão tomada de ofício, prolatada quando já operado todas as preclusões para as partes e para o Juízo.

98. Numa palavra: o processo estava fechado (selado) e maduro para o ato final e único possível na jurisdição de primeiro grau: a sentença.

99. E mais: sentença esta que somente poderia ser prolatada, naquele momento e até o presente, pelo juiz que fez a instrução.

100. Inobstante, juiz que não participou da instrução tomou para si atribuição de outro juiz e assumiu a posição de órgão acusador e, após essa fusão, adotou o ato atacado.

101. Manifesta é a violação aos **princípios acusatório, imparcialidade jurisdicional e titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público**.

102. No mesmo parecer mencionado no tópico anterior, **Daniel Sarmento** assim se manifesta:

> **"(...)**
>
> **A Constituição de 1988 adotou o sistema acusatório no Processo Penal, caracterizado pela distinção clara entre as tarefas de acusação e de julgamento. Essa "eleição constitucional do sistema acusatório"[69] é identificada pela atribuição ao Ministério Público da titularidade da ação penal pública, no art. 129, inciso I da Carta Magna e também pela previsão, contida no inciso VIII do mesmo artigo, de que cabe ao *Parquet* requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. A opção pelo sistema acusatório também pode ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que tal**

sistema protege a imparcialidade do juiz e a igualdade entre as partes no processo penal.

Com efeito, a separação rígida entre as tarefas de acusar e julgar, própria do sistema acusatório, surgiu em contraposição ao modelo inquisitorial outrora existente, no qual cabia ao juiz exercer papel ativo nas fases de investigação e de acusação. O surgimento de parte autônoma – o Ministério Público – à qual compete acusar, permitiu que o magistrado adotasse posição mais equidistante e imparcial entre as partes do processo.[70] Como salientou Geraldo Prado, "*se na estrutura inquisitória o juiz acusa, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação".* [71] Por sua vez, as partes passaram a suportar o ônus de desenvolver seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações.[72] [73]

Nesse sentido, veja-se fragmento de acórdão da lavra do Min. Luiz Fux:

"1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um "magistrado de garantias", mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a **opinio delicti** ***do Ministério Público. 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, verbis: "Um processo penal justo (ou seja, um*** **due process of law** ***processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microssistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais. (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009)."***.[74]

A imparcialidade do juiz configura, portanto, "*o pilar de sustentação do tríptico do princípio acusatório*".[75] Conforme já destacou o Min. Luís Roberto Barroso, no julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 5.104, uma das projeções mais relevantes da exigência de imparcialidade do julgador *"é o princípio da inércia jurisdicional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar"*.[76] Dito de outro modo, isso significa que o sistema acusatório veda que o juiz avoque para si a prerrogativa de instaurar a ação penal condenatória – ou mesmo de impor a sua instauração –, o que levaria a uma

indevida confusão entre as tarefas de acusar e julgar, fulminante para a exigência constitucional de imparcialidade da jurisdição.

Como já destacado, importante faceta do princípio acusatório se materializa por meio da titularidade, por parte do Ministério Público, da ação penal pública. É em razão dessa titularidade que quando o *Parquet* resolve não prosseguir com determinada investigação ou formular denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito, ao juiz não é dado substituir sua manifestação e instaurar *ex officio* a ação penal. De acordo com o art. 28 do Código de Processo Penal, eventual discordância do magistrado a respeito do juízo emitido pelo Ministério Público permite que ele encaminhe os autos para reexame pela própria instituição.[77] E é só. A avaliação final sobre a pertinência do oferecimento de denúncia, sobre a confirmação do arquivamento ou a continuação das investigações continuará a pertencer ao Ministério Público, que é o *dominus litis*. Confira-se o teor do dispositivo:

"*Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender*".

Verifica-se, assim, que cabe ao Ministério Público "*dizer definitivamente acerca do não ajuizamento de ação penal, isto é, em relação ao arquivamento de inquéritos policiais ou de peças de informação*".[78] Naturalmente, essa prerrogativa do *Parquet* se aplica, inclusive, às investigações e inquéritos conduzidos perante o Supremo Tribunal Federal, mas aqui há uma importante particularidade.

É firme e tradicional a orientação do STF, no sentido de que, sendo o Procurador-Geral da República – que atua perante o STF – o chefe da instituição do MPF, não cabe qualquer controle sobre a sua decisão de não oferecer a denúncia. De acordo com o STF, é do PGR a "última palavra" sobre exercício da ação penal pública nos casos submetidos à sua apreciação. Nesse sentido, registrou o Min. Luís Roberto Barroso, em recente decisão:

"(…) *a jurisprudência consolidou o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo Procurador-Geral, que o juiz não pode determinar o oferecimento de denúncia ou o seu aditamento, nem tampouco realizar diligências investigatórias por conta própria. Esse quadro não se altera nem mesmo nos casos em que o inquérito se desenvolve*

***desde logo perante o Judiciário, por força da existência de foro por prerrogativa de função. Mesmo nessa situação peculiar, o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição*".** [79]

Destaca-se, nessa linha, a existência de vasta jurisprudência no sentido de que os pedidos de arquivamento efetuados pelo Procurador-Geral da República são vinculantes para a Suprema Corte, de que são exemplos os paradigmas abaixo:

"*O art. 129, I, da Constituição da República, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da* opinio delicti***. Como já pontuou o Min. Celso de Mello, 'a formação da*** opinio delicti***' compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia" (HC 68.242/DF, 1ª Turma, DJ 15.03.1991). Apenas o órgão de atuação do Ministério Público detém a*** opinio delicti ***a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal (Inq-QO 2.341/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 17.08.2007)*".** [80]

"*Na hipótese de existência de pronunciamento do Chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a* opinio delicti ***a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assevera que o pronunciamento de arquivamento, em regra, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal*".** [81]

O Plenário do STF, no âmbito da AP 470, chegou, inclusive, a afirmar o caráter "juridicamente impossível" de pedido formulado ao Tribunal para que determinasse ao PGR o oferecimento de denúncia: "*Ademais, o pedido de que este Tribunal determine que o Procurador-Geral da República denuncie o Presidente é juridicamente impossível*".[82] "

Da inconstitucionalidade e ilegalidade do ato do Impetrado de arrolar testemunhas – Violação ao princípio acusatório – Perda da imparcialidade processual

103. A partir do momento em que o Impetrado adota a conduta de arrolar testemunhas, que ele diz ser dele, rompe, indelevelmente, o princípio acusatório e assume a posição de juiz inquisidor, posição que já está sepultada pela ordem constitucional vigente.

104. Juiz não pode assumir a iniciativa probatória. É o que diz o **STJ**:

> **"Processo penal (natureza). Provas (produção). Iniciativa (juiz/Ministério Público). Magistrado (imparcialidade). 1. É acusatório, ou condenatório, o princípio informador do nosso processo penal, daí, então, ser vedado ao juiz o poder de investigação. Cabe à acusação a prova da culpabilidade do réu. 2. Incumbe ao juiz, é verdade, dirigir o processo, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento, não lhe sendo lícito, também é verdade, substituir a acusação. Permitido lhe é, isto sim, auxiliar a defesa, tal o eterno princípio da presunção de inocência: "ninguém será considerado culpado..." 3. Pode o juiz ouvir outras testemunhas (Cód. de Pr. Penal, art. 209), porém não o pode fazendo as vezes da acusação, substituindo-a, em caso, como este, em que não havia testemunhas a serem inquiridas, porque não havia testemunhas arroladas pelo Ministério Público (tampouco pela defesa). 4. São diferentes iniciativa probatória e iniciativa acusatória, aquela é lícita, claro é, ao juiz em atitude complementar - por exemplo, tratando-se de diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (atual art. 402). 5. Já a iniciativa acusatória - o desempenho das funções que competem a outrem - bate de frente com princípios outros, entre os quais o da imparcialidade do julgador, e o da presunção de inocência do réu, e o do contraditório, e o da isonomia. 6. Ordem concedida a fim de se anular o processo desde quando se determinou a inquirição."** (STJ - HC: 143889 SP 2009/0150059-3, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 18/05/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2010)

105. **"Deste modo, conforme pode se notar, o sistema acusatório é aquele no qual há o maior respeito às garantias do acusado. <u>O julgador não é o mesmo que acusa. Seu papel é pré-definido de modo a evitar incongruências sistêmicas que acarretem em prejuízo contra o acusado. O juiz é um terceiro</u>**

imparcial, desempenhando papel de garantidor, jamais producente da gestão de provas, já que, conforme evidencia Alexandre Morais da Rosa[4], "*no* (sistema) *Acusatório essa responsabilidade é dos jogadores, sem que possa promover sua produção*". Enfim, é um sistema garantidor, oportunizando ao acusado todos os meios inerentes à sua defesa, presumindo-o como inocente até que haja eventual condenação em definitivo.".

106. **"Enfim, cabe ao juiz garantir direitos processuais, sem participação na gestão da prova ou em nome da ilusória verdade real. Diversos dispositivos do Código de Processo Penal não foram recepcionados pela CR/88 e várias leis posteriores que alteraram parcialmente suas disposições são inconstitucionais. Exemplificativamente indicam-se: (…) (d) condenar sem requerimento (CPP, art. 385); (…), dentre outros erros democráticos de quem, muitas vezes, fez o concurso errado e não entende que, ou se joga, ou se julga."** (*ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2016, p. 331*).

***A contrario sensu* – Constitucionalidade e legalidade da instrução e atos decisórios declarados nulos pelo ato do Impetrado**

107. Do lado oposto do que afirmado na decisão do Impetrado encontra-se tudo quando "desfeito" por esta decisão.

108. Com efeito, todos os atos decisórios, e a própria instrução, transcorreram sem nenhuma mácula. Tanto que os legitimados a impugnar não o fizeram.

109. É regra do **CPP** que a separação (desmembramento) é faculdade do juiz que preside o processo (**art. 80** do **CPP**). Se o juiz que estava legitimamente a presidir o processo reputou conveniente a separação, não pode outro da mesma instância, sem irresignação manifesta das partes, após decorridos todos os prazos para eventual impugnação, submeter o outro a uma reprimenda, sobretudo porque descabida e, pior, a violentar direito dos acusados, dentre eles o Impetrante.

110. Para ficar apenas num paradigma, no famoso **Mensalão** houve desmembramento do processo no dia do julgamento do mérito, no caso, do acusado Carlos Alberto Quaglia.

111. Certo é afirmar, como tem decidido os tribunais, que não existe nenhuma irregularidade/ilegalidade no desmembramento tal como aconteceu nos autos. Para as hipóteses lançadas no ato do Impetrado, veja-se como têm se pronunciados as instâncias superiores (**STF**, **STJ** e **TRF1**):

"Desde que submetidos ao mesmo juízo, pode o magistrado utilizar-se da faculdade de não reunir processos conexos, por força do que dispõe o art. 80 do CPP." (HC nº 80.717/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 5/3/04).

"(...) 7. Não há que se falar em cerceamento de defesa, em razão do desmembramento do processo, uma vez que as providências tomadas pelo MM. Juiz a quo, no decorrer da instrução processual, visaram claramente possibilitar a regular tramitação do feito e assegurar aos réus o mais amplo exercício de suas prerrogativas, dentre as quais a ampla defesa e o contraditório. (...)" ((TRF 1ª R. – ACr 2004.41.00.002571-4/RO – 4ª T. – Rel. Juiz Fed. Klaus Kuschel – DJe 10.06.2009)

"(...) 5- No caso, a circunstância de tratar-se de feito complexo, com a presença de vinte e quatro denunciados e vários fatos delituosos a apurar, aliada à ausência de desídia do judiciário, que desmembrou o feito em relação aos corréus que não foram citados e designou audiência de instrução e julgamento para o dia 7/2/2017, não há que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo. 6- Writ não conhecido, ante a incidência da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, devendo ser cassada a liminar anteriormente deferida." (STJ – HC 376.323 – (2016/0282195-9) – 6ª T. – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 14.03.2017 – p. 1632)

112. Ademais, todos os atos declarados nulos pelo ato do Impetrado foram praticados na forma do **art. 251** do **CPP**, no caso, cuidou o juiz de prover a regularidade do processo. Salvo algum motivo não revelado no ato do Impetrado, impossível encontrar nulidade em tais atos.

113. A instrução ocorreu pela simples aplicação do **art. 399** do **CPP**, no caso, o juiz que detinha legítima jurisdição decidiu acerca das respostas apresentadas pelos acusados e, no mesmo ato, designou a audiência, **"(...) ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público (...)"**.

114. Tangente à celeuma do descumprimento do **art. 400** do **CPP**, *data maxima venia*, é simplesmente inexistente, já porque alcançada por todas preclusões, já porque não suscitada por nenhum dos acusados, já porque sequer celeuma é porque é fala de uma só pessoa, do Impetrado.

115. Importante registrar que os eventuais prejudicados, os acusados, anuíram com o ato processual (oitiva de testemunha após o interrogatório) e, ao

final, sequer alegaram qualquer nulidade, em respeito a lealdade processual e boa-fé objetiva. Em processo que o próprio acusado alegou nulidade, o **STJ** assim decidiu:

> ***"(...) 2. O moderno sistema processual penal exige, para o reconhecimento de nulidade****, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, vigorando a máxima 'pas de nullité sans grief', a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, o que não se verificou na espécie."* (**REsp 1.383.791/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE – **grifei**)

116. Para além da manifesta inexistência de prejuízo, de todas as preclusões, da anuência dos acusados com o ato processual, da absoluta ausência de impugnação e da incidência ao caso do **art. 563** do **CPP** (acerca do qual a defesa tem muitas restrições), há fato relevantíssima que precisa ser dito: a fala da testemunha a ser ouvida depois dos interrogatórios era apenas a ratificação do que já dito por ela, no caso, o processo teve início por representação criminal subscrita pela testemunha. O testemunho era o mais do mesmo, ou seja, simples ratificação e acusações atécnicas e levianas de adversário político dos acusados. De se notar e anotar, ademais, que a oitiva da testemunha foi designada na forma do **art. 222**, **§§ 1º.** e **2º.**, do **CPP**.

117. Não ocorreu nenhuma das hipóteses de nulidade do **art. 564** do **CPP**.

118. Mais: **"Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse."** (**art. 565** do **CPP**).

119. Acrescente-se que **"Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa"** (**art. 566** do **CPP**).

120. As nulidades encontradas pelo Impetrado, por outro lado, somente foram aventadas depois do prazo do **inciso II** do **art. 571** do **CPP**.

121. Por fim, na absurda hipótese de que tenha havido alguma nulidade, estavam todas elas superadas pelo que preceitua o **art. 572**, **I**, **II** e **III** do **CPP**.

DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR – DA PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*

122. Tangente ao ***fumus boni iuris***, tudo quanto acima restou dito é esteio assaz para identificá-lo.

123. No que toca ao ***periculum in mora***, basta dizer que por um dia que se protrai, por um instante que seja, torna irrecuperável – em definitivo, o tempo de incidência dos efeitos dos atos deletérios do Impetrado. A mácula por ele registrada é inapagável.

124. De outra parte, suspenso o ato apenas na decisão final – sabido que a partir do ato do Impetrado ocorrerá **nova audiência de instrução no dia 21 de julho de 2017**, há dano irrecuperável sob esse aspecto. Urgente, portanto, sustar os efeitos deletérios do ato (decisão).

125. Ademais a liminar é da própria natureza do mandado de segurança. **"A liminar não é uma liberalidade da Justiça"**.

126. Mais: é mandamento do **art. 7º., inciso III**, da **Lei 12.016/2009**, que **"Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:" "<u>que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida</u>, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica"**.

127. É o caso dos autos, pois, embora haja diversos fundamentos relevantes, se se for esperar o deferimento final do pleito de suspensão dos efeitos do ato do Impetrado, a decisão final restará ineficaz, porquanto terá ocorrido sobreposição de instrução processual e, quiçá, sentença.

128. Sobre a garantia constitucional do mandado de segurança **Eduardo Alvim** ensina que **"O mandado de segurança existe exatamente para que o impetrante não tenha de se contentar, em face da hipótese concreta, com perdas e danos, e, portanto, tende à preservação da possibilidade de fruição daquilo que o impetrante especificamente pleiteia perante o Judiciário"**[14].

129. Já sobre a liminar, diz o mesmo doutrinador: **"Com efeito, se o mandado de segurança, pela própria filosofia do legislador constituinte, é um instrumento diferenciado não para garantir a reparação do dano experimentado pelo impetrante, mas para evitar que o dano seja perpetrado (garantia *in natura*), evidentemente a liminar assume foros de máxima importância à preservação da**

[14] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 122.

própria eficácia desta ação"[15]. **"Por esta razão, entendo que a liminar é inerente à garantia constitucional do mandado de segurança"**[16].

130. Acerca da liminar em mandado de segurança, **Sérgio Ferraz** aduz que **"A liminar está encartada no mandado de segurança que, por seu turno, tem acento constitucional"**[17]. **"Pode-se afirmar que o aspecto mais singular na etiologia do mandado de segurança é o de ser um remédio específico. Ele não se conforma com a simples alocação nos escaninhos dos remédios que dão satisfações, tutelas ou prestações substitutivas. O mandado de segurança é um remédio dedicado à salvaguarda, à manutenção e à integridade do próprio direito que esteja sendo ameaçado. Ele não se satisfaz com as fórmulas meramente reparatórias"**[18]. **"O mandado de segurança é muito maior que os atos contra os quais se dirige. É muito maior que toda a gama de autoridade, de majestade que as autoridades coatoras possam afirmar ter, (...)"**[19].

131. Dos requisitos para a concessão da liminar, é ainda **Sérgio Ferraz**[20] que assevera o seguinte:

> **"Na medida em que a petição inicial se apresenta legível, coerente e adequada, entendo que do mero juízo inicial de sua admissibilidade, pela simples não rejeição liminar da petição inicial, o requisito do relevante fundamento está cumprido. (...) Se a petição inicial não é inepta, se não se apresenta desprovida das bases fundamentais de natureza jurídica para o seu processamento, o dado da relevância do fundamento está devidamente preenchido.**
>
> **Caminho agora para o outro requisito, cuja presença deve ser verificada para a concessão da liminar: o da possibilidade da frustração ou da ineficácia da decisão judicial. Esse é um dado relevantíssimo não só para o interessado, não só para a parte, mas também para a própria prestação jurisdicional. É esta afirmação que os juízes, às vezes, não conseguem ou não**

---

[15] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 123.
[16] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 123.
[17] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 135.
[18] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 137.
[19] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 137.
[20] **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (Coordenadores). 1ed. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 143-145.

querem compreender. A efetividade da decisão judicial relaciona-se com o jurídico. Um ordenamento jurídico cuja sentença só valha como um papel que deve ser emoldurado e pregado na parede é nada, não é o Estado Democrático de Direito que a Constituição prestigia. É imperioso que as sentenças judiciais criem uma nova situação jurídica a partir dela. Isso é a própria razão e essência da majestade do Poder Judiciário, é a própria razão e essência da existência do ordenamento jurídico. Portanto, a possibilidade de ineficácia da medida não interessa apenas à parte, mas interessa também ao julgador, para que sua sentença não caia, a final, no vazio".

132. É plenamente exeqüível, por este egrégio Tribunal, a concessão de medida liminar, para garantir o imediato exercício dos direitos e garantias constitucionais e legais e suspender os efeitos do ato do Impetrado, ambos amplamente expostos, por ser relevante o fundamento apresentado e pelo perigo de que a demora na prestação jurisdicional resulte na ineficácia da medida, caso seja deferida quando do julgamento final do presente *mandamus*, consoante se extrai da doutrina acima transcrita.

133. De fato, a evidência da fumaça do bom direito deflui claramente das próprias razões fáticas e jurídicas que embasam a presente ação, uma vez que os fatos e as provas apresentadas demonstram que houve nítida ofensa a direitos públicos subjetivos do Impetrante, ressalte-se, ofensa essa causada por ato **inconstitucional**, **ilegal** e **abusivo**, assim como **eminentemente teratológico**.

134. Tangente ao perigo da demora, decorre da conclusão lógica de que, no caso, há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

135. Desse modo, é de se requerer a concessão da liminar, tendo em vista a presença simultânea dos requisitos autorizadores da tutela de urgência, eis que relevantes os fundamentos da impetração e a possibilidade de ineficácia da decisão se somente concedida no final do processo (possibilidade de lesão irreparável).

DO PEDIDO

Do pedido de liminar

Diante de todo o exposto e ponderado, requer que Vossa Excelência se digne de receber a presente Ação Constitucional, para conceder, *initio litis* e *inaudita altera pars*, a medida **LIMINAR** pleiteada, para **suspender os efeitos do ato (decisão) do Impetrado** e, por conseguinte, **(i) suspender a audiência de instrução designada para o dia 21 de julho de 2017** e o **(ii) sobrestamento do processo até o julgamento final do presente *mandamus***.

Pede, outrossim, que seja registrada, no corpo do ofício/mandado liminar, a advertência de que o não cumprimento imediato da medida urgente caracteriza flagrante delito de crime de desobediência e/ou prevaricação.

Do pedido meritório

Requer, ao final, que seja confirmada a liminar e julgado procedente o pedido para conceder a segurança pleiteada, em caráter definitivo, para **dar efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito** interposto pelo Impetrante, assim como os efeitos deles decorrentes sobre o ato do Impetrado, haja vista que **manifestamente inconstitucional**, **ilegal**, **abusivo** e **teratológica**.

Dos demais requerimentos

Seja o Impetrado notificado para, querendo, prestar as informações, caso seja este seu intento.

Requer, ainda, a citação do Estado do Maranhão, na qualidade de litisconsorte necessário, para compor o polo passivo da lide, caso bem assim entenda.

Pede, por fim, seja ouvido o ilustre representante do Ministério Público Estadual, **"*parte pública autônoma* incumbida de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo"**.

Dá-se à causa o valor de R$ 300,00 (trezentos reais).

Nestes termos,
pede deferimento.

São Luís (MA), 14 de julho de 2017.

P.p.
Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo
OAB/MA – 5166

P.p.
Samira Teresa Duailibe Murad
OAB/MA – 15670