

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



**DEPARTAMENTO DE DIREITO
DOUTORAMENTO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DA SENTENÇA PENAL
TRANSITADA EM JULGADO**

Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito

AUTOR: Herbert de Souza Cohn.

ORIENTADOR: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário.

NÚMERO DO CANDIDATO: 20131398.

Outubro de 2018

Lisboa

Agradecimento aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Lisboa, com relevância ao Professor Orientador Doutor Pedro Trovão do Rosário, que contribuíram com os seus ensinamentos para a elaboração da presente tese investigatória.

Lisboa

2018

RESUMO

Este estudo investigativo trata das características do caso julgado e sua controvérsia em face do instituto da revisão criminal, a partir do perfil analítico-constitucional. Não se trata de um rigoroso estudo comparativo, mas de uma desafiante reflexão de homogeneidade e elementos inconciliáveis. Em síntese, o objetivo do trabalho investigativo é o exame do instituto do caso julgado material, que assegura a estabilidade e a segurança jurídica no ordenamento legal, inserida na Constituição da República portuguesa e na Constituição Republicana brasileira e sua controvérsia no contexto, com outro instituto relevante, que é a revisão criminal, em suas zonas de alinhamento e zonas de distinções, numa escala analítica, não se omitindo no objetivo maior, que é a decisão ou proposta para a solução desse problema constitucional controvertido. Para tanto, leva-se em consideração a segurança jurídica do caso julgado, a sua rigidez e as condições circunstanciais, para verificar se pode ser relativizada, em face do instituto da revisão criminal extraordinária, relevante garantia constitucional do cidadão. O reexame do processo transitado em julgado pode criar um problema institucional, que é a permanente insegurança jurídica de casos julgados, impondo à investigação um exame hermenêutico e uma proposição possível e realizável para a solução do problema conflitante, entre os institutos do caso julgado e da revisão criminal, direitos fundamentais internacionais, aparentemente em colisão. A contribuição científica da presente investigação é preservar os valores democráticos numa sociedade, partindo da premissa geral de que o cidadão, em tese, tem a tendência de se insurgir em face da sentença que lhe atribui uma condenação, sob o manto do caso julgado, socorrendo-se do instituto da revisão criminal, em aparente conflito com o princípio do caso julgado, garantidor da segurança jurídica. Não se tem a ousadia, com as proposições inovadoras, de eliminar integralmente o conflito, observando sempre a epistemologia do tema conflitante da imutabilidade da sentença e estabilidade da segurança jurídica e à inconstitucionalidade, nulidade ou injustiça da sentença criminal, apresentando ao problema a melhor solução que preserve tais direitos fundamentais constitucionais no sistema judicial: a estabilidade e intangibilidade da sentença penal transitada em julgado, sem afastar a possibilidade excepcional da sua revisão, quando caracterizada afronta à ordem jurídica, num critério positivista, mas prestigiando, também, o ideal de justiça, num critério jusnaturalista. Nesse sentido, a presente investigação está dividida em capítulos, num

estudo referencial comparado relevante dos sistemas jurídicos português e brasileiro, onde a conclusão é uma consequência das premissas, em linhas dedutivas estabelecidas., alicerçado num positivismo moderado, sem se afastar dos fundamentos do jusnaturalismo do ideal de justiça, conforme os ensinamentos na hermenêutica constitucional de Konrad Hesse, nos seus estudos escritos de direito constitucional. Claro, caberão aos juristas, a recepção crítica e debates das ideias aqui expostas, mas seguramente reconhecerão à importância desta proposta como grande contribuição científica na problemática sustentada, visando a consolidação do Estado de Direito.

Palavras-chave Sentença Penal. Caso Julgado. Segurança Jurídica. Revisão Criminal. Justiça. Relativização Proposições Inovadoras.

ABSTRACT

This investigative study addresses the characteristics of *res judicata* and its controversy in view of the established rule of criminal revision based on the constitutional analytical profile. It is not a rigorous comparative study, but a challenging reflection of homogeneity and irreconcilable elements. In summary, the purpose of this investigative work is the examination of the established principle of the material *res judicata*, which ensures stability and legal certainty in the system of laws, inserted in the Constitution of the Portuguese Republic and in the Brazilian republican Constitution and its controversy in the context, with another relevant established rule, which is the criminal revision, in its zones of alignment and distinctions, on an analytical scale, not disregarding the greater purpose, which is the decision or proposal for the solutions of this controversial constitutional problem, taking into account the legal certainty of *res judicata*, its stringency and the circumstantial conditions it can be relativized, in the face of the established rule of extraordinary criminal revision, relevant constitutional guarantee of citizens, re-examining before the Citizens State, re-examining the decision made final and unappealable, creating an institutional problem, which is the permanent legal uncertainty of *res judicata*, imposing on the investigation a hermeneutical examination and a possible and feasible proposition for the solution of the conflicting problem between the established principles of *res judicata* and criminal revision, with natures of fundamental rights, inserted in a restricted nucleus of constitutional precepts and of international laws, seemingly in collision. The scientific contribution of this investigation is to preserve the democratic values in a society, starting from the general premise that, in theory, citizens tend to rebel against the court decision, which results in an adverse judgment, under the guise of *res judicata*, taking advantage of the established principles of criminal revision, in apparent conflict with the principle of *res judicata*, guarantor of legal certainty. We do not have the boldness, with innovative proposals, to totally eliminate the conflict always observing the epistemology of the conflicting theme of the immutability of the court decision and stability of the legal certainty and the unconstitutionality, nullity or injustice of the criminal decision, presenting the best solution to the problem that preserves both fundamental constitutional rights, of stability and intangibility of the criminal decision made final and unappealable without excluding the exceptional possibility of its revision, when it confronts the legal order in a

positivist criterion, but also privileging the ideal of justice in a natural law criterion. In this sense, the present investigation is divided into chapters, in a relevant comparative reference study of the portuguese and brazilian legal systems, where the conclusion is a consequence of the premises in established deductive lines, underpinned on a moderate positivism, without putting aside the foundations of natural law of the ideal of justice, according to the teachings in the constitutional hermeneutics of Konrad Hesse, in his studies, writings of Law Constitutional. Of course, the critical reception and debates of the ideas exposed herein will be up to the jurists, but we are sure they will recognize the importance of our proposal as a major scientific contribution to the sustained problem, aiming at consolidating the Rule of Law.

Keywords: Criminal Decision. Res Judicata. Legal Certainty. Justice. Criminal Revision. Justice. Relativization. Innovative Propositions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 CAPÍTULO 1 - O CASO JULGADO, A SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	 031
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CASO JULGADO	031
1.2 SEGURANÇA JURÍDICA E CASO JULGADO	058
 CAPÍTULO 2 - INSTITUTO JURÍDICO DO CASO JULGADO NO DIREITO PENAL.....	 067
2.1 BREVE HISTÓRIA DO CASO JULGADO	069
2.2 CONCEITO E FUNDAMENTOS DO CASO JULGADO	087
2.3 TEORIA DO CASO JULGADO	103
2.4 TIPOS DE CASO JULGADO: FORMAL E MATERIAL	110
2.4.1 Caso Julgado Formal.....	111
2.4.2 Caso Julgado Material	116
2.5 LIMITES À PROTEÇÃO DO CASO JULGADO	117
2.5.1 Limites Objetivos do Caso Julgado.....	119
2.5.2 Limites Subjetivos do Caso Julgado	124
 CAPÍTULO 3 - SENTENÇA JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL NO DIREITO PORTUGUÊS E NO DIREITO BRASILEIRO COMPARADO	 126
3.1 CONCEITO E REQUISITOS DE VALIDADE DA SENTENÇA PENAL: DIREITO COMPARADO PORTUGUÊS E BRASILEIRO	131
3.2 SENTENÇA PENAL NO DIREITO PORTUGUÊS.....	155
 CAPÍTULO 4 - REVISÃO DA SENTENÇA PENAL NO DIREITO COMPARADO	 164
4.1 HIPÓTESES DE REVISÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: APELAÇÃO CRIMINAL E REVISÃO CRIMINAL	165

4.1.1	Recurso em Matéria Criminal na Instância Ordinária no Direito Comparado Luso e Brasileiro	170
4.1.2	Revisão Criminal	184
4.2	REVISÃO DA SENTENÇA PENAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS	202
4.3	SENTENÇA PENAL E CASO JULGADO NO DIREITO EUROPEU	219
4.3.1	Sentença Penal na Carta Europeia de Direitos Fundamentais	219
4.3.2	Revisão da Sentença Penal nos Tratados Comunitários Europeus.....	222
4.4	REVISÃO CRIMINAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	226

CAPÍTULO 5 - A REVISÃO DA SENTENÇA PENAL E SUA RELATIVIDADE: PONDERAÇÃO EM RELAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA		230
5.1	PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DA SENTENÇA PENAL TRANSITADA EM JULGADO	231
5.2	A SEGURANÇA JURÍDICA E SUA PONDERAÇÃO, EM FACE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONEXOS.....	275

CAPÍTULO 6 - DIREITO CONSTITUCIONAL DE RESISTÊNCIA.....		300
---	--	-----

CAPÍTULO 7 - PROPOSIÇÕES JURÍDICAS SOBRE A REVISÃO DA SENTENÇA PENAL: REDUÇÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS CONSOLIDANDO O CASO JULGADO E A SEGURANÇA JURÍDICA - TESE.....		306
--	--	-----

CAPÍTULO 8 - EPÍLOGO CONCLUSIVO		319
---------------------------------------	--	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		331
DOCTRINA		331
JURISPRUDÊNCIA.....		350
LEGISLAÇÃO		356

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar a teoria do caso julgado e toda sua complexidade, fixando suas premissas, natureza jurídica, bem como as principais características e efeitos no plano constitucional e infraconstitucional.

Para tanto, no desenvolvimento do tema são examinados o instituto do caso julgado, suas origens, conceitos e elementos relevantes com conceitos teóricos que sustentam a presente tese. Desde logo, ressalta-se que, na estabilização da relação jurídica judicial, o caso julgado desempenha papel fundamental, diante da indiscutibilidade das decisões de mérito judicial, mesmo que a justiça do julgado seja discutível, pois no equilíbrio e ponderação dos valores privilegia a estabilidade processual, mesmo porque, “no tema do objeto litigioso, à indiscutibilidade para atingir à estabilidade decorrente da autoridade do caso julgado é fundamental” em nome de uma fronteira temporal do litígio, registrando que nos sistemas jurídicos português e brasileiro para que uma decisão tenha a natureza de caso julgado, a decisão tem que transitar em julgado, numa uniformidade da ordem jurídica, com harmonia entre as normas. Ressalva-se que há concepções de que há uma linha na literatura jurídica que sustenta que o caso julgado deve ser originado de uma sentença justa para ter legitimação, como defende o jurista português Antonio Manuel Hespanha¹.

Na definição conceitual do caso julgado, analisa-se o litígio com definitividade, estabilidade e intangibilidade da sentença, criando segurança jurídica, pois referidos requisitos são essenciais para efeito do caso julgado, nos limites subjetivos e objetivos, para a formação da *res judicata*, que em regra tem a qualidade da imodificabilidade substancial da sentença, vedando que se julgue novamente, cujo conteúdo seja igual objeto e partes iguais. A partir de tais premissas, o caso julgado é examinado dentro dos contornos jurídico-positivos, numa visão científica do processo penal, no sentido de evitar insegurança jurídica e instabilidade da sentença

¹ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 197. No mesmo sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. **Sulla cosa giudicata**: saggi di Diritto Processuale Civile. Vol. 02. Roma: Società Editrice, 1931. p. 405; SEIÇA, Alberto Medina de. **A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 965 e ss.; NEVES, António Castanheira: **A unidade do sistema jurídico**: o seu problema e seu sentido. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, 1979. p. 183.

transitada em julgado, equilibrando a teoria do caso julgado e as hipóteses de sua revisão criminal, de modo equilibrado e ponderado, dentro do princípio legal, com ideia de proporcionalidade e com a clarificação do tema controvertido, o qual será refletido o manto da indiscutibilidade do caso julgado material e seu limite de invulnerabilidade, quando está diante do instituto da revisão criminal, pois as duas vertentes estão no nível de direitos fundamentais e tem grau constitucional, sendo questão central do processo exigida na abordagem do presente trabalho, em linhas gerais do intérprete, o exame dos aspectos constitucionais relevantes para o estudo investigativo.

A investigação, como já salientado, averigua a relação do caso julgado no plano constitucional e no ordenamento infraconstitucional, com relevância em face da legislação processual penal, mormente na harmonização com os precedentes judiciais, mesmo porque a sociedade defende decisões legitimadas e justificadas, no exercício da *jurisdictio*² e procura contribuir cientificamente com soluções, que reduzirá sensivelmente o recurso extraordinário de revisão criminal, que deve ter a sua aplicabilidade no direito excepcionalmente, levando melhor estabilidade ao ordenamento jurídico, pois se na doutrina existe atualmente monografias sobre o tema, há inegavelmente ausência de um trabalho de investigação, que encontre uma solução, mormente porque são elementos fundamentais do caso julgado, a segurança jurídica e a pacificação social, evitando-se que causa decidida pudessem ser novamente ajuizadas, diante da violação constante da estabilidade da sentença com o manto de caso julgado, por força da revisão criminal, que não pode ser banida do sistema judicial, diante da sua essencialidade no ordenamento jurídico democrático, tendo sua base nos direitos fundamentais, demarcando com clareza o problema jurídico-processual, constatado no sistema jurídico atual universal, onde há colisão de valores constitucionais, como a estabilidade da sentença no ordenamento jurídico, diante do caso julgado e a reabertura do processo, via revisão criminal, reabrindo o poder de cognição do Tribunal, diante de uma decisão injusta, ou que afronte o texto constitucional, pois nas legislações democráticas, como a portuguesa e a brasileira, há o princípio aceito e com previsão legal ou tácita, numa linha ponderável do jusnaturalismo, de que não há direito adquirido ou caso julgado invulnerável, quando há ofensa à Constituição.

Nesta concepção, enfrenta-se e oferta-se valiosa contribuição científica para a solução do

² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noese, 2012. p. 285, dentre várias referências, como FREITAS, Pedro (Coord.); *et alli*. **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 275.

problema controvertido, entre o caso julgado e o recurso de revisão criminal de forma inovadora e revisão crítica da pesquisa, visto que muito embora, haja ensaios reduzidos, enfrentando superficialmente a questão controvertida e problemática, não se vislumbra um trabalho que proceda a proposição científica para a solução conflitante. Exatamente é o objetivo da presente investigação, visto que não se trata de um rigoroso estudo comparativo do ordenamento jurídico português e brasileiro, mas de uma ousada reflexão de homogeneidade e elementos inconciliáveis, em suas zonas de alinhamento e zonas de distinções, numa escala analítica, não se omitindo no objetivo maior que é a solução científica para o conflito constitucional aparente, entre os institutos do caso julgado e da revisão criminal, no sentido de preservar os valores democráticos na sociedade.

Importante frisar que o instituto do caso julgado procura distinguir, com relevância o caso julgado material substancial, do formal. Entretanto, os limites temporais do caso julgado são bastante complexos e controversos, notadamente em matéria penal, pelas características da permanência e continuidade no tempo, não se restringindo a um fato jurídico passado, criando uma situação dogmática, ainda pouco discutida a nível doutrinário e jurisprudencial, pois estaria em confronto com uma decisão transitada em julgado e seus efeitos sobre fatos futuros, ainda não ocorridos³.

O tema é interessante para verificar se no caso da relação jurídica continuativa penal, os efeitos do trânsito em julgado da decisão sob o manto do caso julgado alcançaria as chamadas “sentenças futuras”, diante da alteração das circunstâncias fático-jurídicas e dos limites objetivo, com precisão da decisão e autoridade de caso julgado. Esse viés da análise é imprescindível para situar os fatos idênticos e os fatos diversos e até para a aplicação do benefício do limite de pena para o condenado, quando se trata de continuidade delitiva, sendo certo que, no processo penal, não é aceitável uma sentença penal injusta e vitalícia, notadamente quando se afasta do princípio da fundamentação, de forma expressa ou implícita. Diante dessa ótica, decidiu-se dar atenção ao conflito constitucional entre o caso julgado, no qual revela aspecto fundamental da segurança jurídica e o direito de resistência para vulnerar a premissa da estabilidade da sentença injusta, com mecanismo constitucional que autoriza o meio de uso do instituto da revisão criminal.

³ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni del diritto processuale civile**. Vol. 04. Pádua: Universitária, 1926. p. 438; ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. p. 100-101. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Curso de processo penal**. Vol II. Lisboa: Danúbio, 1986a. p. 24.

Não se pretende, com as proposições inovadoras, eliminar integralmente o conflito, porém, atenuar o problema, para levar maior estabilidade jurídica às decisões judiciais com o manto do caso julgado, evitando-se o congestionamento também do sistema judicial, com repetidas reapreciações de matérias julgadas, problema que é objeto do presente estudo investigativo, tendo como marco teórico duplamente o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, e nestas hipóteses, entre várias proposições, destaca-se a justiça restaurativa e a mediação, nos delitos de menor potencial e que certamente serão desenvolvidos, nos limites da legalidade.

A investigação, portanto, examina a *res judicata*, nos aspectos subjetivos das partes, quando, então, definirá a decisão imutável e indiscutível, sempre considerando o caso julgado, num estudo no sistema legal, porém em confronto com o instituto da revisão criminal, núcleo central da presente investigação, abordando e aprofundando os fundamentos do caso julgado no campo constitucional e infraconstitucional, fazendo um exame analítico das partes, causa de pedir e pedido, requisitos indispensáveis para exame do caso julgado, pois o instituto em tela deve estar em sintonia com os fatos jurídicos que nela se enquadram, eis que em caso de inadequação na decisão transitada em julgado não ocorrerá os efeitos do caso julgado⁴ e, no mesmo sentido, Teixeira de Sousa⁵, dentro da concepção que a decisão judicial exaurida, deve ser prestigiada e cumprida, de acordo com os juristas portugueses Monteiro Diniz⁶ e Gonçalves da Costa⁷, registrando a distinção do caso julgado formal do caso julgado material, portanto, afirma-se que a força ou autoridade do caso julgado pressupõe, tal como a exceção de caso julgado, a tríplice identidade prevista no artigo 498º do Código de Processo Civil português, cujos conceitos sobre instituto, conforme Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, relativos ao Processo 076092, de 15/06/88 (Relator-Joaquim Figueiredo) e Processo 04B948 (Relator-Ferreira Girão).

A tese doutoral ora apresentada caracteriza-se pela inovação e ineditismo, fato que a torna fascinante, pois embora existam artigos científicos sobre o tema, as questões ventiladas no presente trabalho ainda carecem de abordagens mais aprofundadas, notadamente inexistem praticamente trabalhos científicos que abordam os dois institutos de direitos fundamentais, em

⁴ MENCHINI, Sérgio. **I limite oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1987. p. 251-252; SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Vol. II. Lisboa: Verbo, 1986. p. 24; e BARJA, De Quiroga. **Tratado de derecho procesal penal**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2010. p. 1437.

⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao processo civil**, 2. ed. Lisboa: Lex, 2000.

⁶ DINIZ, Monteiro. **A revisão constitucional: as magistraturas e os tribunais**. In: *Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*. A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais. Lisboa: Livros Horizonte, 1981. p. 99.

⁷ COSTA, José Gonçalves da. **O sistema judiciário português**. In: Boletim FDUC, LXXIV. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998. p. 178.

colisão legal, ou seja, o caso julgado e a revisão criminal.

O marco e limite teórico fundamental na tese apresentada são as Constituições portuguesa e brasileira e os respectivos Códigos de Processos Penais, com forte base doutrinária e jurisprudencial, examinando detalhadamente o sistema processual penal português e o sistema processual penal brasileiro, de forma comparada, que seguem a tendência de países da Europa Ocidental, valorando de forma ponderada e equilibrada os institutos da *res judicata* e da revisão criminal.

É característica das relações sociais, a presença de conflitos. Por estas razões, há necessidade de se programar um mecanismo de resolução dos impasses inatos à convivência comunitária através do Estado-Juiz, solucionando o conflito de forma definitiva, pois o jurisdicionado busca uma medida que o afaste do nível das incertezas e inseguranças, pelo menos do ponto de vista jurídico, porém em evidente e razoável conflito, este jurisdicionado se insurge com recurso de revisão criminal, vulnerando a estabilidade, garantida pelo caso julgado, em nome de reparar certas injustiças.

A regra que se emerge no fenômeno processual do caso julgado (*res judicata*), tem a intenção de se colocar como definitiva, diante dos infundáveis conflitos sociais e discussões jurídicas, para tornar o provimento jurisdicional imutável, como já são próprias da natureza da jurisdição. Ainda que a relação intersubjetiva tenha natureza continuativa, cria-se uma controvérsia em razão da seguinte indagação: o magistrado, na ausência de alteração fático-jurídica, pode através de a revisão criminal decidir novamente sobre o objeto apreciado, em face de uma grave violação constitucional ou uma sentença injusta?

Essa questão, entre outras, é motivo de reflexão nessa tese científica, onde será apresentada proposição de solução para o problema, de forma ponderada e equilibrada, dentro de uma abordagem crítica do assunto, lembrando que podem ocorrer questões prejudiciais.

O tema é complexo e enfrentado de modo isolado talvez apenas na doutrina portuguesa e italiana dos juristas Frederico Costa Pinto, António Castanheira Neves⁸ e Remo Caponi⁹, mesmo porque os princípios e as premissas do *ne bis in idem* tem natureza internacional, como assinalam

⁸ NEVES, António Castanheira. **Sumários de processo criminal**. Coimbra (Policopiado): Sumários, 1968. p. 111-112.

⁹ CAPONI, Remo. **L'efficácia del giudicato civile nel tempo**. Milão: Giuffrè, 1991. p. 90; PINTO, Frederico Costa. **Direito processual penal**. AAFDL: Lisboa, 1998. p. 277-278.

os doutrinadores portugueses Silva Pereira, Alves Martins¹⁰ e Medina de Seíça¹¹.

As proposições ora apresentadas, visam eliminar o conflito entre o caso julgado e o instituto de revisão criminal, decorrente, em regra, de uma sentença injusta, apresentando ao problema, a melhor solução que preserve os direitos.

Com essa investigação pretende-se promover reflexões aos estudos e questionamentos em torno da vulneração e relativização do caso julgado, relacionado à sentença penal, notadamente quando em colisão com o instituto da revisão criminal e a necessidade de se repensar e ponderar a garantia constitucional da imutabilidade do processo penal transitado em julgado, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças, a pretexto de evitar a perpetuação de incertezas jurídicas de processos judiciais. No contraponto está a preocupação em não prejudicar a segurança jurídica no ordenamento jurídico processual penal. Essa antítese é ponto central da investigação proposta, a partir de um critério analítico, com ênfase na legislação portuguesa e brasileira, em suas zonas de alinhamento e zonas de distinções, impondo à investigação um exame hermenêutico e uma proposição possível e realizável para a solução do problema conflitante, entre os institutos do caso julgado e da revisão criminal, incluídos nos direitos fundamentais, inseridos num núcleo restrito de preceitos constitucionais de direito internacional.

A abordagem cinge-se no exame da possibilidade de revisão do caso julgado material, por meio dos instrumentos legais contemporâneos, diante da contextualização da sentença penal inconstitucional ou contrária à evidência do direito e das provas fáticas e a decisão injusta, examinando, na investigação, outras questões correlatas processuais, tendo como parâmetro o direito constitucional e o processo penal, em seus princípios e finalidades, exigindo do investigador uma verdadeira solução de mediação entre a intangibilidade da sentença decorrente do caso julgado e a revisão criminal excepcional e fundamentada.

Registra-se que a posição prevalecente na atualidade está ligada à ideia de que as decisões produzidas pelo Poder Judiciário são válidas porque são definidas como “imperantes soberanas” e não, necessariamente, porque são consideradas justas. Isso, no direito criminal, pode causar danos à dignidade humana e à presunção da inocência, justiça que se espera restabelecer a qualquer tempo e que justifica, em síntese, a escolha do objeto da presente investigação, mesmo porque uma sentença injusta viola os direitos fundamentais. A contribuição científica da presente

¹⁰ PEREIRA, Silva; MARTINS, Alves. **O princípio *ne bis in idem* e os conflitos internacionais de jurisdição**. In: CEJ, nº 07, 2007. p. 314 e ss.

¹¹ SEIÇA, Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 965 e ss.

investigação é preservar os valores democráticos, considerando a tendência do insurgimento do jurisdicionado, em face da sentença condenatória, com o manto do caso julgado, viabilizando via da revisão criminal, em colisão aparente com o princípio do caso julgado, fiador da segurança jurídica. Os citados valores essenciais no Estado Democrático, estudo do problema de pesquisa levará no curso do trabalho à síntese conclusiva, ao longo desta obra, em tema específico, diante do enfrentamento das questões suscitadas, onde o resumo (*abstract*) dá um guia do desenvolvimento da tese apresentada.

Entretanto, exige-se cautela diante do princípio da segurança jurídica, não se admitindo que o Poder Judiciário reveja às suas decisões, sem suporte jurídico-fático de determinadas situações exauridas, sem que haja, na nova situação submetida, distinção substancial em relação a fato pretérito, sob pena de gerar grave instabilidade na confiança dos cidadãos, distinção esta badalada pelo jurista português João de Castro Mendes¹², banalizando os institutos do caso julgado e da revisão criminal, repetindo-se um novo recurso do recurso da sentença condenatória criminal¹³.

No parâmetro dos conceitos explicitados é que se propõe aprofundar o tema da relatividade da sentença penal transitada em julgado (*the principle of relativity of criminal sentence final judgment*) e sua controvérsia, em relação ao instituto da revisão criminal, salientando um verdadeiro desafio às expectativas no sistema judicial, em particular na jurisdição criminal, aparentemente afrontando o próprio Estado de Direito, porquanto na verdade, a colisão dos institutos do caso julgado e da revisão criminal está relacionada com o comportamento humano de insurgência natural em face de decisão judicial. Não se tem a ousadia de eliminar o aparente conflito entre o caso julgado e a revisão criminal, mas, fiel à epistemologia do tema, com uma observação racional, diagnosticar a colisão jurídica, apresentando uma proposição para o problema, numa solução ponderada, proporcional, equilibrada e crítica, com ênfase central no problema jurídico demarcado teoricamente e colidente, ainda que aparentemente, onde estão presentes os conceitos do jusnaturalismo como o ideal de justiça e do juspositivismo kelseniano normativista.

A justificativa da escolha do tema está na sua relevância no contexto jurídico, conexo aos

¹² MENDES, João de Castro. **Direito processual civil**. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 1987. p. 769 a 771.

¹³ No mesmo sentido: SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. **Os limites objetivos e temporais da coisa julgada em ação declaratória no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 200; CORTES, Dominguez V. **La cosa juzgada penal**. Bolonia: Real Colegio España, 1975. p. 120-121.

objetivos principais relacionados à questão da estabilidade das decisões judiciais, levando a problematizarão do tema, diante do abismo entre a segurança jurídica e uma decisão justa, devendo ser ponderado os dois valores sociais e jurídicos, dentro de uma balança de equilíbrio, motivo pelo qual se trata de um assunto complexo na sua essência, mas que leva uma notável contribuição científica visando trazer uma solução para o problema, resgatando à pacificação social e a segurança jurídica, numa avaliação preponderante constitucional, entre duas premissas fundamentais: a estabilidade e a intangibilidade da sentença penal transitada em julgado e a sua excepcional revisão num critério positivista, quando há ofensa à ordem jurídica ou violação do ideal de justiça, num critério jusnaturalista, no entendimento de que o direito antecede ao sistema legal.

O desenvolvimento da investigação e o aprendizado do conhecimento científico são latentes para o pleno exercício do direito. O saber é algo grandioso demais para ficar restrito ao indivíduo; deve ser partilhado para que produza resultados e atinja a função social, a que se destina o ato ou efeito de abstrair ideia ou noção da lei e do direito. Entretanto, não basta adquirir informações durante uma vida e não saber como fazer para que estas sejam verdadeiramente úteis ao sentimento de vivência em comunidade. Para que o conhecimento seja produtivo, precisa ser conhecido, aplicado, repassado, ensinado, dividido, enfim, carece de evidencialização.

O desenvolvimento da investigação, em relação à relatividade da sentença penal transitada em julgado, mais do que o conhecimento pontual sobre tão intrincado tema, propicia o debate e o aprendizado da sistematização do conhecimento, ordenando-o de forma metodológica e didática para que possa ser repassado e compreendido.

Trata-se de um instrumento jurídico escassamente analisado em nível acadêmico, notadamente no direito criminal, fim específico do trabalho, a despeito de sua riqueza e relevância à área do conhecimento científico, a qual a investigação está vinculada e adstrita, vale dizer, a teoria processual do caso julgado, com ênfase no sistema criminal, justificando-se a abordagem temática, diante do aparente conflito com a revisão criminal, por meio do exame bibliográfico de autores e correntes interpretativas de relevância nacional e estrangeira.

Ao mesmo passo, a matéria é fascinante e desafiadora, na medida em que leva ao debate, os atos jurisdicionais e a sua própria segurança intrínseca. A pretensão no trabalho assinalado consiste na problematização da questão da “relativização da sentença criminal”, diante do caso julgado material, no âmbito penal. Examina-se o aparente conflito entre a flexibilização do caso

julgado e a garantia constitucional da imutabilidade da *res judicata*, com os fins da revisão criminal, levando à assertiva de que não há como sustentar o caráter absoluto do caso julgado, que pode causar conturbação permanente ao sistema judicial, motivo pelo qual propõe-se uma solução para o problema, que certamente criará melhor estabilidade ao sistema judicial, diminuindo às demandas judiciais e o congestionamento judicial.

Com a consciência de que no tema da pesquisa não há verdade absoluta, porquanto a sentença transitada em julgado pode ser revista excepcionalmente, este estudo encerra uma investigação jurídico-dogmática no âmbito constitucional e infraconstitucional penal. A desconstituição do caso julgado penal é refletida no sistema jurídico lusitano e brasileiro, criando fundamentos jurídicos para a presente investigação avança nesse pressuposto com repercussão teórica e prática, notadamente apresentando extrema contribuição científica, com soluções que certamente levará maior consolidação da segurança, limitando à incidência do instituto da revisão criminal.

Diante disso, questiona-se: a regra da imutabilidade do caso julgado, sustentada em razões de segurança jurídica, quando entra em conflito com a justiça intrínseca da decisão, faz surgir, inevitavelmente, o tema da relativização ou flexibilização de seus efeitos? Quais as medidas necessárias no âmbito científico acadêmico, diante de tal constatação, que levará a redução ou limitação da mencionada flexibilização? Qual a racionalidade do instituto de revisão criminal, em face da segurança jurídica? Porque à explosão das demandas de revisões criminais? Examinam-se essas questões respondendo às indagações durante o desenvolvimento do trabalho, sugerindo proposições para contornar o problema, não se restringindo à investigação em detectar e dissertar sobre a questão, mas sim, com grande inovação e contribuição científica, sugerir a solução para a questão com propostas cientificamente realizáveis. Evidentemente, que durante a pesquisa examinam-se os temas centrais de forma conceitual e dissertativa para dar base sólida ao objeto final da pesquisa, que é as proposições inovadoras para a solução do problema, justificando, portanto, como real tese de doutoramento.

Para responder a esses e a outros eventuais questionamentos, que naturalmente surgem durante o desenvolvimento da investigação e a construção do conhecimento científico consequente, são natural que sejam identificadas diversas hipóteses, prováveis ou não, mas que necessitam ser levadas em consideração durante a efetivação da investigação, dentro do núcleo do princípio da intangibilidade do caso julgado, ocorrendo circunstâncias justificáveis, sempre

com equilíbrio e ponderação, possibilitando a modificação da decisão definitiva, depois do trânsito em julgado.

Existe a necessidade de previsão de acontecimentos que podem afetar substancialmente às hipóteses e resultados previamente projetados, consistindo em variáveis, que pode levar o investigador a alterar e corrigir o rumo na construção jurídica de sua tese, citando como exemplo novas legislações internas, alienígenas, comunidade europeia e no direito comparado, decorrentes do pensamento jurídico doutrinário e jurisprudencial citando, ainda, como variáveis, fatores culturais, econômicos e políticos, transformações sociais, com consequências no direito e reflexo na sociedade, exigindo uma adequação, alteração e construção das hipóteses. Para maior realce da demarcação teórica, tornou-se necessário sedimentar a tese formulada numa vertente descritiva, os institutos do caso julgado e da revisão criminal, numa perspectiva diacrônica, tendo como base uma bibliografia de juristas de estruturas jurídicas democráticas, abordando com reflexão, eventual conflito dos dois institutos com solução ponderada e equilibrada para o problema, sempre tendo como marco jurídico e substancial, as Constituições republicanas portuguesa e brasileira.

O objetivo principal da investigação é analisar os pontos antagônicos entre a segurança jurídica, caso julgado e a revisão da sentença penal transitada em julgado, com todas as suas variantes, mas numa certeza, de que num Estado Democrático de Direito, o magistrado não pode decidir com sua opinião, modificando a cada momento questões já apreciadas e julgadas, sob pena de arbitrariedade, levando desconfiância à cidadania nas relações jurídicas. Para tanto, o melhor é o Juiz seguir os conselhos de Martin Heidegger¹⁴, sobre a verdade e Hans Kelsen¹⁵, secundado pelos destacados juristas portugueses Francisco José Veloso¹⁶ e Mário Tenreiro¹⁷ sobre a necessidade de decisões dentro de uma moldura legal, com uma profunda verificação da exata correlação e correspondência, o fato do processo anterior e o objeto do novo processo, para se evitar o duplo julgamento entre justificando o acontecimento jurídico nos princípios e fundamentos do positivismo jurídico e do jusnaturalismo. Entretanto, poderá haver um abismo

¹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Vom wesen der wahrheit**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, Coleção “Os pensadores”, vol. 45, 1973. p. 333-335.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 283.

¹⁶ VELOSO, Francisco José. **A propósito da preclusão da acção penal e caso julgado**. SI, Tomo XXVII, 1978. p. 212 e ss.

¹⁷ TENREIRO, Mário. **Considerações sobre o objecto do processo penal**. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 47, nº III, ROA, dez. 1987. p. 1034.

conflitante, quando o caso julgado entra em rota de colisão com a verdade, do latim, *veritate*, no sentido de exatidão, realidade, desafiando o instituto da revisão criminal, visto que à essência da verdade, como valor fundamental, deve prevalecer, dentro de uma razoabilidade lógica.

Diante do exposto, a tese desenvolvida quer colaborar cientificamente para desenvolver um trabalho no qual a cidadania não seja surpreendida com atos administrativos e judiciais que afrontem o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e o caso julgado, ainda que com amparo legal, como o direito superveniente que vulnere sentenças e decisões judiciais já transitadas em julgado, conferindo melhor estabilidade aos julgados para que se tenha certeza das situações jurídicas, alcançando a harmonia e pacificação social.

Assim é que a tese proposta, dividida em temas e capítulos, investiga esse instigante tema, pretendendo contribuir cientificamente à academia jurídica e na estabilização social, permitindo a revisão criminal em situações excepcionais para a garantia e aperfeiçoamento do sistema jurídico, com fins da estabilidade jurídica da sentença judicial, dentro do Estado Democrático do Direito, porém diante da excepcionalidade, propõe medidas essenciais, que certamente reduzirá à incidência do instituto da revisão criminal, só admitida em caráter excepcional, contribuindo assim para melhor estabilidade do ordenamento jurídico.

Nesse passo inicial, vislumbra-se vários aspectos específicos, os quais se têm como meta ensaiar uma compreensão sobre a matéria, com ênfase e notadamente de natureza penal, encontrado um ponto de equilíbrio aceitável, visando o balanceamento ponderado entre a sentença justa, caso e trânsito em julgado, estabilidade jurídica, segurança jurídica, Estado de Direito e revisão criminal.

A investigação é estruturada e desenvolvida por meio de investigação moderna sobre o assunto, segundo uma visão instrumental do processo, com reflexos no direito comparado, evidentemente limitado à questão do caso julgado no âmbito penal e reflexo constitucional penal, analisando os opositores institutos do caso julgado e revisão criminal, propondo grande contribuição teórica científica, que certamente levará um ponto de equilíbrio e ponderação, admitindo-se excepcionalmente a vulnerabilidade do caso julgado e de sua estabilidade no ordenamento jurídico, em certas hipóteses, como por exemplo, no caso de afronta à Constituição, violação de direitos fundamentais diante de sentença injusta, pois a verdade é una e indivisível. Claro, que caberá aos juristas a recepção crítica da presente obra, porém acredita-se ter alcançado as tarefas objetivadas na presente investigação, que reconhecerão a proposta de tese apresentada,

na certeza de que o caso julgado e a revisão criminal são institutos essenciais na ordem jurídica para a segurança e a harmonia do sistema, pois ambos institutos são essenciais aos direitos constitucionais fundamentais, elementos importantes de cidadania na processualística constitucional penal.

A presente tese doutoral tem como fonte de trabalho fundamental a referência bibliográfica e jurisprudencial, dentro de uma epistemologia garantista e de valoração dos direitos fundamentais, numa metodologia de abordagem crítica, que busca a interpretação e sistematização do tema, sem renunciar à dogmática crítica, sempre que essencial e necessário realizado não sem obedecer a critérios rigorosos científicos de interpretação sistemática, no sentido da formulação de estudo consistente e dotado de substanciais conteúdos teóricos, visando à precisão da investigação, do que se espera uma inédita tese doutoral com relevante contribuição científica, considerando à revisão criminal, como veículo de garantias fundamentais, tendo o cidadão como titular positivo e natural dos direitos fundamentais, que não pode ser violado, nem por consenso da sociedade, diante da indisponibilidade da ordem legal.

O cronograma da investigação é submisso aos prazos regulamentares previstos para o doutoramento em direito, com um planejamento concebido das atividades ao longo do tempo. Para tanto, parte-se de uma análise das garantias constitucionais da segurança jurídica e uma sentença justa, como elementos fundamentais a preservação do Estado Democrático de Direito.

Na concepção da tese doutoral, utilizam-se os métodos hermenêuticos da literatura jurídica pertinente, diante da realidade em constante transformação, admitindo-se excepcionalmente à vulneração do caso julgado, ocorrendo afronta aos princípios constitucionais penais, com reflexo na legislação infraconstitucional, porém construindo uma solução para o problema, mesmo porque o direito penal, não se restringe ao sistema positivista, porquanto envolve concepções de direito natural.

Deste modo, a investigação resulta fascinante no encontro de uma fórmula de restrição da sentença penal no campo de sua validade e da *res judicata*, quando a mesma atentar contra os valores de um processo justo, no âmbito penal e constitucional penal, sem limite de tempo, resguardando, o princípio da segurança jurídica e soberania do provimento jurisdicional, uma questão problemática devidamente, enfrentada no desenvolvimento do conteúdo, mas à investigação torna-se fascinante por conceber solução e proposição de natureza científica, que reduzirá essencialmente os riscos de violação do caso julgado, somente admitido em caráter

excepcional, como preço a ser pago na preservação de direitos e garantias fundamentais.

Ao final, o desenvolvimento da investigação examina o tema proposto na tese doutoral, sempre relacionado à sentença penal, com a qualidade de caso julgado e o aparente conflito com o instituto da revisão criminal, conforme detalhado na objetividade que norteia a linha investigatória, sempre na certeza que a vulnerabilidade da sentença penal é uma medida excepcional.

Diante desse aspecto, é possível afirmar, que não há decisão judicial absolutamente imutável e indiscutível. Disso infere-se, que o caso julgado pode ser rompido e vulnerado em certas condições, decorrente de certas condições legais, mesmo porque a questão da verdade é primordial na busca da decisão justa, como finalidade do processo penal, ou seja, buscando a verdade, de acordo com a estrutura legal, que consolide a verdade material ou substancial e a verdade formal ou processual, concretizando no destaque da sentença, como materialização final da jurisdição, num Estado Democrático de Direito, no qual deve haver plena harmonia das normas do processo aos princípios constitucionais, com relevância de que as normas constitucionais têm como princípio obrigatório a necessidade da fundamentação das decisões judiciais e a consagração do duplo grau de jurisdição, que estão em consonância com o Estado de Direito e a devida garantia dos direitos de cidadania.

Para haver quebra da invulnerabilidade da sentença penal com o requisito de caso julgado, exigem-se sólidos fundamentos, no qual deve estar presente à coerência e razoabilidade, no esgotamento da sentença ou decisão judicial.

O tema é examinado também em face das diretrizes constitucional e infraconstitucional e na análise é desenvolvido um estudo doutrinário sobre o tema. Assim, nesse contexto de inovação e crítica construtiva, examina-se, portanto, o assunto no âmbito constitucional e infraconstitucional.

No tema proposto, há uma literatura bibliográfica que ilustra a presente investigação, pela riqueza dos juristas, contribuindo para a apresentação da presente tese doutoral, com inovação acadêmica e científica.

No direito brasileiro utiliza-se a denominação “coisa julgada”, em similitude com o direito português que denomina “caso julgado”, que evita a litispendência e conflitos de decisões

com autoridade de soberania¹⁸, nos limites da preclusão às partes sejam autor ou réu, portanto no dizer de João Castro Mendes¹⁹ a relevância do caso julgado e seu limite.

Observa-se que o caso julgado incide apenas em relação às partes da ação penal, ou seja, interpartes ou de forma reflexa ou por efeito natural à terceiro, em regra, por meio de eficácia mais flexível no processo civil e mais rígido no processo penal e que, de qualquer forma, autoriza o recurso de revisão, sacrificando a segurança jurídica para se evitar vícios *in judicando* ou *in procedendo*²⁰. Claus Roxin destaca a importância do instituto de revisão, que serve para a eliminação de erros judiciais, em face das sentenças com singularidade de caso julgado. Na opinião do jurista alemão, a paz jurídica só pode ser mantida se os princípios contrapostos de segurança jurídica e justiça são conduzidos a uma relação de equilíbrio.

O princípio do caso julgado deve ser revisto, quando em colisão com norma constitucional, criando condições para a revisão criminal da decisão judicial impugnada, notadamente em tema criminal, princípio limitativo com previsão no artigo 29, nº 06 da Constituição da República portuguesa²¹, já que pode afetar princípios de igualdade, conforme artigo 20, nº 04, da Constituição da República portuguesa, lembrando à diretriz de Figueiredo Dias²² de que “um processo equitativo refere-se tanto ao processo civil como ao processo penal, sustentando a elaboração de uma teoria geral do processo, considerando que a própria Constituição portuguesa, no seu artigo 29, nº 06, consagra o direito ao processo revisional da sentença, quando ocorrer injusta condenação”, compartilhando da mesma opinião, os juristas, José

¹⁸ Por exemplo: “artigo 282 (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) [...]. 3. Fica m ressaltados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido” (PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República portuguesa de 1976**: sétima revisão constitucional - 2005. Aprovada em 02 de abril de 1975, em vigor desde 25 de abril de 1975. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 02 out. 2018).

¹⁹ MENDES, João Castro. **Limites objectivos do caso julgado**. Lisboa: Ática, 1968. p. 31 e 32.

²⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 595-596. ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 25. ed. Tradução de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000. p. 10.

²¹ “Artigo 29 (aplicação da lei criminal): [...]. 6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos” (Constituição da República portuguesa de 1976).

²² “Artigo 20 (acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva): [...]. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. [...]” (Constituição da República portuguesa de 1976). DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Lições coligidas por Maria João Antunes. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1988-1989. p. 28 a 30.

Manuel Cardoso Costa e Boaventura de Souza Santos²³, mesmo porque é comum a convivência entre o direito estabelecido na Constituição da República e no direito incidente inspirado em tratados, documentos internacionais de direitos humanos, direitos fundamentais e em regras legais de fonte de direito natural, ordens jurídicas diversas, fenômeno denominado de pluralismo jurídico.

Interessante afirmar que a revisão da sentença criminal no direito brasileiro está a nível infraconstitucional e regulado pelo Código de Processo Penal (artigo 621 do Código de Processo Penal brasileiro²⁴) e somente é possível *pro reo*, enquanto nas normas lusitanas tem nível constitucional, embora disciplinada a nível infraconstitucional nas hipóteses do artigo 449 e seguintes do Código de Processo Penal português²⁵, admitindo-se à revisão *pro societate* (Ministério Público) e *pro reo* (defesa), reafirmando que se trata de uma norma excepcional, que permite a vulnerabilidade do caso julgado, em contradição com o princípio da segurança jurídica, por autorização também excepcional do já citado artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa e do artigo 4º, parágrafo 2º, do Protocolo nº 07 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁶.

Ocorre que o direito lusitano permite a revisão da sentença penal, na hipótese de caso julgado penal condenatório ou absolutório, em resumo, em face de fatos novos ou vício essencial do processo penal anteriormente julgado, estando inserido à injustiça da condenação ou absolvição, não se exigindo o trânsito em julgado, enquanto na legislação brasileira, exige-se o

²³ COSTA, José Manuel Cardoso da. **Estudos em homenagem ao conselheiro**. Coimbra: Ed. Limitada, 2003. p. 78 e ss. SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 64.

²⁴ “Capítulo VII (da revisão): artigo 621: a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” (BRASIL, Legislação. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 ago. 2018).

²⁵ “Capítulo II (da revisão): artigo 449 (fundamentos e admissibilidade da revisão). [...]” (PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 07 set. 2018).

²⁶ “Artículo 4º: [...] 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. [...]” (CEDH, Convenção Europeia dos Direitos Humanos. **Protocolo nº 07 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**. Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1984-Protocolo07-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2018).

trânsito em julgado para manejar a revisão da sentença penal e opera-se somente na hipótese condenatória, *pro reo*.

Importante afirmar que na teoria do processo penal há um consenso, de que a falsidade dos meios de provas pode ser constatada em processo de qualquer natureza, seja criminal ou de outro modelo, exigindo-se, então, sentença transitada, face à definitividade provada e inconciliável com os fatos que fundamentaram à condenação.

A lei não permite que a inércia do arguido nos meios ordinários de defesa seja compensada através de recurso de revisão extraordinária, ou seja, que esse seja novo recurso do recurso em instância penal ordinária, lembrando que essa é a melhor interpretação à natureza de exceção da via de revisão criminal extraordinária, dentro dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da intangibilidade do caso julgado²⁷, fazendo menção ao erro judiciário.

Tem-se como valioso para esta investigação, o posicionamento do artigo 44 do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia²⁸, que consolida a exigibilidade de um fato ou prova nova desconhecida do Tribunal ou do interessado, por ocasião do julgamento impugnado e que será decisiva na revisão criminal extraordinária. No mesmo sentido o artigo 84 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional²⁹.

Outro fator primordial na viabilidade da revisão extraordinária criminal é a demonstração das “graves dúvidas” na questão da justiça da condenação, admitindo-se a revisão da condenação³⁰.

Como se vê, vislumbra-se à uniformidade entre os juristas, que a revisão criminal tem caráter excepcional no âmbito do caso julgado. Interessante abordar, que a Lei nº 48/2007, de 29

²⁷ TRECHSEL, Stefan. **Human rights in criminal proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 378 e 401.

²⁸ “Artigo 44: a revisão de um acórdão só pode ser pedida ao Tribunal de Justiça se se descobrir facto suscetível de exercer influência decisiva e que, antes de proferido o acórdão, era desconhecido do Tribunal e da parte que requer a revisão. O processo de revisão tem início com um acórdão do Tribunal que declare expressamente a existência de fato novo, lhe reconheça as características exigidas para a revisão e declare o pedido admissível com esse fundamento. Nenhum pedido de revisão pode ser apresentado depois de decorrido o prazo de dez anos a contar da data do acórdão” (UNIÃO EUROPEIA, Legislação. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia**. Atualizado até janeiro de 2016. Versão consolidada do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-01/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201600259-05_00.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018).

²⁹ “Artigo 84 (revisão da sentença condenatória ou da pena) (BRASIL, Legislação. **Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018).

³⁰ CORREIA, João Conde. **O mito do caso julgado e a revisão propter nova**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 546, 616 e 620.

de agosto de 2007³¹ alude à nova causa de revisão da sentença *pro reo*, decorrente de condenação com base em provas proibidas, em conformidade com o artigo 126, nº 01, do Código de Processo Penal português³², hipótese nova criticada com veemência por parte dos doutrinadores, que temem a banalização da revisão da sentença, podendo ocasionar recursos intermináveis no processo penal, sendo um recurso ordinário para nova apreciação do processo originário, com sacrifício do caso julgado e da consequente e potencial eternização dos casos criminais, que consubstancia uma solução aventureira e perigosa³³.

Há necessidade de ter um ponto de equilíbrio necessário no Estado de Direito, entre o princípio da segurança jurídica e a vulneração do caso julgado. Evidente, que é preciso ter cautela para que o recurso de revisão criminal não se transforme numa autêntica apelação, violando assim a garantia do caso julgado, porquanto, no novo processo de revisão, não se procura corrigir erros e vícios do processo anterior e que poderiam ser impugnados na época própria, via recurso ordinário, lembrando que no direito comparado não foi vislumbrada hipótese idêntica da legislação portuguesa, em comparação aos artigos 630 do Código de Processo Penal italiano³⁴, 622 do Código de Processo Penal francês³⁵, o parágrafo 359 da StPO alemã (Strafprozeßordnung - StPO³⁶) e o artigo 621 do Código de Processo Penal brasileiro³⁷.

³¹ PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 48/2007, de 29 de agosto de 2007**. 15ª alteração ao Código de Processo Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.tabela=leis&artigo_id=&nid=929&nversao=&tabela=leis>. Acesso em: 27 jul. 2018. p. 01.

³² CUNHA, José Manuel Damião da. ***Ne bis in idem e exercício da acção penal***. In: *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Portugal: Coimbra Editora, 2009. p. 553 a 581. “Artigo 126 (métodos proibidos de prova): 1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade. [...]” (PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 17/87 de 01 de junho de 1987**. Código de Processo Penal. Entrada em vigor em 01 de janeiro de 1988. Disponível em: <<http://www.use-of-force.info/images/un/use-of-force/western-europe-others/Portugal/Penal%20Code%20Portugal%202004.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018).

³³ ANDRADE, Manuel da Costa de. **“Bruscamente no verão passado”**: a reforma do Código de Processo Penal - observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência - RLJ*, ano 137, p. 269-332. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 269.

³⁴ “Artigo 630 (casi di revisione) (ITÁLIA, Legislação. **Decreto nº 447 del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988**. Testo aggiornato al D.Lgs 30 gennaio 2015, nº 06 e alla sentenza della Corte Costituzionale nº 23 del 28 gennaio 2015 .depositata il 27 febbraio 2015. Edizione 2015. Disponível em: <<http://www.anpsvicenza.it/NORMATIVE/ CPP.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018. p. 01).

³⁵ “Chapitre Ier - des demandes en révision et en réexamen - article 622 (modifié par Loi nº 2014-640 du 20 juin 2014 - art. 3): Article 622-1 (créé par Loi nº 2014-640 du 20 juin 2014 - art. 3): (FRANÇA, Legislação. **Code de Procédure Pénale**. Version consolidée au 22 juillet 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 01 ago. 2018).

³⁶ “Viertes Buch - Wiederaufnahme - eines durch rechtskräftiges Urteil - abgeschlossenen Verfahrens - § 359: (ALEMANHA, Legislação. **Código de Processo Penal alemão (Strafprozeßordnung - StPO)**. Neugefasst durch Bek. vol. 7.4.1987 I 1074, 1319 / Zuletzt geändert durch Art. 151 V v. 31.8.2015 I 1474. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html>>. Acesso em: 23 set. 2018).

Com relevantes argumentos Simas Santos³⁸ critica a Lei nº 48/2007, de 29 de agosto de 2007 e sustenta a sua inconstitucionalidade, em face do já citado artigo 282, nº 03, da Constituição da República portuguesa³⁹. Entretanto, há uniformidade, entre juristas e doutrinadores, que a declaração de inconstitucionalidade, reconhecida pelo Tribunal de Contas, constitui em relevante fundamentação para o processo de revisão criminal.

Na verdade, a possibilidade do recurso de revisão deve ser interpretada em qualquer das hipóteses admitidas legalmente. Não se pode constituir numa quarta instância, pois assim se tornará num novo grau recursal, abalando a segurança jurídica e a plenitude do caso julgado. Aliás, nesse sentido comunga o jurista português, Henriques Gaspar⁴⁰.

Na linha de António Henriques Gaspar existe uma Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa R(2000) 02, de 19 de janeiro de 2000⁴¹, que restringe à aplicação, nas hipóteses de conflito com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH.

Os códigos de processo penal modernos regulam o recurso extraordinário de revisão criminal de sentença. No direito lusitano, a revisão criminal dos casos julgados, não se exige o trânsito em julgado, lembrando às palavras de Rui Medeiros⁴² de que “o fundamento último da regra do respeito pelos casos julgados, não se encontra unicamente na garantia da autoridade dos Tribunais, nem no seu poder de apreciação da constitucionalidade” ou outras situações similares, mas “decorre, antes, de um princípio material, que é a exigência de segurança jurídica”. Entretanto o tema é complexo e fascinante.

³⁷ “Capítulo VII - da revisão - Artigo 621: a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal brasileiro).

³⁸ SANTOS, Manuel Simas. **Jornadas de processo penal: recursos**. In: *Revista do CEJ*; número especial, nº 09, p. 355-382. Lisboa, 2008. p. 381.

³⁹ SANTOS, Manuel Simas. *Op. cit.*, p. 381.

⁴⁰ GASPAR, António Henriques. **Liberdade de expressão**: o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - uma leitura da jurisprudência do Tribunal Europeu dos direitos do Homem. In: ANDRADE, Manuel da Costa de; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (orgs). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 03, p. 859-873. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 698.

⁴¹ “Em essência,” o Comitê dos Ministros, nos termos do artigo 15.b do Estatuto do Conselho da Europa” (CMCE, Comitê de Ministros do Conselho da Europa. **Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa R(2000) 02, de 19 de janeiro de 2000**. Recomendação nº R (2000) 02 do Comitê de Ministros dirigida aos Estados membros relativa ao reexame e reabertura de determinados processos ao nível interno na sequência de acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Adotada pelo Comitê de Ministros em 19 de Janeiro de 2000, aquando da 694ª Reunião de Delegados dos Ministros Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/2_2/IIPAG2_2_1_6.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018).

⁴² MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Verbo, 1999. p. 548.

Esta é a proposta da presente tese doutoral, com uma investigação séria, desde o encerramento da parte curricular do saudoso curso de doutoramento, de forma inovadora e com grande contribuição científica, com proposição de solução, que não tem a ousadia de encerrar o conflito entre à intangibilidade, indiscutibilidade do caso julgado e o instituto da revisão criminal, porém pretende reduzir sensivelmente à tensão conflitante, levando ao grau de excepcionalidade equilibrada e ponderada às hipóteses de relativização e vulnerabilidade do caso julgado, registrando que a questão principal reside na estabilidade da sentença judicial com o formato do caso julgado, diante do significado do direito no corpo social, porém se admite a revisitação da decisão judicial, excepcionalmente nas hipóteses autorizadas, como por exemplo, a sentença incongruente, que provoca danos e dores no sistema penal, contendo o poder de punir estatal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, sendo certo que o problema é relevante e como tese está submisso a críticas e debates profundos, com um percurso seguro e lúcido da correlação entre os institutos do caso julgado e da revisão criminal, como projeto de seriedade de investigação, visando contribuir para melhor administração da justiça, dentro dos ideais modernos e humanitários estabelecidos no processo penal democrático.

Na verdade, a presente pesquisa tem natureza relevante e inovadora contribuição para a cultura jurídica, pois a abordagem eleita cria a possibilidade de discussão sobre os limites jurisdicionais do poder de punir do estado, grande valor da democracia moderna, na medida em que não se atém a debates com tecnicismos jurídicos, porém apresenta uma proposição de solução visando ponderar à antítese aparente e verificável do caso julgado e da revisão criminal para a segurança e harmonia do sistema judicial penal.

CAPÍTULO 1 - O CASO JULGADO, A SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste primeiro capítulo apresenta-se uma abordagem sobre direitos fundamentais, com o reconhecimento constitucional e sua influência no âmbito do processo, concernente ao neoconstitucionalismo e seus princípios teóricos.

Os conhecimentos teóricos são o alicerce para os fundamentos da investigação. Os direitos fundamentais são examinados a luz do juspositivismo, porém relevando na investigação, como essenciais, enquanto direitos naturais da humanidade, os conceitos filosóficos e jusnaturalistas, no aspecto da organização de Estado ou Comunitária em sua organização constitucional e, finalmente, como direitos fundamentais das pessoas com ponderação universalista.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CASO JULGADO

O embrião dos direitos fundamentais, como ideal humano surge com o jusnaturalismo, antecedendo sua formação no direito positivo, imputando ao Senador Cícero, em Roma, os primórdios dos direitos fundamentais, pois em seus escritos já abordava os princípios da dignidade e da igualdade das pessoas⁴³, conquanto naquele momento reinava uma contradição romana, a escravatura, motivo pelo qual os doutrinadores negam a existência dos direitos humanos nessa época, embora seja o berço incontestável dos fundamentos do humanismo⁴⁴.

No mundo atual, é salutar o conceito dos direitos humanos fundamentais. Sua consagração histórica surgiu no iluminismo, definindo o ser humano com determinação e responsabilidade com a primazia do cidadão sobre o Estado e a sociedade, em sua relação contratual, dando ênfase às liberdades políticas e individuais ratificadas, posteriormente, nas revoluções Francesa e Americana, como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 2ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003a. p. 380 e ss.; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed., Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 12 e ss.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed., Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 55 e ss.

de 1789⁴⁵ e na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 04 de julho de 1776⁴⁶.

Enfim, como se verá mais adiante, admite-se, como uma das hipóteses fundamentadas da vulnerabilidade do caso julgado, como alicerce, o sentimento de justiça presente nos direitos fundamentais, como direitos absolutos, imutáveis e intemporais, mesmo porque o direito de ação tem o condão de garantias constitucionais, com natureza processual e de princípios constitucionais, nos quais estão inseridos o caso julgado.

Destaca-se que os direitos fundamentais não tem igual conceito dos direitos humanos, apesar da intrínseca relação, lembrando que os direitos fundamentais são os direitos do ser humano positivados no direito constitucional de determinado Estado. José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁷ afirma que a positivação dos direitos fundamentais é a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo (jusnaturalismo), ou seja, nos parâmetros da Constituição.

Prossegue argumentando, com fundamentos alicerçados pelo Tratado de Amsterdão, a liberdade, segurança e justiça - ELSJ, posteriormente consolidado pelo Tratado de Lisboa, notadamente, em matéria penal, com reflexo nos direitos fundamentais, que os direitos humanos são valores reconhecidos universalmente para todos os povos e tempos, mesmo que não estejam inscritos na ordem constitucional de um Estado⁴⁸. Atualmente as questões procedimentais dos processos vêm adquirindo importância ímpar para a garantia dos direitos, mormente quanto à promoção do equilíbrio, na constante tensão entre a segurança jurídica e a garantia da decisão jurisdicional pautada na justiça, assegurando determinada imunidade a *res judicata*, em relação a possíveis alterações das normas legais, em relação à imutabilidade constitucional, que protege o caso julgado, no qual sómente em condições excepcionais, objeto da presente investigação, admite-se a tangibilidade e vulnerabilidade.

Depois de muito tempo de tratamento diferenciado, atualmente o direito processual civil e o direito processual penal recebem tratamento científico unificado, no que diz respeito aos institutos fundamentais, pela busca dos assuntos pontuais comuns da atividade jurisdicional. A mesma aproximação também foi recebida pelo direito processual do trabalho

⁴⁵ INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS, Legislação. **Declaração da independência**. Congresso, 04 de julho de 1776. Declaração dos Parlamentares dos Estados Unidos da América, no Congresso Geral Reunido. Disponível em: <<https://www.wdl.org/pt/item/109/>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 377; TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 237.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 377. GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno. **A crise e o direito**. Coimbra: Coimbra Editores, 2013. p. 137 e ss.

e os demais ramos especiais do direito processual, a exemplo do direito processual penal militar e o direito processual eleitoral⁴⁹. Os direitos fundamentais são considerados direitos naturais do ser humano⁵⁰.

Claro que os direitos fundamentais podem ser examinados por diversos ângulos, seja na percepção de direitos naturais do ser humano, filosoficamente ou dentro de uma convivência estatal ou comunitária, tema desenvolvido com profundidade e examinado na obra, “o espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia: desenvolvimento recentes, coordenado pela Professora Constança Urbana de Souza, da Universidade Autónoma de Lisboa”⁵¹.

No âmbito filosófico, os direitos fundamentais, antes de incorporar no direito positivo, teve como origem o pensamento humano, com o seu semblante de direito natural⁵². O Cristianismo defendeu os valores da dignidade humana, não no sentido atual dos direitos humanos fundamentais, mesmo porque ainda hoje, há quem resista aos direitos fundamentais, como direito subjectivo, olhando o cidadão apenas como beneficiário dos direitos fundamentais. Somente, a partir das Revoluções Burguesas do século XVIII, especialmente a Americana (1776) e Francesa (1789), é que o ser humano passou a ser prioritário perante o Estado, notadamente, tendo como marco, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 com os valores da liberdade, segurança e propriedade, ratificada na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776.

Os direitos fundamentais constituem em direitos absolutos e imutáveis, sendo natural a sua inclusão na ordem jurídica, inclusive dentro do princípio do jusnaturalismo e a referida hermenêutica é aplicável ainda hoje nos direitos fundamentais e seus preceitos incorporados constitucionalmente nas legislações dos Estados e referência no direito transnacional e comunitário. Há um reconhecimento de que os direitos fundamentais, que tem como origem e base o pensamento humano filosófico, transcende a História e está no direito positivo dos Estados Democráticos, tanto juridicamente, culturalmente e moralmente, com precedência ao surgimento do Estado e da Sociedade⁵³.

⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 01.

⁵⁰ WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho Derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1974. p. 06.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 380; MIRANDA, Jorge. 2008. *Op. cit.*, p. 12; SOUZA, Constança Urbano de. **O espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia: desenvolvimentos recentes**. Lisboa: Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, 2014.

⁵² MIRANDA, Jorge. 1997. *Op. cit.*, p. 55; CONSTANT, Benjamim. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. In: *Cours de Politique Constitutionnelle*. 2. ed., Tomo II, 1872. p. 537 e ss.

⁵³ NEVES, Alfredo Castanheira. **A Revolução e o direito**: a situação de crise e o sentido do direito no atual processo revolucionário. Separata da Ordem dos Advogados portugueses: Lisboa, 1976. p. 212.

A Magna Carta de 1215 da Inglaterra⁵⁴ já defendia os valores dos direitos fundamentais, como verdadeiros direitos ou liberdades, consolidado de forma exemplificativa, no *Habeas Corpus Act* (1679)⁵⁵ e *Bill of Rights* (1689)⁵⁶. No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que consagrou os direitos fundamentais, como direitos individuais e de dignidade humana. Os direitos fundamentais são elevados ao patamar de direito constitucional, alastrando nas constituições democráticas por toda a Europa e disseminada em caráter global, com espaços reservados aos direitos ou liberdades fundamentais, com natureza inclusive supraconstitucional, transpondo de uma filosofia de liberdade para uma concreta liberdade constitucional⁵⁷, inclusive em relação aos Poderes públicos Legislativo, Executivo e Judiciário.

Historicamente, as Constituições portuguesas e brasileiras, com destaques às vigentes de 1976 e 1988, respectivamente, por influência francesa, sempre prestigiaram os direitos fundamentais em todo o seu conteúdo, citando como exemplos os artigos 18 e 19 da Constituição da República portuguesa de 1976 e o artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, no tema liberdades e garantias, recepcionando os direitos fundamentais internacionais, no âmbito do juspositivismo e jusnaturalismo. Somente para recordar, a Constituição portuguesa de 1822, que descreve os direitos e deveres individuais, foi inspirada na Declaração Francesa de 1793. As Constituições vigentes, tanto em Portugal como no Brasil, igualmente repetidas pelas Constituições de diversos países da Comunidade Europeia, conceituam forte proteção ao valor da liberdade, incluindo os institutos da liberdade, garantias e dignidade.

A Carta das Nações Unidas, originariamente de 1945⁵⁸, refere-se a direitos e liberdades fundamentais e a Organização das Nações Unidas elaborou em 1948 a sua

⁵⁴ INGLATERRA, Legislação. **Magna Carta de 1215**. João Sem Terra, 1215. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁵⁵ INTERNACIONAL, Legislação. **A Lei de Habeas Corpus de 1679**. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0612.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁵⁶ INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos 1689**. *Bill of Rights*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁵⁷ VERDU, Pablo Lucas. **Derechos individuales**. In: *Nueva Enciclopèdia Jurídica*, vol. VII. Barcelona: Francisco Seix, 1955. p. 41.

⁵⁸ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

Declaração de Direitos⁵⁹, mais tarde culminando na Convenção Americana dos Direitos Humanos, assinada em 1969, em São José da Costa Rica⁶⁰. A Europa sempre defendeu os direitos fundamentais num primeiro plano, citando como exemplos, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos Humanos, de 1950⁶¹ e a Carta Social Europeia, em vigor desde 1965⁶², com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos da Europa.

Aliás, a proteção dos direitos fundamentais sempre foi colocada em primeiro plano. Há na doutrina portuguesa, quem defenda que os direitos fundamentais cabem, em sua essência, na forma estendida às pessoas coletivas. Entretanto, examinando o artigo 12, nº 02 da Constituição da República portuguesa, é possível concluir que os direitos fundamentais são privativos dos seres humanos, mesmo porque a Declaração Universal dos Direitos Humanos apenas menciona atributos da pessoa humana.

Entretanto, não é possível excluir os cidadãos pertencentes a entes coletivos, seja na qualidade de gestor ou sócio, em nome do princípio da dignidade humana, adotado pela jurisprudência germânica, com a teoria da ofensa indireta (*durchgriffstheorie*), no qual admite excepcionalmente à incidência dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas coletivas. Igualmente, não cabe mais a forma seletiva de aplicação dos direitos fundamentais, excluindo os estrangeiros e apátridas, admitindo-se apenas certos direitos aos cidadãos portugueses em caráter excepcional, desde que autorizado constitucionalmente e não revele odiosa discriminação como, por exemplo, os estrangeiros ocuparem o cargo de Militar, Presidente da República ou Primeiro Ministro. Quanto aos direitos sociais, não pode haver discriminação, sob pena de violar o princípio da igualdade⁶³. Está claro que os direitos fundamentais estão elevados, ao nível de preceito constitucional, seguindo a Lei Fundamental Alemã, garantias institucionais no direito alemão (*unmittelbar geltendes Recht*), como também estão, inseridos

⁵⁹ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁶⁰ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁶¹ CEDH, Convenção Europeia dos Direitos do Homem. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950**. Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Em 04 de novembro de 1950, os ministros de quinze países europeus, reunidos em Roma, assinaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, com um alcance sem precedentes, constitui um marco na evolução do Direito Internacional. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo1/cesdh.html>. Acesso em: 05 det.. 2018.

⁶² CE, Conselho da Europa. **Carta Social Europeia**. Adotada em Turim, a 18 de outubro de 1961. Entrada em vigor na ordem internacional: 26 de fevereiro de 1965. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-18-10-961-ets-35.html>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁶³ NEVES, Alfredo Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 118-119.

na Constituição da República portuguesa, entre os quais o princípio da intangibilidade do caso julgado⁶⁴. No mesmo sentido a parte que litigou e que obteve pronunciamento de mérito em sua demanda, tem a garantia da segurança oferecida à norma jurídica do tempo do pronunciamento, por força de decisão jurisdicional e qualquer violação estará inquinada de inconstitucionalidade.

Assim, os Tribunais devem observar à Constituição, respeitando e aplicando os direitos fundamentais da cidadania, interpretando o direito de acordo com a pretensão comunitária, notadamente na aplicabilidade dos direitos, liberdades, garantias e segurança jurídica como, por exemplo, a restrita obediência ao caso julgado, somente modificável em hipóteses restritas e excepcionalmente com ampla defesa e contraditório⁶⁵. O referido efeito é consequência lógica do caso julgado decorrente de proteção constitucional inserido no direito fundamental ao caso julgado, pois a cidadania garante a pessoa o fim da lide judicial com a estabilidade da demanda e a própria segurança jurídica, relevando que os direitos fundamentais são imprescindíveis ao homem em sua convivência na sociedade.

No caso de colisão ou conflito em valores culturais e materiais, deve prevalecer a proteção dos direitos, liberdades e garantias, incluído o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e ao caso julgado. Nesse particular, os direitos fundamentais têm proteção constitucional⁶⁶.

Por essa razão a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição Federal brasileira de 1988 dão fundamental importância aos direitos, liberdades e garantias⁶⁷. Nessa ótica, grande parcela da doutrina passou a interpretar que os direitos fundamentais visam manter uma regra de relacionamento entre o cidadão e o Estado com a finalidade de resguardar a liberdade individual e social, dentro de um convívio na comunidade política e jurídica. Por isso a importância vital do Estado-Administração, com os seus órgãos em pleno funcionamento, no interesse colectivo, com exuberante poder social e no interesse da

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 45; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed., Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 88-89; PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual e ampl. com notas do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil - CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 65. CANAS, Vitalino. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1994. p. 137-138.

⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. In: *Documentação e Direito Comparado*, Sep. do BMJ, nº 05 de 1981. p. 233 e ss.; MOTA PINTO, Paulo. *Op. cit.*, p. 149 e ss.

⁶⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo. **Os partidos políticos na Constituição**. In: *Estudos sobre a Constituição*, vol. II. Braga: Livraria Cruz, 1983. p. 70.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1991. *Op. cit.*, p. 195. MOTA PINTO, Paulo; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina Editora, 2005. p. 42.

sociedade.

Nesse contexto, é que se faz a distinção do poder público e entidades privadas, como critério essencial e relevante dos direitos fundamentais consagrado constitucionalmente e com incidência reconhecida no direito privado e público, aplicando-se incidentalmente na ordem jurídica globalizada, com valoração do princípio da unidade do ordenamento jurídico no âmbito da legalidade, doutrina e jurisprudência.

Historicamente há um segmento, notadamente no direito germânico, que sempre sustentou à aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, que se traduz em direitos de defesa da liberdade contra o poder do Estado, que também deve resguardar esses direitos⁶⁸.

Os direitos fundamentais devem incidir integralmente na ordem jurídica, como proteção essencial no direito da cidadania. Essa proteção amplia a incidência dos direitos fundamentais, na aplicabilidade de preceitos legais.

As Constituições brasileira (artigo 5º) e portuguesa, esta última no artigo 18º, nº 01, com clarividência, determinam o cumprimento dos preceitos fundamentais constitucionais dentro de um Estado, que deve estabelecer um equilíbrio entre os seus interesses e o fim social, sem abandonar o livre arbítrio privado, cuja liberdade e igualdade é uma garantia assegurada pelos direitos fundamentais de igualar os desiguais sem, entretanto, impor o poder de força estatal à sociedade, mantendo o poder livre privado e a liberdade comercial, desde que não contrarie o direito fundamental da dignidade humana, num equilíbrio de ponderação dos direitos e valores. Diante desta assertiva, os direitos fundamentais são universais e permanentes e a diversidade civilística entre capacidade de gozo e capacidade de exercício é tema estranho aos direitos fundamentais, que considera entre ambos uma causa comum, que é a titularidade dos direitos⁶⁹.

O que não se admite é uma intervenção estatal judicial, com fundamento em preceitos constitucionais, para estabelecer um poder estatal de governo de juízes. Ainda que haja colisão dos direitos fundamentais, cabe aos juízes ponderar e equilibrar à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, no qual está inserido o princípio da segurança jurídica,

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

⁶⁹ Lei nº 30/96, de 14 de agosto de 1996 que alterou o Estatuto do Provedor de Justiça - Lei nº 09/91, de 09 de abril de 1991 (PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 30/96, de 14 de agosto de 1996**. Reforça as competências e independência do Provedor de Justiça. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=658&tabela=leis>. Acesso em: 02 ago. 2018, que alterou o Estatuto do Provedor de Justiça - Lei nº 09 de 09 de abril de 1991). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 424.

nos seus núcleos essenciais do caso julgado, do direito adquirido e do ato perfeito jurídico consolidado, em nome da estabilidade jurídica, vedando que atos com fundamento público ou privado sustentem independência em relação à Constituição.

Os valores e direitos devem ser interpretados e adaptados com harmonia, equilibrando e ponderando os interesses públicos e privados, tendo como vértice os direitos fundamentais constitucionais.

O caso julgado insere-se entre os direitos fundamentais, notadamente por levar à segurança jurídica, preceito constitucional necessário numa vida em sociedade, daí porque a vulneração do caso julgado é uma medida excepcional, invertendo o ônus da prova para quem alegue inconstitucionalidade da norma aplicada ou vícios da decisão judicial com trânsito em julgado exigindo, sempre, uma interpretação dos direitos fundamentais, de acordo com a Constituição, cuja observância impõe ao magistrado interpretar com fulcro nos princípios da ponderação, equilíbrio e harmonização. Na mesma linha vertente, o direito a revisitação e reavaliação da decisão judicial transitada em julgado dentro do princípio do devido processo legal, passou ser direito de cidadania, portanto do arguido condenado, estando inserido nas cartas constitucionais democráticas, como direito fundamental de cidadania. Não há uma colisão de direitos fundamentais constitucionais, caso julgado e revisão criminal? A investigação, ora delineada enfrentará o problema nos capítulos da presente tese doutoral, com uma metodologia de valiosa contribuição científica para a solução do tema, considerando o princípio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que no artigo 16º expressa solenemente que a sociedade tem assegurada a garantia dos direitos fundamentais, sob pena de ser considerada não ter Constituição, portanto, consagrada como direitos individuais, registando que no *Bill of Rights*, no tradicional pragmatismo anglo-saxônico há forte concepção de direitos fundamentais, onde os costume sempre foram considerados verdadeiros princípios.

Enfatiza-se que os direitos fundamentais jamais podem ser desprezados, pois alcançam o princípio da dignidade humana, ressaltando que a inserção e defesa do princípio do caso julgado, em nome da segurança jurídica, tem como fundamentação a garantia básica de princípios constitucionais fundamentais, que não admite renúncia do cidadão, pois é um bem jurídico indisponível, colocando um obstáculo na autonomia privada do livre arbítrio, quando afronta princípios constitucionais, como a premissa da dignidade humana e direitos, liberdade e justiça, em nome da sociedade, colectividade e comunidade, exigindo um tratamento igualitário, sem discriminação, ou seja, à efetividade dos direitos fundamentais constitucionais, como garantia de proteção dos poderes públicos.

Entretanto, pode haver um aparente conflito de direitos fundamentais individuais, devendo o Estado Judicial decidí-lo, assegurando o limite de um direito individual quando começar o direito do outro, dentro de uma responsabilidade social na vida comunitária⁷⁰ observando o interesse público e o princípio da ética ou moral social, mesmo para solução de direitos ou dos conflitos entre direitos e valores sociais e comunitários, lembrando que os direitos fundamentais ao caso julgado e a revisão criminal, ainda que com aparente colisão a ser ponderado na presente investigação, é uma garantia de que os conflitos não devem se eternizar e constitui em segurança na decisão jurisdicional, imune à lei ordinária e ao ato legislativo posterior que estarão fulminados pela inconstitucionalidade. Outrossim, Portugal aderiu à Comunidade Européia, com a certeza de que o direito comunitário tem hierarquia sobre o direito nacional⁷¹.

A doutrina tem admitido normalmente a limitação dos direitos fundamentais, segundo os princípios de ponderação e da harmonização, em nome de outros valores ou direitos em conflitos, examinando no caso concreto, qual o melhor direito a prevalecer, mesmo porque no caso concreto pode-se concluir que o conflito é apenas aparente, exigindo uma apreciação aplicada das hipóteses, lembrando que não há valores invulneráveis e extremamente absolutos numa sociedade comunitária, dentro de um princípio de limites demarcados, em relação aos direitos, liberdades e garantias, quando há colisão de direito ou valor constitucional, exigindo uma solução adequada, harmônica, equilibrada, ponderada e proporcional, a partir de circunstâncias concretas⁷², lembrando que em Portugal, desde a idade média, há reconhecimento de direitos fundamentais, inicialmente aos membros de corpos ou ordens.

Como exemplo, será sempre relativa à sentença transitada em julgada, quando presentes os requisitos excepcionais e fundamentados que autorizem sua revisão, examinando sempre os direitos fundamentais, nas suas limitações constitucionais, delimitando o conteúdo protegido, interpretando os preceitos com as suas restrições constitucionais, ainda que se refira a direitos fundamentais devidamente expressos ou implícitos no ordenamento constitucional, interpretando o bem jurídico, objeto de um direito fundamental constitucional

⁷⁰ “Artigo 4º: a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).

⁷¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. In: *Studia Iuridica*, nº 65. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 370; PORTO, Sérgio Gilberto. 2011. *Op. cit.*, p. 65.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias**. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - BFDC*, Direito Constitucional, vol. comemorativo do 75º Tomo. Almedina: FDUC, 2003b. p. 793. HESPANHA, António Manuel. **História das instituições-épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 315 a 323.

e nesta linha, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é considerada, *jus cogens*, seja de natureza de concepções comunitárias ou dos direitos individuais, estes, destacados com raízes de direito natural, com vínculo umbilical à dignidade e a pessoa humana, com perspectiva universalista ou internacionalista, pois têm nas características peculiares de sensibilidades de Estados diversos de estrutura social, política e econômica e muitas vezes é possível acrescentar raízes de tradição cultural e religiosa.

Tem-se que atentar para a falsa aparência de violação dos direitos fundamentais, ou sustentando equivocado conflito de direitos, em nome de direitos fundamentais, citando como exemplo a hipótese quando em nome do direito de propriedade alguém quer se eximir do pagamento de imposto genérico. É bastante delicada a questão, pois em regra as cartas constitucionais excluem referida forma de proteção de direito fundamental, impondo limites para evitar abuso de direito na alegação de direitos fundamentais.

A teoria dos limites imanentes e demarcados em tema de direitos fundamentais, já teve manifestação do Tribunal Constitucional de Portugal. O critério diferenciado é saber se os direitos fundamentais alegados, na verdade, correspondem ao excepcional privilégio pessoal ou afronta aos valores constitucionais fundamentais inseridos na sociedade e comunidade, levando sempre em consideração o equilíbrio e ponderação de princípios jurídico-constitucionais para solucionar o conflito, se existente, entre o direito fundamental e outros direitos comunitários, sempre lembrando o parâmetro e bússola da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tem previsão de vários direitos fundamentais, que na verdade, não podem ser colididos ou vulnerados por leis internas de um Estado, mesmo porque no contexto dos direitos fundamentais estão inseridos os direitos humanos, nas sábias palavras de Konrad Hesse⁷³, notável jurista germânico⁷⁴.

Os direitos fundamentais não podem ser violados pelo legislador. Isto significa que o princípio da segurança jurídica, no qual inserida o caso julgado, somente pode ser excluído, em casos excepcionais e com autorização constitucional direta ou nas leis infraconstitucionais, tanto em atos de administração ou judicial, em vícios de conteúdos, que afrontem os princípios constitucionais fundamentais, portanto, requisitos constitucionais de direitos fundamentais, que afetem, dentre outros, o princípio da dignidade humana, liberdades

⁷³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. *Grundzuge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 225.

⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 583. Acórdãos do Tribunal Constitucional - TC de Portugal n.ºs 529/94; 223/95 e 352/98.

e garantias, exigindo-se sempre equilíbrio, proporcionalidade e ponderabilidade.

Cita-se, como exemplo, o poder de cautela do artigo 18, nº 03 da Constituição da República portuguesa, que deve ser interpretado como um poder de resguardo contra o avanço legislativo em defesa dos direitos fundamentais, no qual está inserido à proteção de um bem constitucionalmente valorado, sempre interpretando o artigo 18, nº 02, da Constituição da República portuguesa⁷⁵, como uma cláusula defensiva dos direitos fundamentais de interpretação *in dubio pro libertate e societate*. No mesmo sentido, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República do Brasil, na qual está inserido o princípio do caso julgado⁷⁶, por se tratar de clara violação ao devido processo legal, contraditório e ao direito de defesa.

Uma das questões sempre recordada na academia jurídica, em nome da segurança jurídica e que afronta o caso julgado, é a lei de efeitos retroativos, notadamente em matéria penal, como *reformatio in pejus*, admitindo-se, excepcionalmente, em tema mais favorável ao sentenciado, ainda que o caso tenha transitado em julgado.

Qualquer cidadão goza de todos os direitos fundamentais, notadamente o direito absoluto constituído pela dignidade humana, porém em nome da colectividade, em certas situações e circunstâncias, algum direito fundamental pode ser restringido, como o previsto constitucionalmente no artigo 270 da Constituição da República portuguesa⁷⁷ que limita certos direitos fundamentais ao cidadão condenado penalmente.

Como ilustração, tem-se o Caso Golder, julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que constitui um *leading case* e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os reclusos, devendo sempre examinar a questão à luz do princípio da ponderação, nas situações de colisão entre os direitos em litígio, que são inevitáveis, em face do sistema legal de proteção dos direitos fundamentais, notadamente quando a Constituição dá proteção a valores ou bens, em aparente conflito, situação em que deve sempre prevalecer normas com natureza de direito fundamental, muito embora seja possível afirmar que a filosofia clássica, ao tratar

⁷⁵ “Artigo 18 (força jurídica): [...]. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. [...]” (Constituição da República portuguesa).

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1991. *Op. cit.*, p. 402; anotação XIII ao artigo 18.

⁷⁷ “Artigo 270 (restrições ao exercício de direitos): a lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical” (Constituição da República portuguesa).

do tema, a exemplo de Norberto Bobbio⁷⁸, relaciona direitos fundamentais como direito positivo (*legal rights*) e direitos humanos como direito natural (*moral rights*)⁷⁹.

Porém, em tema de segurança jurídica, uma sentença com o pálio de caso julgado, não pode prevalecer contra valores que atentem contra a dignidade humana, como o *error in judicando* que afronta o direito de liberdade. Aliás, entende-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, tem como fito essencial à questão da personalidade humana e secundariamente visa a natureza instrumental da personalidade jurídica coletiva.

Entretanto, registre-se que o critério de prevalência não pode ser uma ordem hierárquica de valores, mas ponderado, como já se disse, considerando as circunstâncias da dignidade humana, como no caso concreto citado do direito de liberdade, princípio que compõe os bens da vida e da integridade pessoal deve ser preservado na forma do nº 04 do artigo 19 da Constituição da República portuguesa e neste sentido⁸⁰ na mesma polêmica, assinala-se a questão do direito de antena e sua natureza de direitos políticos fundamentais, com a precisão, de Marcelo Rabelo de Souza que, acredita-se, tem a natureza de direito fundamental universal, visto que a luz dos princípios da ponderação e da harmonização do direito, devem ser sempre preservados, tendo como parâmetro à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Há necessidade, portanto, de ponderar os valores constitucionais, não necessariamente dentro de uma ordem matemática, mas de um raciocínio lógico, de equilíbrio e ponderação, não desprezando os limites do direito de um cidadão, em relação a outrem e o ambiente comunitário em que vive, visando alcançar e analisar as opções para a solução do conflito, não abandonando os princípios da necessidade e de proporcionalidade, examinando cada extensão dos valores e direitos constitucionais, dentro de um juízo de ponderação, que não se afaste do sentimento da ordem constitucional, na medida em que no final atenda ao sentimento que melhor harmoniza o interesse comunitário, dentro de um princípio da preponderância. Interessante afirmar que os preceitos convencionais e oriundo de tratados sobre direitos fundamentais, ratificadas pelos Estados português e brasileiro têm aplicação

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 78-79.

⁷⁹ SEVA, Antonio Pablo Rives. **La Intervención de las comunicaciones em el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia**. Barcelona: Bosch, 2010. p. 371; MOTA PINTO, Paulo. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. In: Portugal-Brasil. Coimbra: Coimbra Editores, 2000. p. 221.

⁸⁰ “Artigo 19 (suspensão do exercício de direitos): [...]. 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.. [...]” (Constituição da República portuguesa); SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. cit.*, p. 71.

interna, desde que não violem as Constituições internas., levando à conclusão de que os Estados e seus Tribunais tem que obedecer a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH.

Assim, no conflito entre a preservação de uma sentença transitada em julgado, em nome do princípio da segurança jurídica e à injustiça da condenação penal, em flagrante *error in judicando*, tem de se atender a proteção jurídico-constitucional da revisão penal, optando pela anulação do processo penal com a imediata liberdade penal do apenado, ainda que se refaça novo julgamento, mesmo porque a decisão justa com o devido processo legal está inserido nos direitos fundamentais, logo o instituto da revisão criminal que visa corrigir um sentença ilegal ou injusta é considerado direitos humanos fundamentais para convivência digna na sociedade, numa concepção de dicotomia entre direito positivo e direito natural caminhando juntos na história da humanidade.

Reconhece-se que é difícil criar uma receita fixa, em abstrato, para dirimir as situações possíveis dentro de um sistema de ponderação, devendo o magistrado examinar a questão no caso concreto, com regras equilibradas a serem preenchidas pelo juiz.

Referido critério deve funcionar como uma bússola para o Magistrado, notadamente nas hipóteses da generalidade das leis penais incriminadoras, que em regra já estabelece os tipos e as condutas penais com a devida exclusão da ilicitude, da culpa ou da pena devendo o Juiz, na hipótese de rompimento do caso julgado penal, utilizar com equilíbrio e harmonização a interpretação sistemática legal, fazendo uso do critério de ponderação na solução do caso concreto, sempre objetivando alcançar uma decisão justa e a revisão criminal é um instrumento excepcional de direitos fundamentais visando corrigir o *error in judicando*, visando relevar os valores de cidadania e humanismo.

Assim, no caso de interrupção voluntária da gravidez, sobre a existência de um conflito de direitos, por exemplo, entre a proteção da vida humana intrauterina e o direito de vida da mãe, que no caso, por recomendação médica, demonstra necessidade do aborto, por colocar em perigo à própria sobrevivência da genitora, a necessidade de vida da genitora, autoriza o aborto. Admitindo-se uma condenação originária da genitora, é possível uma revisão da sentença penal em julgado, dentro de um critério de ponderação e equilíbrio. Nessa hipótese, poderá resolver eventual conflito de princípios constitucionais, entre direitos fundamentais e do juspositivismo, em nome do princípio da prevalência do interesse preponderante, e o princípio da dignidade da pessoa humana, numa concepção jusnaturalista.

Outra questão interessante é a impossibilidade de renúncia dos direitos constitucionais fundamentais, seja no âmbito dos juspositivismo ou jusnaturalismo, fato que poderá vulnerar

no futuro o caso julgado, como um cidadão permitir que a polícia entre em sua casa sem mandado judicial ou violação das garantias constitucionais penais e ainda que fosse possível a renúncia, esta depende de circunstâncias, condições e limites, visto que a matéria é de ordem pública e de interesse comunitário, não se admitindo à ausência da vontade livre e consentida do cidadão ou à presença de coação física ou moral, fatores, que se incidentes poderão revisionar eventual condenação penal, levar a relatividade da sentença penal, por violação de direitos fundamentais, que tem a reserva de valores superiores da comunidade, ofendendo a ordem constitucional e a dignidade da pessoa humana.

Aliás, esta é a posição da doutrina alemã⁸¹, lembrando que o consentimento autorizado legalmente pode levar a causa geral de exclusão de ilicitude, com previsão nos artigos 38 e 39 do Código Penal português. No direito comparado luso-brasileiro, o aborto necessário praticado por médico ou no caso de gravidez resultante de estupro, conforme o artigo 128 do Código Penal brasileiro, são causas de exclusão de ilicitude⁸². Saber se houve violação proibida de direitos fundamentais, somente é possível examinando as circunstâncias dos casos concretos, quando se deve examinar se à afronta aos direitos fundamentais constitucionais prepondera em nome da ordem pública ou do direito privado, como no caso de consentimento na violação do domicílio⁸³. Em qualquer caso, deve-se observar o respeito pela dignidade da pessoa humana e aos valores comunitários e da sociedade.

Portanto, a proteção dos direitos fundamentais precisa ser observada em todos os contextos do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, sendo fundamentos preponderantes que autorizam, em caso de vulnerabilidade, a rescisão da sentença penal transitada em julgado através de revisão penal, tendo como núcleo a proteção jurídico-constitucional dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais nos países civilizados, citando Portugal, Brasil e os Estados integrantes da União Europeia apenas como exemplos, são invulneráveis, inclusive contra o próprio Estado, lembrando que os direitos à vida, à integridade e à identidade pessoal, à irretroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos, alguns dos exemplos fundamentais constitucionais são classificados como direitos fundamentais absolutos, opinião

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 463 e ss.

⁸² “Artigo 38 (consentimento- praticado)” (PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 48/95 de 15 de março de 1995**. Código Penal português. Código Penal de 1982, versão consolidada posterior a 1995 (versão actualizada). Disponível em: <http://www.pgd.lisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 08 ago. 2018; e artigo 128 do Código Penal brasileiro (BRASIL, Legislação. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018).

⁸³ MOTA PINTO, Paulo. *Op. cit.*, p. 535.

seguida pelo jurista Manuel Afonso Vaz⁸⁴ e sua violação, notadamente em tema penal, autoriza o rompimento da *res judicata* através da revisão penal, registrando que os direitos, liberdades e garantias são cláusulas pétreas constitucionais com limites materiais ao poder de revisão constitucional⁸⁵. O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio consagrado e relevante no sistema jurídico dos direitos fundamentais, num consenso social, numa sociedade avançada⁸⁶.

No mesmo sentido, no direito comparado luso-brasileiro, na Constituição republicana brasileira vigente, conforme previsão pertinente aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º). Defende-se que a revisão das cláusulas pétreas somente é possível por meio de uma Assembleia Nacional Constituinte convocada especialmente para revisar a Constituição, como demanda a Constituição brasileira de 1988⁸⁷ ou uma maioria qualificada de dois terços, na forma prevista na Constituição da República portuguesa⁸⁸.

A referida proteção constitucional tem a finalidade de não banalizar os direitos fundamentais, identidade e continuidade da Constituição. No mesmo sentido deve seguir os limites do artigo 18, nº 03 da Constituição da República portuguesa⁸⁹.

Entende-se que qualquer revisão constitucional, nos princípios e direitos fundamentais, não pode desprezar os valores comunitários, dentro do sistema da União Europeia e da Declaração Universal de Direitos Humanos⁹⁰.

Registre-se que a revisão de 2001, na Constituição da República portuguesa, que elaborou restrição aos direitos fundamentais, trouxe uma exceção que visava permitir a adesão de Portugal ao Tribunal Penal Internacional. Entretanto, continua os sistemas democráticos dos Estados em proteger os direitos fundamentais contra a própria Administração Pública, não permitindo que os atos administrativos e as decisões judiciais violem os direitos fundamentais, sob pen, de se considerar inconstitucional, por afronta ao princípio da legalidade. Aliás, no direito comparado, o magistrado brasileiro Alexandre de Moraes insere

⁸⁴ VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei**: a causa da lei na Constituição da República portuguesa de 1976. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1992. p. 21.

⁸⁵ “Artigo 288 (limites materiais da revisão): as leis de revisão constitucional terão de respeitar: [...]; d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; [...]” (Constituição da República portuguesa).

⁸⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O estado de exceção no direito constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 1025 e ss.

⁸⁷ “Artigo 3º: a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral” (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1991. *Op. cit.*, p.1011 e ss. e p. 1064.

⁸⁹ “Artigo 18 (força jurídica): [...]. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (Constituição da República portuguesa).

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1991. *Op. cit.*, p. 1011.

os direitos humanos no conceito dos direitos fundamentais contra o arbítrio estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, sendo tema previsto nos direitos e garantias da Lei Fundamental brasileira⁹¹.

Conclui-se que os direitos, liberdades e garantias tem a proteção da reserva de lei parlamentar. Neste sentido, conforme constatação de Vital Moreira⁹², já decidiu o Tribunal Constitucional português em tema relativo às posturas municipais, que não pode ser vulnerado pelos regulamentos autônomos das autarquias.

O sistema democrático ainda não criou regras de garantias contra as decisões judiciais. Há um consenso implícito constitucional, que o Poder Judiciário deve ter como bússola a Constituição e seus princípios e normas na defesa dos direitos, notadamente em tema que atinge direitos fundamentais de liberdade e ao processo penal.

Portanto, ainda que as decisões judiciais estejam contaminadas por eventuais erros, o seu controle pode ser efetivado através de recursos ordinários e extraordinários e todas as instituições públicas, privadas e o cidadão estão sujeitas ao Poder Judiciário e no mesmo sentido à Constituição brasileira⁹³, com previsão de exame de inconstitucionalidade de normas⁹⁴, que atinge inclusive ao caso julgado, porquanto a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, fato que torna relativa e vulnerável a *res judicata* (artigo 29 da Constituição da República portuguesa, nº 04 e artigo 97 da Constituição brasileira).

Outro ponto acolhido universalmente nos Estados Democráticos é a vulnerabilidade do caso julgado, quando o tipo penal que deu sustentação à sentença condenatória foi objeto de lei superveniente que descriminalizou o fato típico. A doutrina aceita também a anistia como vulneração legal ao caso julgado. O recurso extraordinário de revisão penal não ofende o princípio da separação de poderes, ainda que com base em fatos supervenientes, pois cabe ao

⁹¹ “Título IX (Administração Pública). Artigo 266 (princípios fundamentais): [...]. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé” (Constituição da República portuguesa); MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 39.

⁹² MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 190.

⁹³ “Artigo 205 (decisões dos tribunais): [...]. 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades” (Constituição da República portuguesa). Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República brasileira.

⁹⁴ “Artigo 280 (fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade): 1. cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: [...]; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. [...]. 5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional. [...] (Constituição da República portuguesa).

Poder Judiciário proceder a novo julgamento.

A lei mais benéfica ao acusado em matéria penal retroage, muito embora exista uma linha de entendimento que exige a não ocorrência do trânsito em julgado. Há pacificação de que uma lei interpretativa somente aplica-se para o futuro e entre os juristas existe o clamor conjugado dos artigos constitucionais portugueses números 205⁹⁵, 282, nº 03⁹⁶, que para muitos doutrinadores representa a consagração constitucional da intangibilidade da *res judicata*. No direito constitucional brasileiro o caso julgado tem a proteção no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República brasileira. Entretanto, como direito fundamental consagrado, em tema de garantias processuais, que se vulnerados, pode levar a uma revisão da pena condenatória, cita-se o direito do contraditório e da ampla defesa, o direito a uma sentença fundamentada e justa e o direito recursal.

Portanto, num regime democrático é essencial que o Estado fique submetido ao princípio da justiça e dignidade da pessoa humana, como consequência natural dos direitos fundamentais, como o direito de resistência, com previsão no artigo 21, da Constituição da República portuguesa⁹⁷, que visa proteger direitos, liberdades e garantias, afastando em consequência à incidência do crime de desobediência do artigo 348, do Código Penal português. No mesmo sentido, similarmente, o direito de resistência tem previsão explícita e implícita na Constituição brasileira, numa referência ao direito comparado no (artigo 5º, inciso VIII, combinado com artigo 143, parágrafo 1º), constando também de forma implícita, a materialidade de resistência, como bem leciona o Emérito Jurista José Carlos Buzanello, entre outros direitos e garantias constitucionais⁹⁸.

A Constituição da República portuguesa garante os meios de defesa ampla com uma proteção jurídica eficaz, sendo certo que seu artigo 20, nº 05 e na Lei fundamental brasileira,

⁹⁵ “Artigo 205 (decisões dos tribunais): 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei. 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. 3. A lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução” (Constituição da República portuguesa).

⁹⁶ “Artigo 282 (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade): [...]. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido” (Constituição da República portuguesa). Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República brasileira.

⁹⁷ “Artigo 21 (direito de resistência): todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública” (Constituição da República portuguesa).

⁹⁸ MIRANDA, Jorge. 2008. *Op. cit.*, p. 503 e ss.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 512; BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014. p. 29.

no artigo 50, inciso LV⁹⁹, garante tutela eficaz em favor dos direitos fundamentais, através do Poder Judicial que retrata a conscientização comunitária na defesa da liberdade e da dignidade das pessoas, sendo certo e notório nos Tribunais Administrativos, que sempre deve tratar o tema com certa razoabilidade e as Constituições republicanas portuguesa e brasileira não se denominam como criadores de direitos fundamentais, inspirando-se no tema, como fonte originária na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Na hipótese de violação dos direitos fundamentais viabiliza meios judiciais para resolver a questão, como o recurso revisional penal extraordinário, vulnerando com relatividade à intangibilidade do caso julgado, que no direito brasileiro denomina-se em tema penal, de ação de revisão criminal e em tema cível, de ação rescisória, numa alusão ao direito comparado luso-brasileiro, enquanto que a Constituição da República portuguesa protege o cidadão para defender os seus direitos com uma tutela efetiva, com previsão no artigo 268, nº 04¹⁰⁰ como define Castanheira Neves, jurista português.

A Constituição brasileira de 1988 também prevê ações mandamentais do Mandado de Segurança e do *Habeas Corpus*, de igual modo, em direito comparado, como acontece com a Constituição da República portuguesa, que disciplina a tutela da ação de cumprimento de preceito fundamental constitucional. Todos esses remédios normativos visam que a Administração Pública cumpra preceitos fundamentais legais ou se abstenha cautelarmente de ato administrativo que afronte direitos fundamentais e suas garantias, incluídos nas garantias, o direito de cidadania de acesso administrativo de informações necessárias ao exercício de direitos e acesso aos Tribunais, com previsão no artigo 20 da Constituição da República portuguesa.

De fato, a afronta às garantias constitucionais pode ser fundamento para uma ação revisional penal ou rescisão de sentença cível, eis que incluído o contraditório e à ampla defesa, na relação dos direitos fundamentais, a vulneração administrativa pode ser fundamento para litígio judicial superveniente, pois o direito de informação da cidadania é matéria constitucional, podendo o cidadão alegar concretamente (artigo 204 da Constituição

⁹⁹ “Artigo 20 (acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva): [...]. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos” (Constituição da República portuguesa). Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República brasileira.

¹⁰⁰ “Artigo 268 (direitos e garantias dos administrados): [...]. 4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas” (Constituição da República portuguesa). NEVES, Alfredo Castanheira, 1976. *Op. cit.*, p. 79 e ss. e 155.

da República portuguesa¹⁰¹) ou recorrer ao Tribunal Constitucional (artigo 280, nº 01, alínea “b”¹⁰²), enquanto no direito brasileiro, permite a representação abstrata da lei inconstitucional, como direito autônomo de ação, assegurada a algumas instituições, citando como exemplo à Procuradoria Geral da República e a Ordem dos Advogados do Brasil.

No artigo 22 da Constituição da República portuguesa¹⁰³ consta o direito à indenização do Estado por violação de preceito fundamental, notadamente quando uma sentença transitada em julgado é desconstituída por ação revisional penal, quando ocorreu hipótese de privação da liberdade, afrontando à Constituição e a lei (artigo 27, nº 05¹⁰⁴) ou quando o cidadão foi injustamente condenado (artigo 29, nº 06¹⁰⁵) em violação ao direito fundamental à liberdade, impondo-se a fundamentação ou motivação fáctica dos actos decisórios e as razões legais que justifique a decisão tomada, impondo a fundamentação das decisões judiciais, conforme os artigos 209º e 282º nº 4 da Constituição portuguesa e no direito comparado à Constituição brasileira, prevê à reparação do dano por erro judiciário no artigo 5º, inciso LXXV¹⁰⁶.

Em caso de violação de preceitos fundamentais que afronte, como exemplo, o direito de liberdade, ampla defesa e contraditório, além dos Recursos Ordinários e da Revisão Penal Extraordinária para romper à intangibilidade da sentença penal transitada em julgado, no caso de afronta aos direitos fundamentais, os cidadãos portugueses podem recorrer ao Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e na hipótese de cidadão brasileiro o recurso é para a Organização dos Estados Americanos - OEA, existindo a hipótese jurídica de recurso aos Tribunais das Nações Unidas em Haia (Holanda) e os respectivos Tribunais poderão reconhecer à violação dos direitos humanos, sendo que no caso lusitano não se pode esquecer da “Carta dos Direitos Fundamentais da União

¹⁰¹ “Artigo 204 (apreciação da inconstitucionalidade): nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados” (Constituição da República portuguesa).

¹⁰² “Artigo 280 (fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade): 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: [...]; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. [...]” (Constituição da República portuguesa).

¹⁰³ “Artigo 22 (responsabilidade das entidades públicas): o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem” (Constituição da República portuguesa).

¹⁰⁴ “Artigo 27 (direito à liberdade e à segurança): [...]. 5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer” (Constituição da República portuguesa).

¹⁰⁵ “Artigo 29 (aplicação da lei criminal) [...]. 6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos” (Constituição da República portuguesa).

¹⁰⁶ Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1991. *Op. cit.*, anotação VIII ao artigo 22, p. 798. Artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição da República brasileira.

Europeia¹⁰⁷”.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁸, os preceitos de direitos fundamentais vinculam os Estados perante a Comunidade Europeia e a Sociedade Internacional na defesa humanitária dos direitos humanos, mesmo porque os direitos fundamentais tem vinculação direta com a dignidade da pessoa humana, o qual se aplica os direitos, liberdades e garantias constitucionais.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁹ lembra, ainda, que se trata de uma imposição constitucional ao Estado português, no sentido da real e concreta atuação em favor dos bens protegidos, não se tratando de mera recomendação condecorativa, sendo que, na verdade, a Constituição da República portuguesa fornece elementos de atuação estatal, que atribui à cidadania, direitos subjetivos no plano constitucional, sendo no dizer da doutrina, alemã o denominado *verfassungsauftrage*, que significa “obrigações constitucionalmente impostas”.

Destarte, as Constituições portuguesa e brasileira fornecem mecanismos de controle, que alcança a rescisão da sentença penal e cível quando ocorrer violação constitucional de preceitos fundamentais, do que se conclui que os direitos fundamentais violados, por serem direitos subjetivos fundamentais, autorizam a vulnerabilidade da intangibilidade da sentença penal transitada em julgado, registrando no direito comparado como corolário globalizado de observação dos direitos fundamentais, onde está inserido o devido processo legal, que em situação idêntica de direito comparado, à sentença estrangeira pode ser aceita na ordem interna portuguesa e brasileira, desde que não afrontem princípios constitucionais.

Como se vê, os direitos fundamentais violados tem reflexo na eficácia da sentença penal transitada em julgado. Logo, o caso julgado, na hipótese, pode ser rescindida através do mecanismo da revisão criminal, na medida em que viola o direito subjetivo do cidadão, que tem o direito de exigir um comportamento, conforme a lei, do poder público, visto que o ser social não tem meras expectativas de direito e sim um direito líquido e certo da cidadania de exigir da Administração Pública determinado comportamento, que outorga ao cidadão certas garantias jurídicas, que obriga ao Estado a cumprir os preceitos de direitos fundamentais constitucionais, mesmo porque a ordem constitucional deu grande relevância aos direitos, liberdades e garantias, rótulos significantes dos direitos fundamentais. Como se vê, o

¹⁰⁷ UNIÃO EUROPEIA, Legislação. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 520 e ss.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 473-484; 518 e ss.

princípio da dignidade da pessoa humana se traduz em normas positivas, dentro de um consenso social e comunitário.

Ao final desse capítulo, conclui-se que os direitos fundamentais são normas de cumprimento obrigatório que outorgam aos indivíduos exigibilidades subjetivas de cumprimento efetivo com poder jurídico, de natureza constitucional, imperativa e vinculada do Estado, que leva a uma imposição legislativa concreta, com inconstitucionalidade por ação ou omissão, sempre exigindo uma hermenêutica interpretativa, mais próximo do direito fundamental, levando ao Estado legislar para atendimento dos direitos fundamentais, de forma eficaz, no interesse da sociedade.

A omissão estatal, quando a Constituição determina atos positivos, pode gerar demanda de inconstitucionalidade por omissão, não sendo demasiado falar que a referida omissão concreta leva à inconstitucionalidade omissiva do Estado, em qualquer dos seus poderes, criando um direito subjetivo do cidadão, inclusive para recorrer às instâncias judiciárias internas, comunitária ou internacional, registando, no caso hipóteses no direito luso-brasileiro para coibir omissões, ação direta de inconstitucionalidade e ação popular¹¹⁰.

Claro que em tema de direito subjetivo, eventual omissão do poder público pode desencadear medidas legais visando coibir à inconstitucionalidade por omissão, como na hipótese de inércia do poder público ou quando o poder público atua de modo contaminado em ação eivada de inconstitucionalidade. Evidente que à inconstitucionalidade por omissão impõe ao agente público as punições administrativas cabíveis¹¹¹.

Nunca é demasiado refletir que mesmo na hipótese de omissão legislativa, a obrigação de elaborar a norma em nível ordinário ou extraordinário continua sendo do Poder Legislativo, sendo incabível outro Poder complementar a deficiência legislativa¹¹².

Na hipótese de omissão inconstitucional de direitos fundamentais, entende-se que o Estado signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos tem a obrigação de complementar à lacuna. No mesmo caminho, ocorrendo à omissão em norma infraconstitucional, quando prevista na Constituição, mormente em tema de direitos, liberdades e garantias. Um exemplo clássico é a omissão do legislador em proceder a uma lei complementar, regulando às hipóteses de anistia, já prevista na Constituição e esta omissão levar a uma sentença condenatória.

O caso julgado poderá ser vulnerado em sua intangibilidade, quando

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. 2008. *Op. cit.*, p. 305; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 1033 e ss.

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a, *Op. cit.*, p. 1172.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 518 e ss. e Acórdão do Tribunal Constitucional - TC nº 3984.

supervenientemente, se verificar hipóteses, que autorizem a revisão criminal, porém em obediência as normas legais. Porém, somente excepcionalmente, pode o Poder Judiciário substituir com a judicialização o Poder Legislativo, sob pena de se criar um “governo dos juízes”.

Diante do referido quadro, há uma uniformidade hermenêutica constitucional, de que ignorar preceitos constitucionais fundamentais, numa sentença penal condenatória, levará a fragilidade e tangibilidade da decisão, embora disponham de garantias jurídicas, colocando em evidência a relatividade da sentença penal transitada em julgado, procurando assim, em restaurar os direitos subjetivos fundamentais, incluído, como direitos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais, não previstos expressamente na ordem constitucional portuguesa, como os direitos, liberdades e garantias, porém, perfilha-se do entendimento que há uma inserção tácita pertinente aos direitos econômicos, sociais e culturais, na linha adotada no Acórdão do Tribunal Constitucional português nº 3984, sendo relevante afirmar que no direito constitucional brasileiro, os direitos, liberdades e garantias têm previsão expressa na Carta Constitucional e, igualmente, os direitos econômicos, sociais e culturais, ao contrário do direito português, portanto com a mesma força constitucional.

Essa interpretação doutrinária e jurisprudencial no direito português surge, notadamente, depois das revisões Constitucionais de 1982 e de 1989, que obriga a vinculação legislativa infraconstitucional aos preceitos mínimos dos direitos fundamentais, criando para o cidadão um direito consolidado de exigibilidade judicial, autorizando a enfrentar com nova roupagem, numa revisão criminal, notadamente no caso de violação de direitos fundamentais constitucionais, justificando uma intervenção judicial, em tema criminal de revisão de sentença, no sentido de uma pena mais favorável ao interessado, que deveria ter sido aplicada imediatamente, como obrigação estatal e dentro do princípio da dignidade humana, do direito à vida, integridade física e da liberdade, incluído os direitos econômicos, sociais e culturais.

Os preceitos fundamentais e sua real aplicação são temas irrenunciáveis, por ser matéria de ordem pública, visto que os valores constitucionais tem ampla conexão aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, com as restrições e limitações ao artigo 18 da Constituição da República portuguesa¹¹³ que obriga o Poder Público, sob pena de levar a responsabilidade civil do Estado, por atos ilícitos, que poderão resultar em revisão penal da

¹¹³ Artigo 18 (força jurídica): da (Constituição da República portuguesa); GONÇALVES, Pedro. **Advertências da Administração Pública**. In: estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 723 e ss.

sentença condenatória, mormente no caso de violação de preceitos fundamentais¹¹⁴, deixando assentado na mesma linha que se a regra do Tribunal Constitucional é o acompanhamento das normas públicas, há uma extensão no caso de concessão ou delegação ou em algumas hipóteses restritas, no caso dos acordos coletivos de trabalho, que está incluído nos direitos fundamentais econômicos e sociais.

De fato, em termos gerais não se aceita o retrocesso de princípios e garantias, notadamente em tema penal, que exigem garantias estabilizadoras juridicamente, em nome do princípio da dignidade humana, com natureza constitucional, e da “consciência jurídica geral”, com normas de direito legal, pois a Constituição pode alargar ou restringir direitos fundamentais.

Não pode, entretanto, em tema de direitos fundamentais, no qual está incluído uma sentença justa, caso julgado e segurança jurídica, como consequência dos princípios da igualdade e da justiça, alterar ou modificar os direitos abaixo do mínimo, que é assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, os quais como exemplo Portugal e Brasil são aderentes também dos tratados e diretivas da União Europeia e do Mercosul, respectivamente. Referidos direitos fundamentais são inerentes a toda sociedade e todo cidadão, independentemente de sua condição social, possui a proteção dos direitos fundamentais¹¹⁵, já reconhecido com grande relevância pelo Tribunal Europeu, na questão dos direitos fundamentais na União Européia conforme Acórdão TEDH, de 28 de setembro de 2000, conforme anotação do conceituado Professor catedrático da Universidade de Coimbra, Faria Costa¹¹⁶ onde está colocado com veemência os direitos fundamentais.

Direitos Humanos são direitos fundamentais da pessoa humana, como direito subjetivo pertencente a cada membro da sociedade, lembrando que os direitos fundamentais são essenciais ao ser humano no convívio social e, portanto, o mínimo dentro do sistema jurídico estatal, importante assinalar que o direito econômico, cultural e social tem amparo constitucional no direito brasileiro, na seção de direitos fundamentais expressamente e no direito comparado português, não há previsão expressa, embora implícita, diante dos princípios constitucionais, que a Constituição portuguesa reconhece no artigo 12º, nº 02 a pessoa coletiva com proteção de direitos fundamentais, enquanto a Lei Fundamental brasileira

¹¹⁴ TELES, Miguel Galvão. **Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa**. Lisboa: DGCI-CEF, 1967. p. 20. Acórdãos do Tribunal Constitucional - TC nº 172/93, nº 209/93, nº 214/94, nº 368/97, nº 637/98 e nº 492/00, sendo que no Acórdão nº 172/93 ficou vencido o Conselheiro Sousa e Brito.

¹¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2001. p. 01.

¹¹⁶ COSTA, José Faria. **Acórdão do TEDH, de 28 de setembro de 2000**. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 11. Coimbra: RPCC, 2001. p. 131.

somente outorga à proteção dos direitos fundamentais à pessoa física ou natural¹¹⁷.

Os direitos fundamentais, nos quais estão inseridos a ampla defesa, o contraditório e uma decisão justa judicial, coloca o tema da segurança jurídica, incluído o caso julgado, como exigência mínima num Estado civilizado e verdadeiro sustentáculo na construção do Estado de Direito, sendo que sua violação com vícios insanáveis autoriza o próprio poder estatal a rever à situação, dentro de uma flexibilidade do caso julgado, exigindo nova tutela do Poder Judiciário na busca de uma sentença justa, alicerce essencial para concretização do Estado Democrático de Direito, atendendo o princípio da dignidade humana, constituindo um mínimo invulnerável que o Estado deve assegurar, inclusive dentro da norma constitucional fundamental do Estado, conceito também defendido por Konrad Hesse, lembrando o projeto de Paz Perpétua, de Immanuel Kant afirmando, que “os povos da terra ingressaram, em graus distintos, numa comunidade universal, que se desenvolveu a um ponto, em que a violação de direitos em uma parte do mundo é sentida em todos os lugares”¹¹⁸.

Complementando esse entendimento, Fábio Konder Comparato¹¹⁹ concorda com o conceito da doutrina jurídica alemã em relação aos direitos fundamentais (*grundrechte*) no sentido de que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto internamente, quanto no plano internacional, tratando de normas positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais, não chegando à ousadia conceituada de Norberto Bobbio, ao afirmar que “direitos humanos” é expressão afeta ao direito natural, ao passo que “direitos fundamentais” é expressão ligada ao direito positivo¹²⁰.

Evidente que Norberto Bobbio¹²¹, ao tratar do assunto indica a distinção clássica entre direito positivo e direito natural ou a diferença entre *moral rights* e *legal rights*, muito comum na filosofia anglo-saxônica.

Evidente que na hermenêutica dos direitos, liberdades e garantias, não se supõe que o núcleo essencial dos referidos conteúdos sejam vulnerados, traindo a consciência jurídica geral da necessidade e obrigatoriedade dos referidos princípios, que garante o cumprimento das premissas constitucionais de conteúdo mínimo obrigatório pertinente aos direitos fundamentais, evitando a aniquilação dos respectivos direitos fundamentais e afrontando à

¹¹⁷ LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 35.

¹¹⁸ HESSE, Konrad. 1998. *Op. cit.*, p. 225; KANT, Immanuel. **Perpetual Peace**. In: Reiss, Kant Political Writings. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 107-108.

¹¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 56.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 78-79.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 79.

dignidade da pessoa humana¹²².

Por isso que precisamente a Constituição da República portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988 conferem aos direitos fundamentais importância valiosa, nos quais está inserida a segurança jurídica na sua relevância mais nobre, que é o caso julgado expressada como cume do Estado Democrático de Direito, para proporcionar confiança aos cidadãos¹²³, como também defende Lopes da Rocha¹²⁴, em tema de execução penal, mas no mesmo compasso, colocam o instituto da revisão criminal, dentro da ordem jurídica, como uma preciosidade no Estado de Direito. Coloca-se a seguinte questão: há possibilidade de construir uma convivência na ordem constitucional do caso julgado e da revisão criminal? Trata-se de um verdadeiro problema, cuja solução é posta na presente tese investigativa doutoral, pois tem causado em todas as ordens democráticas à incerteza da segurança jurídica com a constante vulneração do instituto do caso julgado.

Diante da importância do tema para o desenvolvimento da tese proposta para este estudo, o caso julgado compreendido como alicerce do Estado Democrático de Direito merecerá tópico apartado, onde será examinado e confrontado com o instituto da revisão criminal na busca da sentença justa e outras hipóteses excepcionais e a possível vulnerabilidade da sentença transitada em julgado, sem violar a segurança jurídica, readequando a falsa estabilização de decisões judiciais, que na verdade atentam contra a ordem democrática e os direitos fundamentais, motivo pelo qual diante dos vícios inerentes, autoriza mecanismos aptos a flexibilizar a garantia constitucional da segurança jurídica, incluído o caso julgado, ponto fundamental no decurso desta investigação, desde o início do trabalho, buscando a resposta para o problema, caminhando na abordagem, notadamente nos efeitos que a revisão criminal produz na segurança jurídica e no caso julgado, procurando um fórmula conciliatória em tema aparentemente conflitante. Contudo o desiderato da investigação é responder essencialmente se é possível relativizar a segurança jurídica do caso julgado, diante de outra questão fundamental no Estado de Direito, que é o instituto da revisão criminal.

Assim às Constituições dos Estados democráticos, citando como paradigmas de exemplo a Constituições de Portugal e do Brasil, têm como escopo, pelo menos no sentido abstrato, de garantir uma vida social harmoniosa, entre os seus cidadãos, dentro de uma ordem

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 412.

¹²³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 206.

¹²⁴ ROCHA, Lopes. **Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço**. Lisboa: CEJ, 1993. p. 99.

jurídica estável, porém justa, considerando que os direitos fundamentais tem como fim a defesa da dignidade das pessoas num Estado de Direito, porém lembrando que nenhum direito subjetivo é pleno e absoluto, porquanto as Constituições dos Estados democráticos colocam a nível constitucional outros valores, que em certas ocasiões importa em colisão constitucional, citando, como exemplo, a segurança jurídica e uma sentença fundamentada e justa, mesmo porque há uma unidade na ordem jurídica, com regras claras, de modo a satisfazer as necessidades coletivas, pois se entende que o conflito entre o caso julgado e a revisão criminal é uma realidade, considerando que o direito tem como reflexo, normas correlacionadas e harmônicas que leva a ordem jurídica.

Então o aplicador do direito, seja administrativamente ou judicialmente, deve avaliar no caso concreto qual é o valor que deve prevalecer em determinada situação dentro de um Estado Democrático de direito e utilizará a experiência dos casos concretos, alicerçados pela doutrina e jurisprudência, como os precedentes judiciais e dos remédios jurídicos à disposição legalmente.

Deve-se admitir a existência de proteção jurídico-constitucional em relação aos direitos fundamentais, inclusive no sentido de amparar não só os casos positivos de atuação do agente público, como se tem no direito português e brasileiro, sendo que no último existe, ao contrário da legislação portuguesa, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, enquanto naquela existe apenas a apreciação pelo Tribunal Constitucional da omissão pública, que comunicará aos órgãos competentes à omissão inconstitucional, com as devidas representações nos Tribunais ordinários, inclusive à inconstitucionalidade omissiva ou positiva, numa ampla e eficaz defesa dos direitos fundamentais¹²⁵.

Portanto, cabe o controle judicial direto dos direitos fundamentais, em atos comissivos, omissivos, arbítrio, discriminação, igualdade e justiça, dentre outros valores constitucionais protegidos e que o Poder Estatal reconheça que os atos nulos de pleno direito não podem prevalecer, ainda que oriundos de sentença transitada em julgado, caso atentem contra os direitos fundamentais constitucionais.

Esse entendimento decorre do princípio da dignidade humana, que autoriza a excepcional vulneração do caso julgado, procedendo à revisão da sentença penal, podendo o Poder Público e a cidadania usar de outras ações mandamentais que estão à disposição, como o direito de ação popular, com previsão simétrica no direito português e brasileiro, que autoriza judicialmente, e até cautelarmente, a anulação de atos administrativos, leis em tese e

¹²⁵ JORGE, Pereira da Silva. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 210.

omissões legislativas na defesa de direitos fundamentais comunitários, mormente porque os direitos fundamentais, nos quais estão inclusos os direitos, liberdades e garantias estão inseridos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e Mercosul e traduzem direitos objetivos e subjetivos da cidadania que permitem socorro, inclusive, aos Tribunais Internacionais, mesmo porque o sistema jurídico contém princípios e normas jurídicas, que não admite conflitos entre os seus valores legais, ou pelo menos, se houver conflito aparente, deve-se afastar, rumo e delimitação material dessa tese investigativa, onde será provado que o caso julgado pode conviver com a revisão criminal, com proposição de solução para ou correção de rumos, decorrente de observação que exige harmonia de normas e diante do princípio da unidade da ordem jurídica.

Diante da questão, é importante a lição de José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁶ de que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, os direitos de estado (cidadania); os direitos sobre a própria pessoa (direitos à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade); os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informação) e muitos dos direitos da liberdade (liberdade de expressão).

O importante é que, num Estado Democrático de Direito, deve haver o equilíbrio e ponderação entre a exigência do interesse estatal e como fim a sociedade e a salvaguarda dos direitos individuais, fazendo à proporção entre os poderes públicos e os direitos fundamentais individuais, dentro do princípio da unidade da ordem jurídica, que tem como um dos fins primordiais o direito de liberdade¹²⁷, argumento sensível que fundamenta e justifica que num eventual conflito entre a segurança jurídica (caso julgado) e a sentença penal injusta que ofende direitos fundamentais individuais, deve-se flexibilizar a referida sentença penal transitada em julgado¹²⁸.

É primordial num Estado Democrático de Direito o equilíbrio entre o poder normativo e da ordem do Poder Público com base nos mandamentos supremos constitucionais, em defesa da sociedade e dos direitos fundamentais individuais, em respeito ao princípio da legalidade e a harmonia da segurança jurídica com a segurança social, pois num regime democrático a relação Estado-comunidade-indivíduo exige-se um equilíbrio entre a presunção do absolutismo do poder público e o liberalismo, atendendo devidamente os direitos subjetivos fundamentais, ponto de equilíbrio, dentro do princípio da unidade da ordem jurídica, que a tese doutoral proposta pretende propor solução ao conflito aparente entre o caso

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 362.

¹²⁷ MERCONE, Mario. **Diritto processuale penale**. 19. ed. Edizioni Giuridiche Simone, 2011. p. 30.

¹²⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. 2000. *Op. cit.*, p. 260.

julgado e a revisão criminal, dois valores importantes na teoria dos direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático, na medida em que tem como fundamento primordial a própria liberdade natural da cidadania, e por essa razão as Constituições portuguesa e brasileira dão ênfase aos direitos humanos, na forma dos direitos que equivalem a bens jurídicos e das garantias que visam a assegurar tais direitos.

1.2 SEGURANÇA JURÍDICA E CASO JULGADO

A certeza da decisão é o próprio objetivo fim do direito e uma obrigação do poder público dentro de um Estado de Direito Democrático, no qual deve estabilizar as relações sociais visando à paz e harmonia comunitária, cabendo ao Estado intervir para solucionar conflitos, que se faz através do Estado Judicial que, dentro de um processo judicial igualitário, profere uma sentença, após examinar os fundamentos dos interessados e que se reveste com a qualificação de indiscutibilidade e intangibilidade, somente podendo ser vulnerada e rompida em casos excepcionais, por vícios que comprometem a sua integridade, segurança, paz jurídica e harmonia social, pois segurança jurídica é necessária para o direito e sua estabilidade, dentro de um sistema jurídico¹²⁹. Na mesma linha, Paulo Pinto de Albuquerque¹³⁰, lembrando que os arguidos são inocentes até ocorrer o trânsito em julgado de sentença de condenação, conforme determina a Constituição da República portuguesa, no artigo 32º, nº 02, sendo esta a diretriz do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Diante disso Giuseppe Chiovenda¹³¹ expôs que “do caso julgado direi muito pouco e brevemente, porque sobre o vastíssimo tema pouco resta, já por dizer, que não seja inútil”. No mesmo ângulo, Cunha Gonçalves¹³² destaca que as questões que envolvem o caso julgado são as mais discutidas no âmbito processual “e até havido como problema central, por envolver numerosos outros problemas, como os dos próprios conceitos do direito processual, da jurisdição, do processo, da ação e da sentença”.

Exordialmente tem-se o caso julgado, a decisão que torna imutável o conteúdo decisório da sentença ou acórdão com efeitos de indiscutibilidade, gerando a segurança e

¹²⁹ ÁVILA, Humberto. 2011. *Op. cit.*, p. 127.

¹³⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 681 e ss.

¹³¹ Giuseppe Chiovenda *apud* MENDES, João Castro. 1968. *Op. cit.*, p. 17, nº 06.

¹³² GONÇALVES, Cunha. **Tratado de direito civil**. Vol. XIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1940. p. 312.

estabilidade jurídica necessárias num parâmetro de democracia, mesmo porque a certeza constitui um relevante fim do direito, sendo dever do Estado garantir aos cidadãos a referida segurança para que a cidadania possa exercer suas liberdades, dentro de uma relação jurídica certa, porém com um predicado inafastável que é uma decisão justa, defendendo à estabilidade, ainda que se questione o julgado, mesmo porque num Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar sobre a “necessidade de segurança jurídica, sendo avesso a tal ideal um sistema controvertido e que não proporcione confiança aos cidadãos, a respeito das situações consolidadas e já incorporadas à sua esfera jurídica”¹³³, relevando que no caso julgado penal, a pretensão deduzida em juízo, tem força executória, com perfil de indiscutibilidade e de estabilidade, mas com a restrição da instrumentabilidade do processo penal diante do direito substantivo.

O fim salutar da estabilidade jurídica é delimitar um limite temporal nas decisões judiciais, como deixam salientados os notáveis juristas portugueses Taipa de Carvalho¹³⁴ e Rodrigues Maximiniano¹³⁵. Entretanto, no rumo da elaboração e defesa desta tese o caso julgado será confrontado, quanto aos graus de estabilidade e limites, diante de um problema real que assusta o sistema jurisdicional, que é o instituto da revisão criminal, valor relevante consignado nos direitos fundamentais¹³⁶.

Historicamente, numa sociedade onde se pretende estabilidade e segurança jurídica nas decisões pertinentes às demandas judiciais, o caso julgado é muito importante, portanto o presente trabalho pretende examinar o assunto à luz dos direitos fundamentais e seus contornos jurídicos, que autorizem excepcionalmente o rompimento e vulnerabilidade, propondo soluções laboratoriais que possam concretamente alcançar um ponto de harmonia entre a segurança jurídica, o resultado judicial justo e o direito de liberdade da cidadania, que alicerça o Estado Democrático de Direito, lembrando, no direito comparado, que na Constituição da República portuguesa, há citação do caso julgado no artigo 282 e na Constituição brasileira de 1988 o caso julgado tem previsão no artigo 5º, inciso XXXVI com importante relevância jurídica, como cláusula pétrea, pertencendo o *rol* das garantias e direitos fundamentais.

¹³³ SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del processo y cosa juzgada em el processo civil**. Navarra: Thomson Civitas, 2005. p. 116; e ÁVILA, Humberto. 2011. *Op. cit.*, p. 206.

¹³⁴ CARVALHO, Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 290.

¹³⁵ MAXIMINIANO, António Henriques Rodrigues. **Aplicação da lei penal no tempo e caso julgado**. In: *Revista do Ministério Público*, ano 11, nº 41, 1993. p. 22-23.

¹³⁶ PÉRES LUÑO, Antonio Henrique. **La seguridad jurídica**. 2. ed., rev. e atual. Barcelona: Ariel, 1994. p. 407; CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. José Casáis y Santalo. Madrid: Reus, 1925. p. 117.

Socorrendo-se novamente da visão de Giuseppe Chiovenda¹³⁷ “*la cosa julgada em sentido sustancial consiste em la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada em la sentencia*”.

Historicamente, a proteção de estabilidade e segurança jurídica admitido no processo civil tem relevância também no processo penal, notadamente na busca da verdade real material. A *res judicata*, entretanto, não pode obstaculizar uma nova reapreciação revisional do tema, quando juridicamente há elementos posteriores que indiquem a necessidade revisional do processo transitado em julgado, mesmo porque nos sistemas democráticos há delimitação ao caso julgado, em situações de excepcionalidade, como há previsão na Constituição da República portuguesa e na legislação brasileira.

Apenas com subsídios fortes pode-se vulnerar o caso julgado, como exceção, pois em matéria penal é exceção reabrir a discutibilidade da demanda encerrada, em nome da garantia e estabilidade jurídica. Contudo, não se pode banalizar o rompimento da “coisa julgada”, expressão usada na doutrina brasileira, com simetria ao caso julgado do direito português.

A partir das referidas premissas, não se pode banalizar o instituto das *res judicata*, sob qualquer fundamento, que leve a uma insegurança jurídica instável. Por essa razão, a tese proposta pretende de forma nova propor uma harmonização equilibrada entre a teoria do caso julgado e as causas fundamentadas, que autorizam a flexibilização e relatividade das *res judicata* em tema penal, fatos que por si são essenciais na defesa da cidadania e não há na literatura jurídica nenhuma investigação, que encontre um parâmetro de solução para o conflito aparente constitucional, entre o caso julgado e a revisão criminal do processo penal. Interessante, que neste particular, no direito comparado há uma similitude do caso julgado nos sistemas jurídicos português e brasileiro, inclusive na fundamentação doutrinária e jurisprudencial, realçando juspositivismo, porém sem abandonar sustentação no jusnaturalismo. Esta proposição doutoral é a solução do tema. Sobre o assunto assim expôs Cavaleiro de Ferreira¹³⁸:

No direito privado, a segurança e estabilidade das relações jurídicas, sobretudo materiais, é valor superior, uma vez esgotados os meios de apreciação jurisdicional, à justiça concreta. Não assim em processo penal. A justiça prima e sobressai acima de todas as demais considerações. O direito não pode querer e não quer a manutenção duma condenação, em homenagem à estabilidade de decisões judiciais,

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 412.

¹³⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Revisão penal**. In: *Scientia Jurídica*, Tomo XIV, nº 75 e 76, 1986b. p. 520-521.

a garantia dum mal invocado prestígio ou infalibilidade do juízo humano, à custa de postergação de direitos fundamentais dos cidadãos, transformados então cruelmente em vítimas ou mártires duma ideia mais do que errada, porque criminosa, da lei e do direito. A interpretação do artigo 673 não é, por isso, restritiva, antes extensiva. Esperamos que, de harmonia com a unânime pretensão da doutrina moderna se torne a revisão em matéria penal admissível como regra, não apenas nos casos de inocência do condenado, mas também nos de condenação injusta no seu montante.

Muito embora muitos juristas consideram o caso julgado como abrangido pela imutabilidade das decisões judiciais e sua incontrovérsia, evidente, a complexidade do instituto da *res judicata*, mormente, no âmbito de sua delimitação definitiva, suscitando muitos debates. O caso julgado remonta a Roma, sendo que o direito romano é o nascedouro e fonte primária do referido instituto, muito embora há afirmações de raízes deste instituto no direito babilônico. Giuseppe Chiovenda¹³⁹ afirma que os romanos atribuíam certa observância ao referido instituto, reconhecendo o caso julgado material. No mesmo sentido, Vicente Greco Filho¹⁴⁰, reconhecendo a origem da *res judicata*, da tradição romana, em que a sentença era o próprio caso julgado, inserido no próprio objeto litigioso definitivamente julgado, compartilhando entendimentos na doutrina portuguesa com Teixeira de Sousa, que elenca com precisão os “efeitos do caso julgado”.

Na doutrina nacional e estrangeira, com ênfase no direito comparado, há uniformidade de pensamento que o caso julgado em sua construção teórica jurídica, atingiu estágios e princípios. Um dos princípios e dogmas é que em tese há imutabilidade das decisões jurisdicionais, prestigiando a segurança jurídica que ao lado do devido processo legal são fatores essenciais nos direitos fundamentais inseridos nas Constituições democráticas, com entendimento de que sentença que contraria a Constituição é nula, justificando a flexibilização do caso julgado, mesmo porque, Paulo Otero¹⁴¹, conceituado jurista lusitano defende que as “normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo, a todo momento, ser destruídas judicialmente”. Esse entendimento é compartilhado por Humberto Theodoro Júnior¹⁴².

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 907.

¹⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 231 e SOUSA, Miguel Teixeira de. 1997. *Op. cit.*, p. 573 e 574.

¹⁴¹ OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993. p. 119.

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle**. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, vol. 04, nº 19, p. 37. Porto Alegre, set./out. 2002. p. 37.

O tema da presente tese tem fortes debates no meio acadêmico e questionamentos, pois muito embora haja muitos ensaios sobre o caso julgado, despertou interesse investigativo como desafio, visto que não houve o enfrentamento formal no assunto investigado, apresentando uma solução inovadora visando resolver o problema, afirmando que há controvérsias, notadamente sobre o momento crucial do trânsito em julgado da sentença penal e os requisitos para a sua admissibilidade revisional e também a nova vertente que possa contribuir para maior eficácia da decisão penal, que fique menos vulnerável a uma revisão criminal e por fim examinando o modelo atual de órgãos jurisdicionais, que são responsáveis pela natureza revisional da demanda penal, com o manto de caso julgado.

Importante assinalar que as Constituições lusitana e brasileira instituíram verdadeiras garantias constitucionais processuais, como o direito ao contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, visto que à ausência dos referidos pressupostos são fatores que levam a vulnerabilidade da sentença transitada em julgado e com o manto do caso julgado, cujas considerações são analisadas por Sergio Porto¹⁴³ e Robert Alexy¹⁴⁴, secundados pelos notáveis juristas portugueses, Maria João Antunes¹⁴⁵ e Faria Costa¹⁴⁶, a respeito da inconstitucionalidade do artigo 371-A do Código Penal, a luz da nova redacção do nº 04 do artigo 2º do Código Penal, relevando a verdadeira fortaleza a decisão atingida pela *res judicata*, imune inclusive ao processo legislativo modificativo, porquanto lei nova não atinge ao caso julgado, princípio universal de Estado de Direito, de que os litígios e conflitos não devem se eternizar, em nome da pacificação e do convívio social, como exigência do sistema jurídico. Tradicionalmente, o Estado tem o monopólio de proferir sentenças penais, muito embora modernamente, já se ventila à colaboração em causas penais de potenciais leves, através do instituto da mediação, bastante avançado em Portugal e no Brasil, sempre com independência e imparcialidade cuja finalidade é alcançar a verdade, dentro de um Estado de Direito e Democrático, onde sempre deve estar presente as garantias fundamentais.

De modo mais específico, esta tese pontuará e debaterá, no núcleo essencial, problemas em que a questão se apresenta, reconhecendo a necessidade da segurança jurídica como consequência natural do caso julgado, dentro de um sistema jurídico democrático,

¹⁴³ PORTO, Sérgio Gilberto. 2011. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁴ ROBERT, Alexy. **Teoria de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 27.

¹⁴⁵ ANTUNES, Maria João. **Abertura da audiência para aplicação retroactiva da lei penal mais favorável**. In: *Revista Portuguesa de Ciencias Criminais - RPCC*, nº 02. e 03, p. 333-346. Coimbra: Coimbra Editora, abr./set. 2008. p. 345.

¹⁴⁶ COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 89.

porém, valorando também a sentença justa, como direito fundamental constitucional, procurando harmonizar e equilibrar os dois institutos, admitindo o instituto da revisão criminal excepcionalmente, como meio preponderante para rever às decisões que afronte à ordem jurídica e inovações que possam contribuir para melhor estabilidade das decisões judiciais, legitimando a decisão judicial, relevando o tema numa dimensão epistemológica. Um aspecto relevante é o reconhecimento do caso julgado e da revisão criminal, como direitos fundamentais constitucionais, admitindo em consequência soluções inovadoras para os problemas, de modo racional construtivo. É o objetivo desta pesquisa propor um novo modelo do processo de decisão judicial, que possa dar maior solidez à segurança jurídica, diminuindo sensivelmente a três problemas fundamentais da justiça: sentença justa, segurança jurídica e equacionamento das demandas de revisão criminal, partindo da premissa que o direito penal é conflitante, que exige uma decisão correcta e justa e com funcionalidade pacificadora e harmoniosa do direito.

Portanto, é fascinante o instituto da *res judicata* à cidadania, existindo um direito fundamental ao caso julgado em relação à lide judicial, unindo à estabilidade da demanda e a segurança jurídica, tornando imutável e indiscutível à decisão exarada. Violadas normas constitucionais fundamentais, importa em vício, passível de desafiar a reapreciação do caso julgado, mesmo porque são princípios do Estado Democrático de Direito, à observância de regras claras e com respeito aos direitos mínimos fundamentais. Entretanto, sómente fundamentos robustos podem alterar decisão que transitou em julgado, pois o respeito à imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo decisório e com estado de caso julgado são vitais na garantia dos direitos fundamentais do Estado organizado, que deve sempre respeitar a lei magna constitucional, citando, como exemplo, o respeito ao princípio do contraditório, lembrando que o direito constitucional lusitano e brasileiro, permitem vários recursos judiciais, muito similar aos sistemas do *common law*.

Enfatiza-se, que vigora na ordem jurídica portuguesa e brasileira o princípio da recorribilidade das decisões judiciais (artigo 399, do Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso LV da Constituição brasileira¹⁴⁷), admitindo-se, em regra, duplo recurso, com possibilidade recursal ao Tribunal Constitucional, em questões de constitucionalidade, notadamente em tema previsto no sistema português, como garantia fundamental, atingindo à Constituição.

¹⁴⁷ “Artigo 399 (princípio geral): é permitido recorrer dos acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei” (Código de Processo Penal português).

Como se vê, a Constituição da República portuguesa vigente protege os direitos fundamentais, notadamente a liberdade e igualdade, com função liberal, democrática e social, seguindo a tendência da Europa, citando como exemplo no Conselho da Europa, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos Humanos de 1950 e protocolos adicionais, relevando também a Carta Social Europeia de 1965, registrando que os direitos fundamentais sempre foram destaque nas Comunidades Europeias, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com conotação de tratado, conforme reconheceu o Tratado de Lisboa, ousando dizer, sobre a existência de direitos fundamentais internacionais, sendo qualquer cidadão sujeito de direito internacional, com proteção cosmopolita¹⁴⁸.

Anteriormente o direito de cidadania era restrito ao *domestic affair*, não admitindo nenhuma ingerência de um Estado em outro e a proteção do cidadão era restrita ao Estado da nacionalidade ou residência. Atualmente há uma nova fase, na qual reconhece que certos direitos fundamentais, na verdade, têm âmbito de direito internacional.

O Tribunal Internacional de Justiça reflete jurisprudência em conjunto com a doutrina, o entendimento de que os direitos fundamentais são preceitos que obrigam aos Estados e havendo violação, é assegurado à cidadania recurso à instância judicial internacional.

Portugal, como parte da Comunidade Europeia e o Brasil, como membro do Mercosul prestigiam com ênfase os direitos fundamentais constitucionais e aceitam a primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, conforme reconhecimento da jurisprudência constitucional portuguesa¹⁴⁹.

Tanto é verdade que o artigo 16º, nº 02 da Constituição da República portuguesa¹⁵⁰, manda convergir os princípios dos direitos fundamentais, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos com um papel de relevo e hermenêutica. Assim, reconhece-se a prevalência dos direitos fundamentais, até como dignidade da pessoa humana e valoração dos direitos de cidadania, dentro de uma concepção liberal moderna dos direitos fundamentais. Neste diapasão, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana inclui os direitos e liberdades tradicionais com reflexo no cidadão, como pessoa física e também como parte integrante da comunidade.

¹⁴⁸ DUARTE, Maria Luísa. **A União Europeia e os direitos fundamentais**. In: *Portugal-Brasil* Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 27.

¹⁴⁹ COSTA, José Manuel Cardoso da. **O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça da Comunidades Europeias**. 75 Anos da Coimbra Editora. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 1363.

¹⁵⁰ “Artigo 16 (âmbito e sentido dos direitos fundamentais). [...] 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos” (Constituição da República portuguesa).

A análise dos precedentes permite afirmar sobre a existência jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, como sistema legal universalmente reconhecido, como um conjunto de bens e valores com aceitação internacional, sempre considerando a existência de um princípio fundamental, que é o princípio da dignidade humana.

Assim pode-se afirmar que as Constituições portuguesa e brasileira defendem uma posição consubstanciada num sistema de valores, cujo valor fundamental é a dignidade humana¹⁵¹, registrando que a Constituição da República portuguesa reconhece no artigo 12º, nº 02¹⁵², a possibilidade de direitos fundamentais por pessoas coletivas, afastando, então à exclusividade dos direitos fundamentais para o cidadão individualmente, falando parte da doutrina em divergência sobre a titularidade coletiva de direitos subjetivos fundamentais. Interessante, no direito comparado, que a ordem jurídica brasileira somente reconhece diretamente, como destinatário dos direitos fundamentais o cidadão, pessoa física.

Para Jorge Miranda¹⁵³ “clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado”.

Diante da referida ótica, conclui-se que os direitos fundamentais constitucionais, inseridos nos Estados Democráticos, nos quais incluídos o princípio da segurança jurídica e a sua variante do caso julgado com à aparente oposição da revisão criminal são, na verdade, direitos subjetivos fundamentais de cidadania, sendo que a segurança jurídica leva à estabilidade das decisões judiciais, encerrando o litígio judicial e proporciona a harmonia e paz de convivência social.

Entretanto, o próprio ordenamento jurídico prevê mecanismos legais de flexibilização da segurança jurídica constitucional, diante de certos vícios que comprometem a decisão proferida, apreciando ações rescisórias no cível e revisões criminais, admitidas excepcionalmente dentro das autorizações legais, que serão examinadas nos próximos capítulos, pois o caso julgado é, na verdade, um instituto que leva à estabilização jurídica e social e é possível citar que no direito alemão, o princípio da segurança jurídica, não é um princípio expresso, tendo como precedentes e fonte, as prescrições da Lei Fundamental de Bonn, notadamente o artigo 20, inserido, portanto, como princípio geral do Estado¹⁵⁴,

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 249.

¹⁵² “Artigo 12 (princípio da universalidade): [...]. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza” (Constituição da República portuguesa).

¹⁵³ MIRANDA, Jorge. 2008. *Op. cit.*, p. 88-89.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica**. In: *Fórum Administrativo*, vol. 06, nº 59. Direito Público. Belo Horizonte, jan. 2006. p. 6657.

lembrando que o tema é complexo, com indagações que ainda geram muitas controvérsias na doutrina como, por exemplo, à indagação, se uma decisão estrangeira pode violar uma decisão interna, com natureza de sentença e caso julgado? Na busca de respostas, deve-se admitir que a decisão estrangeira não pode estar em conflito com os princípios constitucionais internos e, também, a questão das repercussões da sentença penal no processo civil, acolhida no ordenamento português e brasileiro, numa semelhança comparativa, com natureza idêntica de “prejudicial vinculante”. Haverá força de caso julgado no processo civil, uma sentença penal ou somente será uma prejudicial? Por exemplo, na hipótese, de homicídio doloso contra o cônjuge de um dos nubentes, a repercussão é direta da sentença penal no cível, pois obsta o matrimônio, conforme artigo 1602 do Código Civil português, em igualdade comparativa com o Código Civil brasileiro, no artigo 1.521, inciso VII, além de efeitos fortes nas relações jurídicas civis sobre a existência do fato. Entretanto, a existência ou inexistência do facto uniforme, tem decisão idêntica para todos os arguidos, diante do princípio *in utilibus* do caso julgado¹⁵⁵.

O importante no presente capítulo foi estruturar e conceituar os direitos fundamentais, examinando superficialmente a vinculação da sentença penal ao caso julgado, e a segurança jurídica, como elementos integrantes do Estado Democrático de Direito, que exigem um equilíbrio e harmonia, em nome da cidadania que é o fundamento da democracia. A segurança jurídica constitui direito fundamental inafastável, como elemento essencial no Estado Constitucional, mesmo porque o que se quer demonstrar é que a sentença penal tem autoridade de caso julgado, fazendo parte de uma unidade do sistema processual penal.

¹⁵⁵ SILVA, Almiro do Couto. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos.** In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-316. Rio de Janeiro, jul. 2004. p. 276.

CAPÍTULO 2 - INSTITUTO JURÍDICO DO CASO JULGADO NO DIREITO PENAL

Nesse momento do trabalho doutoral as atenções voltam-se à investigação sobre o caso julgado, colocando-se em destaque seus fundamentos na ordem jurídica contemporânea.

A revisão da sentença penal é um procedimento por meio do qual se busca a impugnação do caso julgado produzido pela sentença penal. Esse instituto de direito se baseia no argumento, de que se um dos fins do processo penal é encontrar a verdade material e real ou mais próximo da realidade, não se pode admitir que a solidez da sentença impeça definitivamente sua busca, que prevaleça contra essa verdade, com efeito preclusivo da sentença.

Para entender o regime jurídico da revisão da sentença penal no direito português e brasileiro, é preciso antes definir caso julgado no processo penal.

No direito, recebe o nome de “caso julgado” qualquer assunto que, depois de submetido a julgamento por parte dos organismos judiciais competentes, tenha recebido uma resposta (sentença) por parte dos juízes de última instância, o que não permite mais, que entre as mesmas partes e por idêntico objeto, a questão controvertida seja objeto de um novo julgamento. Assim, entende-se por caso julgado toda questão resolvida em julgamento com contraditório, ampla defesa e respeitado o devido processo legal, por sentença firme e decisão final da última instância judicial. Sentença firme é aquela que já foi discutida à exaustão, não cabendo mais recursos, transformando-se em decisão final irrecorrível.

É a verdade oficial, que não pode ser contradita ou novamente discutida, pois o caso julgado não é um simples fenômeno probatório, mas uma constatação fáctica ou de direito com natureza de certeza, através de uma sentença penal, com força de caso julgado, ou seja, sem possibilidade de recurso. O conceito está de acordo com a diretriz do Código de Processo Penal português, Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro e alterações e complemento da Lei nº 26/2010, de 30 de agosto. Entende-se que o caso julgado é um instituto de grande relevância na ordem jurídica de direitos fundamentais e essencial no processo penal globalizado, apesar do aparente conflito institucional com o instituto da revisão criminal, adota uma linha de consensualização, dentro de um modelo jurídico-penal semelhante nos sistemas português e brasileiro.

A Constituição da República portuguesa não define diretamente o caso julgado, entretanto é evidente que são decisões definitivas fixadas por sentença judicial, que “não modifica, não revoga a decisão de qualquer Tribunal transitada em julgado, que a tenha

aplicado, nem constitui fundamento da sua nulidade ou de recurso extraordinário de revisão”¹⁵⁶. Neste particular, há uma consensualização do processo penal português e brasileiro, pois superado o conflito dos institutos do caso julgado e da revisão criminal, eis que nessa ideia de consenso, o objeto da presente investigação é propor e alcançar de forma inovadora, a solução do problema visando aumentar o grau da segurança jurídica, com a diminuição de demandas revisionais, de natureza criminal.

Com o manto do “caso julgado” no direito português, e de “coisa julgada” no direito brasileiro, situação já consolidada judicialmente, não devem ser reabertas a não ser excepcionalmente, nas hipóteses admitidas de natureza penal, prestigiando a segurança jurídica, pois a problemática deve ser solucionada para alcançar a efetividade da justiça penal, mantendo o fim social e o interesse da coletividade.

No direito penal é mais evidente à exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado, sempre aplicando a decisão mais favorável ao arguido, na forma do artigo 282, nº 03, segunda parte, da Constituição da República portuguesa e igualmente o artigo 5º, incisos LV e XXXVI da Carta Constitucional brasileira¹⁵⁷, afastando à norma inconstitucional ou ilegal e até reconhecendo a realização da prescrição.

De qualquer maneira, a regra é a limitação de rompimento do caso julgado, diante da segurança das decisões e a segurança nas relações jurídicas, evitando-se sua instabilidade, tema complexo e de controvertido tratamento dogmático, porém deve-se observar o respeito à dignidade da pessoa, notadamente aos direitos garantidores da defesa, como assinala o artigo 32º da Constituição portuguesa, é possível a convivência do caso julgado com a revisão criminal, afastando a situação conflitual, diante da compatibilidade dos princípios do Estado de Direito? A resposta com solução equilibrada é dirimida na presente tese doutoral investigada.

Com exceção das hipóteses constitucional e infraconstitucional autorizativa no direito português e brasileiro, a regra geral é a irretroatividade da lei, como princípio básico do Estado de Direito Democrático, em prestígio da certeza e da segurança jurídica.

A origem do caso julgado remonta ao direito romano, como *res judicata*, e suas justificativas originárias não diferem muito das atuais, vale dizer: pacificação social e a certeza de que os processos possuem um fim, que não se perpetuam, como se passa a

¹⁵⁶ MIRANDA, Jorge. 2008. *Op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁷ “Artigo 282 (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade): [...]. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido” (Constituição da República portuguesa).

observar. O tema é complexo e merece uma investigação doutoral, criando controvérsias e complexidade problemática, como exemplo a possibilidade ou não de acordos no processo penal, em relação à sentença, negociação, admitida no *plea bargaining* norte-americana? Há validade e eficácia? Há incidência do caso julgado? Há possibilidade de relativizar o caso julgado, aplicando o instituto da revisão criminal? A investigação responderá às indagações, mas desde já parece que está adstrito aos pressupostos de validade e aos efeitos consensuais acordados, observados os princípios constitucionais e legais, notadamente no âmbito do processo penal.

2.1 BREVE HISTÓRIA DO CASO JULGADO

O caso julgado é um instituto jurídico antigo. No direito romano, local de nascimento de grande parte das atuais instituições legais, uma vez formalizado o processo, as partes não podiam mais reiterar sua demanda, em respeito à questão já resolvida e decidida, conforme a secular máxima *non bis in idem*, consagrada como princípio no Império Romano pela *Lex Repetundarum* de 148 a.C., que tratou de fixar o comando normativo de que a sentença poria fim ao processo, não se admitindo nova ação pelos mesmos fatos, porém, esse procedimento romano era de teor apenas civil, sem relevância na seara penal¹⁵⁸.

Foi na fase do *cognitivo extra ordinem* ou cognitivo extraordinário do direito romano, iniciada no século III d.C., embrião da atual jurisdição, em que a sentença era proferida pelo magistrado ou por alguém delegado por ele, que o conceito de autoridade de caso julgado foi desenvolvido. Nessa época, o caso julgado atingia somente as partes envolvidas. O efeito principal das sentenças exauridas, de impedir sua revisão e fazê-las imutáveis é o que se designava com o nome de caso julgado, com o significado de “juízo dado sobre a lide”. Vale dizer, para o direito primitivo e clássico, o caso julgado impedia repetir a ação promovida, qualquer que fosse a sorte do processo e isso com caráter definitivo. Autores observam que essa regra de origem romana, já estava presente na primeira parte do artigo 472 do Código de Processo Civil brasileiro substituído¹⁵⁹.

¹⁵⁸ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Nom bis in idem*: limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006. p. 131.

¹⁵⁹ NETO, Alvim; ARRUDA, José Manoel de. **Tratado de direito processual**. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 23.

Na colação de Giuseppe Chiovenda, os romanos justificavam a autoridade do caso julgado “com razões inteiramente práticas, de utilidade social”, sob o entendimento de que:

Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessária imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur [...]*. Explicação tão simples e realística, guarda perfeita coerência com a própria concepção romana do escopo processual e da coisa julgada, que difusamente analisamos nas observações históricas [...]. Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culmina na emanção de um ato de vontade (*a pronuntiatio judicis*) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação da coisa julgada só pode divisar na exigência social da segurança no gozo dos bens¹⁶⁰.

Historicamente, os romanos não explicaram a razão pela qual atribuíam à sentença os caracteres que se resumem no conceito de caso julgado, apenas que a admitiram como exigência prática para garantir a segurança no gozo dos bens. Colocado o Juiz entre a lei e o povo, pois a finalidade do processo romano era a atuação da vontade da lei com relação a determinado bem (*res in iudicium deducía*), o que se realizava mediante a sentença, daí o famoso texto *res judicata pro veritate habetur* (o caso julgado se tem por verdade), em que deveria ter-se por verdadeiro o que o juiz expressava na sentença, presunção *iuris et de iure* ao não admitir às partes prova em contrário, nem permitir que a decisão fosse modificada por motivo, autoridade ou Tribunal algum, considerando a formatação dogmática do processo penal nas finalidades do Estado, considerando o Estado de Direito, aliás realçado com veemência nos artigos 2º e 9º, alínea “b”, da Constituição da República portuguesa.

Para os romanos, como acontece ainda hoje, salvo raras exceções em que uma norma expressa de lei dispõe de modo diverso, o caso julgado se tornava incontestável (*finem controversiarum accipit*). Nas palavras de Giuseppe Chiovenda¹⁶¹ “a parte a que se denegou o bem da vida, não pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de consegui-lo praticamente, em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e esse gozo”, mesmo porque, conforme José Carlos Vieira de

¹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed., vol. 01. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Tradução do original italiano por Paolo Cafitan, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas/SP: Bookseller, 1998. p. 447.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 447.

Andrade¹⁶², referendado por Jorge de Figueiredo Dias¹⁶³, o “Estado tem o dever fundamental de assegurar uma prestação plenamente eficiente do serviço de justiça, enquanto forma de realização do direito à tutela judicial efectiva”, o qual se exaure com a prestação do caso julgado, admitindo-se, excepcionalmente, nas hipóteses legais, à reapreciação através do instituto da revisão criminal.

Na idade média, os jesuítas explicavam o fenómeno de classificar o terceiro prejudicado em grupos de interessado, de acordo com a relevância de seus interesses e sustentavam que as sentenças relativas ao estado de pessoas tinham eficácia interpartes¹⁶⁴.

Nesta época, o caso julgado foi tratado como presunção de verdade, e se falava de uma “santidade do caso julgado”, sob o entendimento de que a sentença judicial provinha da inspiração divina e, por isso, o juiz não poderia estar equivocado em suas decisões.

A doutrina moderna, contudo, sustenta que os fundamentos místicos do caso julgado são errôneos, na medida em que a autoridade do caso julgado deve ser buscada não em inspirações divinas, mas no respeito devido ao Tribunal que administra a justiça, em nome do Estado.

Portugal e Brasil acataram o conceito de autoridade do caso julgado, visando apenas relações individuais, que já figuravam nas Ordenações Afonsinas e na Consolidação Ribas, podendo verificar no ordenamento processual brasileiro de 1973.

As Ordenações do Reino de Portugal são compilações de leis portuguesas que vigoraram de 1446 a 1867, até ser aprovado o primeiro Código Civil português de 1867. O Código Civil português atual é de 1966 (Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de novembro de 1966¹⁶⁵). Existiram três Ordenações portuguesas, na seguinte ordem cronológica: Ordenações Afonsinas (1446-1521)¹⁶⁶, Ordenações Manuelinas (1521-1603)¹⁶⁷ e Ordenações Filipinas (1603-1867)¹⁶⁸.

Historicamente o instituto do caso julgado e sua intangibilidade, no plano constitucional e infraconstitucional no direito português e no direito brasileiro, é fascinante e,

¹⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa**: lições. 11.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra - IUC, 2011. p. 436 e ss.

¹⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em processo Penal**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 38.

¹⁶⁴ RIBEIRO, Orlando. **Coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo: LTr, 1999. p. 20.

¹⁶⁵ PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 47.344/66 de 25 de novembro de 1966**. Disponível em: <http://www.igf.gov.pt/leggeraldocs/DL_47344_66_COD_CIVIL_INDICE.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

¹⁶⁶ UC, Universidade de Coimbra. **Ordenações Afonsinas on-line**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas>>. Acesso em: 03 out. 2018. p. 01.

¹⁶⁷ UC, Universidade de Coimbra. **Ordenações Manuelinas on-line**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>>. Acesso em: 03 out. 2018. p. 01.

¹⁶⁸ UC, Universidade de Coimbra. **Ordenações Filipinas on-line**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 03 out. 2018. p. 01.

somente examinando o princípio do Estado de Direito Democrático, é possível a sua fundamentação dogmática e compreensão, numa dimensão epistemológica, delimitando o tema nos limites jurídico-normativa da própria sentença que se exaure em sua concepção com o caso julgado. Porém deve-se ressaltar a necessidade de aplicação do instituto da revisão criminal, nas hipóteses legais excepcionais, em razão do equilíbrio e proporcionalidade responder a problemas essenciais detectados nessa investigação como, por exemplos, sem exaurimento; erros essenciais judiciais, deficiência na prestação judiciária as pessoas carentes e necessitadas e uma justiça justa, que leva sempre à interminável reabertura, sem limites do caso julgado penal, através do instituto da revisão criminal.

Exatamente o problema, detectado nos sistemas judiciais democráticos, mas com ênfase no sistema judicial português em menor proporção e no sistema judicial brasileiro em maior proporção, esta investigação propõe uma fórmula lógica inovadora, porém de natureza teórica racional com procedimentos empíricos, visando à atenuação ou solução do problema, pois a situação leva à instabilidade da segurança jurídica e a vulnerabilidade do sistema judicial com a ferida sempre aberta da sentença penal, diante do conflito aparente dos institutos do caso julgado e da revisão criminal.

No Brasil, o primeiro estatuto legal brasileiro foi as Ordenações Filipinas, eis que as anteriores tiveram pouca aplicação na então “Colônia brasileira”, sendo que por força da lei de 20 de outubro de 1823, as Ordenações Filipinas foram mantidas, grosso modo, até 1916, quando se deu a promulgação do Código Civil (Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916). No aspecto penal, permaneceu até 1830, quando entrou em vigor o primeiro Código Criminal brasileiro. Foi o Código de mais longa vigência no Brasil: de 1603 a 1830, isto é, mais de duzentos anos¹⁶⁹.

Grande parte das normas das Ordenações Filipinas veio do direito romano, com poucas alterações. Desse modo, o direito português dos séculos XV e seguintes seguiu a regra de que o caso julgado decorria da irrecorribilidade pela natureza especial da sentença ou pela preclusão.

A força do caso julgado no direito português daquela época vinha demonstrada nos parágrafos 2º e 3º, do Título 78, do Livro III, das Ordenações Afonsinas:

Livro III - Título 78: quando poderão apelar dos coutos, que se fazem fora do juízo e de que efeito serão as protestações, que se fazem fora dele: [...]. Parágrafo 2º: e aquella sentencá he chamada per direito alguuma, que pero nom seja dada

¹⁶⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 29. ed., vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55.

expressamente contra direito, he dada contra direito da parte: assy como so fosse contenda cobre o testamento d'algum meor de quatorze annos ao tempo que o fez, e da outra parte se dissesse que era mayor; e pero que se provasse per as Inquiriçoeens que era meor da dita idade ao dito tempo, o Juiz julgou o dito Testamento ser bbo, e valioso, nom avendo respeito como per direito he ordenado, que o Testamento feito per o meor de quatorze annos he provado o contrario pollas Inquiriçoeens. Parágrafo 3º: e porque tal por tanto nom her por direito dita nenhuuma, mas he dita alguuma: e se a parte, contra que fosse dada, nom apelasse della ao tempo, que per direito he assinado pera apelar, ella passaria em cousa julgada, e ficaria firme, assy como se fosse bem julgada. E esto há lugar nos fetios cives, ca nos feitos crimes devem os Juizes apelar sempre em todo caso por devem o s Juizes apelar sempre em too caso por parte da Justiça, ainda que as partes nom apelem, segundo ao diante mais comprindamente diremos no Quinto Livro, honde entendemos tratar dos crimes¹⁷⁰.

Em Portugal, a Constituição da Monarquia portuguesa de 23 de setembro de 1822, no seu artigo 176, já prestigiava o princípio do caso julgado. A Constituição de 1826, por meio do artigo 145, integrou o caso julgado no Capítulo da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses. Da mesma forma, a Constituição da República portuguesa de 1838, no artigo 19 estipulou que a sentença finda não podia ser revista. Por sua vez, a Constituição portuguesa de 1911, no artigo 62, outorgou previsão ao caso julgado. Em 1933, a Constituição portuguesa, no parágrafo 1º, do artigo 122, consagrou pela primeira vez a expressão, “casos julgados”. Na sequência o artigo 13, nº 03 e o artigo 281, nº 02 da Constituição da República portuguesa de 1976, prestigiou o princípio do caso julgado, nos âmbitos administrativo e judicial, mantendo-se dessa forma até os dias de hoje¹⁷¹, enquanto a Constituição da República brasileira vigente mantém disciplinada, no capítulo dos direitos fundamentais, o instituto do caso julgado, conforme se infere no artigo 5º, inciso XXXVI, com a denominação similar de “coisa julgada”.

De fato, a actual Constituição da República portuguesa 1976, faz menção ao instituto do caso julgado, que em Portugal é denominada de “caso julgado”, apenas uma vez, inserido no dispositivo constitucional que disciplina os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade a ser proferida pelo Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização da

¹⁷⁰ UC, Universidade de Coimbra. **Ordenações Filipinas on-line**. *Op.cit.*, p. 686 (*sic*).

¹⁷¹ LEITE, André Ribeiro. **O caso julgado inconstitucional no direito luso-brasileiro**. Portugal, Guimarães: Universidade do Minho, 2010. p. 17.

constitucionalidade (Título I), na parte que versa sobre a garantia e revisão da Constituição (Parte IV)¹⁷². Trata-se do artigo 282, parágrafos 1º e 3º, com a seguinte redação:

Artigo 282 (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade): 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. [...]. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. [...] (Constituição da República portuguesa).

Esse dispositivo constitucional, como se vê, não define o instituto do caso julgado, mas permite aferir sua mais importante característica, qual seja, o atributo da imutabilidade, embora em termos relativos, por força do instituto de revisão criminal, que tem valor constitucional, com natureza de direitos fundamentais. Ao tratar do assunto, André Ribeiro Leite¹⁷³ explica que ao proteger o “caso julgado” fundamentado em norma declarada inconstitucional, por decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, o Legislador Constituinte português “não determina tratamento mais rigoroso para a hipótese do caso julgado fundamentar-se em lei que não afronte o texto da Constituição”, conferindo a esse instituto, “em verdade, o atributo da imutabilidade, mesmo que assim o faça de forma relativa, haja vista a ressalva contida na parte final de sua redação”. No mesmo sentido a Constituição republicana brasileira vigente, que atribuiu ao Código de Processo Penal, que é lei complementar disciplinar o instituto da revisão criminal e sua aplicabilidade.

A Constituição da República portuguesa figura como a norma máxima da ordem jurídica, da mesma forma que acontece na Constituição brasileira, que ao mesmo passo, em que determina a imutabilidade do caso julgado, também traz para si a responsabilidade e competência para instituir exceções às suas regras. Tem-se como exemplo de exceção à regra do parágrafo 3º, do artigo 282, da Constituição da República portuguesa, o parágrafo 6º, do artigo 29, do mesmo texto constitucional, segundo o qual “os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indenização pelos danos sofridos”. No direito brasileiro o tema é disciplinado por força de autorização constitucional, através de Lei Complementar, que é o Código de Processo Penal.

¹⁷² LEITE, André Ribeiro. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 17.

Constata-se dizer que somente a Constituição da República portuguesa pode tratar de exceções à regra da imutabilidade do caso julgado, que ela mesma disciplina, caso contrário “possibilitar-se-á que norma de inferior patamar hierárquico restrinja comando constitucional”, situação terminantemente vedada pela mesma Constituição nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 3º, lembrando que na mesma linha de pensamento e reflexão tem-se o seguinte texto:

Artigo 3º (soberania e legalidade): 2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. 3. A validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição (Constituição da República portuguesa).

Verifica-se, destarte, que à luz do direito constitucional português, a imutabilidade do “caso julgado” é relativa, na medida em que sofre ressalvas pela própria Constituição da República portuguesa. Na hipótese, com semelhança, pode-se afirmar na Constituição da República brasileira. Por tratar esta investigação de aparente controvérsia da sentença penal com atributo de caso julgado e seu conflito aparente com o instituto da revisão criminal, vulnerando e relativando a sentença penal transitada em julgado, esse assunto será retomado com mais profundidade nos capítulos seguintes desse estudo investigativo.

A Constituição da República portuguesa exprime o elemento característico da imutabilidade, que possui o *status* de princípio constitucional geral, sendo que fica ao encargo da legislação infraconstitucional a definição e os requisitos do instituto do caso julgado no ordenamento jurídico português. Interessante afirmar, tratando de direito comparado, ser idêntica a natureza jurídica do caso julgado no sistema jurídico brasileiro. Evidente que o processo judicial penal profere uma decisão sobre um conflito, cujo fim é alcançar uma decisão justa, aliás, como *ratio* fundamental de objetivo e abordagem, motivo pelo qual se justifica por excepcionalidade, a intervenção da revisão penal, quando a justiça da decisão não é alcançada.

Claro que a verdade é a possível ou mais perto do possível a ser alcançada, motivo pelo qual se tem a verdade material e a verdade formal ou processual, nas alternativas jusnaturalista e juspositivista, sendo certo que nem sempre é possível no âmbito penal efetivar a reconstrução histórica dos fatos verdadeiros, sendo a sentença o fim colimado da jurisdição penal, lembrando que a fundamentação das decisões jurisdicionais é um imperativo legal

constitucional no direito português e no direito brasileiro e deve ser sempre efetivado, obedecendo uma construção dogmática e metodológica.

Nas legislações portuguesa e brasileira, a determinação dos requisitos à formação do caso julgado fica ao encargo da lei ordinária, que deve observar o já citado princípio constitucional da imutabilidade do caso julgado e a necessária fixação de ato processual para seu surgimento, além da estipulação de marco temporal para sua concretização. Destaca-se que os vícios relacionados aos referidos requisitos podem autorizar o devido controle jurisdicional, situação que pode ensejar, direta ou indiretamente, a revisão criminal do caso julgado.

Destaca-se, nesse contexto da teoria geral do processo, o artigo 497, do Código de Processo Civil português de 1961¹⁷⁴, que sob a rubrica de “conceitos de litispendência e caso julgado”, enuncia em seus parágrafos que:

Artigo 497 (conceitos de litispendência e caso julgado): 1. as exceções da litispendência e do caso julgado pressupõem a repetição de uma causa; se a causa se repete estando a anterior ainda em curso, há lugar à litispendência; se a repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à exceção do caso julgado. 2. Tanto a exceção da litispendência como a do caso julgado têm por fim evitar que o Tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior. 3. É irrelevante a pendência da causa perante jurisdição estrangeira, salvo se outra for a solução estabelecida em convenções internacionais (Código de Processo Civil português de 1961).

O mesmo texto normativo, também dentro da teoria geral do processo, aplicado subsidiariamente ao processo penal, foi repetido pelo Novo Código de Processo Civil português de 2013¹⁷⁵, a saber, portanto, justificando para efeito de ilustração, citar semelhante situação que ocorre na legislação civil, mesmo porque as Constituições portuguesa e brasileira e legislação infraconstitucional não conceituam e desenvolvem o tema do caso julgado, deixando para a doutrina e jurisprudência a questão:

¹⁷⁴ PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 44.129/61, de 28 de dezembro de 1961**. Código de Processo Civil atualizado até ao Decreto-Lei nº 324 de 27 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.track.unodc.org/.../Portugal/.../Portugal%20Codigo%20de%20Proc>>. Acesso em: 02 out. 2018.

¹⁷⁵ PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 41/13 de 26 de junho de 2013**. Retificada pela Declaração de Retificação nº 36 de 12 de agosto de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Revoga o Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961 / em vigor a partir de 01 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 02 out. 2018.

Artigo 580 (conceitos de litispendência e caso julgado): 1 - as exceções da litispendência e do caso julgado pressupõem a repetição de uma causa; se a causa se repete estando a anterior ainda em curso, há lugar à litispendência; se a repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à exceção do caso julgado. 2. Tanto a exceção da litispendência como a do caso julgado têm por fim evitar que o Tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior. 3 - é irrelevante a pendência da causa perante jurisdição estrangeira, salvo se outra for a solução estabelecida em convenções internacionais (Código de Processo Civil português de 2013).

Da leitura do referido artigo é possível extrair que seus conceitos se reportam às duas espécies de exceção do parágrafo 2º, do artigo 487, do mesmo Código de Processo Civil português de 1961: aos fatos que impedem a apreciação do mérito da ação ou que, servindo de causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito invocado pelo autor, determinam a improcedência total ou parcial do pedido:

Artigo 487 (defesa por impugnação e defesa por exceção): [...]. 2. o réu defende-se por impugnação quando contradiz os fatos articulados na petição ou quando afirma que esses fatos não podem produzir o efeito jurídico pretendido pelo autor; defende-se por exceção quando alega fatos que obstem à apreciação do mérito da ação ou que, servindo de causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito invocado pelo autor, determinam a improcedência total ou parcial do pedido.

O artigo 487 do Código de Processo Civil português de 1961 foi repetido em sua redação no artigo 571 do Código de Processo Civil português de 2013¹⁷⁶.

Essas exceções são modalidades de defesa processual.

Como se vê, o dispositivo em estudo trata dos conceitos das exceções da litispendência e do caso julgado, que no direito português são espécies de exceção dilatória, na forma do artigo 494, alínea “i”, do Código de Processo Civil português de 1961 e artigo 577, alínea “i”, do Código de Processo Civil português de 2013 e que, à luz do disposto no artigo 493, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil português de 1961 e artigo 576, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil português de 2013 servem para impedir que o

¹⁷⁶ “Artigo 571 (defesa por impugnação e defesa por exceção): [...]. 2. o réu defende -se por impugnação quando contradiz os fatos articulados na petição ou quando afirma que esses fatos não podem produzir o efeito jurídico pretendido pelo autor; defende -se por exceção quando alega fatos que obstem à apreciação do mérito da ação ou que, servindo de causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito invocado pelo autor, determinam a improcedência total ou parcial do pedido” (Código de Processo Civil português de 2013).

Tribunal conheça do mérito da causa e assim ocorra a absolvição de instância. Disso infere-se que se alguma referência ao conceito do instituto do caso julgado é efetuada pelo parágrafo 1º, do artigo 497, do Código de Processo Civil português de 1961 e pelo correspondente parágrafo 1º, do artigo 580, do Código de Processo Civil português de 2013, essa apenas acontece de forma indireta, vale dizer, de modo aquém do recomendado por sua rubrica, examinado no contexto por evidente reflexo dos conceitos no processo penal, diante da teoria unitária do processo.

Na interpretação de André Ribeiro Leite¹⁷⁷, o comando normativo em questão (atual parágrafo 1º, do artigo 580, do Código de Processo Civil português de 2013) revela somente dois aspectos do instituto do caso julgado e que reproduzem os pressupostos previstos pela Constituição da República portuguesa para a formação do caso julgado: a) a sentença enquanto ato processual imprescindível à caracterização do caso julgado; e b) a circunstância temporal que incidirá sobre esse ato, em especial, o término do prazo para a interposição das pertinentes medidas recursais.

O pressuposto da temporalidade se reporta à ideia de trânsito em julgado trazida pelo parágrafo 2º, do artigo 32, da Constituição da República portuguesa de que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”, e que é conceituada de modo explícito pelo artigo 677, do Código de Processo Civil português de 1961, atual artigo 628, com a mesma redação anterior: “artigo 628 (noção de trânsito em julgado): a decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação” (Código de Processo Civil português de 2013).

Estas assertivas da Lei Processual Civil tem a mesma dimensão, por reflexo subsidiário na Lei Processual Penal - CPP firmado nos artigos 502 a 508 do Novo Código Processual Civil brasileiro vigente, sendo inaceitável no processo penal à ausência de fundamentação, como se infere do artigo 205 da Constituição portuguesa e no artigo 93, inciso IX, da Constituição brasileira, em semelhante disposição.

Como se observa, ocorre a formação do caso julgado quando há impossibilidade de manejo de recurso incidir sobre a sentença. Nesse particular, a legislação infraconstitucional tratou de se reportar ao instituto do trânsito em julgado, previsto em termos gerais, na Constituição da República portuguesa e na Constituição da República brasileira, o que

¹⁷⁷ LEITE, André Ribeiro. *Op. cit.*, p. 25.

representa importante contribuição, no sentido da elaboração de um conceito para o caso julgado, haja vista que lhe constitui pressuposto¹⁷⁸.

Entretanto, a sentença ou decisão, substancialmente, tem natureza relativa de imodificabilidade visando um segundo julgamento com as mesmas partes e objeto e a natureza é relativa, pois, pode excepcionalmente, nas hipóteses legais, ser alterada através de um recurso extraordinário de revisão criminal, conforme com precisão afirma o jurista João Castro Mendes.

Entende-se que a intenção da teoria do processo (penal e civil) sobre o instituto do caso julgado é impedir que o órgão de soberania jurisdicional proceda novo pronunciamento e decisão sobre matéria já apreciada, no desígnio de garantir a realização do princípio da segurança jurídica, por meio da preservação de seus efeitos sobre a ordem social.

No direito português e brasileiro, o caso julgado não se confunde com seu objecto, eis que este só se forma depois da concretização do caso julgado, vale dizer, no momento imediato ao trânsito em julgado da sentença penal ou civil. Antes disso, o que ocorre é a simples expectativa, pois o objeto depende da existência do instituto do caso julgado. Assim, enquanto a ação ainda estiver em trâmite, só é possível falar em objeto do processo ou de exceção da litispendência e não de objeto do caso julgado.

Da observação dos dispositivos normativos enunciados pela Constituição da República portuguesa, com similitude à Constituição da República brasileira, verifica-se que a estreita definição do caso julgado, não leva em conta seu objeto, pois este é o âmbito de incidência dos efeitos do atributo da imutabilidade derivado do caso julgado. Com efeito, o caso julgado é compreendido como um ato composto, cuja formação depende da verificação de pelo menos dois elementos, a saber: a sentença jurisdicional e o trânsito em julgado. É nesse sentido o conceito de caso julgado de Alberto dos Reis¹⁷⁹ e Girolamo Monteleone¹⁸⁰: “O caso julgado” consiste afinal nisto: em existir uma sentença, com trânsito em julgado, sobre determinada matéria”, concebida esta em sua acepção ampla, vale dizer, como certo objeto, de natureza adjetiva ou substantiva, exigindo um modelo de fundamentação de sentença racional e com razoabilidade, dentro do parâmetro constitucional, evitando-se a sua total ilegalidade, que acaba provocando revisão criminal em série, com forte abalo ao sistema de justiça.

¹⁷⁸ LEITE, André Ribeiro. *Op. cit.*, p. 25; MENDES, João Castro. 1968. *Op. cit.*, p. 34 a 36.

¹⁷⁹ REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. 4. ed., vol. III. Coimbra Editora: Coimbra, 1985. p. 93.

¹⁸⁰ MONTELEONE, Girolamo. **Manuale di diritto processuale civile**. 4. ed., vol. I. Padova: Cedam, 2007. p. 529.

O Código de Processo Penal português em vigor (Decreto-Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987) não regulamenta de modo sistemático e específico o instituto jurídico do caso julgado, apenas fazendo referência à expressão nos artigos 84 e 467, nos domínios específicos de disciplina dos referidos dispositivos legais. Igualmente, na legislação comparada, o artigo do Código de Processo Penal brasileiro, no artigo, conforme se depreende dos artigos 95, inciso V; 65, 110 e 111 do referido diploma legal.

De acordo com o artigo 84, do Código Processo Penal português de 1987, “artigo 84 (caso julgado) - a decisão penal, ainda que absolutória, que conhecer do pedido civil constitui caso julgado, nos termos em que a lei atribui eficácia de caso julgado às sentenças civis”. No direito comparado, no mesmo sentido o Código de Processo Penal brasileiro, no artigo 65, conforme se depreende da Lei Adjetiva Penal.

Na forma do parágrafo 1º, do artigo 467 (decisões com força executiva) “as decisões penais condenatórias transitadas em julgado têm força executiva em todo o território português e ainda em território estrangeiro, conforme os tratados, convenções e regras de direito internacional” (Código Processo Penal português de 1987). No mesmo sentido a legislação brasileira, conforme se infere nos artigos 387 e 780 a 790 do Código de Processo Penal brasileiro.

Mesmo assim, os ordenamentos jurídicos penais, português e brasileiro, não abrem mão do instituto do caso julgado, que é responsável por conferir e assegurar a segurança jurídica, consagrando, em termos do sistema social e dos fins da justiça, a segurança e a certeza do direito. Em consequência, o parágrafo 5º, do artigo 29, da Constituição da República portuguesa, com maior veemência, expressa que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”, dando assim dignidade constitucional ao clássico princípio *ne bis in idem* e consagrando de modo irrefutável o instituto jurídico do caso julgado penal, mesmo porque a vedação de impor a repetição a mesma pessoa de processo anterior é uma situação uniformizada na ordem jurídica internacional. Na mesma linha, com proteção ao Instituto do caso julgado, como se infere no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição da República do Brasil.

Os ordenamentos jurídicos, no conteúdo dogmático processual e constitucional, nos quais estão inseridas a legislação portuguesa e a brasileira, vêm admitindo excepcionalmente o afastamento dos efeitos da sentença penal inconstitucional ou que viole preceitos fundamentais infraconstitucional, que já tenha à consolidação do caso julgado material, que a princípio tem a proteção da intangibilidade.

Contudo, em conflito com outros direitos fundamentais, utiliza-se o critério de afastamento da decisão transitada em julgado, tendo como fundamentos os princípios da proporcionalidade e da ponderação na solução processual, quando em conflito com outros direitos fundamentais, notadamente a segurança jurídica e o objectivo final da sentença, sempre viabilizando o recurso revisional criminal, como regra geral e excepcionalmente o instituto do *habeas corpus*, para desconstituir as sentenças contaminadas, quando em desconformidade com o controle concentrado ou quando também vulnera princípios de direitos fundamentais, não devendo preponderar na hipótese, os institutos da decadência e da prescrição, como oposição à revisão criminal. A dogmática processual moderna considera o caso julgado material, em relação “à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional”.

O debate tem como base, dois modelos, que diferentes, Portugal e Brasil, que reconhecem a sustentabilidade dogmática na abordagem político-criminal, dentro de uma compreensão lógica de sentido e contexto, muito embora sobre a mesmo tema e controvérsia problemática tenha várias interpretações que os notáveis juristas, Hans-Georg Gadamer e Emilio Betti denominam os “preconceitos do intérprete”¹⁸¹.

Entretanto, a dogmática contemporânea vem admitindo a relativização e vulneração do caso julgado material, quando há afronta aos direitos fundamentais, exceção razoável, pois à regra, em nome da pacificação social é as partes submeterem-se à autoridade da sentença, prevalecendo à vontade do Estado-Juiz, em substituição à vontade das partes, como sistema de garantia assegurada ao cidadão. Nos sistemas constitucionais lusitano e brasileiro, o caso julgado não tem natureza de intangibilidade e absolutismo, em face de outros direitos fundamentais, notadamente no direito penal, onde em regra há afronta ao direito de liberdade. Em socorro, dessa premissa, Ovídio A. Baptista da Silva¹⁸² expõe que:

[...] a extensão exagerada que a coisa julgada assumiu no direito moderno, fruto da busca permanente por segurança, que é a ideia básica dos sistemas jurídicos contemporâneos, deve ser revista, em favor da justiça, que é o valor que na dogmática contemporânea, opõe-se à segurança.

¹⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 630; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 12. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2018. p. 264.

¹⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 7. ed., vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 458.

Com razão, pois os direitos fundamentais podem ser objecto de limitações, não sendo absolutos em face de outros direitos fundamentais, eis que não é possível manter o caso julgado, em função da sentença com imunidades definitivas, quando há afronta a princípios e regras constitucionais, autorizando excepcionalmente, então, a vulneração do caso julgado, que exige, ao lado da segurança jurídica, a devida harmonia com os demais princípios fundamentais, entre os quais em destaque, o ideal de justiça, pois uma sentença injusta é nociva à harmonia do sistema jurídico, lembrando que o direito antecede o positivismo jurídico e não pode prevalecer no império da segurança jurídica, quando outros princípios são violados pela decisão judicial afrontando o justo judicial, na medida em que nenhum direito ou princípio fundamental pode colidir com outros princípios constitucionais, devendo haver uma ponderação razoável, admitindo-se à revisão criminal extraordinária das sentenças que violam princípios constitucionais, afastando à intangibilidade do caso julgado. A expressão “positivismo” foi mencionada por Auguste Comte, cujo *Cours de la philosophie positive* foi publicado entre 1830 e 1842.

O positivismo pretendeu resumir todo o conhecimento humano por meio do empirismo exato, libertado da metafísica, tendo como justificativa e inspiração o ordenamento jurídico e a lei com subsunção das situações fáticas na geral legislada, valendo o intérprete da hermenêutica. Trata-se do sistema *Civil Law*, de origem romana, em contraste com o sistema *Common Law*, muito comum nos países de colonização inglesa que se fundamenta nas decisões judiciais com efeitos normativos (*binding precedents*). No direito comparado, o ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da colonização portuguesa, recepcionou o sistema romano, assimilado por Portugal, sem desprezar os precedentes judiciais com controle misto dos atos normativos, seja abstrato concentrado ou difuso.

Portanto, sempre haverá a possibilidade de desconconsideração do caso julgado, quando ocorrer colisão com outros princípios constitucionais e fundamentais, pois dentro da interação do direito com a filosofia racional, na hipótese de conflito de valores constitucionais deve-se usar os fundamentos da proporcionalidade e da ponderação, sem exclusão dos direitos fundamentais constitucionais aparentemente em conflito, visando solucionar o problema, como a colisão dos institutos do caso julgado e da revisão criminal, procedendo à mitigação do caso julgado material penal, afastando o conflito e valorando ambos direitos fundamentais.

A vulneração do caso julgado material deve sempre prevalecer quando em conflito com os direitos fundamentais, que violem a Constituição, dentro do pensamento positivista ou do ideal de justiça, na linha do jusnaturalismo. Deve-se procurar uma solução, a luz das circunstâncias do caso concreto, pesando à prevalência do princípio, num juízo de

ponderação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, ocorrendo antagonismo entre os direitos fundamentais, buscando uma solução conciliatória. José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸³ prestigiando posição dos Tribunais que afastou à orientação que tendem a atribuir um valor absoluto ao caso julgado, ao tratar das hipóteses de incidência do princípio da proporcionalidade, assim se manifesta:

O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição de direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e a culpa no direito criminal. Também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos direitos a prestações. É, por exemplo, o que se passa quando se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através de sua atribuição, não poderiam ser alcançados através de subvenções mais realista.

De fato, uma decisão injusta não deve prevalecer, ainda que haja sentença transitada em julgado, quando há violação aos postulados, princípios e garantias fundamentais, autorizando uma tutela jurisdicional efetiva, justa e adequada, mitigando a segurança jurídica e o caso julgado material, possibilitando uma rediscussão e redimensionamento dos limites do caso julgado material, pois o objectivo final da sentença é a justiça das decisões judiciais. Esta a grande questão, que eleva a presente investigação, pois na abordagem do problema jurídico, não se pode reduzir o referido problema a um parâmetro normativo positivo, pois há outras perspectivas filosóficas, sociológicas e do jusnaturalismo,

Sentenças judiciais inconstitucionais, injustas e sem razoabilidade, não podem prevalecer em nome da imutabilidade do caso julgado material, eis que as normas constitucionais devem ser examinadas num sistema unitário de regras e princípios e jamais isoladamente, prevalecendo à incidência multidisciplinar do direito, inclusive princípios da filosofia e sociologia, citados em carácter exemplificativos, sem exaurimento, pois há outras matérias multidisciplinares registando que a decisão inconstitucional ou que atenta contra princípios fundamentais tem a natureza de “sentença-nenhuma”, vale dizer, o processo não pode ser tratado como método de compor litígios, porém, um meio fundamental de buscar a

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 272. No mesmo sentido é o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - STJ de 26 de janeiro de 1994 (B.M.J., 433, p. 515; B.M.J 474 de 19 de fevereiro de 1998, p. 405).

tutela jurisdicional, que envolve conhecimentos da *praxis* jurídica, mas também da argumentação de premissas filosóficas, onde não se pode afastar à lógica racional e a própria epistemologia.

É com essa visão que a ação de revisão extraordinária criminal deve ser considerada um meio legal para desconstituição de uma sentença penal que atenta contra a Constituição e direitos fundamentais, não se aplicando ao tema, os institutos da decadência, prescrição ou preclusão, para obstar à revisão criminal, pois à fundamentação em inconstitucionalidade ou afronta aos direitos e princípios fundamentais, nos quais estão inseridos a concepção do jusnaturalismo, poderão ser arguidos a qualquer tempo, em qualquer instância ou Tribunal, na medida em que a Constituição é a Lei Fundamental, na qual todas as demais assentam suas bases da validade e da legitimidade, seja formal ou material.

Assim, o questionamento em controle difuso ou concentrado, inclusive em ação de revisão extraordinária criminal, terá efeito retroativo, *ex tunc* e para todos (*erga omnes*), desfazendo desde a origem, inclusive a sentença penal transitada em julgado, pois as sentenças são consideradas nulas ou inexistentes, inválidas e não produzindo nenhum efeito, afastando o princípio da segurança jurídica na hipótese, devendo ser relativada e desconsiderada o caso julgado, pois o objetivo principal é o sistema jurisdicional alcançar à ordem jurídica justa, através da sentença judicial, em favor da unidade constitucional e sua força normativa.

No direito português e brasileiro, a partir da análise dos textos constitucionais e infraconstitucionais ao longo da história, verifica-se que o instituto jurídico do caso julgado sempre foi visto como ferramenta ao “serviço da segurança jurídica, da estabilidade das relações intersubjetivas, da preservação da ordem e, por conseguinte, do Estado de Direito” Entretanto, a natureza multidisciplinar que incide na sentença ou decisão, no ângulo epistemológico é um tema de uniformidade dos juristas, no dizer de Carlos Henggeler Antunes¹⁸⁴, notadamente na premissa do processo penal. Entretanto, o jurista português Henrique da Silva¹⁸⁵ sempre admitiu à aplicação retroactiva da mais favorável, mesmo depois

¹⁸⁴ ANTUNES, Carlos Henggeler. **Decisão, perspectivas interdisciplinares**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007.

¹⁸⁵ DIAS, Luís Cândido (coord); SILVA, Henrique da. **Elementos da sociologia criminal e direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1905-1906. p. 141.

da prolação de sentença transitada em julgado, demonstrando outrora sua preocupação com os direitos fundamentais¹⁸⁶.

A temática da segurança jurídica foi prestigiada desde a Constituição Imperial brasileira de 1824, cujo artigo 179, inciso III¹⁸⁷, vedava a retroatividade legal, princípio mantido pelo artigo 11, parágrafo 3º, da Constituição brasileira republicana de 1891¹⁸⁸. Contudo, a expressão “coisa julgada” só foi utilizada pela primeira vez na Constituição brasileira de 1934, artigo 113, item 03, e repetidas nas Constituições sucessivas, inclusive a vigente¹⁸⁹, em contexto similar ao Código de Processo Penal brasileiro¹⁹⁰, no sentido de forte proteção ao caso julgado¹⁹¹. A Constituição portuguesa faz menção ao Estado de Direito (artigo 2º); o princípio da força vinculativa especial das decisões dos Tribunais (artigo 205, nº 02); o princípio do *ne bis in idem* penal (artigo 29, nº 05) e do caso julgado (artigo 282, nº 0)¹⁹².

O Código de Processo Penal Lusitano (Lei nº 26/2010, de 30 de agosto) têm previsão do caso julgado no artigo 84, seguindo a mesma linha da Lei Fundamental¹⁹³. Já o Código de Processo Civil brasileiro de 1973, que segue em vigor, inspirado pelas doutrinas de Enrico Túlio Liebman, dedicou uma seção inteira ao caso julgado. Trata-se do Livro I, Título VIII, Capítulo VIII, Seção II, do caso julgado e no sistema jurídico português, a matéria está pacificada constitucionalmente e infra-constitucionalmente na atual legislação processual penal. Como comentou Jorge de Figueiredo Dias¹⁹⁴, o:

¹⁸⁶ LEAL, Fabio Resende; SAPELI, Aline Mayara. **História da coisa julgada e de sua desconsideração**. In: *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, ano II, nº 03, Periódicos Semestral Revista. Garça-SP: Editora FAEF, jan. 2013. p. 06.

¹⁸⁷ “Artigo 179: a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] III. A sua disposição não terá efeito retroactivo. [...]” (*sic*). BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02 out. 2018).

¹⁸⁸ “Artigo 11: é vedado aos Estados, como à União: [...] Parágrafo 3º: prescrever leis retroativas” (BRASIL, Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 02 out. 2018). Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República brasileira de 1988, em vigor.

¹⁸⁹ “Artigo 113: a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 3) a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. [...]” (BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 out. 2015). Artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição da República brasileira de 1988, em vigor.

¹⁹⁰ Artigos 95º e 110 do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁹¹ Artigo 95 e 110 do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁹² Constituição da República portuguesa.

¹⁹³ Código de Processo Penal português.

¹⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2011. *Op. cit.*, p. 15.

[...] Código de Processo Penal de 1929, conduziria seguramente o processo penal português a um pântano movediço, que logo de seguida imporia uma sua ‘novíssima reforma’ global sem que em nada se ajudasse à resolução dos problemas pavorosos de ineficácia com que aquele neste momento se debate.

Portanto, consolidando a questão do caso julgado no sistema jurídico lusitano.

O referido jurista clama que “um processo penal dotado da eficiência funcionalmente orientada, indispensável à ultrapassagem da actual sobrecarga da justiça penal, sem menoscabo dos princípios constitucionais adequados ao Estado de Direito”¹⁹⁵.

Pode-se afirmar à opção legislativa de escassez do tema, no caso julgado, no âmbito do Processo Penal adjetivo no direito brasileiro e português, socorrendo-se do Código Processual Civil, em complementação, dentro da teoria geral do processo.

Trata-se da Unidade do Ordenamento Jurídico¹⁹⁶.

O caso julgado, como instituto jurídico, é criação humana para facilitar e ordenar a vida em sociedade, funcionando como meio à obtenção de fins. Pela ótica política, o caso julgado, como os institutos da decadência e da prescrição, foram concebidos com o objetivo de evitar a perduração de situações indefinidas, indesejável na vida social e ainda¹⁹⁷, como já afirmava o jurista português Henriques da Silva¹⁹⁸, a aplicação “retroativa da lei mais favorável consolida o caso julgado, pois reconhece a sua existência no caso concreto”, no caso, sempre levando em consideração a proposição de Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹⁹⁹ de que:

A estabilidade do conteúdo da decisão judicial, com impossibilidade de ser emitido um novo julgamento sobre o mesmo objeto, conteúdo que deve ao mesmo tempo ser respeitado e vinculante, tornado enfim indiscutível e imutável é a essência da coisa julgada no direito contemporâneo. É o seu conteúdo mínimo.

Portanto, o caso julgado corresponde à estabilidade e indiscutibilidade do pronunciamento judicial, já julgado, e, apenas em casos excepcionais é admissível à flexibilização da premissa, vulnerando o elevado grau de estabilidade da decisão judicial, pois

¹⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2011. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁹⁶ FRIEDRICH, Muller. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 153.

¹⁹⁷ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 05.

¹⁹⁸ DIAS, Luís Cândido (coord); SILVA, Henrique da. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁹⁹ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 02. São Paulo: Atlas, 2012. p. 270.

a regra é a autoridade do caso julgado, que torna indiscutível a decisão judicial, criando estabilidade no comando sentencial, nos limites do decidido na lide.

2.2 CONCEITO E FUNDAMENTOS DO CASO JULGADO

Por primeiro, necessário consignar que inexistente na doutrina, unidade de pensamento sobre o fundamento jurídico do instituto do caso julgado, não obstante, quanto ao fundamento filosófico. Parece consenso em afirmar, na identificação da segurança jurídica, que o instituto pretende oferecer às pessoas, de maneira que elas possam prever e contar com determinado resultado esperado²⁰⁰. Manuel Atienza²⁰¹ aborda o tema problemático dentro de fundamento da racionalização com força da razão, sustentando a sentença ou decisão judicial, sob o pálio do caso julgado, com conhecimento empírico e lógico.

Constata-se que várias teorias disputam à fundamentação do presente tema investigatório: teoria da presunção da verdade; teoria da ficção da verdade; teoria da força legal e substancial da sentença; teoria da eficácia da declaração; teoria da extinção da obrigação jurisdicional; teoria da vontade do Estado; teoria de Francesco Carnelutti (1879-1965); e teoria de Enrico Túlio Liebman (1903-1986).

Para a “teoria da presunção da verdade”, construída e defendida por juristas da idade média, a sentença não podia ser modificada mesmo que fosse considerada injusta. A autoridade máxima do caso julgado tem presunção de que a decisão contida na sentença é verdadeira. Havia o reconhecimento de que nem sempre a sentença é capaz de reproduzir a verdade dos fatos, razão pela qual não se pode afirmar que determinada sentença é verdadeira, contudo, aceitam a presunção da verdade para que a decisão seja tratada como verdade. Essa teoria tem como base a máxima de Eneo Domitius Ulpianus (150-223): *res judicata pro veritate habetur* (“o caso julgado é tido por verdade”), contida no Digesto (D 1.5.25)²⁰², muito embora Enrico Tullio Liebman, sustentou que “a eficácia das decisões sempre se submete à cláusula *rebus sic stantibus*, estando vulnerável aos acontecimentos da vida que, por vezes,

²⁰⁰ SILVA, Maria Teresa Márfan. *La cosa juzgada administrativa*. Santiago de Chile: Andres Bello, 1972. p. 13.

²⁰¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p. 21.

²⁰² SEGUEL, Alejandro Romero. *La sentencia judicial como medio de prueba*. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, nº 02, p. 251-276. Santiago, ago. 2012.

proporcionam a própria inutilidade superveniente do julgado”²⁰³. Referida presunção demonstra a origem positivista da referida teoria da presunção da verdade, inaceitável isoladamente.

Foi o jurista francês Robert Joseph Pothier (1699-1772) quem adotou esta teoria relatada no parágrafo epígrafado do “Digesto” e a transmitiu à posteridade, chegando até o Código de Napoleão, que entrou em vigor 21 de março de 1804 e se estendendo aos demais códigos civis editados na época.

No Brasil, a teoria da presunção da verdade teve aceitação no Decreto nº 763, de 25 de novembro de 1850²⁰⁴, editado para disciplinar questões comerciais e que, posteriormente, passou a regular todo o processo civil brasileiro, por força do Decreto nº 763 de 19 de setembro de 1890²⁰⁵.

Essa teoria foi expressa no artigo 185: “são presunções legais absolutas os factos, ou actos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrario, como - a causa justa” (*sic*) (Decreto nº 763, de 25 de novembro de 1850).

A “teoria da ficção da verdade” foi desenvolvida por Friedrich Carl Von Savigny, com inspiração nas ideias de Robert Joseph Pothier (1779-1861), e partiu do princípio de que todas as sentenças, sejam elas justas ou injustas, de fato ou de direito, fazem caso julgado. Desse modo, tudo o que a sentença, mesmo injusta, declarar, tem que ser reconhecido como verdade, não podendo mais ser questionada. É por isso que se diz que a sentença nada mais é do que uma verdade artificial, uma ficção, mas ainda que ficção têm a presunção da verdade até ser desconstituída.

Nessa época os conceitos de caso julgado como “ficção de verdade”, “verdade formal ou “presunção de verdade”, ganharam espaço significativo na doutrina e nos textos normativos, sendo adotados pelo Código de Napoleão de 1804 e pelo Código Civil Italiano de 1865. Mais tarde, com o surgimento e desenvolvimento das ciências e do conhecimento científico, acabaram sendo questionados e combatidos por causa de sua imprecisão.

A “teoria da força legal e substancial da sentença” surge com Max Pagenstecher (1874-1957), que defende, que toda sentença judicial, mesmo aquela meramente declaratória,

²⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Efficacia ed Autorità della Sentenza**. Milão: Giuffrè, 1962. p. 19.

²⁰⁴ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890**. Manda observar no processo das causas cíveis em geral o Regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850, com algumas exceções e outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D763.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

²⁰⁵ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

é constitutiva de direito, ou seja, cria direitos, produzindo coisa nova, sendo esse *plus* o responsável pela autoridade do caso julgado.

Max Pagenstecher compara os efeitos jurídicos da sentença passada em caso julgado, com as implicações jurídicas do contrato de declaração de certeza, em virtude do que pessoas obtêm a certeza jurídica sobre suas relações subjetivamente incertas. Desse modo, para Max Pagenstecher “o caso julgado vale e se aplica como declaração autêntica de direitos subjetivos” sendo razoável, portanto, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de dezembro de 2007, Processo nº 07A3739, mantendo à eficácia do caso julgado. No mesmo sentido, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo, nº 09B0081, de 19 de fevereiro de 2009²⁰⁶.

Neste entendimento, o ordenamento jurídico deve prever mecanismos aptos de flexibilização da sentença com força de caso julgado, como única viabilidade de desconstituir a sentença ou decisão com autoridade de caso julgado e também como garantia constitucional, diante de vícios da decisão proferida, admitindo a revisão de decisões judiciais. Defende-se, aqui, que a extensão é mais dilatada, pois a prestação jurisdicional formando o caso julgado não está restrito ao mero reconhecimento do direito subjetivo ou declaração da sua existência, mas também no aspecto da condenação e na constituição e desconstituição de situações jurídicas. Nesta linha, muito embora a Constituição da República portuguesa dê ênfase à injustiça da condenação, como fundamento jurídico que credencia à revisão da sentença (artigo 29º, nº 06), comunga-se, neste estudo, sobre esta questão com a linha adotada pela jurista e professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Maria João Antunes²⁰⁷, de que o artigo 449 do Código de Processo Penal do ordenamento português previu “um conjunto mais alargado de fundamentos deste recurso extraordinário, sem prejuízo da natureza excecional do recurso de revisão”²⁰⁸.

A “teoria da eficácia da declaração” fundamenta a autoridade do caso julgado na eficácia da declaração de certeza, que a sentença contém, ou seja, é na parte da declaração da sentença que reside o caso julgado, sob o entendimento de que é a declaração da sentença que

²⁰⁶ “*La cosa juzgada vale y se aplica como declaración autêntica de derechos subjetivos*” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999. p. 323). Nesse sentido: STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 07A3739**. Acórdão de 13 de dezembro de 2007. Relator Magistrado Nuno Cameira. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 09B0081**. Acórdão de 19 de fevereiro de 2009. Relatora Maria dos Prazeres Beleza. In: *Base de Dados do Ministério de Justiça*. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

²⁰⁷ ANTUNES, Maria João. **Direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 215.

²⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 719.

produz a certeza do direito. Com efeito, o caso julgado se fundamenta na eficácia da declaração de certeza, se tornando, a partir de então, incontestável e indiscutível, não apenas às partes envolvidas, mas também aos juízes que não poderão mais apreciar a matéria declarada na sentença. São nesse sentido as explicações de James Goldschmidt²⁰⁹ com muita razoabilidade e ponderação. Entretanto, nesse particular pode-se registrar que o contexto da escolha da decisão pelo juiz, entre as diversas versões ao seu dispor, levará à opção baseado no conjunto probatório, com os conceitos de descobrimento e justificação no momento da decisão, no exercício da jurisdição:

O efeito típico das sentenças (porque ocorrem em todas as que de um modo não condicionado finalizam um processo) é sua força material da coisa julgada, quer dizer, o que produz sobre a questão litigiosa que foi resolvida, no caso de que seja proposto sobre ela um segundo processo²¹⁰.

Os principais responsáveis pela elaboração dessa teoria foram os juristas alemães Konrad Maximilian Hellwig (1856-1913), Julius Binder (1870-1939) e Lorenz Von Stein (1815-1890). No Brasil essa corrente de ideias de que o caso julgado é efeito da declaração contida na sentença, foi liderada por Pontes de Miranda, Celso Neves e Ovídio Baptista da Silva.

Ao tratar do assunto Ovídio Baptista da Silva²¹¹ depois de analisar as teorias do caso julgado, concluiu que este não se trata de um efeito, mas de uma qualidade que se junta apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável) nos julgamentos posteriores. Esse entendimento:

[...] permite afirmar que, efetivamente, todas elas, inclusive as proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária, contêm eficácia declaratória, mas nem todas produzem coisa julgada material, assim como não se poderá dizer que a sentença que julga procedente a ação cautelar seja completamente destituída de eficácia de declaração, e também ela, apesar disso, não produz coisa julgada, porque, em qualquer destes casos, existe rarefação do elemento declaratório da sentença, que perde peso em favor da constitutividade ou mandamentalidade, existentes em maior grau nestas sentenças²¹².

²⁰⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Tomo I. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003. p. 448.

²¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, p. 448.

²¹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. 2005. *Op. cit.*, p. 492.

²¹² *Idem, ibidem*, p. 492-493.

Esta teoria se baseia na eficácia da declaração de certeza contida na sentença, levando-se em consideração que toda sentença contém uma declaração de direito e faz acontecer o caso julgado. Nas explicações de Moacyr Amaral Santos²¹³:

Na parte declaratória da sentença reside a autoridade da coisa julgada. Esta se fundamenta na eficácia da declaração de certeza. A declaração de certeza produz a eficácia de impor às partes, bem como ao juiz que proferiu a sentença e aos demais juízes, a observância da declaração. A declaração produz, assim, fenômeno processual de duplo aspecto: por um lado, atribui às partes o direito de exigir de uma e de outra a sua observância, e, por outro lado, atribui a todos os juízes a obrigação de respeitarem-na. A autoridade da coisa julgada, assim, se fundamenta na eficácia da declaração, e, pois, corresponde ao fenômeno processual pelo qual a sentença se torna indiscutível, incontestável não só para as partes como para todos os juízes.

Em relação à “teoria da extinção da obrigação jurisdicional”, elaborada por Ugo Rocco (1886-1986), o conceito de caso julgado se conecta, obrigatoriamente, à definição de ação judicial e de jurisdição. Nas explicações de Moacyr Amaral Santos²¹⁴ sobre essa teoria:

Satisfeita a obrigação jurisdicional do Estado, extingue-se o direito de ação, que lhe é correlato. A sentença pressupõe, portanto, extinção da jurisdição e do direito de ação na espécie. Extintos o direito de ação e a obrigação jurisdicional, a relação de direito material decidida não pode mais ser novamente discutida e decidida. Não pode mais ser discutida, porque o interessado não tem mais o direito de provocar a jurisdição; não pode mais ser novamente decidida porque, para o caso, a jurisdição está extinta. Resulta daí que a sentença se torna estável, imutável, produz coisa julgada.

Com efeito, uma vez que o mérito seja julgado, o Estado extingue a obrigação jurisdicional que surge com o exercício do direito de ação e exaure toda a atividade jurisdicional. Destarte, o Estado se pronuncia sobre a matéria, extinguindo a obrigação, sendo que as partes ficam proibidas de renovar discussões a respeito da mesma lide e, sem o direito de provocar a jurisdição, a decisão se torna imutável. Entende-se que isso leva à estabilização das decisões judiciais, afastando que supervenientemente o cidadão possa ser surpreendido

²¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53.

²¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 54.

com atos que possam vulnerar situações jurídicas constituídas, abalando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e o caso julgado.

A autoridade do caso julgado nasce, então, com a extinção da obrigação jurisdicional, decorrente da resolução da controvérsia.

À luz da “teoria da vontade do Estado”, construída por Giuseppe Chiovenda (1872-1937), o fundamento do caso julgado está na vontade do Estado. Giuseppe Chiovenda entende que o Estado interfere diretamente na decisão da sentença, sendo que é esta vontade que adjudica à sentença o predicado de ato estatal, irrevogável e com força obrigatória. Nas suas palavras:

Sin embargo, debe notarse que el juez declara como indiscutible la voluntad concreta de la ley, pero no declara efectivamente existentes los hechos que produjeron la concreta la voluntad déla ley, los hechos son lo que son, y el Estado no puede pretender darlos por verdaderos: no hay ahí una lógica del Estado. La sentencia vale como expresión de voluntad del Estado, y no por sus premisas lógicas: éstas deben ser desenvueltas por el juez en los motivos para garantía de los ciudadanos, pero no pasan en calidad de cosa juzgada. La cosa juzgada consiste en que el bien inmediata o potencialmente conseguido en virtud de la sentencia no debe ser prejuzgado de ninguna manera; queda por consecuencia en libertad la discusión de los hechos declarados por el juez, con tal que no tienda a disminuir o suprimir aquel bien [...] ²¹⁵.

A fundamentação jurídica da autoridade do caso julgado está na concepção de que o comando da sentença judicial é um ato emanado pelo Estado com força obrigatória, que institui a vontade da lei e, por isso, aufere efetividade por meio da interferência do Estado, no intuito de fazer cumprir o caso julgado, proibindo novas discussões sobre a matéria já julgada em definitivo.

Para a “teoria de Francesco Carnelutti”, de modo similar à doutrina de Giuseppe Chiovenda, a autoridade do caso julgado tem origem no Estado. Nas suas explicações:

A eficácia da decisão se exercita, na realidade, sobre o litígio, mais do que sobre o processo, e basta diferenciar estes dois termos para que desapareçam as dúvidas. A composição do litígio se obtém porque o juiz pronuncia (e, enquanto o faça) um mandato autônomo ou complementar; e esse mandato se forma no processo para operar fora do processo, mas não sobre o processo ²¹⁶.

²¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 07.

²¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 443.

Na interpretação de Moacyr Amaral Santos²¹⁷, na teoria de Francesco Carnelutti o caso julgado material antecede a formal:

Enquanto para as demais teorias a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, para Francesco Carnelutti é esta que pressupõe aquela. Na certeza que a sentença produz está a imperatividade dela, e é esta imperatividade que constitui a coisa julgada material, a qual, pela preclusão dos recursos, se transforma em coisa julgada formal.

Nessa linha de ideias, o caso julgado material não pressupõe ao caso julgado formal, como normalmente se defende, ao revés, é a imperatividade produzida pela sentença que constitui o caso julgado material, que, por sua vez, se transforma em caso julgado formal pela preclusão dos recursos.

Por fim, a “teoria de Enrico Túlio Liebman” define o caso julgado como um adjetivo, uma qualidade especial que reforça a eficácia da sentença, e não como seu efeito lógico principal. O caso julgado é conceituado como a imutabilidade da sentença enquanto ato processual (formando o caso julgado formal) e a imutabilidade dos efeitos da sentença (compondo o caso julgado material). Neste pensar, a autoridade do caso julgado não está no efeito da sentença, mas na qualidade, vale dizer, na forma de manifestação de seus efeitos. No seu pensar:

[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado. Caem todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito autônomo²¹⁸.

Nesta linha interpretativa, o caso julgado ocorre apenas depois de preclusão de todos os recursos, tornando-se imutável no processo onde foi proferida (caso julgado formal) fazendo surgir, como decorrência, a imutabilidade dos seus efeitos (caso julgado material). Prossegue Enrico Túlio Liebman²¹⁹ explicando que:

²¹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 25.

²¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54.

²¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 40.

Não consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutável, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

Ao comentar sobre o conceito italiano de caso julgado e a disputa teórica entre Francesco Carnelutti e Enrico Túlio Liebman, Cândido Rangel Dinamarco²²⁰ assim se manifesta:

A discordância evidencia-se tão pouco verbal, quanto mais observamos que os dois autores partiam de premissas diametralmente opostas, com referência ao fundamento quesito metodológico da estrutura do ordenamento jurídico: enquanto Enrico Túlio Liebman formado na escola de Giuseppe Chiovenda, manifestava uma sólida base dualística (o ordenamento jurídico tem duas ordens diversas de normas, substanciais e processuais, e estas nada têm a ver com a produção do direito do caso concreto), fundava-se Francesco Carnelutti no pressuposto de que o direito positivo substancial emana normas genéricas incompletas, as quais só por obra da sentença se tornam um círculo fechado, sendo ela um comando complementar (qualquer que seja esta, menos dispositiva). Por isso, ele ensina que o juiz comanda para o caso concreto como se fosse uma *longa manus* do legislador e louvava ao legislador italiano a inclusão das normas referentes à coisa julgada no Código Civil. Depois, afirmava que a imperatividade da sentença (coisa julgada material) tem uma eficácia reflexa que atinge terceiros, estranhos à relação processual em que esta foi pronunciada.

Tão logo foi publicada, a teoria de Enrico Túlio Liebman se expandiu, sendo recepcionada com simpatia por muitos processualistas. No Brasil, foi por meio do autor do anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, Alfredo Buzaid, discípulo de Enrico Túlio Liebman, que foi adotada e positivada no artigo 467 do Código de Processo Civil brasileiro: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Na forma do artigo 502 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2010. *Op. cit.*, p. 291.

Doutrinariamente a teoria mais aceita é aquela baseada na construção de Giuseppe Chiovenda e elaborada por Enrico Túlio Liebman, reconhecendo-se em seu conceito o que se considera de verdadeiros fundamentos do instituto do caso julgado. Para esses teóricos é na vontade Estatal que efetivamente se encontra o fundamento do caso julgado, constituindo ele na simples circunstância do atuar da lei no caso concreto, na medida em que isso representa o desejo do Estado. No direito português, Germano Marques Pereira da Silva²²¹, Paulo Albuquerque²²² e Eduardo Correia²²³, entre muitos outros destacados juristas portugueses, descritos no conteúdo bibliográfico da presente tese trouxeram grande contribuição para a consolidação da autoridade do caso julgado²²⁴.

Enrico Túlio Liebman²²⁵ e José Alberto dos Reis²²⁶, em ângulos processuais diferentes, manifestaram-se sobre o tema, sendo que Enrico Túlio Liebman observou que a autoridade do caso julgado é qualidade somada aos efeitos para tornar imutáveis a decisão. A eficácia não se confunde com autoridade, é a força que emana da sentença transitada em julgado voltada para resultado e tem como suporte a estabilidade desse próprio ato. “A autoridade do caso julgado não é o efeito ou um efeito da sentença, mas uma qualidade e um modo de ser e de manifestar-se de seus efeitos, quaisquer que sejam vários, conforme as diversas categorias das sentenças”. José Alberto dos Reis afirmava “o juiz absolve o réu do pedido sem, aliás, apreciar o mérito da causa; a absolvição do pedido exprime a homenagem que o Tribunal presta à sentença transitada em julgado”.

Conforme Marcos Vinícius Rios Gonçalves²²⁷, inseridas numa concepção divergente dos juristas portugueses, Eduardo Henriques da Silva Correia²²⁸ e Cavaleiro de Ferreira²²⁹, em relação ao crime continuado, motivos ainda de insegurança jurídica “a razão jurídica do caso julgado é a segurança das decisões, que ficaria seriamente comprometida se houvesse a possibilidade de rediscutir questões julgadas em caráter definitivo”. A divergência, ainda não pacificada pela doutrina e jurisprudência, motivando sucessivas revisões do julgado e também

²²¹ SILVA, Germano Marques Pereira da. **Curso de processo penal**. Vol. III. Lisboa: Verbo, 2009. p. 41-42.

²²² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. p. 70-71.

²²³ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **Caso julgado e poderes de cognição do juiz: a teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948. p. 304.

²²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 444.

²²⁵ Enrico Tullio Liebman *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 444.

²²⁶ REIS, José Alberto dos. **Caso julgado: jurisprudência crítica sobre processo civil**. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência - RLJ*, ano 80, nº 3072, 1947. p. 391 e 395.

²²⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 6. ed., vol. 02. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

²²⁸ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **Unidade e pluralidade de infracções**. Coimbra: Almedina, 1983. p. 272 e ss.

²²⁹ FERREIRA, Cavaleiro de. **Lições de direito penal: parte geral**. Vol. I. Lisboa: Verbo Editora, 1992. p. 549.

a segurança jurídica é que Eduardo Henriques da Silva Correia atribui ao crime continuado uma unidade criminosa, enquanto Cavaleiro de Ferreira atribui uma verdadeira pluralidade de crimes.

No Brasil, a definição legal do caso julgado previsto no parágrafo 3º, do artigo 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (“chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”) e do artigo 467 do Código de Processo Civil brasileiro atual (artigo 502 do Código de Processo Civil de 2015) não se esgota nesses dispositivos, eis que a *res judicata* é mais abrangente do que a definição legal. Entretanto, diante dos conceitos restritos do caso julgado, no direito comparado, em relação ao Código de Processo Penal português e brasileiro, e diante da teoria unificada do processo e do ordenamento jurídico, os conceitos mais expansivos sobre o caso julgado no processo civil, aplicam-se ao processo penal.

Processualmente, é a imutabilidade do comando judicial que emerge no dispositivo da sentença de mérito. A imutabilidade do caso julgado material se encontra no dispositivo da sentença, atrelada ao limite do pedido.

A sentença, em regra, não é mais suscetível de reforma por meio de recursos, caso haja trânsito em julgado, tornando-se imutável dentro do processo, configura-se o caso julgado formal, pela qual a sentença, como ato daquele processo, não mais poderá ser reexaminada. O Estado realizou o serviço jurisdicional requerido, dirimindo o conflito ou dúvida, julgando o mérito, ou ao menos desenvolveu as atividades necessárias para declarar inadmissível o julgamento do mérito, sentença terminativa e decidir dentro de uma pretensão justa e em obediência à ordem legal, com incidência do jusnaturalismo e juspositivismo “é a pretensão final do processo”, no dizer de Damião da Cunha²³⁰, trazendo forte sustentação doutrinária sobre o tema. Entretanto, na expressão de José de Faria Costa²³¹ de que à ausência de dúvida ou de conflito, no sistema judicial, leva a “perspectiva do consenso”²³².

O caso julgado é um instrumento de estabilização social, aliás, objetivo do direito, levando a um limite objetivo à rediscussão dos julgados não importa a terminologia usada e apenas substitui-se a alternativa do texto romano, sentença de condenação ou de absolvição, pela alternativa mais abrangente, porque nela se compreendem também as sentenças declaratórias, a sentença (decisão) de recebimento ou de rejeição. A parte que teve o pedido

²³⁰ CUNHA, José Manuel Damião da. **O caso julgado parcial**: questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de natureza acusatória. Porto: Universidade Católica, 2002. p. 290.

²³¹ COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005a. p. 95.

²³² MARCATO, Antônio Carlos. **Anotações de direito processual civil**. Londrina: Bird Gráfica, 1993. p. 305.

indeferido, não pode mais reclamar. A parte a quem se reconheceu o pleito, não só tem o direito de consegui-lo praticamente, em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e esse gozo. Essa é a autoridade do caso julgado “definitividade da decisão, onde não cabe mais recurso”²³³.

O caso julgado permite a estabilidade das relações jurídicas e leva o sentimento de confiança dos cidadãos, possibilitando um ordenamento jurídico com o objetivo de regulação do Estado e da vida social, a indiscutibilidade e solução dos conflitos, lembrando que muitas vezes as decisões judiciais são processualmente válidas, porém tem natureza injusta²³⁴.

O comando emergente da sentença, como ato imperativo do Estado, torna-se definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido fora do processo, formando o que se chama de caso julgado material, ou caso julgado substancial, que consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes, numa concepção positivista, porém, no sistema de justiça penal há a necessidade na busca de sentença justa, numa concepção jusnaturalista de que o direito antecede a lei formal, onde Ferrajoli com grande veemência na verdade da motivação na jurisdição penal²³⁵.

A mais moderna doutrina considera como sendo uma simples qualidade da sentença, a imutabilidade dos seus efeitos. Logo, caso julgado é a imutabilidade da própria sentença e de seus efeitos formais e materiais²³⁶. Essa imutabilidade é criada pela impossibilidade da decisão ser atingida por eventual recurso da parte, ou seja, ela é gerada pelo trânsito em julgado da sentença.

O caso julgado é qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio, isto é, a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente²³⁷. Dito de outro modo é a qualidade dos efeitos da sentença que põe um fim a um litígio, ou seja, é a característica de imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente²³⁸.

²³³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 6657; ÁVILA, Humberto. 2011. *Op. cit.*, p. 353.

²³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 369-370; SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Eficácia da sentença e coisa julgada**: sentença e coisa julgada - ensaios e pareceres. 4. ed, rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 80.

²³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 39; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 47.

²³⁶ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 14. ed. Col. Sinopses Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

²³⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., vol. II. Campinas: Millennium, 2000. p. 270.

²³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 225.

Na definição de Hélio Bastos Tornaghi²³⁹, caso julgado “é a própria matéria discutida, depois que o juiz se pronuncia, sem mais qualquer possibilidade de recurso ou de mudança de decisão”. Por isso “quando o juiz reconhece o direito de uma das partes, denomina-se que o caso está julgado, significa afirmar a intangibilidade desse direito, nos termos em que a sentença o definiu” e a sentença passa a ser como lei entre as partes (força de lei).

Assim, depois da entrega da tutela jurisdicional pelo Estado, em julgamento final, a *res judicanda* é transformada em *res judicata* e a composição da lide, pronunciada judicialmente, projeta com a força e autoridade de lei especial. A *res judicata* marca o ato jurisdicional, pois concentra neste ato o comando imperativo que provém do julgamento, que se torna estável, pela imutabilidade, dentro e fora do processo. Os efeitos resultantes do julgamento também são imutáveis, tem força que faz lei entre as partes. É exigência da ordem pública e do bem comum, para que a tutela jurisdicional entregue às partes se torne estável, segura e de absoluta indeclinabilidade. Tem assim, a *res judicata*, fundamento essencialmente jurídico, importando que no plano jurídico-processual, o fenômeno da *res judicata* é o resultado e consequência do exaurimento da ação²⁴⁰. A tutela pretendida do Estado foi prestada pela *res judicata*, após ampla defesa com os recursos inerentes nos termos do disposto no artigo 32, n.ºs 01 e 03 da Constituição da República portuguesa, conforme assinala Anabela Miranda Rodrigues²⁴¹.

Por definição, a autoridade do caso julgado e a sua eficácia é destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos, impedindo a interposição de outras demandas com o mesmo objeto e com as mesmas partes. Ainda existe o caso julgado e o caso soberanamente julgado, esta ocorrendo quando não mais puder interpor ação rescisória de sentença, ou à Revisão Criminal extraordinária, ainda quando julgada improcedente. Ensina José Frederico Marques²⁴² que, passando em julgado a sentença ou acórdão, há um julgamento com força de lei entre as partes, a que estas se encontram vinculadas imutavelmente.

O caso julgado representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal. Não se confunde com a ideia de autoridade, muito menos com a de eficácia²⁴³.

²³⁹ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. 2. ed., atual., vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 180; 181.

²⁴⁰ MARQUES, José Frederico. 2000. *Op. cit.*, p. 233.

²⁴¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A defesa do arguido**: uma garantia constitucional em perigo no admirável mundo novo. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 04. Coimbra, out./dez. 2002. p. 09 e ss.

²⁴² MARQUES, José Frederico. 2000. *Op. cit.*, p. 696.

²⁴³ PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação rescisória atípica**: instrumento de defesa da ordem jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44-45.

Visa, basicamente, evitar um estado de perpétua incerteza, reveste-se de autoridade com que se apresenta perante o mundo jurídico. A autoridade do caso julgado decorre da estabilidade do ato e representa a capacidade vinculativa que a sentença se impõe a todos, após o trânsito em julgado. É a qualidade inata à sentença, uma propriedade intrínseca, que a torna imutável e indiscutível.

O fundamento de natureza política, para justificar a autoridade do caso julgado, é a opção feita pelo sistema, de que a partir de certo momento processual, a sentença deverá se tornar indiscutível.

A eficácia do caso julgado é aquilo que produz efeito, um resultado, traduz pela energia obrigatória da resolução judicial, ou ainda, em sentido estrito, a capacidade que tem para produzir um resultado. É um instituto próprio da sentença. É atributo da sentença e não do caso julgado, pois é a sentença, através de seus comandos, quem mostra capacidade de produzir resultados almejados pela demanda e no processo penal a verdade empírica é essencial e à abordagem com verdade no processo penal tem fundamento epistemológico. Sérgio Gilberto Porto²⁴⁴ identifica três fenômenos distintos:

a) eficácia da sentença, que representa a capacidade que possui esta de produzir efeitos, através de seus comandos; b) caso julgado é a opção filosófico-jurídica que outorga à decisão jurisdicional a capacidade de torná-la imutável perante todos e indiscutível às partes; c) autoridade, a qual, em face da estabilidade do ato sentencial e da opção política de estabilizar as relações jurídicas, torna a nova situação jurídica, decorrente da sentença oponível *erga omnes* estando presente tanto na sentença, quanto no caso julgado.

No tratamento constitucional do caso julgado, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição republicana brasileira de 1988 estatui que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. É a garantia constitucional do caso julgado material. Trata-se de garantia da imutabilidade da sentença, onde nem mesmo a lei ou a Constituição pode alterar os direitos já declarados do indivíduo.

Existe, portanto, no direito pátrio, a tutela constitucional da imutabilidade que o caso julgado confere aos efeitos da decisão da lide, e também, o direito público subjetivo de ser exigido o respeito ao caso julgado. Se nem mesmo a lei formal pode atingir ao caso julgado, *a posteriori* resguardada, se acha a imutabilidade que desta decorre, em face de atos normativos

²⁴⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, p. 48.

menores, de ato administrativo e também, de outras decisões. Uma vez que a lei tem de respeitar o caso julgado, claro que esta deve manter-se inatingida ainda quando for a lei aplicada jurisdicionalmente²⁴⁵.

O efeito da sentença que se produz para fora do processo, atingindo a todos, de sorte que, uma vez atingida à imutabilidade do direito assim declarado, nada poderá modificar. Tal garantia, sedimentada no título dos direitos e garantias fundamentais, faz necessário na moderna sociedade onde reina o estado de direito, impedindo abusos autoritários.

Não se pode admitir que o caso julgado material seja alterada por *lex posteriorius*, mesmo que altere substancialmente os cânones legais que o órgão judiciário aplicou para decidir a lide. Tem dessa forma, a garantia constitucional da imutabilidade que o caso julgado confere aos efeitos da decisão da lide e também o direito público subjetivo de ser exigido o respeito ao caso julgado. A tutela ao caso julgado é corolário de princípios constitucionais de sistema judicial democrático para que se tornem imutáveis os seus pronunciamentos. Entretanto, na legislação lusitana pode o caso julgado ser vulnerado nas condições do artigo 29, nº 06 da Constituição da República portuguesa do artigo 4º, parágrafo 2º, do protocolo adicional nº 07 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na legislação brasileira, a rescisão criminal da sentença é mencionada na Constituição da República, porém regulamenta a nível infraconstitucional no Código Processual Penal vigente.

O caso julgado cria, para a segurança dos direitos subjetivos, situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar. Sob este aspecto é que pode qualificar a *res judicata* como garantia constitucional de tutela a direito individual, porém na condição da busca da verdade, pois como afirma José de Faria Costa²⁴⁶, em direito a verdade é uma noção operatória da sua aplicação²⁴⁷. Nelson Nery Júnior²⁴⁸ defende que:

²⁴⁵ MARQUES, José Frederico. 2000. *Op. cit.*, p. 275.

²⁴⁶ COSTA, José de Faria. **Consenso, verdade e direito**: linhas de direito penal e filosofia. Coimbra: Coimbra Editora, 2005b. p. 97.

²⁴⁷ “Ementa: Coisa julgada. Inviabilidade de reabertura de discussão superada pela *res judicata*. A coisa julgada cria, para a segurança dos direitos subjetivos, situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar - é o que se infere do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988. E sob esse aspecto é que se pode qualificar a *res judicata* como garantia constitucional de tutela a direito individual” (TRT5ªR, Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. **Agravo de Petição - AP nº 00284005220085050463/BA (0028400-52.2008.5.05.0463)**. Terceira Turma. Relator: Humberto Jorge Lima Machado. Publicado em 14 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br>>. Acesso em: 02 out. 2018).

²⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1997. p. 77. Na mesma linha: STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 076092**. Acórdão de 12 de fevereiro de 1998. Relator Miranda Gusmão. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

[...] a lei processual tem aplicação imediata e alcança os processos em curso, observando os atos processuais já praticados e aperfeiçoados, que têm proteção constitucional, são atos jurídicos (processuais) perfeitos. A lei processual nova não pode retroagir seus efeitos e atingir ato processual já praticado.

Acrescenta que a norma protege o caso julgado material, *auctoritas rei judicatae*, entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário e a remessa necessária prevista na legislação processual civil brasileira, informando ainda que o caso julgado formal não é garantia constitucional²⁴⁹.

A sentença de mérito, rígida, transitada em julgado, não pode ser modificada. Quando essa sentença contém um dos graves vícios mencionados em rol taxativo, *numerus clausus*, pelo artigo 485, é possível sua desconstituição pela via de ação rescisória. Trata-se de controle sobre os vícios de que padece a sentença, não ofendendo a norma constitucional analisada²⁵⁰.

No artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LIDB, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão de que já não caiba recurso”.

O dispositivo mencionado fala de caso julgado formal, pois trata do fator temporal e da irrecorribilidade. Assim, não obstante a definição legal é o caso julgado formal aquele que decorre simplesmente da imutabilidade da sentença pertinente ao processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos. A não interposição de recurso pelo vencido pode decorrer pelo esgotamento do prazo, desistência do recurso ou ainda, pela renúncia do recurso. Imutável a sentença dentro do processo, quando se esgota a função jurisdicional do Estado que, através de sua função, fez a entrega da prestação jurisdicional.

Na previsão do parágrafo 2º, do artigo 11º, do Código de Processo Penal brasileiro “a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”. Já o artigo 111 do mesmo Código dispõe que “as exceções serão processada em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal”.

Na definição de Romeu Pires de Campos Barros²⁵¹, “chega um momento em que (esse) litígio é resolvido definitivamente, sem possibilidade de ser novamente proposto à consideração de qualquer juiz e a decisão se torna imutável. Desde então deve dizer-se que o caso está julgado (*res judicata est*)”. Portanto, caso julgado “é a própria coisa discutida depois

²⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. 1997. *Op. cit.*, p. 77.

²⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 77.

²⁵¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro**. Vol. 01. São Paulo: Sugestões literárias, 1969. p. 255.

que o juiz se pronunciasse sem qualquer possibilidade de recurso ou de mudança de decisão”. Aliás, igualmente, nesta mesma linha, não se pode esquecer as ditadas pelo saudoso jurista italiano, Giuseppe Chiovenda²⁵², de que “do caso julgado direi muito pouco e brevemente porque sobre o vastíssimo tema pouco resta já por dizer, que não seja inútil”.

O caso julgado civil não se confunde com o caso julgado penal. Nas explicações de Paulo Rangel²⁵³, são institutos distintos, cada qual com seus princípios e regras próprias. Define o caso julgado penal “a qualidade dos efeitos que a sentença produz”, ou seja, “a qualidade da imutabilidade do comando que emerge da sentença em relação ao fato principal. Não se trata apenas de preclusão, mas da inalterabilidade de um fato naturalístico, que aconteceu no mundo da vida”.

Significa, então, em relação ao caso julgado penal, que a decisão final foi dada no processo, com características de irrevogabilidade e imutabilidade do mandamento que surge da sentença. O principal objetivo é preservar a regra do *ne bis in idem* para proteger o cidadão contra uma segunda condenação pelo mesmo fato.

O caso julgado penal age em duas dimensões: a primeira reflete a dimensão constitucional decorrente da garantia individual e a segunda se relaciona com o processo penal, garantindo a imutabilidade das decisões e preclusões. Para Aury Lopes Júnior²⁵⁴ a preocupação com caso julgado se dá em relação ao réu, já que a relativização do caso julgado poderá acontecer em sede de revisão criminal e sempre a favor do réu, nunca contra, no direito processual penal brasileiro, muito embora no direito português admite-se à revisão criminal, em face do arguido.

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos²⁵⁵ dispõe sobre o caso julgado penal, ao afirmar em seu artigo 8º, *in verbis*: “artigo 8º (garantias judiciais): “absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Contudo, essa imutabilidade da sentença penal condenatória não é absoluta, na medida em que existem diversos dispositivos legais, que autorizam a revisão criminal.

Na forma do artigo 621, do Código de Processo Penal brasileiro, “a revisão dos processos findos será admitida” nas seguintes hipóteses: a) quando a sentença condenatória

²⁵² Giuseppe Chiovenda (sobre la cosa juzgada, Conferência proferida em Nápoles) *apud* MENDES, João Castro. 1968. *Op. cit.*, p. 17, nº 06.

²⁵³ RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 160-161.

²⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1147.

²⁵⁵ INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.coas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; e c) quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

De acordo com os artigos 647 e seguintes, do mesmo Código de Processo Penal (do *habeas corpus* e seu processo), será concedido *habeas corpus* quando verificado constrangimento ilegal, por ilegalidade ou abuso de poder, sem valorização da prova. Também existe a possibilidade de mutabilidade do caso julgado nos casos de unificação de penas, anistia, indulto, dentre outras situações.

2.3 TEORIA DO CASO JULGADO

A teoria do caso julgado tem histórico de diversos estágios e fundamentos, no sentido de conceituar e dar uma conotação ao instituto. Por exemplo, na idade média o fundamento do caso julgado estava sustentado na presunção da verdade delineada na sentença. Nessa diretriz foi que Eneo Domitius Ulpianus (Ulpiano) sempre sustentou que “o caso julgado vale como verdade”. No mesmo sentido Eduardo Couture afirmou que “só depois de ter passado mais de vinte anos estudando e pensando os mesmos temas, creio ter começado a entender alguma coisa”²⁵⁶.

Nesse contexto, a finalidade do processo era a busca da verdade, ainda que, em tese, poderia estar em conflito com a verdade real, afastando-se da verdade material, mas mantendo a presunção da verdade (*res judicata pro veritate habetur*).

No mesmo sentido Egas Dirceu Moniz de Aragão²⁵⁷ no qual afirma que “a principal espécie de presunção *iuris et de iure* é a que nasce da autoridade de caso julgado, ou seja, presume-se que a sentença represente sempre a verdade”. Igualmente, Eduardo Couture²⁵⁸ ao afirmar que “o que havia sido decidido pelo juiz equivaleria à verdade dos fatos e da vida”.

²⁵⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. 2011. *Op. cit.*, p. 53. COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Tradução de Abranches Ferrao. Lisboa: Jornal do Foro, 1952. p. 10.

²⁵⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 205.

²⁵⁸ COUTURE, Eduardo J. 1999. *Op. cit.*, p. 330.

Na mesma linha o jurista Robert Joseph Pothier²⁵⁹, que entendia o caso julgado, a partir de uma presunção absoluta (*iuris et de iure*), influenciando o Código Napoleônico e vários ordenamentos jurídicos.

Conforme Sérgio Gilberto Porto²⁶⁰, Robert Joseph Pothier teve como aliado Friedrich Carl Von Savigny que sempre atribuiu à sentença uma verdade fictícia, com conotação de caso julgado. Claro que os juristas consagrados e citados contribuíram para a estabilidade e segurança nas relações jurídicas e consolidação da *res judicata*.

Eduardo Couture²⁶¹ faz menção à tese defendida por Konrad Hellwig, que fundamentava a autoridade do caso julgado na eficácia da declaração contida na sentença.

Para Giuseppe Chiovenda²⁶² o caso julgado era caracterizado, por meio da sentença, que expressava a vontade do Estado ditada por meio do Poder Judiciário e que “o caso julgado era obrigatório para as partes, mas todos tinham de reconhecê-lo, tendo ressalvado, porém, o facto de a sentença não poder prejudicar (prejuízo jurídico) aqueles que foram estranhos à lide (ou pelo menos estranhos à sentença)”.

O caso julgado encerra o direito de discutir mais uma vez a questão, tornando-se imutável e consolidada a decisão, ressalvado às hipóteses legais e excepcionais, que permitam, no caso penal, a revisão da sentença. Entretanto, a construção da teoria do caso julgado sempre representou certeza, estabilidade e segurança jurídica, com o objecto da obtenção da paz social, levando o jurista Enrico Túlio Liebman²⁶³ a afirmar que o caso julgado é uma qualidade especial da sentença. O referido autor deu grande contribuição à teoria do caso julgado, a partir do momento que procedeu a separação do caso julgado dos efeitos da sentença, nesta contida à imutabilidade e indiscutibilidade.

Sobre essa matéria José Carlos Barbosa Moreira e o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal²⁶⁴ afirmam, respectivamente, que “a imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o conteúdo da sentença, não os seus efeitos”, mesmo porque a finalidade é evitar a repetição de pronunciamento sobre questão idêntica. Como se vê, o

²⁵⁹ POTHIER, Robert Joseph. **Traité des obligations, selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur**. Tomo II. Paris: Letellier, 1813. p. 256-283.

²⁶⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. 2011. *Op. cit.*, p. 54.

²⁶¹ COUTURE, Eduardo J. 1999. *Op. cit.*, p. 409.

²⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 365 e 366.

²⁶³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 13. ed. Tradução Buzaid; Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 46-47.

²⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. In: *AJURIS*, nº 28, Porto Alegre, jul. de 1983. p. 30. No mesmo sentido: STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 06P2424**. Acórdão de 06 de julho de 2006. Relator Simas Santos. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

referido jurista deu novos rumos e conceito à teoria da *res judicata*, a partir dos ensinamentos de Enrico Túlio Liebman, desmembrando o instituto do caso julgado, de seus efeitos. Nesta mesma linha, Enrico Túlio Liebman sustentou que “a indiscutibilidade do julgado não é fundamentada em uma presunção de correção absoluta, mas apenas na necessidade de conferir segurança jurídica, ainda que a decisão não reflita o resultado mais justo”²⁶⁵.

Encaminhando-se no mesmo sentido, o jurista José Maria Rosa Tesheiner, registrando também as divergências jurisprudenciais do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal²⁶⁶, respectivamente, conferem ao tema uma interpretação pedagógica, ao afirmar que o caso julgado é a imutabilidade e, conseqüentemente, a indiscutibilidade do conteúdo de uma sentença e não de seus efeitos. Segundo o referido autor, “pode-se renunciar a um direito declarado por sentença”. Agindo, assim, afastam-se os efeitos da sentença, sem, contudo, modificar o seu conteúdo. Sobre o tema o seu argumento mais relevante foi as suas críticas à jurisprudência e suas divergências que não se resolvem nunca, o que exatamente não existe, é criação jurisprudencial do direito.

Referidos aspectos leva a necessidade de se manter o desenvolvimento, comparação e diferenças entre trânsito em julgado e caso julgado, sendo certo que o conceito daquele é crucial para a formação do caso julgado, sendo a diferença relevante, porquanto o trânsito em julgado é um acontecimento processual, não tendo o condão de força ou autoridade, que leva à imutabilidade da decisão judicial, verdadeiro significado do caso julgado. O tema conduz à secular problemática do fenômeno do trânsito em julgado, em comparação com os sistemas jurídicos comparados de Portugal e Brasil.

O assunto é disciplinado no artigo 677 do Código de Processo Civil português, que assim dispõe: “artigo 677 (noção de trânsito em julgado): a decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação, nos termos dos artigos 668 e 669”. O Brasil preceitua conceito doutrinariamente, não rigorosamente similar, dispõe o artigo 337, parágrafo 4º do Novo Código de Processo Civil vigente.

Apenas para ilustração, na Itália, o trânsito em julgado significa caso julgado formal, conforme se vê no artigo 324 do *Codice Procedura Civile*: “artigo 324 (*cosa giudicata formale*): ‘*si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta ne’ a*

²⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. 1996. *Op. cit.*, p. 276.

²⁶⁶ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 176. No mesmo sentido: STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 06P2424**. Acórdão de 24 de junho de 1999. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

regolamento di competenza, ne 'ad appello, né a ricorso per cassazione, ne' a revocazione per i motivi di cui ai numeri 04 e 05 dell'articolo 395".

Aqui se vê que o sentido de caso julgado não é igualitário ao sistema português e brasileiro. No conceito brasileiro a decisão transita em julgado quando não caiba em forma regular, nenhum recurso, como forma motivadora.

Entretanto, ressalva-se que os conceitos que integram o tema, como imutabilidade e indiscutibilidade, têm conexão de conteúdo como objecto da tese. É importante assinalar que o direito doméstico não pode tratar de tema, como acima descrito, diferente do adotado por uma comunidade de Estados com seus Tratados, que passa a ser um direito autoexecutável, sem a necessidade de submissão ao direito interno.

Assim, os conceitos rígidos do caso julgado tem que ser examinado a luz dos direitos e garantias previstos no direito comunitário, que é um sistema próprio, com fonte própria e se aplica sobre todo o território dos Estados membros, criando direitos e obrigações para os Estados e indivíduos. Por essa razão, é que surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que interpreta como premissa, que a relação dos Estados com seus cidadãos deve ter como paradigma um ponto externo e comunitário ao próprio direito do Estado.

Analisando o tema, Francesco Carnelutti²⁶⁷ processualista italiano, apresenta importantes subsídios para o assunto. A jurisdição, no dizer desse jurista, tem sinônimo na “justa composição da lide” mediante sentença declarativa, no qual o magistrado “*dicit jus*”. A jurisdição exige um conflito de interesses de uma pessoa e consequente resistência da outra, onde sempre estará presente juridicamente o sujeito e o objeto, teoria secundada por Cândido Rangel Dinamarco²⁶⁸.

No entendimento de Francesco Carnelutti²⁶⁹, o processo tem por objetivo o litígio judicial com o desenvolvimento processual perante o juiz, até alcançar o caso julgado, que tem o conceito de decisão meritória processual cognitiva. Esta reflexão, leva à conclusão que à autoridade do caso julgado está conexa ao mérito da sentença pertinente às questões solucionadas com imperatividade e eficácia, na relação jurídica submetida ao litígio com eficácia *erga omnis*.

Porém, com as devidas ressalvas, a imperatividade judicial de efeito material não impede a modificabilidade da decisão de natureza processual, nos rígidos permissivos admitidos, que no direito processual penal exige fatos novos processuais ou de direito

²⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. 2000. *Op. cit.*, p. 406.

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2010. *Op. cit.*, p. 49.

²⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. 2000. *Op. cit.*, p. 23, 406 e 418.

material, em termos constitucionais ou infraconstitucionais, porquanto à imutabilidade é um obstáculo de novo julgamento, com os mesmos ingredientes no sistema penal. Nessa linha de raciocínio, entende-se que o caso julgado material tem relação com a imperatividade do julgado e o caso julgado formal tem relação com a imutabilidade do julgado.

Portanto, nessa linha de pensamento, o magistrado judicial não pode, a princípio, decidir sem novas razões permissíveis, o litígio já sentenciado. Entretanto, o litígio resolvido pode não ser justo, permitindo excepcionalmente para reencontrar uma solução ponderável, novo debate sobre a hipótese solucionada, vulnerando a certeza e a imutabilidade do litígio decidido. Então, num pensamento refletido, tem-se que se deve admitir em razões excepcionais a vulnerabilidade do litígio decidido afetando a imutabilidade, quando a decisão não é válida e, portanto, ineficaz, colocando a validade da sentença como fator essencial da autoridade do caso julgado.

Muitas vezes a decisão é válida, mas injusta, autorizando a sua mutabilidade. Veja-se a hipótese de uma condenação de um agente por crime de abuso de autoridade com a perda do cargo público. Passados anos, é proposta uma revisão criminal visando ao afastamento da pena de prisão, reintegrando o servidor ao cargo público originário, substituindo a pena por indenização de danos, tendo como *causa petendi* para a ação revisional uma lei posterior que regulamentou a “justiça restaurativa”, mais favorável e adequado para o caso, visando à harmonia e pacificação social. Então, o caso julgado, para se consolidar, impõe o mínimo de garantias no sistema de justiça, e o reexame do tema decidido, é admitido nas legislações modernas e desenvolvidas. Destarte, conclui-se que é possível a revisão da decisão judicial, admitindo-se, portanto, a relativização do caso julgado da sentença penal transitada em julgado²⁷⁰.

Sobre o tema, Enrico Allorio²⁷¹ “sustenta que o caso julgado tem natureza jurisdicional com eficácia vinculativa plena, com projeções sobre terceiros, de “efeitos reflexos”, sinalizando a própria jurisdição com a declaração de direito, vinculando às partes e o sistema judicial, ou seja, o caso julgado é um vínculo jurisdicional da relação jurídica estabelecida entre às partes do litígio com autoridade do caso julgado, podendo ter reflexos para terceiros estranhos à lide visando preservar o caso julgado.

Anteriormente o citado jurista já havia manifestado a sua posição sobre o tema: “*la cosa juzgada es la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdicional; la cosa*

²⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. 2000. *Op. cit.*, p. 449-450.

²⁷¹ ALLORIO, Enrico. **La cosa giudicata rispetto ai terzi**. Milano: Dott A Giuffrè Editore, 1992. p. 15; 38; 53-54; 65.

juzgada trunca y hace inútiles las discusiones acerca de la justicia o injusticia”. Um registro deve ser feito, numa reflexão de pensamento. O caso julgado se refere a decisão sobre o direito material e procurou entender a sentença injusta, não lhe dando autoridade de caso julgado. Com grande percepção, podemos entender os fundamentos que autorizam, em alguns delitos penais, como punição mais eficaz a proposta restaurativa, no lugar” da forma tradicional de punição penal”²⁷², no dizer exemplificativo citado por Cláudia Cruz Santos²⁷³ no tema do “crime do colarinho branco”, que pode autorizar a substituição da pena originária tradicional, com uma proposta penalizadora de Justiça Restaurativa.

Na linha complementar de pensamento, Enrico Túlio Liebman²⁷⁴ procurou fazer a distinção entre a eficácia natural da sentença e a autoridade do caso julgado, sustentando essa como efeito da sentença, porém, dando autonomia e independência aos efeitos constitutivos e declaratórios.

Em tema constitucional e infraconstitucional penal, embora se aplique as lições de Enrico Túlio Liebman dentro da unificação da teoria geral do processo (civil e penal), defende-se que os casos julgados podem ser modificados diante de fatos posteriores. Ademais, a autoridade do caso julgado não é efeito da sentença, pois a validade e efeitos da sentença tem produção, em matéria penal, antes do trânsito em julgado, com a prisão provisória e preventiva, admitindo-se, portanto, a execução provisória.

Entende-se, também, que a sentença penal é um ato de força e imperatividade do Estado na aplicação da lei, com efeitos para às partes da relação litigiosa, podendo ter efeitos para terceiros, com a atuação de seu representante investido, magistrado judicial cumprindo sua função, na solução da relação jurídica jurisdicional, prolatando a decisão em nome do poder soberano do Estado no interesse público, submetendo aos cidadãos à decisão jurisdicional, que deve transitar em conformidade com a lei, que só pode ser vulnerada com a demonstração de contrariedade com o direito e tendo como consequência uma sentença injusta, modulada por vício grave, levando erro de direito ou fático, cabendo à parte ou terceiro demonstrar o erro que contamina a decisão.

Na verdade, a teoria do caso julgado é um tema importante e fascinante para o direito, visto que não se trata de uma relação apenas privada, porém de natureza pública, pois

²⁷² ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p. 130-131.

²⁷³ SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco**: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 56.

²⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. 1996. *Op. cit.*, p. 18.

relacionado com os direitos fundamentais, a questão leva o poder público, através do Estado-Juiz também ficar submetido ao império da Constituição.

Assim, num primeiro momento é evidente a conclusão, de que o assunto, ora objeto de investigação, não pode ser analisado de forma simplista, no ângulo do direito processual, exigindo profunda meditação e reflexão histórico-dogmática no Estado de Direito Democrático, tratando-se de verdadeira garantia constitucional, inserida nos direitos e garantias fundamentais da Constituição republicana brasileira de 1988, sendo que sua vulneração exige forte fundamentação, por força do artigo 93, inciso IX da Constituição republicana brasileira de 1988, por se tratar da imutabilidade das decisões judiciais, exigindo certamente o devido processo legal.

Paulo Otero²⁷⁵ coloca o princípio do caso julgado no nível constitucional, portanto, qualquer decisão judicial que afronta à Constituição pode estar contaminada pela nulidade, autorizando a “flexibilização do caso julgado”. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior²⁷⁶ eleva o patamar do caso julgado a nível constitucional, como alicerce dos direitos fundamentais, alcançando forte debate nos meios acadêmicos, mesmo porque leva o abismo entre a imutabilidade das decisões judiciais e a sua revisão, como corolário, inclusive dos direitos fundamentais, que repele a sentença injusta e que, portanto, a segurança jurídica, não pode conflitar com princípios que alcançam os direitos fundamentais.

A grande inovação deste trabalho investigativo é exatamente tratar da abordagem não discutida de forma ampla na doutrina, que é manter na órbita do sistema jurídico, sobrevivendo decisão injusta jurisdicional, sob o argumento de segurança jurídica, notadamente em tema penal, certamente princípios de direitos fundamentais na limitação do direito material, notadamente quando à injustiça da decisão, ainda afronta a garantia do contraditório e da ampla defesa, pois de forma permanente, enquanto não abortada, por paradoxo legal, acaba prestigiando a insegurança jurídica, em total contradição com as premissas do caso julgado autorizando, portanto, a revisão judicial, mormente na hipótese de violação processual e do devido processo legal, incluído à ampla defesa, sempre com natureza excepcional, registrando historicamente, os primórdios da relatividade do caso julgado, tendo como origem o direito canônico e os estudos de Eduardo J. Couture²⁷⁷. Elio Fazzalari²⁷⁸ também fez um estudo profundo sobre esse tema, dando seu contributo à academia jurídica.

²⁷⁵ OTERO, Paulo. *Op. cit.* p. 44-55.

²⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 2002. *Op. cit.*, p. 154-159.

²⁷⁷ COUTURE, Eduardo J. 1999. *Op. cit.*, p. 400-425.

²⁷⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 6. ed. Trad. Eliana Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 539-550.

Portanto, a alterabilidade do caso julgado vem sendo admitida em natureza excepcional, quando atua em ofensa ao princípio do devido processo legal, consubstanciando em evidente erro judiciário ou violação à Constituição, porquanto toda decisão numa democracia deve primar pela constitucionalidade e justiça nas decisões²⁷⁹ com a defesa da “verdade processual” mais sólida e mais próxima da verdade absoluta, sempre fundamentado e justificado, nunca distante da segurança jurídica, valor relevante fundamental e essencial numa democracia.

Sustenta-se na presente tese investigativa, a possibilidade de revisão penal do caso julgado, em regras fechadas, a qualquer tempo, notadamente quando apurado ofensa à Constituição e ao devido processo legal, onde deve sempre haver presente os conceitos de “justiça”, “verdade” e “segurança jurídica”, que na concepção de Enrico Allorio²⁸⁰ engrandecem o direito processual e o instituto do caso julgado, na defesa do entendimento de que a essência do ato jurisdicional está justamente em sua aptidão para a formação do caso julgado, notadamente em tema penal, onde o Supremo Tribunal de Justiça decidiu dar uma interpretação restritiva da alínea “g”, do artigo 449, sob pena de postergar o princípio *ne bis in idem*²⁸¹.

2.4 TIPOS DE CASO JULGADO: FORMAL E MATERIAL

Tratada tradicionalmente pelos estudiosos e processualistas como fato relevante em matéria de eficácia da sentença, a diferença entre o caso julgado material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença.

Nas explicações prévias de Cândido Rangel Dinamarco²⁸², a distinção entre caso julgado material e a caso julgado formal consiste em que o caso julgado material “é a imunidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas, ainda depois de

²⁷⁹ HABERMAS, Jurgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004. p. 242.

²⁸⁰ ALLORIO, Enrico. 1992. *Op. cit.* p. 65. STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 55/01**. Acórdão de 27 de maio de 2009. Relator Oliveira Mendes. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

²⁸¹ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 55/01**. Acórdão de 27 de maio de 2009. Relator Oliveira Mendes. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

²⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Coisa julgada inconstitucional**. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 04.

extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los” e o caso julgado formal “é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra”.

2.4.1 Caso Julgado Formal

O caso julgado pode ser formal e material. Para Hélio Bastos Tornaghi e Miguel Teixeira de Souza²⁸³ o caso julgado em sentido formal é a “consequência da irrecorribilidade, e traduz-se pela imutabilidade da sentença no processo em que foi proferida”.

No entendimento de Romeu Pires de Campos Barros²⁸⁴ o caso julgado formal é “uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos”. Paulo Lúcio Nogueira²⁸⁵ e Rui Medeiros²⁸⁶ definem respectivamente, caso julgado formal como “a matéria processual e ocorre quando não houver mais recurso da decisão proferida; é chamada também de preclusão recursal, porque não houve interposição de recursos”. No entendimento, do primeiro, “a sentença produz coisa julgada formal, já que se esgota o prazo recursal, mas nem todas produzem coisa julgada material, visto que poderão ser revistas com novas provas, como a impronúncia”, ressaltando o segundo, conceituado jurista português “a primazia da ordem constitucional, segurança jurídica, requisito do Estado de Direito, a apontar, no âmbito dos atos jurisdicionais, para o caso julgado”.

Júlio Fabbrini Mirabete²⁸⁷ e Jorge Miranda²⁸⁸, respectivamente, expressam que “o caso julgado formal traduz a imutabilidade da sentença no processo em que foi proferida; é o efeito preclusivo que impede nova discussão sobre o fato na mesma ação” e que “não modifica, não revoga a decisão de qualquer Tribunal transitada em julgado que a tenha aplicado, nem constitui fundamento da sua nulidade ou de recurso extraordinário de revisão”.

O caso julgado formal é endoprocessual, vale dizer, atua dentro do processo, “vinculando a impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada, por já terem sido esgotados os meios jurídicos

²⁸³ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Op. cit.*, p. 183. SOUSA, Miguel Teixeira de. 1997. *Op. cit.*, p. 570.

²⁸⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Op. cit.*, p. 260.

²⁸⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 1995. p. 135.

²⁸⁶ MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 570.

²⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 219

²⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 258.

para sua impugnação”, e no dizer de Jorge Miranda, há necessidade de observar o princípio da instabilidade do caso julgado, que mesmo em exceção expcional impõe a sua conjugação com outras normas análogas²⁸⁹.

Assim, o caso julgado formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo²⁹⁰, exceção observada, na hipótese do artigo 282, nº 03, segunda parte da Constituição da República portuguesa, em tema penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social. Trata-se de tema limitativo, diante do princípio do caso julgado.

Para Cândido Rangel Dinamarco²⁹¹, o caso julgado formal ocorre quando, por meio de recursos, não mais será possível cassar ou substituir a sentença. Incide sobre sentenças de qualquer natureza, de mérito ou terminativa, na medida em que não diz respeito aos efeitos substanciais da sentença, “mas à própria sentença como ato do processo”.

O caso julgado formal é manifestação da preclusão, “fenômeno processual de maior amplitude e variada intensidade”, por isso é “tradicionalmente designada como *præclusio maxima*”. Como toda preclusão é extinção de uma faculdade ou poder no processo, o caso julgado formal, como preclusão qualificada, é caracterizada como a extinção do poder de exigir novo julgamento quando a sentença já tiver passado em julgado²⁹².

Na verificação de Cândido Rangel Dinamarco²⁹³, o sistema procedimental brasileiro é mais preclusivo que os sistemas europeus, incluído o modelo português, “decorrência das fases em que a lei distribui os atos do procedimento, sem possibilidade de repetições ou retrocessos”, daí, porque, também “a rigidez do procedimento é um dos mais destacados elementos caracterizadores do modelo processual infraconstitucional brasileiro”²⁹⁴.

Configura-se o caso julgado formal, quando a sentença, como ato daquele processo, não poderá ser reexaminada. É a sua imutabilidade como ato processual, provindo da sua preclusão das impugnações e dos recursos. O caso julgado formal representa a preclusão máxima, ou seja, a extinção do direito ao processo, ou seja, àquele processo, o qual se extingue.

²⁸⁹ TRINDADE, Elen Carla Mazzo. **Questão da relativização da coisa julgada material no processo civil brasileiro**. In: *Intertem@s*, ano X, vol. 18, nº 18, p. 44-58. Presidente Prudente-SP, ago./dez. 2009. p. 47; MIRANDA, Jorge. 2001. *Op. cit.*, p. 260.

²⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 2002. *Op. cit.*, p. 463.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2002. *Op. cit.*, p. 04.

²⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. 2002. *Op. cit.*, p. 04.

²⁹³ *Idem*, *ibidem*, p. 04.

²⁹⁴ GONZÁLEZ, José Alberto. **Código Civil anotado**. Vol. I. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 35.

O caso julgado formal é o pressuposto do caso julgado material. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, o caso julgado material torna imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados fora do processo e no dizer de José Alberto González, jurista português, “no tema de sentença transitada em julgado há distinção entre lei interpretativa e lei inovadora (não interpretativa), com forte restrição hermenêutica, em decorrência da segurança jurídica”²⁴⁶.

Conforme Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco²⁹⁵, alguns juristas preferem não distinguir caso julgado formal e preclusão, entendida a preclusão como a perda de faculdades processuais pelo decurso de tempo. Porém, argumentam que a preclusão é o antecedente, de que o caso julgado formal constitui o subsequente. A formação do caso julgado em sentido formal, ou seja, essa incontestabilidade posterior do bem reconhecido ou negado é atingida após a preclusão de todas as questões que se suscitaram e de todas as questões que se poderiam suscitar em torno da vontade concreta da lei, com o fim de obter o reconhecimento do bem ou negado ou o desconhecimento do bem reconhecido.

Assim é que se verifica a preclusão definitiva das questões propostas, ou proponíveis, quando no processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações. Sentença passada em julgado (coisa julgada em sentido formal) é como essa sentença se denomina²⁹⁶. Para Julio Fabbrini Mirabete²⁹⁷ não deve haver confusão entre caso julgado e preclusão. Nas suas palavras: “a preclusão é fato processual extinto de caráter secundário, que tem o fim de obter que se impeça o prosseguimento do processo com possibilidade de discutir novamente uma mesma questão”. Dito de outro modo, a preclusão nada mais é do que “a extinção de um direito processual por não tê-lo exercido seu titular no momento oportuno”.

Giuseppe Chiovenda²⁹⁸ define como sendo ainda “a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta da lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes”.

Todas as sentenças transitadas em julgado geram um efeito específico, que é a extinção do processo, sendo elas definitivas ou terminativas. É o fenômeno do caso julgado

²⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2002. *Op. cit.*, p. 327.

²⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 95-96.

²⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 219.

²⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 96.

formal, consistente na imutabilidade do efeito formal de extinção dentro do próprio processo, pelo fato da sentença não estar mais sujeita a nenhum recurso ordinário ou extraordinário²⁹⁹.

As sentenças terminativas fazem apenas caso julgado formal, sendo que não são analisadas as questões de direito material, diante da falta de alguns dos requisitos de admissibilidade do mérito. Assim, se resolvido o vício, poderá ser proposta uma nova ação com o mesmo pedido.

No caso julgado formal, o julgamento da lide, como ato processual, se torna imutável dentro do processo, porque a preclusão impede que ele seja impugnado ou revisto, através de recurso.

Apresentada a prestação jurisdicional em sentença ou acórdão, o órgão ou Tribunal que proferiria o ato decisório não pode, de regra, alterar ou modificar. É denominada princípio da inalterabilidade da sentença, onde assenta o caso julgado formal³⁰⁰. Como se vê nada mais é, do que a prestação jurisdicional entregue pelo Estado, com fundo de imutabilidade, dentro do processo, como fundamento para a irrevogabilidade fora do processo. É a condição prévia do caso julgado material, é a preclusão máxima, pois impede o reexame do julgamento dentro do processo.

Transita em julgado a decisão, quando dela não mais cabe recurso, ou se é irrecurável. Se ainda cabe algum recurso e foi interposto, não há caso julgado formal.

Critica Pontes de Miranda³⁰¹ que o adjetivo material, no artigo 467 foi impróprio. A eficácia do caso julgado chamado material é a eficácia da sentença contra qualquer sentença posterior, o que depende do conteúdo das duas. Quando se diz processualmente imutável a sentença ou processualmente indiscutível a sentença, o que há é a eficácia do caso julgado formal: a relação jurídica processual extinguiu-se.

A partir do momento que não são mais admissíveis quaisquer recursos, ou porque não foram utilizados nos respectivos prazos ou porque não caibam ou não haja mais recursos a serem interpostos, ocorre o fenômeno da imutabilidade da sentença, não mais suscetível qualquer reexame da mesma, tornando-se firme e imutável, dentro do processo. Interessante, afirmar que a imunidade do caso julgado atinge inclusive as leis de efeitos retroactivos, diante do princípio *tempus regit factum* como fundamento do Estado de Direito Democrático e da segurança jurídica com previsibilidade no artigo 2º da Constituição da República portuguesa.

²⁹⁹ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Op. cit.*, p. 188.

³⁰⁰ MARQUES, José Frederico. 2000. *Op. cit.*, p. 272.

³⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro Forense, 1997. p. 145.

A sentença, como ato processual, adquiriu imutabilidade. Então, tem-se o que se chama “caso julgado formal”, que consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos, mesmo porque o caso julgado resolve o conflito de decisões judiciais³⁰², conforme se vê no Acórdão 129/07 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, como “obstáculo a uma nova decisão de mérito, diante da autoridade do caso julgado”³⁰³.

O caso julgado formal consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recurso. Dá-se porque a sentença não poderá ser reformada por meio de recursos, seja porque dela não caibam mais recursos, seja porque estes não foram interpostos no prazo, ou porque do recurso se desistiu ou do interposto se renunciou. E porque os recursos são atos de impugnação da sentença no processo em que ela foi proferida, o caso julgado formal redundaria na imutabilidade da sentença, como ato processual, dentro do processo³⁰⁴.

Em outras palavras, o caso julgado formal é a ausência de impugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Ocorre o caso julgado formal, quando a sentença não mais está sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, quer porque dela não se recorreu, quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo.

Para o caso julgado formal leva-se em conta, principalmente, a impugnabilidade da sentença, vale dizer o momento em que se forma o caso julgado. A denominação caso julgado formal é equívocada, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de preclusão e não de caso julgado. Não é objeto de garantia constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição republicana brasileira, que abrange apenas a autoridade do caso julgado, ou seja, o caso julgado material.

Normalmente o caso julgado formal ocorre simultaneamente com o caso julgado material³⁰⁵. Mas nem sempre. Quando as partes não recorrem de sentença prolatada contra a Fazenda Pública ou Estado, ocorre a preclusão, caso julgado formal, mas o caso julgado material não ocorre, por força do duplo grau de jurisdição obrigatório, em regra presente nas legislações dos Estados. Representa a estabilidade que a sentença adquire no processo em que foi proferida, tendo ou não apreciado o mérito.

³⁰² SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 429.

³⁰³ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 129/07**. Acórdão de 12 de julho de 2011. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

³⁰⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 39.

³⁰⁵ RIBEIRO, Orlando. *Op. cit.*, p. 23.

Ocorre caso julgado formal em matéria penal quando a sentença não versar especificamente sobre o fato tido como delituoso, vale dizer, quando “não há análise e julgamento sobre o mérito (ou seja, sobre o fato processual ou caso penal), a decisão faz caso julgado formal”, porquanto o mérito ira examinar a complexa problemática da verdade, que no dizer de Faria e Costa “em direito a verdade é uma noção operatória da sua aplicação”³⁰⁶. Portanto, o caso julgado formal está localizado no mundo da processualística, afastada dos fatos e acontecimentos da vida.

2.4.2 Caso Julgado Material

O caso julgado material é o que impede discutir, noutro processo, o que se decidiu. Na definição de Júlio Fabbrini Mirabete³⁰⁷, “no caso julgado material há imutabilidade da sentença que se projeta para fora do processo; o juiz de outro processo está obrigado a respeitar a decisão, na medida em que isto lhe é imposto pela lei”.

O caso julgado material opera fora do processo e produz efeitos *ergas omnes* para todas as pessoas. Trata-se do “comando que emerge da sentença, tornando-a imutável para os efeitos legais”. Surge, portanto, na sentença de mérito, aquela que efetivamente resolve o fato típico, para absolver ou condenar o réu³⁰⁸.

O caso julgado material é precedido do caso julgado formal, já que por primeiro acontece a preclusão dos prazos recursais e só depois a sentença passa a ser caracterizada como imutável. É esta imutabilidade da sentença que impede a realização de nova denúncia sobre o mesmo caso. Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco³⁰⁹ e Miguel Teixeira de Sousa³¹⁰, em sua obra apartada, registada na observação:

A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna

³⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. 2014. *Op. cit.*, p. 1147. COSTA, José de Faria. 2005b. *Op. cit.* p. 97.

³⁰⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.*, 1996. p. 219.

³⁰⁸ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 166.

³⁰⁹ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 327.

³¹⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. 1997. *Op. cit.*, p. 586 e 587.

imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados fora do processo. E a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica³¹¹.

Enquanto o caso julgado formal possui efeito conclusivo, vale dizer, se refere à decisão que não pode mais ser contestada no mesmo processo, o caso julgado material possui efeito impeditivo, pois resolve a causa de modo definitivo, impedindo que seu objeto volte a ser analisado em outro processo.

2.5 LIMITES À PROTEÇÃO DO CASO JULGADO

Contudo, existem exceções que permitem revisitar um assunto já falado e definitivamente decidido, na forma de sentença penal transitada em julgado, embora se presuma que o processo se embasou em situações verdadeiras, não mais controvertíveis, pois do contrário a justiça careceria de eficácia.

O pensador polonês Zygmunt Bauman (1925)³¹², um dos principais pensadores da atualidade, definiu globalização e desenvolveu um diagnóstico social sobre os efeitos desse processo para a humanidade. Em sua obra “modernidade líquida”, escrita em 1999, enumera como chaves de compreensão da sociedade atual, que denomina de “modernidade líquida”, as que seguem: a) diferente dos sólidos, os líquidos não conservam facilmente sua forma; b) os líquidos não se fixam no espaço; c) os líquidos se movem com facilidade e, por isso, não é fácil detê-los; d) os líquidos podem ser mais pesados que muitos sólidos, mesmo assim são perceptíveis como mais leves porque se movem facilmente; e) a dissolução dos sólidos liberou a economia mundial de suas tradicionais ataduras políticas, éticas e culturais, fomentando sua progressiva emancipação. Por isso, segundo Zygmunt Bauman, a principal técnica de poder é a fluída, aquela que não se prende a um tempo ou espaço físico; e f) para

³¹¹ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 327.

³¹² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Título Original: *Liquid Modernity*. Tradução: Plínio Dentzien, autorizada da edição inglesa publicada em 2000 por Polity Press, Oxford, Inglaterra. Jorge Zahar Editor, 2001. 258 p.

que esse poder flua, o mundo precisa se libertar de todas as barreiras, fronteiras e controles. É essa libertação que, para Zygmunt Bauman deu origem e vem impulsionando a globalização.

A sociedade atual desenhada por Zygmunt Bauman como modernidade líquida se compara em tudo que se desfaz, desmancha, vale dizer, o que no passado fora novidade, na presente já não existe, nada permanente é construído; tudo o que a modernidade líquida é capaz de construir nasce como selo da provisoriedade, para ser logo demolido.

A caracterização da modernidade como um tempo líquido. Essa expressão se refere ao momento de passagem de uma modernidade sólida, estável e repetitiva para uma modernidade líquida, flexível, volúvel, instável e insegura, na qual os paradigmas e estruturas sociais já não perduram o tempo suficiente para poderem criar raízes e governar os costumes dos cidadãos.

A humanidade, sem se dar conta, vem sofrendo transformações radicais em suas bases e fundamentos. O Estado de Direito vem sendo substituído por um Estado de Dinheiro, de onde se renuncia o passado, se teme o futuro e se reverencia a modernidade líquida, dominada por uma instabilidade associada ao desaparecimento dos referentes, onde no passado as certezas eram ancoradas.

Em suma, a modernidade imediata de Zygmunt Bauman é leve, líquida, fluída, e muito mais dinâmica do que a modernidade sólida que suplantou. A passagem de uma para outra, em plena transição, vem acarretando profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana, inclusive sua própria dignidade. Neste quadro cultural, não se deve surpreender, que a instituição do caso julgado, tida como sagrada na primeira modernidade, entre em declínio. Os tempos contemporâneos reclamam novas colocações quanto à *res judicata*³¹³. Já não é possível ficar inerte diante de decisões injustas ou inverídicas, transitadas em julgado, sob o argumento de que o caso julgado transforma tudo em verdade, em justiça, senão se estaria dando tratamento absoluto ao juspositivismo e desconhecendo o jusnaturalismo. No mesmo passo, também não se pode simplesmente suplantar o princípio da segurança jurídica, responsável pela estabilidade nas relações jurídicas que impede o caos social. Na definição de José Afonso da Silva³¹⁴, a segurança jurídica:

[...] consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos, à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança

³¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Coisa julgada relativa?** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 213.

³¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 153.

jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma seja substituída [...].

Com efeito, embora a humanidade viva numa época de grande mobilidade e liquidez social, não se pode imaginar relações sociais sem um mínimo de estabilidade. Daí se falar em limites objetivos e subjetivos ao caso julgado, que visa estabelecer a garantia da estabilidade e da segurança jurídica.

2.5.1 Limites Objetivos do Caso Julgado

Considerando o respeito e limites objetivos do caso julgado, a investigação tem por finalidade determinar sobre que pontos ou questões litigiosas são relevantes no caso julgado com a finalidade de atingir o propósito da pesquisa, que é perquirir sobre a excepcionalidade da autoridade do caso julgado. A determinação deste resultado importa em delimitar-se, com rigor, os contornos da própria lide, de modo a distingui-la de outras, mesmo porque o efeito do caso julgado devem ser estendido às decisões administrativas, desde que resolvido, decidido e consolidado no ordenamento jurídico, com exceção da ocorrência de novas circunstâncias fáticas ou jurídicas, que não são atingidas pela autoridade do caso julgado, citando, por exemplo, decisões sucessivas jurisprudenciais³¹⁵.

Na forma do artigo 110, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal brasileiro, “a exceção da coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal que tiver sido objeto da sentença”. Especifica, assim, os limites objetivos ao caso julgado.

Como já anteriormente verificado, na teoria de Enrico Túlio Liebman firmou-se a ideia de que a autoridade do caso julgado não é efeito da sentença, mas uma qualidade que aos efeitos se junta para torná-los imutáveis. Nas palavras de Enrico Túlio Liebman³¹⁶:

[...] na opinião e linguagens comuns, a coisa julgada é considerada, mais ou menos clara e explicitamente, como um dos efeitos da sentença, ou como a sua eficácia

³¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. 2005. *Op. cit.*, p. 439. TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 804/93**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 02 out. 2018. TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 231/94**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 02 out. 2018.

³¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. 1996. *Op. cit.*, p. 02-05.

específica, entendida ela, quer como complexo de consequências que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer-se plenamente e considerar-se perfeita. [...] considerar a coisa julgada como efeito da sentença e ao mesmo admitir que a sentença, ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange?

Prossegue esclarecendo que a expressão “caso julgado” extremamente abstrata não pode se referir a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; ao contrário, indica a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles. Foi a linguagem que induziu, inconscientemente, à descoberta desta verdade de “que a autoridade do caso julgado não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos”³¹⁷. Desse modo, para Enrico Túlio Liebman, o caso julgado se traduz na forma por meio da qual determinados efeitos da sentença são produzidos, e que devem ser eternizados a partir de certo momento.

Na interpretação de Sérgio Gilberto Porto³¹⁸, Enrico Túlio Liebman deixou de considerar um aspecto de relevo, qual seja, a natureza do direito posto em causa. Explica que se Enrico Túlio Liebman ponderasse sobre isso, talvez não afirmasse de maneira absoluta que os efeitos são modificáveis, eis que, em certas situações, eles serão imutáveis. A hipótese se dá, quando posto em causa direito indisponível. O autor cita como exemplo, que na demanda investigatória de paternidade julgada procedente, um dos vários efeitos produzidos é a expedição de mandado de retificação do assento de nascimento do investigante, para que nele se inclua o nome do pai.

No direito brasileiro e português, não tem como evitar esse resultado, sendo, portanto, imodificável o efeito, motivo pelo qual tem por incorreta a afirmação genérica de que efeitos são modificáveis, ressalvado reconhecer que, se o direito posto em causa é disponível, os efeitos serão modificáveis, através de novo negócio e não por nova sentença³¹⁹.

Destaca-se que, se o instituto do caso julgado visa apenas tornar determinada relação jurídica imune à nova decisão judicial, com a finalidade de que não venha a ocorrer outra disposição sobre a causa examinada, tornando definitiva certa situação, nenhuma nova

³¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. 1996. *Op. cit.*, p. 05-06.

³¹⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. 2009. *Op. cit.*, p. 69.

³¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 69.

sentença poderá modificar aquilo que já foi disciplinado, e, por decorrência, não há que se falar em modificabilidade dos efeitos³²⁰, ressalvado nas hipóteses permitidas, em tema penal, a revisão criminal extraordinária.

No que diz respeito aos limites do caso julgado, Friedrich Carl Von Savigny entende que todos os fundamentos objetivos da relação jurídica de direito material integram o caso julgado, alargando, desse modo, seus limites objetivos. É o que expõe Moacyr Amaral Santos³²¹:

Conforme a doutrina de Friedrich Carl von Savigny, integravam a coisa julgada não todos os motivos da sentença, mas os fundamentos objetivos, ou elementos objetivos. Por fundamentos objetivos - dizia o insigne jurista - eu entendo os elementos constitutivos da relação jurídica. Por exemplo, na ação de reivindicação, o autor tem de alegar sua propriedade sobre a coisa e a posse do réu. Tais são os elementos constitutivos da ação de reivindicação. Declarando procedente a ação e condenando o réu a devolver a coisa ao autor, a sentença reconheceu, evidentemente, a existência da propriedade do autor e a posse do réu, pois de outro modo não poderia haver julgado procedente a ação. A propriedade do autor e a posse do réu - elementos constitutivos da relação jurídica decidida e elementos objetivos da decisão - se integram na coisa julgada. Mas são abrangidos pela coisa julgada tão somente os elementos objetivos, assim chamados para se distinguirem dos motivos subjetivos que levam o juiz à formação de sua convicção.

No direito penal, a regra aos limites do caso julgado são rígidas, porém admite excepcionalidade, seja por força constitucional ou do direito da União Européia, conforme Diretiva 2016/343 do Parlamento Europeu, que regula a audiência penal e julgamento.

Esse posicionamento doutrinário ainda sofre resistências nas legislações europeias, a exemplo da alemã e da portuguesa. Conforme Adolf Wach³²², o Código Processual Alemão (*Zivilprozessrecht*) adota uma postura bem mais restritiva ao afirmar expressamente que o caso julgado abrange apenas e tão somente o dispositivo da sentença. Nas suas palavras, o Código Processual Alemão:

[...] adota uma posição clara frente à doutrina da coisa julgada. Não conhecer coisa julgada alguma que se refira a declaração de fatos. Só as decisões sobre pretensões

³²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. 2009. *Op. cit.*, p. 70.

³²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 63.

³²² Adolf Wach *apud* PIMENTEL, Wellington Moreira. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 338.

são capazes de passar em autoridade de coisa julgada. Não há coisa julgada nos fundamentos da sentença. Não chegam a ter autoridade de coisa julgada as decisões sobre relações jurídicas condicionantes, sobre pontos prejudiciais, a menos que seja haja formulado, a respeito deles, uma pretensão independente de declaração ou reconvenção.

No direito alemão o caso julgado (*rechtskraft des urteils*) é compreendido em duplo sentido: como a impossibilidade de anular a sentença por meio de recurso, seja porque a última instância ditou a última palavra, seja porque transcorreu o tempo para a interposição de recurso pela preclusão, seja ainda porque se desistiu ou renunciou ao recurso. A isso é o que se chama de caso julgado formal (*formelle rechtskraft*); e como decorrência do conteúdo da sentença, decisivo o suficiente para excluir totalmente qualquer novo exame do negócio ou ainda qualquer resolução nova diferente ou distinta sobre a mesma relação jurídica frente às pessoas, que foram partes, seja pelo mesmo Tribunal, seja por outro diferente. A isso se chama de caso julgado material (*materielle rechtskraft*)³²³.

Com efeito, para o direito alemão a sentença firme tem o mesmo valor do caso julgado, entretanto, esta força não é absoluta, mas limitada no aspecto temporal, objetivo e espacial e, como regra geral, não alcança terceiros que não intervirem na causa, ou seja, se restringe às partes³²⁴.

Na hipótese de discussão da questão por um terceiro alheio ao processo que fez caso julgado, o novo processo será examinado, sendo que o juiz pode decidir de outra maneira, não estando vinculado à decisão anterior (Código Processual Alemão - ZPO, parágrafo 325³²⁵). A força do caso julgado só deixa de surtir efeito mediante a revogação da sentença por revisão, o que corresponde à ação rescisória brasileira e portuguesa, em tema processual civil e a revisão criminal, em tema processual penal.³²⁶

Também o direito português adotou a tese de que os limites objetivos do caso julgado ficam circunscritos ao dispositivo da sentença. De fato, ao indicar o alcance do caso julgado, o artigo 673 do Código de Processo Civil³²⁷ estabelece que “a sentença constitui caso julgado

³²³ FERREIRA, Pinto. **Da coisa julgada**. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, vol. 08, nº 05, p. 211-224. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, jan./jun., 1994. p. 219.

³²⁴ *Idem, ibidem*, p. 219-220.

³²⁵ “Parágrafo 325 (ZPO Subjektive Rechtskraftwirkung): (ALEMANHA, Legislação. **Código Processual Alemão - ZPO**. Zivilprozessordnung (ZPO). Zweites Buch 2. Verfahren im ersten Rechtszug. Stand: Neugefasst durch Bek. vol. 5.12.2005 I 3202; 2006 I 431; 2007 I 1781 Zuletzt geändert durch Art. 1 G vol. 8.7.2014 I 890. Disponível em: <<http://www.zivilprozessordnung-zpo.de/zpo/325.html>>. Acesso em: 03 out. 2018.

³²⁶ FERREIRA, Pinto. *Op. cit.*, p. 220.

³²⁷ “Artigo 673 (alcance do caso julgado): a sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga: se a parte decaiu por não estar verificada uma condição, por não ter decorrido um prazo ou por não ter sido

nos precisos limites e termos em que julga”. Isto significa que somente o dispositivo da sentença, o *decisum*, que julga a lide, faz caso julgado. Não os pressupostos ou as consequências necessárias. No âmbito do processo penal, os códigos processuais português e brasileiro, foram bastantes tímidos em relação ao caso julgado, socorrendo-se, em geral aos conceitos sobre o tema da teoria geral do processo.

Conforme Moacyr Amaral Santos³²⁸, este raciocínio também é dominante atualmente no direito francês e italiano com fundamento nas teorias de Giuseppe Chiovenda³²⁹. Assim, o caso julgado é a conclusão última do raciocínio do juiz, expressa no dispositivo da sentença, e não suas premissas; o último e imediato resultado da decisão e não a série de fatos, relatórios ou dispositivos legais, que na mente do juiz constituíram o pressuposto desses resultados. Significa que somente o dispositivo faz caso julgado. A fundamentação, composta pelos motivos de fato e de direito, bem como pela verdade estabelecida dos fatos, como premissa para o julgamento, não é atingida pelo caso julgado material, mesmo que determinante e imprescindível à demonstração do conteúdo da parte dispositiva da sentença.

Fixada a premissa, de que no processo civil somente o dispositivo faz caso julgado material, figurando como limite objetivo, destaca-se que em relação ao processo penal, o parágrafo 2º, do artigo 110, do Código de Processo Penal brasileiro, que “a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”, permitindo apurar que, no âmbito criminal, também os fatos julgados são resguardados pelo “caso julgado”, independentemente da qualificação jurídica que receberam. No direito português o tema é regulado no artigo 84 do Código de Processo Penal aplicando conceitualmente o disposto no âmbito civil³³⁰.

Em suma, em matéria penal, a exceção do caso julgado só poderá ser oposta no que diz respeito ao fato principal, que fora objeto da sentença.

Parece que, de todas as divergências, é imbatível que o elemento declaratório da decisão, não poderá ser modificado, pois nenhum outro ato de julgar e nem mesmo outro negócio jurídico serão capazes de alterar a declaração feita pelo juízo anterior, após o trânsito em julgado da decisão antes proferida. É forçoso reconhecer que não é toda a parte da

praticado determinado facto, a sentença não obsta a que o pedido se renove quando a condição se verifique, o prazo se preencha ou o facto se pratique” (Código de Processo Civil).

³²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 63.

³²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. 1998. *Op. cit.*, p. 374.

³³⁰ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Algumas considerações sobre a coisa julgada no Direito Processo Penal**. In: *Temas Jurídicos*, 2002. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=82>>. Acesso em: 02 out. 2018. p. 01.

sentença que faz caso julgado, pois não se pode considerar o relatório, que é a exposição dos fatos.

2.5.2 Limites Subjetivos do Caso Julgado

Depois da compreensão do alcance objetivo do caso julgado no processo penal, se faz necessário o enfrentamento dos seus limites subjetivos. Embora o Código de Processo Penal seja omissivo nesse particular, Rodolfo Kronenberg Hartmann³³¹ destaca que na forma do artigo 472 do Código de Processo Civil brasileiro “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”, indicando que, em primeira análise, também no processo penal apenas as partes da relação processual (autor/réu) é que poderão ser atingidos pelo caso julgado, interpretação que, inclusive, se coaduna com antiga regra *res inter alios judicata, aliis non praeiudicare* (Digesto, D. 42, 1, 63) conhecida dos romanos, que significa que o caso julgado não prejudica terceiros, ou seja, não pode aproveitar nem prejudicar, senão às próprias partes.

Os limites subjetivos do caso julgado dizem respeito a quem está sujeito à autoridade do caso julgado, vinculando apenas as partes e não terceiros, conforme doutrina romana.

Porém, em situações excepcionais, um terceiro alheio às partes do processo, poderá ser atingido pelo caso julgado proveniente de certo processo. É o que acontece, por exemplo, “na substituição processual, no litisconsórcio facultativo unitário e, por fim, nas ações coletivas”, sendo que em direito processual penal apenas a hipótese da substituição processual é verificada com alguma frequência³³².

Para o substituto processual, produz efeitos do caso julgado material atingindo o substituído que não foi parte no processo. Isto porque o direito material discutido em juízo, sobre o qual se formou autoridade do caso julgado, é do substituído e está sendo defendido pelo substituto.

Portanto, o princípio fundamental clássico de que o caso julgado não prejudica terceiros não é suficiente para afastar a possibilidade da repercussão mais ou menos intensa e

³³¹ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg.. *Op. cit.*, p. 01.

³³² *Idem, ibidem*, p. 01.

extensa dos efeitos da sentença a terceiros, os quais, mesmo não sujeitos diretamente à decisão da sentença, podem indiretamente sentir seus efeitos³³³.

Nos dias de hoje, no que diz respeito aos limites subjetivos do caso julgado, Sérgio Gilberto Porto³³⁴ informa que está em vigor uma nova realidade, na medida em que há uma vinculação de tais limites à natureza do direito posto em causa, ou seja:

a) em sendo o direito posto à análise de natureza individual heterogênea, apenas as partes, por regra, serão atingidas pela autoridade do caso julgado e, por exceção, o cessionário, o sucessor e o substituído processualmente;

b) sendo o direito individual homogêneo, a autoridade do caso julgado, no caso de procedência da demanda, será *erga omnes*;

c) sendo coletivo, salvo a hipótese de improcedência por ausência de provas, a autoridade do caso julgado será *ultra partes*; e

d) tendo o direito posto em causa, de natureza difusa, também, salvo nos casos de improcedência por falta de provas, a autoridade do caso julgado projetar-se-á *erga omnes*.

Portanto, pela regra geral, a sentença faz caso julgado às partes entre as quais é dada, não beneficiando e nem prejudicando terceiros. O julgamento é imutável apenas entre as partes; em relação a terceiros poderá produzir efeitos ou não, pois, tendo interesse, poderá impugnar os efeitos do julgado. É que uma sentença não pode negar o direito dos terceiros estranhos, como seria possível acontecer no caso em que a relação reconhecida como existente ou inexistente num processo, compreendesse como sujeito um terceiro, estranho à lide. Assim, os terceiros interessados serão atingidos reflexamente pelo caso julgado material, quando adquire o direito ou objeto litigioso, pois mesmo que não ingresse no processo com sucessor do alienante, fica sujeito aos efeitos do caso julgado.

Desde o direito romano, vigora a regra, de que os casos julgados entre uns não prejudicam outros. Também o direito germânico consolidou a máxima de que “a sentença poderia atingir quem quer que dela tivesse notícia e, por isso mesmo, são vários ali os meios de intervenção de terceiros”. Foi da fusão desses preceitos, que surgiu o direito comum que, de um lado, limita os efeitos do caso julgado aos litigantes e, de outro, permite a terceiros de intervir na causa, deixando claro que a autoridade de caso julgado exige a tríplice identidade prevista no artigo 498 do Código de Processo Civil, que se aplica por extensão ao Código de Processo Penal, por força teoria geral do processo e particularmente pelo artigo 84, do Código

³³³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 69.

³³⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. 2009. *Op. cit.*, p. 44-45.

de Processo Penal português, referendado pela jurisprudência portuguesa, aplicável também na legislação brasileira, conforme Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça³³⁵.

O Código de Processo Penal brasileiro, no artigo 95, *caput* e inciso V, admite o caso julgado, como exceção de admissibilidade, dispondo que “poderão ser opostas as exceções de caso julgado”. Já no *caput* do artigo 110 do mesmo diploma legal, que versa sobre a aplicação da exceção do caso julgado sobre a exceção da incompetência do juízo, consta que “nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e caso julgado, será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo”. No direito português a matéria é regulada no artigo 84º do Código de Processo Penal, que aplica às mesmas hipóteses e soluções das sentenças civis.

Sobre os efeitos da sentença penal nas relações civis, o artigo 65, do Código de Processo Penal brasileiro complementa descrevendo que, “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Do exposto, verifica-se que no sistema jurídico contemporâneo em vigor, o instituto do caso julgado não constitui algo absoluto. Como exemplo disso, tem-se a possibilidade de sua desconstituição por meio da ação rescisória na esfera cível e da revisão criminal na esfera penal. Este estudo e investigação versa especificamente sobre a sentença penal transitada em julgado.

O princípio da *res judicata* tem suas origens no antigo direito romano e, atualmente, tem recebido limitações e diretrizes para sua aplicação, visando preservar o verdadeiro sentido da segurança jurídica.

³³⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Op. cit.*, p. 187. No mesmo sentido: STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 076092**. Acórdão de 15 de junho de 1988. Relator Joaquim Figueiredo. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 04B948**. Acórdão de 13 de maio de 2004. Relator Ferreira Girão. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

CAPÍTULO 3 - SENTENÇA JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL NO DIREITO PORTUGUÊS E NO DIREITO BRASILEIRO COMPARADO

A primitiva forma de solução de conflitos por meio da vingança pessoal da justiça feita pelas próprias mãos, que permitia até mesmo o uso de violência para reclamar um direito supostamente violado e insatisfeito, foi substituída por um meio pacífico, cada dia mais evoluído e de caráter institucional, denominado pelo direito processual penal como heterocomposição, pelo fato de colocar fim ao conflito de interesses juridicamente transcendentes, por meio da intervenção de um terceiro alheio ao conflito, no caso Estado, que é quem detém o monopólio da administração da justiça, e que considerando a justiça como fim supremo, procura para sua consecução, uma organização tendente ao desenvolvimento eficaz da função jurisdicional.

Portanto, quem exerce a atividade jurisdicional para aplicar o direito objetivo a uma situação concreta é o Estado, delimitada e tratada em pretensão regularmente deduzida. Sendo assim, jurisdição e processo se apresentam como funções distintas, no campo penal, a aplicar, as normas penais. A esta situação jurisdicional sobrevém uma hipótese que se configura, em virtude da prática de fato relevante para o direito penal e que provoca a instauração do processo, por meio da proposição da ação penal adequada.

Nesse contexto, o processo penal assume a finalidade imediata e específica de apurar a verdade, não deixar impunes os crimes cometidos e impedir que pessoas inocentes sejam condenadas, ainda que haja decisão transitada em julgado, pois o espírito da lei é assegurar a justa decisão, como direito natural, não tendo apenas à concepção do juspositivismo³³⁶.

A estabilidade do caso julgado, cede visando reparar injustiças, com a submissão do caso julgado anterior à nova decisão, que passa a prevalecer no contexto, admitindo-se inclusive a revisão criminal extraordinária para rescindir sentença penal, que violou o caso julgado. No caso presente, o conflito entre os comandos jurídicos do caso julgado e da revisão criminal, prevalece a nova interpretação revisional, visto que há razoabilidade de que “ato posterior prevalece sobre ato anterior”, estabelecendo-se nova interpretação do caso concreto, princípio de que o Estado deve garantir a certeza jurídica.

Na concepção atual, o direito processual é autônomo, possuindo institutos, formas e atos próprios, realizando-se por meio de dois elementos que se completam: a relação

³³⁶ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 35.

processual e o procedimento. Conforme Hely Lopes Meirelles³³⁷ “processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo” e o “procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”. Com efeito, “o que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos”.

O processo, no mundo do direito, consiste em uma relação jurídica, que se estabelece entre as partes e o juiz e se desenvolve por meio de atos sucessivos de seus sujeitos, até o provimento final, que é a sentença, destinada à decisão do processo judicial, vale dizer, o processo tem início, se desenvolve e se encerra por meio de atos praticados ou pelas partes ou pelos órgãos jurisdicionais: juiz e auxiliares da justiça³³⁸.

Consideram-se atos da parte, aqueles praticados pelo autor ou réu, pelos terceiros intervenientes ou pelo Promotor de Justiça no exercício de direitos ou poderes processuais ou para cumprimento de ônus, obrigações ou deveres decorrentes da relação processual³³⁹.

Os atos das partes podem ser classificados, de acordo com Alexandre Freitas Câmara, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em postulatórios, dispositivos, instrutórios e reais³⁴⁰ ou, conforme Eduardo J. Couture e Humberto Theodoro Júnior em: de obtenção (postulatórios, reais e de instrução) e dispositivos (submissão, desistência e transição)³⁴¹.

Ressalte-se que os atos processuais postulatórios, dispositivos e instrutórios constituem declarações de vontade, enquanto que os atos processuais reais, como a própria designação indica se resolvem em condutas materiais (não verbais) das partes³⁴².

Os atos do órgão jurisdicional dividem-se em atos do juiz e atos dos auxiliares do Poder Judiciário.

O juiz, no comando do processo, está dotado de duas espécies de poderes: dar solução à lide e conduzir o feito, segundo o procedimento legal. Para tanto, deve resolver todos os incidentes que surgirem até o momento adequado da prestação jurisdicional. Durante a

³³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 586-587.

³³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 2002. *Op. cit.*, p. 268.

³³⁹ *Idem, ibidem*, p. 268.

³⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed., rev. e atual. pela reforma do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 247.

³⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 2002. *Op. cit.*, p. 220.

³⁴² ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 358.

marcha dos procedimentos e no exercício de seus poderes e deveres de agente da jurisdição, o juiz pode praticar diversos atos processuais, classificados entre decisórios e não decisórios³⁴³.

Na falta de sistematização da matéria pelo Código de Processo Penal, conforme José Frederico Marques³⁴⁴ na processualística em geral os atos emanados do órgão jurisdicional dirigidos à regulação do andamento processual se dividem em: atos decisórios e atos não decisórios (de instrução e de documentação).

Nesse sentido é a posição de Julio Fabbrini Mirabete³⁴⁵, para quem “os atos praticados pelos órgãos jurisdicionais podem ser decisórios, instrutórios e de documentação”. Para este autor, em processo penal os atos decisórios, ou jurisdicionais próprios, são aqueles atos judiciais que visam solucionar questões do processo. Podem ser divididos em: decisões (sentenças) e despachos de expediente.

As decisões podem ser interlocutórias simples, interlocutórias mistas, que se dividem em terminativas e não terminativas, ou definitivas.

Os atos instrutórios, por sua vez, são os atos judiciais nos quais a atividade do juiz está destinada a esclarecer a verdade dos fatos. Tem-se, como exemplos, o interrogatório e a oitiva de testemunhas.

Pelos atos de documentação o juiz participa da documentação dos atos processuais, como o faz pela subscrição de termos de audiência e quando rubrica as folhas dos autos.

Porém, ainda segundo Julio Fabbrini Mirabete³⁴⁶, os juízes podem praticar, também, atos de coerção, como os de fazer conduzir a vítima, de conduzir a testemunha e de conduzir o acusado, dentre outros de natureza similar; bem como atos de polícia processual, como os das sessões do júri, das audiências e outros; e atos tipicamente administrativos, a exemplo do alistamento de jurados para julgamento cabível penal. Por fim, fala-se de atos anômalos do juiz, como os de requisitar o inquérito policial.

Dentre os atos do juiz podem-se enquadrar, também, aqueles que ocorrem na necessidade de identificação criminal quando houver interesse à investigação, à luz que dispõe sobre a identificação criminal do arguido.

Como não existe uma classificação satisfatória dos poderes do juiz no processo penal, a doutrina faz uma enumeração não taxativa, apresentando-os com objetivos apenas

³⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 2002. *Op. cit.*, p. 223.

³⁴⁴ MARQUES, José Frederico. 2000. *Op. cit.*, p. 81-81.

³⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 423.

³⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 423.

exemplificativos. Vicente Greco Filho³⁴⁷ apresenta os atos processuais do juiz em matéria penal como poderes, que também são deveres, enumerando-os do seguinte modo:

a) poderes instrutórios: os poderes de instrução do julgador tem por objetivos presidir a prova, determinar diligências, ouvir testemunhas e intervir nos exames periciais;

b) poderes de disciplina processual: acontece, por exemplo, quando o juiz interfere para impedir interferências no interrogatório; ou para indeferir perguntas impertinentes às testemunhas, ou, ainda, determinar o saneamento de irregularidades;

c) poderes de coerção: são definidos como poderes de coerção do juiz no processo penal a determinação da condução de testemunhas, ofendido e acusado ou a determinação da utilização de força;

d) poder de velar pela defesa técnica e representação processual das partes, nomeando advogado ao investigado, arguido, querelante e ofendido;

e) poderes decisórios, proferindo despachos, decisões e sentença; e

f) poderes anômalos, de concessão de *habeas corpus* de ofício, de recorrer de ofício, de requisitar inquérito e de provocar a *mutatio libelli*.

Ressalte-se que “as atividades do juiz, no desenvolvimento da relação processual, se manifestam, especialmente, por meio de atos decisórios-despachos e sentenças”, sendo que “a sentença é o ato decisório por excelência”³⁴⁸.

Para essa investigação interessa a sentença jurisdicional, concebida como o ato jurisdicional que põe fim ao processo, podendo decidir ou não o mérito da causa. São tratados como sentença, em termos gerais, os atos ou deliberações do juiz durante o processo envolvendo uma decisão, um julgamento e se contrapõem aos atos ordinatórios, ou seja, aqueles destinados ao movimento do processo, com a delimitação específica para a sentença judicial em matéria penal no Brasil e em Portugal.

A tutela jurisdicional das circunstâncias jurídico-penais somente se concretiza quando o magistrado profere uma sentença meritória, obedecida às garantias processuais, propiciando o caso julgado material com requisitos de estabilidade e indiscutibilidade com os limites subjetivos, objetivos e temporais, aspectos que levam à autoridade do caso julgado.

O instituto da sentença e o caso julgado sempre foram prestigiados pelo direito processual penal, lembrando que à sentença, enquanto documento público está em consonância com o setor de entrega de correspondência, registrando que o ordenamento jurídico brasileiro reagiu sobre a influência do sistema francês com a máxima “*le criminel*

³⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 245-246.

³⁴⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 27.

tient le civil en état”, no qual a ordem jurídica brasileira está investigando as repercussões da sentença penal no processo civil.

3.1 CONCEITO E REQUISITOS DE VALIDADE DA SENTENÇA PENAL: DIREITO COMPARADO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

O Estado dever estabelecer um sistema que assegure a efetiva realização da justiça por meio da criação de Tribunais que se ocupem de pronunciar o direito aplicável e dirimir as controvérsias surgidas no seio social, cumprindo com sua importante missão de preservar a ordem jurídica e constitucional, levando a cabo uma função de controle dos atos dos órgãos do Estado que eventualmente violarem o texto constitucional.

A atividade jurisdicional tem a importante missão de promover a tutela do direito subjetivo, reintegrando o direito ameaçado ou violado. Como a lei naturalmente não consegue prever todas as situações que em determinado momento se prestam à vida cotidiana, cabe ao juiz interpretar o sistema jurídico vigente em sua amplitude, para não deixar nenhuma situação desprotegida.

O ato jurisdicional, portanto, se traduz na aplicação da norma ao caso concreto, concebendo-se essa norma em sua aceção mais ampla, como bloco de legalidade - *bloc légal* na doutrina francesa - e a concepção da lei não apenas como limite da atividade do Estado, mas como seu próprio fundamento³⁴⁹.

Até o advento da Constituição da República portuguesa de 1933, o princípio da legalidade tinha como função basilar assegurar a primazia e a indispensabilidade da normatização de uma Assembleia Legislativa, ou seja, o princípio da legalidade significava que o Estado devia mover-se dentro dos limites traçados pelas leis votadas pela Assembleia Legislativa. A visão do Estado de Direito se reduzia à legalidade administrativa confinada ao respeito pelas normas por ela quase livremente criadas³⁵⁰.

Porém, ainda durante a vigência da referida Constituição, o princípio da legalidade passou a desenvolver um papel garantístico, de respeito ao conjunto das normas vigentes, isto

³⁴⁹ ANTUNES, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contribuindo para o estudo da actividade de direito da Administração Pública. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1999. p. 175.

³⁵⁰ CORREIA, José Manuel Sérulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Reimpressão da edição de 1987. Coimbra: Almedina, 2003. p. 185.

é, do “bloco de legalidade” e da conformidade dos atos do Estado com normas jurídicas prévias. A imposição era no sentido de que o Poder Público não praticasse atos que pudessem contender com interesses alheios, senão em virtude de uma norma geral anterior, incluindo as normas por ele criadas sob forma legislativa ou regulamentar³⁵¹. Na verificação de Marcello José das Neves Alves Caetano³⁵²:

[...] a importância da submissão da Administração Pública à lei não reside já na subordinação de um poder, que por natureza seria executivo, a outro poder, esse soberano e legislativo. O valor da legalidade passou a estar na generalidade dos comandos que os órgãos administrativos têm de aplicar por igual aos casos idênticos submetidos à sua decisão ou operação.

Verifica-se, portanto, uma legalidade de natureza garantística, que foi sendo gradualmente alargado, passando dos simples casos em que o Estado, violando a lei, ofendia direitos subjetivos; para todos aqueles em que a desobediência a qualquer norma jurídica, ou mesmo a atuação sem base em qualquer norma jurídica, lesava interesses legítimos, mesmo que não incorporados em direitos. Contudo, apenas em situações que limitavam direitos individuais é que se aceitava a aplicação do princípio da legalidade substancial³⁵³, ou seja, permanecem os ranços do Estado Liberal de Direito.

A partir do momento em que a Constituição da República portuguesa qualificou o Estado de Direito português como “democrático”, impôs o reconhecimento, no mesmo âmbito constitucional, da natureza não apenas ablativa (negativa, defensiva ou impeditiva), mas também prestacional (positiva) do Estado de Direito.

Outrossim, a configuração atual do princípio da legalidade não se esgota no resultado da mudança do *status negativus* para o *status positivus*, ou seja, do “limite negativo para fundamento da decisão”, pois “ao mesmo tempo, a quebra das premissas de centralidade e exclusivismo da lei como fonte normativa vem trazer à colação a extensão da originária ideia de legalidade a outras fontes”³⁵⁴. Para, além disso, a submissão do Estado à lei passa a

³⁵¹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. cit.*, p. 187.

³⁵² Marcello José das Neves Alves Caetano *apud* CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. cit.*, p. 187.

³⁵³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. cit.*, p. 187-188.

³⁵⁴ Daniele Loschak considera que a relação entre lei e legalidade é ainda uma consequência do caráter sagrado da lei na criação iluminista, e que a legitimação que a lei propicia é hoje dada pelo direito, globalmente (Daniele Loschak *apud* DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio de imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 339, nota 268).

significar obediência a todo o ordenamento e, portanto, sujeição ao direito. Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia³⁵⁵:

O Estado de Direito destina-se a assegurar ao indivíduo uma esfera protegida nas suas relações com o poder. Um dos esteios do Estado de Direito é a legalidade administrativa, que tem como uma vertente fundamental a reserva de lei. Logo, esta reserva tem de abarcar a esfera individual protegida, tal como a Constituição a concebe. E essa, em face da presente Lei Fundamental, tem de considerar-se integrada pela matéria dos direitos, liberdades e garantias e pela de todos os outros direitos fundamentais. A relevância de um ato para direito de aplicação de direitos fundamentais incorpora-o necessariamente no âmbito material da proteção jurídica individual tal como a Constituição da República portuguesa o traça, isto é, não só como *status negativus*, mas também como *status positivus*.

Ademais, ainda no âmbito do direito português, o componente “democracia” acrescido ao conceito de Estado de Direito, não se esgota nos analisados planos económico, social e cultural, mais que isso, começa com a própria democracia política. Como é sabido, o artigo 2º, da Constituição da República portuguesa³⁵⁶, expressa que o Estado português é um Estado de Direito Democrático, “baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”, o que significa, na interpretação de José Manuel Sérvulo Correia³⁵⁷ que a estrutura constitucional não se satisfaz apenas com a existência de um circuito fechado de garantia de direitos e liberdades, exige para mais, a ligação desse sistema à titularidade e ao exercício da soberania pelo povo (artigo 3º, nº 1³⁵⁸). Nas suas palavras:

As garantias formais e processuais valem conforme valerm as normas cuja aplicação geral e igual asseguram. É a conformidade das normas com a vontade coletiva, que faz presumir da sua bondade. Simultaneamente, porém, o valor do pluralismo afasta o risco da ditadura da maioria, impondo a “qualidade” dessa vontade coletiva através da natureza minimamente compromissória das normas e da

³⁵⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. cit.*, p. 193-194.

³⁵⁶ “Artigo 2º - Estado de Direito Democrático: a República portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa” (Constituição da República portuguesa).

³⁵⁷ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. cit.*, p. 194.

³⁵⁸ “Artigo 3º - soberania e legalidade: 1. a soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição. [...]” (Constituição da República portuguesa).

rigidez dos preceitos constitucionais que exprimem valores incompreensíveis da personalidade, da autonomia dos corpos sociais menores e das minorias políticas e culturais. Essa a razão pela qual, no artigo 2º, a soberania popular e o pluralismo de expressão e organização política democrática ladeiam, como pilares do Estado de Direito, o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais³⁵⁹.”

Não restam dúvidas de que durante muito tempo os direitos fundamentais, ao invés de nortearem as leis, sucumbiram ao legalismo. É que, conforme José Manuel Sérulo Correia³⁶⁰:

A legalidade administrativa teve como raiz, no período liberal, não apenas a ideia da garantia da observância, pela Administração Pública, de normas jurídicas, nas suas relações com os particulares - incluindo nessas normas os direitos fundamentais, considerados como direitos naturais -, mas também o princípio da soberania popular. A reserva às assembleias representativas da competência para os atos legislativos sobre as matérias que mais afetavam o cidadão assentava na pressuposição de que a vontade geral ditaria, necessariamente, as soluções mais justas e mais racionais. A reserva de lei - e como ela toda a legalidade administrativa - viu pois desde o início um inequívoco sentido político-institucional, que só se foi embaciando à medida que as assembleias eram legitimidade democrática, ou que os governos adquiriram poderes legislativos ou extensos poderes de normatização regulamentar originária.

Contudo, é preciso ter em linha de conta que se de um lado o caráter normativo e democrático da Constituição da República portuguesa, fez com que a importância da intervenção de um legislador diretamente representativo diminuísse significativamente, de outro, em certos casos, a conformidade substancial da lei com a Constituição, pode representar garantia bastante de proteção do particular contra o arbítrio da Administração Pública. O impacto da conjunção do Estado de Direito e do princípio democrático sobre a configuração do princípio da legalidade no direito português deve ser examinado a partir dessas premissas, eis que, embora indissociáveis, os componentes “direito” e “democracia” possuem, cada um, “seu próprio centro de gravidade”³⁶¹.

É desse modo que se concebe que a atividade jurisdicional não tem razão de ser apenas pela existência de leis aplicáveis, pois a função jurisdicional se concebe independentemente da existência de leis aplicáveis, numa consagração ao jusnaturalismo.

³⁵⁹ CORREIA, José Manuel Sérulo. *Op. cit.*, p. 194.

³⁶⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 195.

³⁶¹ *Ibid*, p. 190.

A finalidade do ato jurisdicional consiste em fazer respeitar o direito (bloco de legalidade) em dar-lhe estabilidade ao sistema jurídico, o qual somente se consegue em virtude da força que adquire a decisão da autoridade jurisdicional apoiada na definitividade e irrevogabilidade e no respeito ao *jusnatural*, presumindo-se que nela está contida a verdade legal.

Os atos jurisdicionais podem ser definidos como “pronunciamentos deliberatórios do juiz no curso do processo que envolvem com maior ou menor intensidade, um julgamento, ou se destinam à movimentação do procedimento”. Os pronunciamentos deliberatórios que envolvem um julgamento são denominados de “decisões, ou sentenças em sentido amplo”. Já os pronunciamentos deliberatórios do juiz que envolvem a movimentação do procedimento são chamados de “despachos de expediente” ou “despachos ordinatórios”³⁶².

Diante de uma questão de direito, o trabalho do órgão jurisdicional consiste em encontrar solução à luz da lei, mediante sua interpretação, aplicação e criatividade para o caso concreto. Interpretar a lei significa fixar seu sentido e aplicação ao caso particular.

É impossível que a lei possa prover tudo, que abarque todas as questões que surgem cotidianamente na vida jurídica do Estado e que requeiram, em certo momento, a intervenção da autoridade jurisdicional, eis que a variedade de relações jurídicas é infinita.

Na distribuição das tarefas dentro da organização estatal, a interpretação corresponde em seu aspecto mais transcendente, ao órgão judicial (Poder Judiciário).

Como existem infinitas relações sociais, passíveis de gerar conflitos, que dependem da solução do Poder Judiciário, e da impossibilidade de acionar o legislador cada vez que seja necessário preencher alguma lacuna da lei, posto que isso implicaria na transferência da solução de casos concretos ao legislador, o que além de ir contra a natureza de sua função, fere o princípio fundamental da distribuição organizada das funções estatais, o julgador tem que realizar, na prática, uma verdadeira função de criação de direito.

Contudo, essa função criadora do juiz encontra limites fundamentais na função legislativa, pois não pode contrariar nenhuma lei existente e a decisão do juiz só pode vincular as partes do processo, não adquirindo obrigatoriedade geral, característica fundamental da lei.

Uma das características essenciais da decisão tomada pelo juiz no que diz respeito à questão de direito pleiteado pelos interessados por meio de um processo, está na força que adquire ao ser suscetível de transformar-se em caso julgado, quando a decisão não pode mais

³⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 445.

ser revogada ou modificada. A autoridade do caso julgado faz presumir verdadeiro e quantitativo, tudo o que está contido numa sentença.

A presunção de verdade que o caso julgado carrega em seu conceito, exclui toda prova em contrário, mesmo que exista a possibilidade de que o julgador tenha cometido um erro ou se equivocado em sua apreciação, tudo isso se deve, principalmente, a uma razão de segurança jurídica, já que é necessário que toda questão jurisdicional tenha um fim e se a lei permitisse que uma resolução fosse impugnada e revisada ilimitadamente, a ordem jurídica careceria de certeza e estabilidade.

A sentença, então, resolve para sempre a pretensão essencialmente pleiteada por meio de um processo judicial. Sua força vinculante e qualificativa é inquestionável e este é um dos elementos característicos fundamentais do ato jurisdicional, seu alcance, sua força e sua obrigatoriedade³⁶³.

Para Francesco Carnelutti³⁶⁴ a sentença civil é a decisão estatal solene pronunciada pelo juiz para concluir o processo; já a sentença penal é a decisão do juiz, que em nome do Estado condena ou absolve o réu³⁶⁵.

Fazendo-se breve retrocesso histórico, verifica-se que no antigo direito romano, em matéria penal, depois dos arrazoados das partes acusadora e acusada, era procedida a deliberação ou *consilium*, que era o “ato coletivo dos jurados, nos processos criminais, sujeitos a júri, como nos processos criminais em que julgava um colegiado de juízes ou, no cível, o juiz singular, sob a assistência de conselheiros”. Como os debates judiciais eram públicos, os deliberadores não podiam confabular em particular sobre a decisão³⁶⁶.

Já na sentença emitida por Colegiado, vale dizer, por um conjunto de Juízes, não existia deliberação, pois não havia debate sobre o tema visando um consenso. A decisão se dava por voto e o máximo possível eram consultas recíprocas na forma de troca de ideias e de impressões entre os juízes.

No Tribunal do Júri, os jurados romanos eram senadores e havia “o receio de que um jurado influenciasse os demais, prejudicando a autonomia na convicção e voto, fez com que se passasse à emissão do voto imediatamente após o encerramento da apresentação dos arrazoados, sem nenhum intervalo”. Era exigido um mínimo de jurados, que votavam

³⁶³ MEDINA LIMA, Ignacio. **Teoría de la jurisdicción**. In: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, nº 07, México, jul./dec., 1940. p. 324.

³⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 95.

³⁶⁵ FAYET, Ney. **A Sentença criminal e suas nulidades**. Rio de Janeiro: Aide, 1997. p. 20.

³⁶⁶ LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **A redação da sentença no direito romano**. Artigo publicado em 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2012/10/25/a-redacao-da-sentenca-no-direito-romano/>>. Acesso em: 22 set. 2018. p. 01.

“oralmente, por ordem de sorteio, ou por escrito, em tabuinhas que eram deitadas na urna, sem a observação de qualquer sequência”³⁶⁷.

A *Lex Calpurnia* (129 a.C.) “atribuía ao réu a escolha do meio de votação, prerrogativa que foi mantida na *Lex Acilia Calpurnia* (123 a.C.)”. Segundo as leis *Lex Acilia Repetundarum* (122 a.C.) e *Lex Aurelia* (70 a.C.) “era de rigor o segredo da votação nos julgamentos dos júris de cavaleiros, fortalecido pelo juramento, de cada jurado, de conservar em segredo o seu voto e o dos seus colegas”. Tais diretrizes normativas “foram mantidas sob o principado, com a única diferença de que, na época de Augusto, o voto era público, quando o réu era contumaz”³⁶⁸.

Importante a verificação de que “a urna que recolhia os votos ficava no Tribunal”, sendo que “as tábuas de voto eram de cera, contendo de um lado, a letra a (absolvo) e do outro a letra c (condeno)”. Era de incumbência do jurado “cancelar a letra correspondente ao voto que não emitia, deixando intacta a letra do seu voto”, para sem eguida depositar “a tábua na urna ocultando de terceiros o lado intacto. Terminada a votação, um jurado era sorteado para ler em voz alta o conteúdo das tábuas, exibindo ao seu vizinho todas as tábuas”. Os votos em que o jurado anulava as duas letras eram definidos como “nulos”. Depois da enunciação dos votos, o presidente os computava, obtendo o resultado por maioria simples, sendo que o empate absolvía. Sob o principado, o imperador era detentor do voto de absolvição, podendo exercê-lo em qualquer processo que contava em favor do réu³⁶⁹.

A sentença romana, tanto civil como penal, se “limitava a afirmar que o réu cometera certo ato ou a negá-lo, ou seja, a afirmar ou desmentir a autoria”. Depois dos votos, era a lei que determinava quais seriam as consequências do processo. Durante o período imperial, as sentenças emitidas pelo colegiado de juizes, para serem válidas, dependiam da confirmação do imperador. Em Roma as sentenças penais condenatórias eram formais, exigindo-se que o julgamento fosse emitido do alto do Tribunal, apenas oralmente no período republicano, e com prévia redação antes da leitura em voz alta na fase imperial. Na fase imperial, “o julgamento proferido, sem texto da sentença ou redigido sem leitura em voz alta era considerado nulo”³⁷⁰.

A redação da sentença era na forma impessoal, mencionando tanto o delito cometido quanto a pena a que se sujeitava o réu. Também evitava-se tom peremptório, exprimindo

³⁶⁷ LACERDA NETO, Arthur Virmond de. *Op. cit.*, p. 01

³⁶⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 01.

³⁶⁹ *Ibid*, p. 01.

³⁷⁰ *Ibid*, p. 01.

apenas que “parecia haver o réu cometido o crime”. O juiz não era obrigado a mencionar as justificativas “da sua condenação, cuja ausência de motivação não invalidava a sentença. Já nos tempos finais do império (século IV) a sentença penal era redigida em latim, e devia mencionar se a decisão resultava da deliberação dos jurados ou dos juízes”. Normamente eram os juízes que manuscreviam as sentenças, embora fosse admitida a redação por um terceiro, subscrita por eles. Depois de emitida e assinada, “a decisão constituía caso julgado, inadmitindo-se a revisão do processo e, conseqüentemente, a modificação da pena”. Porém, “era possível anular a sentença condenatória pelos comícios, cuja deliberação equivalia à lei e que não absolvía o réu, apenas desfazia a condenação para que o processo fosse revisto”³⁷¹.

Destaca-se que no período romano arcaico o julgamento penal era modificável, enquanto que no sistema de júri passa a ser irrevogável, pois a sentença equivalia ao caso julgado. Por exemplo, conforme Arthur Virmond de Lacerda Neto³⁷², na *Lex Acilia Repetundarum*, “consta, expressamente, que toda sentença, qualquer que seja, encerra, em definitivo, o processo e que o réu de qualquer processo, uma vez julgado, acha-se isento de ser, novamente, processado pelo mesmo motivo porque já o foi”.

Já durante a república e o principado, o princípio da definitividade das sentenças foi estritamente respeitado, mesmo se a sentença decorresse de presunções equivocadas ou de transgressão normativa (Digesto, 48, 18, 1, 27 e 48, 19, 9, 11). O princípio geral da irrevogabilidade dos julgamentos se manteve até o fim do Estado Romano, sendo possível cassar a sentença apenas e exclusivamente quando fosse justo fazê-lo ou porque resultasse de astúcia ou de coação.

Na idade média, basicamente as sentenças penais eram escritas e formais, sendo que o Juiz só podia basear sua decisão naquilo que constava nos autos. Vigorava a máxima *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo)³⁷³.

O processo penal europeu passou por importante transformação durante o século XIX. Não se tratou de modificações parciais, de um sistema já adquirido e vigente, ao contrário, foi uma mudança do sistema a partir de uma nova e inédita concepção do processo penal. Descrito sinteticamente, é possível dizer que esse processo de reformas consiste em derrogar os códigos antigos, ainda fortemente desenhados pelos princípios inquisitivos, para sancionar leis processuais penais conformes ao Estado de Direito.

³⁷¹ LACERDA NETO, Arthur Virmond de. *Op. cit.*, p. 01.

³⁷² *Idem, ibidem*, p. 01.

³⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12. ed., vol. 02. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 91.

As reformas processuais decorrem das mudanças nos sistemas políticos, basicamente da substituição dos períodos autoritários para os regimes democráticos, que impulsionaram o sistema processual penal inquisitivo no sentido do sistema acusatório. As mudanças mais recentes visam adaptar as legislações internas dos países europeus às soluções jurídicas aceitas na União Europeia.

A expressão “sentença” significa uma opinião ou impressão que uma pessoa defende ou apoia. Conforme Ricardo Augusto Schmitt³⁷⁴, o termo “sentença” procede da palavra *sententia* que, ao seu turno, emana de *sententiando*, “gerúndio do verbo *sentire*, e, por isso, vem à ideia de que, por meio da sentença, o juiz declara o que sente. Sentença é a declaração judicial do direito no caso concreto”.

Conforme Caetano Foschini³⁷⁵ o termo “sentença” vem da palavra latina *sentire*, que significa sentir, perceber, apreender com os sentidos. É sentir a solução indicada como de *res judicanda*, ou seja, para ouvir e ser ouvido para transformar o ato de julgamento num ato de justiça de fato, um ato de pensamento, que por primeiro toma lugar e forma na mente do julgador, mas que para ser ouvido e possivelmente compartilhado, deve necessariamente ser perceptível e exteriorizado por meio da linguagem.

A importância das decisões no sistema jurídico português tem relevância fundamental, que no caso da sentença há necessidade de notificação expressa ao arguido e seu advogado, em nome da legalidade e do sistema do contraditório, excluindo o Acórdão dos Tribunais, cuja notificação é restrita aos defensores e advogados, conforme reiteradamente vem decidindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça lusitano, porém a ausência de notificação ao arguido, advogados ou defensores, nas instâncias legais já levou uma queixa contra o Estado português no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³⁷⁶. O sistema jurídico brasileiro tem a mesma diretriz do sistema português, inclusive com a sanção de nulidade, por ausência de notificação e intimação ao arguido, advogados e defensores, conforme se vislumbra no artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal brasileiro³⁷⁷.

³⁷⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador-BA: Editora Jus PODIVM, 2014. p. 17.

³⁷⁵ FOSCHINI, Caetano. **Sistema del diritto processuale penale**. II. seconda edizione. Milano: Dott, A Giuggrè, 1968. p. 123.

³⁷⁶ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Queixa nº 15729/15 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Acórdão de 06 de fevereiro de 2002. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

³⁷⁷ “Sentenza viene da sentire: sensibus percipere. Essa infatti consiste nel sentire come giusta la indicata soluzione della regiudicanda, cioè sentire e far sentire le ragioni e quindi il perchè della giustizia anzi è l’atto di giudizio per eccellenza, un atto di pensiero che, come tale, innanzi tutto necessariamente si forma e si svolge nella mente del giudicante ma che, per essere sentito e eventualmente condiviso, deve di necessità esteriorizzarsi e rendersi percepibile; il che avviene, come per ogni atto di pensiero, a mezzo del linguaggio” (FOSCHINI, Caetano. *Op. cit.*, p. 123).

É por isso que comumente se fala de “emissão de sentença”, com a qual se expressa o conceito de exteriorização, de “fazer a sentença”, de sentenciar. A sentença é uma conclusão fundamentada, motivada, é a real motivação que levou o Juiz a solucionar a lide, decidindo sobre o seu próprio mérito. A correlação entre motivação e dispositivo legal não é de consequência, mas de não contradição, de concordância, na medida em que as conclusões da motivação são autônomas, explícitas ou implícitas, diferentemente do que acontece com o dispositivo que corresponde às conclusões da motivação.

Significa que não é próprio da sentença se impor como ato de vontade, e sim persuadir, por seus próprios fundamentos, com a força da argumentação, no dizer de Caetano Foscini. Portanto, como decisão, a sentença exige a notificação do arguido, advogados e defensores. No mesmo sentido os juristas portugueses Paulo Pinto de Albuquerque e Paulo Saragoça da Matta, em expressiva literatura jurídica³⁷⁸.

O termo “sentença” é usado para fazer referência à decisão ditada por um juiz ou Tribunal, sendo a declaração que deriva de um processo judicial. Neste sentido, uma sentença é uma resolução de caráter jurídico que permite dar por finalizada uma contenda.

A sentença judicial, portanto, dá razão ou admite o direito de uma das partes em litígio. No marco do direito penal, a decisão determina o castigo ou a absolvição da pessoa acusada. Isto quer dizer que a sentença é uma condenação, que estipula a pena correspondente ao delito em questão.

A sentença judicial é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Interessante que os Códigos de Processo Penal português e brasileiro não definem sentença, motivo pelo qual se socorrem na definição dos conceitos dos Códigos de Processo Civil, respectivamente. Para ilustrar traz-se à tona a definição expressa no texto do Código de Processo Civil brasileiro, parágrafo 1º, do artigo 162, segundo o qual a sentença

³⁷⁸ “Ecco perchè comunemente si parla di ‘emissione’ della sentenza, col che si esprime il concetto della sua necessaria exteriorizzazione, oppure si parla di ‘rendere’ la sentenza, con il che si ha riguardo alla sua necessaria direzione verso coloro da quali essa è attesa. Essa, come si sta per dire, consiste in una argomentata conclusione o - il che è lo stesso - in concludenti argomentazioni e dispositivo non è - come superficialmente viene creduto - rapporto di consequenzialità; essa consiste, in una parola, nella motivazione. Il rapporto tra motivazione e dispositivo non è - come superficialmente viene creduto - rapporto di consequenzialità, ma quello di concordanza (cioè di non contraddizione), poichè la motivazione ha, sul piano logico che le è proprio per la sua stessa natura argomentativa, le sue proprie autonome conclusioni (esplicite o implicite). Il dispositivo, invece, sul diverso piano della volontà, deve essere corrispondente alle conclusioni della motivazione. La sentenza del giudice - poichè sul piano della logica giuridica tende, non ad imporsi come atto di volontà, ma a persuadere con la forza delle argomentazioni” (FOSCHINI, Caetano. *Op. cit.*, p. 123). Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, à Luz da Constituição da República portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, pág. 198; Paulo Saragoça da Matta, O direito ao recurso ou o duplo grau de jurisdição como imposição constitucional e as garantias de defesa dos arguidos no processo penal português, Revista Jurídica, nº 22.

judicial “é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil”, a saber, extingue o processo, sem resolução de mérito (artigo 267³⁷⁹) ou com resolução de mérito (artigo 269³⁸⁰).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que entrou em vigor em março de 2016 (“artigo 1.045: este Código entra em vigor depois de decorrido um ano da data de sua publicação oficial”), disciplinou a seção de deliberação e pronunciamento do juiz assim:

Artigo 203: os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Parágrafo 1º: ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 [o juiz não resolverá o mérito] e 487 [haverá resolução de mérito], põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução [...] (Código de Processo Civil de 2015).

A expressão “ato do Juiz” é substituída por “pronunciamento do Juiz”. No mais seguem as mesmas regras.

A sentença em sentido estrito pode ser compreendida tanto na acepção formal, como na substancial. No aspecto substancial, a sentença “é o ato do Juiz que resolve a lide, aplicando a lei ao caso concreto. É, portanto, a decisão de mérito. Ela se denomina sentença definitiva”³⁸¹.

Não se pode confundir “sentença definitiva” com “sentença transitada em julgado”. A sentença é o pronunciamento judicial que define ou resolve o mérito, por isso é propriamente denominada de “definitiva”, já que quando a referência é à sentença transitada em julgado, o texto normativo utiliza a expressão³⁸², na qual não se admite recurso do interessado.

De fato, uma decisão judicial “somente fará caso julgado às partes com seu respectivo trânsito em julgado, o que poderá ocorrer em qualquer grau de jurisdição, desde que não caiba mais a interposição de eventuais recursos”³⁸³. O sistema legal português confere ao arguido no artigo 32º, nº 02 da Constituição da República portuguesa o direito recursal ao arguido,

³⁷⁹ “Artigo 267: “extingue-se o processo, sem resolução de mérito” (BRASIL, Legislação. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 out. 2018).

³⁸⁰ “Artigo 269: haverá resolução de mérito termos do artigo 485” (Código de Processo Civil de 2015).

³⁸¹ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 325.

³⁸² Exemplo: “artigo 466-A: condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida” (Código de Processo Penal); GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 285, nota 01.

³⁸³ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 17.

inclusive o direito à revisão da condenação, com base na injustiça da condenação, a qual defende João Conde Correia³⁸⁴.

Nos primórdios, citando como exemplo à redação original do revogado parágrafo 1º, do artigo 162, do Código de Processo Civil brasileiro, o termo “sentença” era apresentado como “ato por meio do qual o juiz põe termo ao processo”; o ato capaz de extinguir o processo, com ou sem julgamento de mérito, vale dizer, independentemente de seu conteúdo.

Com o passar do tempo, a doutrina começou a considerar equivocado o conceito que considerava como sentença, apenas aquela que põe fim ao processo. Com as reformas processuais, a sistemática da sentença foi modificada e especialmente em relação às sentenças definitivas, o artigo 269, do Código de Processo Civil brasileiro vigente, não fala mais em “extingue-se o processo com julgamento de mérito”, mas apenas que “haverá resolução de mérito”. Isso evidencia que não é razoável assimilar a noção de sentença ao ato de encerramento do processo, por esconder sua natureza jurídica que é a de definir o direito. Já os Códigos Processuais Penais português e brasileiro, não conceituam a sentença penal, motivo pelo qual a noção análoga do Processo Civil, diante da teoria geral do processo, aplica-se, no que couber, no tema³⁸⁵.

Ainda para ilustrar, com o advento do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que entrou em vigor em março de 2016, o texto do artigo 269, do Código de Processo Civil revogado, segue similar no texto do novo artigo 487, pelo menos no que diz respeito à expressão “haverá resolução de mérito”. Numa análise comparativa, verifica-se que assim descrevia o artigo 269 do Código de Processo Civil de 1973, já revogado:

Artigo 269: haverá resolução de mérito: I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação (Código de Processo Civil de 1973).

Os correspondentes artigos do Código de Processo Civil de 2015 vigente, artigos 487 e 488, assim tratam da matéria:

Artigo 487: haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o

³⁸⁴ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 559.

³⁸⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Salvador-BA: Editora Jus PODIVM, 2009. p. 590.

pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único: Ressalvada a hipótese do parágrafo 1º, do artigo 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se. Artigo 488: desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do artigo 485 (Código de Processo Civil de 1973).

Já o Código de Processo Penal português, de acordo com a Lei nº 26/2010, de 30 de agosto de 2010³⁸⁶ e conforme já salientado, optou por não definir sentença penal, adotando o conceito do direito processual civil. No mesmo sentido o Código de Processo Penal brasileiro também optou em não definir a sentença penal, mesmo porque algumas sentenças não encerram o processo, como é o caso da sentença de pronúncia, que leva o arguido, como na hipótese de homicídio a ser submetido em julgamento a um Tribunal de Júri.

A sentença é hoje compreendida não só como o ato que extingue o processo, mas como o ato pelo qual o juiz diz o direito, pondo fim ao procedimento, ou pelo menos encerrando a controvérsia a respeito de umas das ações cumuladas, prosseguindo-se o feito para tratamento de parte da lide, não apreciada pela sentença parcial, pois procedimento pode continuar para tratar da parte da lide que eventualmente não tenha sido apreciada pela sentença penal³⁸⁷.

No âmbito penal, a sentença é a decisão do juiz que condena ou absolve o acusado. Segundo Ricardo Augusto Schmitt³⁸⁸:

Tecnicamente a sentença se revela como sendo o ato processual que põe termo à acusação, aplicando o direito ao caso individualizado. É o ato processual que põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa, ao menos em primeiro grau de jurisdição. Efetivamente, revela-se como sendo o pronunciamento estatal, a partir de um caso concreto, momento em que o julgador dirime o conflito de interesses

³⁸⁶ PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 26/2010, de 30 de agosto de 2010**. Décima nona alteração ao Código de Processo Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1260&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>. Acesso em: 10 mar. 2018.

³⁸⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 20.

³⁸⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 17.

existente entre as partes, distribuindo o direito e solucionando a controvérsia apresentada em juízo.

Os Códigos de Processo Penal português e brasileiro, nem sempre usam o vocábulo “sentença” em sentido unívoco, contudo, de modo geral, adota o sentido substancial de sentença, como a decisão de mérito, socorrendo-se muitas vezes do conceito civil.

Sob o aspecto formal, é tratada como sentença em sentido estrito apenas o ato final do juízo monocrático de primeiro grau, na medida em que a decisão emitida em instâncias superiores é denominada de “acórdão”. Porém, também existe um sentido formal amplo de sentença, abrangendo todas as decisões, quer sejam sentenças de primeiro grau ou acórdão emitido em instâncias superiores, por decisão monocrática ou colegiada dos Tribunais, como se extrai da expressão “sentença transitada em julgado” ou invés de “acórdão transitado em julgado”³⁸⁹.

Trata-se, pois, a sentença, de “uma declaração de vontade emitida pelo juiz, em que ele exprime uma ordem que nada mais é senão aquela mesma ordem genérica, abstrata e hipotética prevista na lei, que se transmuda em concreta”³⁹⁰. A noção de sentença não está associada ao encerramento do processo, eis que sua natureza é de definir o direito e não de colocar um fim no processo. De fato, algumas sentenças não encerram o processo, como é o caso da sentença de pronúncia, disciplinada pelo parágrafo 1º, do artigo 413, do Código de Processo Penal brasileiro, na hipótese de constituição do júri popular, como no caso do crime de homicídio. No sistema português o júri somente é cabível em casos graves, definidos na legislação penal. Aliás, sob o tema o artigo 413 do Código de Processo Penal brasileiro, assim dispõe:

Artigo 413: o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Parágrafo 1º: a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena (Código de Processo Penal).

³⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 325.

³⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 445.

Ao tratar da sentença penal de pronúncia, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar³⁹¹ expressam que:

[...] a sentença de pronúncia, malgrado não contenha mérito de julgamento definitivo com aplicação de pena, não deixa de ter um conteúdo declaratório do direito sob o ponto de vista de que faz o recorte da imputação. É, ontologicamente, uma sentença, por definir os limites da acusação que será movida na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri.

Existe um conceito amplo de sentença, que engloba a prática de qualquer ato jurisdicional com algum tipo de carga decisória, incluindo-se, nessa definição, também as decisões interlocutórias.

Porém, em sentido estrito, que é o que interessa para este estudo investigatório, a sentença é definitiva, vale dizer, “é a sentença final do procedimento de primeiro grau. Evidente que o sistema de justiça penal tem como finalidade a busca do justo”, ou seja, a questão da verdade real demonstrando que o sistema penal adota princípios do juspositivismo, mas também fundamentos do jusnaturalismo³⁹², como assinala Luigi Ferrajoli³⁹³. De modo similar, Fernando Capez³⁹⁴ leciona que a sentença em sentido estrito “é a decisão definitiva que o juiz profere solucionando a causa”. Melhor dizendo, “é o ato pelo qual o juiz encerra o processo no primeiro grau de jurisdição, bem como seu respectivo ofício”.

No mesmo sentido é o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete³⁹⁵ com o aval do jurista português José de Faria e Costa³⁹⁶ de que “em direito a verdade é uma noção operatória da sua aplicação [...]; em sentido estrito a sentença é a definitiva, ou seja, a decisão proferida pelo juiz, solucionando a causa”.

Para Aury Lopes Júnior³⁹⁷, as sentenças são “atos jurisdicionais por excelência, com pleno cunho decisório e que geram prejuízo para a parte atingida. Como regra, o recurso cabível é o de apelação. São exemplos as sentenças penais condenatórias, absolutórias, a absolvição sumária [...]”.

³⁹¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, p. 590.

³⁹² CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. **Processo penal**: doutrina e prática. Salvador-BA: Editora Jus PODIVM, 2009. p. 122.

³⁹³ FERRAJOLI, Luigi. 1997. *Op. cit.*, p. 47.

³⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 528-529.

³⁹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 445.

³⁹⁶ COSTA, José de Faria. 2005b. *Op. cit.*, p. 97.

³⁹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 1079.

Na definição de Guilherme de Souza Nucci³⁹⁸, a sentença em sentido estrito é “a decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação” e a “decisão é uma escolha entre diversas opções”.

Contudo, quando se usa o vocábulo “definitiva”, não se quer dizer que aquela decisão transitou em julgado. O que é definitiva, no caso, é a sentença que, julgando o mérito, extingue o processo naquela instância em que foi proferida, pouco importando se eventualmente será ou não interposto recurso³⁹⁹.

Uma sentença justa e bem fundamentada se traduz na culminação necessária do devido processo legal. Significa a concretização de todos os princípios substantivos e de todas as garantias processuais, em uma resolução final plenamente motivada, que aspira resolver com justiça o problema ou conflito jurídico a que se refere e ser aceita, ou ao menos entendida, pelas partes e pela comunidade social em geral.

A fundamentação significa, que uma vez que o juiz tenha chegado ao convencimento a respeito de uma tese determinada, lhe cabe persuadir as partes, a comunidade jurídica e a sociedade em geral, dos fundamentos probatórios que endossam a versão do que aconteceu, para um entendimento lógico das partes e da sociedade.

O objetivo máximo desejável de uma sentença penal é resolver de forma justa, com base nas provas existentes. Também deve buscar que todos entendam a correção da decisão emitida, embora, no que diz respeito a este último, é preciso reconhecer que muitas vezes isso não será possível, devido à força dos interesses em conflito, à natural insatisfação do ser humano ou à cultura imperante em vastos setores da sociedade, de não saber assumir ou aceitar as responsabilidades.

Porém, se existe de um lado o direito à pretensão e de outro o dever de fazer, é preciso que a sentença se justifique racionalmente ante as partes e ante todo aquele que a leia. Isso quer dizer, que tem que ser compreensível e explicável a partir de sua própria estrutura lógico-formal e de seus fundamentos de fato e de direito, o que finalmente se traduzirá numa adequada e suficiente motivação da sentença, tal como se exige no devido processo legal e estabelecem o direito constitucional e os princípios mínimos de direitos fundamentais reconhecidos pelas declarações internacionais de direitos humanos e pactos internacionais. Evidente que a fundamentação da sentença foi incorporada no direito português, elaboração

³⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 674.

³⁹⁹ CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 122.

de projetos e constitucionalizou, após longos debates comunitários, fato que levou a Primeira Revisão Constitucional em 1982.

Daí a importância de ter claramente alguns conceitos teóricos e técnicos essenciais, que ajudem a conseguir tão apreciado objetivo. Toda sentença ou resolução final, que ponha fim a um processo deve cumprir dois níveis mínimos de correção e justificação: a) um nível lógico-formal, de validade, de raciocínio dedutivo; e b) um nível argumentativo, a respeito dos fatos e provas que correspondam à controvérsia, em função das normas, conceitos e instituições, com as quais se interpretam e se qualificam juridicamente tais fatos e provas.

Vicente Greco Filho⁴⁰⁰ identifica na sentença, requisitos formais intrínsecos e extrínsecos, explicando que os intrínsecos seriam o relatório, a fundamentação e o dispositivo ou conclusão, enquanto que os requisitos extrínsecos seriam a data e a assinatura, que a autenticam, e as rubricas nas folhas, se for datilografada, hoje digitada, inclusive por meio cibernético eletrônico. Nesse estudo investigatório, restringe-se apenas a conceitos doutrinários, sem atentar em artigos de Códigos pertinentes da legislação portuguesa, brasileira ou do direito comparado.

Destarte, nos termos legais, a sentença é composta de uma seção expositiva (onde se mencionam as partes, seus advogados, os antecedentes, etc.), uma seção considerativa (que menciona os fundamentos de direito e também de fato) e uma resolutiva (a própria decisão do juiz ou Tribunal). Portanto, sob o aspecto formal a sentença penal se divide em três partes: relatório (exposição), fundamentação (considerativa) e dispositivo (decisão do juiz propriamente dita).

Esses requisitos formais da sentença penal são condições legais indispensáveis à validade do ato judicial. São exigências normativas obrigatórias à validade da sentença. Quando o juiz cumpre todos os requisitos formais, a decisão revela todas as razões de fato e de direito que o levaram a optar por determinada conclusão. Para tanto, o julgador precisa ser claro ao enfocar circunstâncias relacionadas aos requisitos formais da sentença, eis que a obscuridade torna certamente incompreensível o enfrentamento das questões pelo julgador, criando perplexidade para as partes, circunstância esta que o legislador procurou evitar ao exigir tais requisitos na sentença. A sentença deve ficar o mais próximo possível da verdade material, dentro das lições concebidas por Castanheira Neves⁴⁰¹ e Figueiredo Dias⁴⁰².

⁴⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 326.

⁴⁰¹ NEVES, Alfredo Castanheira. 1968. *Op. cit.*, p. 48.

⁴⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. 1988-1989. *Op. cit.*, p. 194.

O relatório é o requisito formal da sentença penal. A sentença conterá: os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; e a exposição sucinta da acusação e da defesa.

O relatório, exposição ou histórico, formalidade essencial da sentença, é a parte da sentença em que o juiz faz uma breve síntese do feito, descrevendo o nome das partes, o pedido, a exposição da acusação e da defesa e as principais ocorrências que surgiram no decorrer do processo⁴⁰³. Trata-se do “resumo das ocorrências do processo, desde a identificação das partes, exposição sucinta da acusação e da defesa, até à prova colhida e eventuais incidentes resolvidos”⁴⁰⁴. O relatório deve conter a indicação do nome das partes, exceto quando isso não for possível, quando deve indicar os elementos necessários à identificação do acusado e relatar resumidamente fatos e teses levantados pela acusação e defesa⁴⁰⁵.

A fase do relatório na sentença é importante, porque por meio dela se verifica que o juiz tomou conhecimento de fato do processo, demonstrando que analisou as alegações das partes e as teses arguidas, encontrando-se apto para emitir a decisão da forma mais completa possível. Importante assinalar, que a fragilidade da sentença, em regra, leva a nulidade, que fundamentada em fatos novos, pode levar à revisão criminal da sentença, objeto de estudo, nesta investigação, motivo pelo qual a sentença deve cumprir todos os requisitos formais, e dentro de uma perspectiva epistemológica deve a decisão procurar alcançar a verdade objectiva, sem necessariamente assumir uma visão positivista pura, porém adotando como válidos fundamentos jusnaturalistas de uma verdade objectiva e justa.

Na interpretação de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁴⁰⁶, o legislador se contentou em impor a realização de mero resumo do feito, sem exigir a elaboração de transcrição das teses suscitadas pelas partes. O objectivo é apenas preservar a certeza, de que o juiz tomou conhecimento dos fatos objetos do debate e sobre os quais deve emitir a decisão final.

Visando um ato menos formal, evitando protelação na prestação jurisdicional, o que pode induzir à nulidade da sentença, é a falta de relatório e não um histórico incompleto, na medida em que eventual omissão pode ser suprida na fundamentação da sentença, fase

⁴⁰³ CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 123.

⁴⁰⁴ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 326.

⁴⁰⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁰⁶ CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 123.

posterior ao relatório, momento em que o julgador conhece o real alcance do pedido e o conteúdo da defesa.

Quanto à obrigatoriedade de fundamentação ou motivação das decisões judiciais, a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e a indicação dos artigos de lei aplicados. Pela regra da obrigatoriedade da fundamentação da sentença, o juiz não está dispensado de motivar sua decisão. Sobre os conceitos de motivação e fundamentação, José Antonio Paganella Boschi⁴⁰⁷, secundado por Robert Alexy⁴⁰⁸, na busca do justo e do correcto assim se manifesta:

As expressões motivação e fundamentação propõem idêntico sentido, pois motivar ou fundamentar é fornecer os motivos, os fundamentos, as razões, ou seja, as bases, os alicerces, as linhas que sustentam a decisão. A decisão sempre precede a fundamentação e esta sempre precede ao discurso motivador, muito embora entre o ato de decidir e o ato de motivar exista uma íntima conexão⁴⁰⁹.

A fundamentação ou motivação da sentença “é a indicação dos motivos, de fato e de direito, que conduzem à conclusão. Entretanto as decisões dos Tribunais serão sempre fundamentadas, por exigência constitucional e fundamentada, na legislação portuguesa e brasileira, impondo uma justificativa nos atos processuais”⁴¹⁰.

Conforme Nelson Nery Júnior⁴¹¹, a motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, incluindo:

[...] desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, trazendo consequentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado).

⁴⁰⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: denúncia, queixa e aditamento**. São Paulo: Aide, 2001/2002. p. 60.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. **Justicia como corrección**. In: *Doxa*, nº 26. Universidad de Alicante: Área de Filosofía del Derecho, 2003. p. 163.

⁴⁰⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, p. 60.

⁴¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 326.

⁴¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 174.

Sobre o princípio do livre convencimento motivado, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

Ementa: Processual penal e penal. Recurso especial. Roubo majorado pelo emprego de arma, concurso de pessoas e restrição da liberdade. Nulidade. Sentença condenatória. Ausência de fundamentação. Motivação concisa, porém idônea. Princípio do livre convencimento motivado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Dosimetria da pena. Redução da pena-base. Antecedentes valorados negativamente. Bis in idem. Impossibilidade. Processos penais arquivados. Não cabimento. Inteligência da Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça. Conduta social. Ausência de dado concreto. Personalidade voltada à prática de delitos. Fundamentação inidônea. Motivo do crime. Lucro fácil. Comum à espécie. Circunstâncias do delito valoradas negativamente. *Modus operandi*. Reprovabilidade evidenciada. Consequências. Dados abstratos. Incidência da Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça. Delito de quadrilha armada. Prescrição da pretensão punitiva na modalidade superveniente. Recurso parcialmente provido. Concessão de habeas corpus de ofício. 1. É assente o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, ao julgador, cabe analisar a controvérsia de acordo com o que entender pertinente à solução da lide, não estando obrigado a apreciá-la conforme o requerido pelas partes, mas com o seu livre convencimento, utilizando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicável ao caso. 2. Não há falar em violação ao artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal, na hipótese em que a Corte de origem, embora de forma concisa, motivou a condenação, afastando as alegações do recorrente, reconhecendo a materialidade e autoria, analisando as provas - documentais e testemunhais. 3. O Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de adoção das razões de decidir do juízo monocrático, ou até mesmo da fundamentação apresentada em parecer, notadamente quando se acrescente motivação suficiente ao acórdão, o que ocorreu na espécie [...] ⁴¹².

A motivação de uma sentença serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. O julgador tem o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos de fato e de direito que o levaram à decisão. O magistrado tem o dever de justificar as suas decisões, no poder de jurisdição, com a fundamentação e motivação das sentenças, para que haja,

⁴¹² STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 705.320 / MA (2004/0141454-0)**. Relator Nefi Cordeiro. Julgado em 14 de outubro de 2014. Publicado no DJe de 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

inclusive, a sua legitimação e convencimento essencial, nos dizeres de Ricardo Schmitt⁴¹³ e Castanheira Neves⁴¹⁴.

O momento da fundamentação da sentença penal serve para o magistrado externar seu posicionamento, e independentemente se estiver ou não decidindo sobre o mérito da causa, tem que expor os motivos e as razões que o levaram a determinada conclusão, promovendo um raciocínio lógico e racional, a partir das provas produzidas, analisando os fatos a luz das regras de direito, indicando de forma clara seu posicionamento. Se de um lado o juiz é livre na apreciação das provas, de outro depende delas para emitir sua decisão. Os julgamentos não podem ser arbitrários, “mas lógicos, realísticos, desprendidos de qualquer preconceito legal no reconhecimento da verdade processual”⁴¹⁵. Além disso, agora nas palavras de Aury Lopes Júnior⁴¹⁶, também:

[...] não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem, racionalmente, pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.

Significa dizer que o juiz tem o dever de fundamentar suas decisões, vale dizer, pode julgar da forma que melhor lhe aprouver, sem limitações, sem se preocupar em decidir da forma certa ou errada, com boa ou insuficiente análise dos fatos, desde que fundamente sua decisão.

Disso infere-se que uma sentença nula não é uma sentença mal fundamentada, mas aquela que não foi fundamentada, eis que uma sentença mal fundamentada pode ser corrigida pelo Tribunal, enquanto que a sentença sem fundamentação nasce contaminada pelo vício da nulidade, devendo, por isso, ser declarada nula a sentença sem fundamento e ser proferida outra sentença em seu lugar.

A sentença deve ser produto do raciocínio lógico do juiz, vinculada à verdade ou pelo menos em circunstâncias tendentes com a veracidade jurisdicional, ao menos de natureza aproximativa com fundamental dimensão, que legitima a função judicial, que deve abordar

⁴¹³ NEVES, Alfredo Castanheira. 1976. *Op. cit.*, p. 237.

⁴¹⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 18.

⁴¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 30.

⁴¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 254.

todas as teses suscitadas pelas partes e apontar com clareza as razões que o levaram a optar por uma das teses em discussão, para que seus argumentos sejam conhecidos para que os interessados, querendo, possam impugnar a decisão judicial.

Por essa razão é que a Constituição republicana brasileira de 1988, por meio do inciso IX, do artigo 93, dispôs que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, sendo que no direito português, embora implícito no sistema constitucional são reproduzidos nos artigos 97º e 194, item 04, do Código de Processo Penal.

Sobre os meios intelectuais para a decisão, pode-se dizer que a certeza é oriunda da produção probatória a partir dos seguintes mecanismos: dedução, indução e abdução. Na dedução, se aplica a regra ao caso em particular. Neste caso, as premissas precisam ser verdadeiras para garantir a conclusão verdadeira. Já indução, que pode ser ampliativa ou probabilística, os resultados observados em vários casos permitiriam estabelecer uma regra, não havendo relação necessária entre a verdade das premissas e da conclusão, enquanto na probabilística, se considera a probabilidade da regra ser aplicada ao fato. Por fim, na abdução, inversamente à indução, parte-se de uma regra ou resultado para reconhecer-se o objetivo.

Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁴¹⁷, embora previsto em capítulo dedicado ao Poder Judiciário, o texto do inciso IX, do artigo 93, da Constituição republicana brasileira de 1988 “deve ser considerado como verdadeira garantia do cidadão e, como tal, se encontraria melhor colocado dentre os direitos individuais e coletivos elencados no artigo 5º, do mesmo diploma legal”.

Ao tratar da importância da motivação das sentenças, em ângulos diferenciados, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho⁴¹⁸ e Claus Roxin⁴¹⁹ assim se manifestam:

São três os pontos básicos em que se assenta a ideia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle de legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que

⁴¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 124.

⁴¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 212.

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 10.

elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito á prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito á valoração da prova pelo juiz.

A exigência da motivação não implica na necessidade de realização de verdadeira exposição doutrinária, com exagerada demonstração de conhecimento. É suficiente que o juiz dê atenção aos tópicos levados à discussão sendo que a fundamentação, mesmo que sucinta, é admitida. É a falta de fundamentação ou a fundamentação contraditória (discrepância entre a motivação e decisão) que provocará a nulidade da sentença, sendo tolerada a fundamentação sucinta, sempre que sejam abordadas todas as questões trazidas ao debate pelas partes⁴²⁰. Em relação ao tema importante o que já consta definido nas decisões do Tribunal Constitucional de Portugal proferidas nos Acórdãos nº 607/2003 e nº 416/2003⁴²¹.

Sobre o dispositivo, a conclusão ou a decisão propriamente dita da sentença, esta conterá: o dispositivo e a data e a assinatura do juiz. Trata-se da parte da sentença em que “o juiz, coerente com a fundamentação, aplica a lei ao caso concreto e condena ou absolve o acusado, apontando os dispositivos legais que incidem na hipótese”, como garantia de acesso ao direito, no dizer de Fernando Alves Correia⁴²², conceituado doutrinador português e no âmbito da ampla defesa assegurado no artigo 32º da Constituição da República portuguesa e na fundamentação da decisão ou sentença com apoio jurisprudencial, colocando na necessidade da questão pertinente a motivação da decisão⁴²³.

Nessa fase da sentença o direito é aplicado, pelo juiz, ao caso concreto, vale dizer, o direito, até então abstratamente previsto em lei, passa a ter aplicação específica e particular ao caso levado ao julgamento⁴²⁴. É na parte dispositiva da sentença que o juiz comanda a decisão, espelhando o resultado do julgamento e, por isso, tem que estar em “absoluta coerência com a parte de motivação, pois se traduz no extrato do que restou decidido pelo Magistrado”⁴²⁵. José Carlos Vieira de Andrade⁴²⁶ traz a lume a obrigatoriedade de

⁴²⁰ CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 124.

⁴²¹ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 607/2003**. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 416/2003**. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁴²² CORREIA, Fernando Alves. **Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva**. BFDUC, 2003. p. 73.

⁴²³ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 326. TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **TC nº 339/2005**. Acórdão do Tribunal Constitucional de 11 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁴²⁴ CUNHA, Rogério Sanches; BATISTA PINTO, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 125.

⁴²⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 19.

⁴²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Estudo e projecto de revisão da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. p. 240.

fundamentação das decisões judiciais. Interessante que os Códigos de Processo Penal, português e brasileiro, têm similitudes na questão, nos artigos 374º e 380-381, respectivamente. É nesse tópico do texto da sentença que o juiz, depois de fazer uso das clássicas expressões: “isto posto”, “ante o exposto”, “sendo assim”, declara que o réu é culpado, está reabilitado, foi pronunciado, ou foi absolvido, dentre eventuais alternativas surgidas durante a realização dos procedimentos.

Outro detalhe importante é a menção do artigo de lei aplicado ao caso. Trata-se de uma exigência expressa, que se não realizada nos momentos anteriores, do relatório ou da motivação, o artigo de lei pelo qual o réu foi condenado ou absolvido deve constar na decisão, permitindo que todos saibam, como clareza, como o juiz capitulou o delito, principalmente o réu.

Por fim, na decisão deve constar a autenticidade da sentença, vale dizer, a data e a assinatura do juiz, atualmente, diante dos processos eletrônicos, digitalizados sendo que a falta desse requisito formal da sentença, mais do que traduzir nulidade, importa em sua inexistência. Significa dizer que uma sentença sem assinatura é mero trabalho impresso em papel, um ato inexistente, um “não ato”. Por sua vez, a falta de rubrica em todas as folhas da sentença não provoca nulidade do ato judicial, apenas irregularidade que pode ser sanada.

A parte autenticativa da sentença é o momento em que o juiz coloca os elementos que atuam para dar autenticidade à sentença, que são “a menção do local aonde ocorreu o julgamento, a data do julgado e o nome do julgador com a aposição de sua assinatura”⁴²⁷.

Proferida a sentença de mérito, o juiz encerra a atividade jurisdicional sobre a imputação. Não poderá modificá-la, salvo para retificar erros materiais⁴²⁸.

O juiz pode, ainda, ainda modificar em regra a sentença através de recurso próprio das partes⁴²⁹.

Essencialmente, a sentença “é o ato processual mais importante e esperado do processo, para o qual todos rumam em direção e pelo qual o judiciário encerra seu ofício ao aplicar o direito e solucionar o conflito de interesses posto à sua apreciação”⁴³⁰. Como bem salientado por Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴³¹, “há necessidade da fundamentação ou motivação fáctica dos actos decisórios com exposição concisa que justifiquem a decisão”. No

⁴²⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 19.

⁴²⁸ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 326.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*, p. 326.

⁴³⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 17.

⁴³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 798.

mesmo sentido a jurisprudência, conforme acórdãos do Tribunal Constitucional vem se manifestando da necessidade de fundamentação das decisões⁴³².

É por meio da sentença definitiva que o juiz, fazendo uso de seu trabalho intelectual, lógico e histórico, aplica a lei ao caso concreto, compondo, destarte, o litígio penal.

3.2 SENTENÇA PENAL NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal a sentença é definida como a decisão que o juiz toma em relação ao processo criminal. Por meio da sentença o juiz comunica se considera que o arguido é ou não responsável pelo crime. Se a decisão é tomada por um Tribunal colectivo ou por um Tribunal de Júri, a sentença recebe o nome de “acórdão”.

O “Tribunal Colectivo” é aquele composto por três juízes que julga os processos respeitantes aos crimes mais graves, assim definidos aqueles cuja pena incidente é de prisão por mais de cinco anos.

Ao seu turno, o “Tribunal Singular” é o Tribunal constituído por um juiz que julga os processos respeitantes aos crimes menos graves.

Já o “Tribunal de Júri” é o Tribunal constituído por três juízes e quatro jurados. O Tribunal do Júri existem em Portugal desde 1826, e hoje é definido como o conjunto formado por juízes e cidadãos que se reúnem para decidir sobre fatos e questões de direito. Trata-se de um órgão composto por duas seções. A primeira é composta por cidadãos e a segunda é formada por juízes profissionais cuja missão é presidir ou dirigir as sessões orais e ditar a sentença segundo as declarações sobre os fatos contidas no veredito. O Tribunal do Júri é um grupo constituído por um número determinado de elementos que, depois de uma deliberação, devem chegar a uma decisão penal, segundo uma regra que determina o número de elementos necessários para poder emitir um veredito final⁴³³.

Diferentemente do Tribunal do Júri brasileiro, inglês e espanhol, que adota o modelo puro, Portugal adota o modelo escabinado, a exemplo da França e da Alemanha.

⁴³² STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº55/1985**. Acórdão de 25 de março 1985. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁴³³ JÓLLUSKIN, Glória. **O Tribunal do Júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia**. In: *Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais*, nº 6, p. 116-126. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009. p. 118.

O modelo puro ou anglo-saxônico, composto apenas por cidadãos leigos, não conhecedores de questões de direito, embora possuam outros tipos de conhecimentos e experiências, aportando o seu ponto de vista para a valorização do caso a tratar, em que posteriormente o presidente do Tribunal do Júri (um juiz) decidirá sobre a forma na qual será aplicado o direito, vale dizer, decide a sentença a ser aplicada. No tipo puro existe a vantagem da maior participação popular no sistema de justiça, na medida em que é independente da decisão do juiz; porém existe a desvantagem de os jurados não intervirem na sentença⁴³⁴.

O modelo de Tribunal do Júri do tipo escabinado baseia-se na presença de juízes e cidadãos para decidir conjuntamente tanto sobre o veredito como, sobre a sentença. Nesse modelo é permitido aos leigos pronunciarem sobre o veredito e sobre o aspecto penal, porém a participação de juízes com seus conhecimentos e habilidades especializados acabam influenciando na opinião dos demais, reduzindo a participação dos leigos na decisão, predominando o critério dos profissionais⁴³⁵.

Atualmente o Tribunal do Júri português é presidido pelo presidente do Tribunal Colectivo e é composto por sete elementos: três juízes e quatro jurados efetivos, além de mais quatro jurados suplentes (Decreto-Lei nº 387-A de 29 de dezembro de 1987⁴³⁶).

A sentença penal em Portugal é disciplinada pelo artigo 365 e seguintes, do Código de Processo Penal português (Decreto-Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987⁴³⁷), atualizado pela Lei nº 20, de 21 de fevereiro de 2013.

Quanto ao relatório, a sentença penal portuguesa começa com um relatório, que continha as indicações tendentes à identificação do arguido; do assistente e das partes civis; do crime ou dos crimes imputados ao arguido, segundo a acusação, ou pronúncia, se a tiver havido; e a indicação sumária das conclusões contidas na contestação, se tiver sido apresentada (Código de Processo Penal Português).

Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos fatos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de fato e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal. Trata-se do momento da motivação da sentença propriamente dita (Código de Processo Penal português).

⁴³⁴ JÓLLUSKIN, Glória. *Op. cit.*, p. 119-120.

⁴³⁵ *Idem, ibidem*, p. 120.

⁴³⁶ PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 387-A/87 de 29 de dezembro de 1987**. Tribunal do Júri. Disponível em: <http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/regime_juri.pdf>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁴³⁷ PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 22 set. 2018.

A sentença penal portuguesa termina pelo dispositivo que contém: as disposições legais aplicáveis; a decisão condenatória ou absolutória; a indicação do destino a dar a coisas ou objetos relacionados com o crime; d) a ordem de remessa de boletins ao registro criminal; e a data e as assinaturas dos membros do Tribunal. O dispositivo implica, em essência, na referência às disposições legais que são aplicáveis ao caso e na apresentação da conclusão (o denominado “silogismo judiciário”) (Código de Processo Penal português).

Em matéria de custas, “a sentença observa o disposto no artigo 513, nº 01 e nº 03, Código de Processo Penal português⁴³⁸ e no Regulamento das Custas Processuais (Decreto-Lei nº 34 de 26 de fevereiro de 2008⁴³⁹) em matéria de custas”.

Nas sentenças penais portuguesas são duas as decisões possíveis: a) a absolvição do arguido, caso o juiz entenda que não ficou demonstrado e comprovado que foi ele quem cometeu o crime em causa e, desse modo, não o castiga com qualquer pena:

Artigo 376 (sentença absolutória): 1 - A sentença absolutória declara a extinção de qualquer medida de coação e ordena a imediata libertação do arguido preso preventivamente, salvo se ele dever continuar preso por outro motivo ou sofrer medida de segurança de internamento. 2 - A sentença absolutória condena o assistente em custas, nos termos previstos neste Código e no Regulamento das Custas Processuais. 3 - Se o crime tiver sido cometido por inimputável, a sentença é absolutória; mas se nela for aplicada medida de segurança, vale como sentença condenatória para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo anterior e de recurso do arguido (Código de Processo Penal português).

b) a condenação do arguido pela prática do crime:

Artigo 375 (sentença condenatória): 1 - A sentença condenatória especifica os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada, indicando, nomeadamente, se for caso disso, o início e o regime do seu cumprimento, outros deveres que ao condenado sejam impostos e a sua duração, bem como o plano individual de readaptação social. 2 - Após a leitura da sentença condenatória, o presidente, quando o julgar conveniente, dirige ao arguido breve alocução,

⁴³⁸ “Livro XI (da responsabilidade por custas). Artigo 513 (responsabilidade do arguido por custas): 1 - Só há lugar ao pagamento da taxa quando ocorra condenação em primeira instância e decaimento total em qualquer recurso. [...]. 3 - A condenação em taxa de justiça é sempre individual e o respectivo quantitativo é fixado pelo juiz, a final, nos termos previstos no Regulamento das Custas Processuais” (Código de Processo Penal português).

⁴³⁹ PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 34/08 de 26 de fevereiro de 2008**. Regulamento das Custas Processuais. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=967&tabela=leis>. Acesso em: 22 set. 2018.

exortando-o a corrigir-se. 3 - Para efeito do disposto neste Código, considera-se também sentença condenatória a que tiver decretado dispensa da pena. 4 - Sempre que necessário, o Tribunal procede ao reexame da situação do arguido, sujeitando-o às medidas de coação admissíveis e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer (Código de Processo Penal português).

O juiz, nesse caso, deve indicar, na sua decisão, quais os fatos e as provas que serviram de base para considerar o arguido culpado e qual a pena a ser aplicada, que pode ser de prisão, efetiva ou suspensa; ou de multa. Também existe a possibilidade de aplicação de pena acessória.

Em termos práticos, a omissão da motivação, nos aspectos indicados, implica a sanção da nulidade da sentença. É o que dispõe o artigo 379, alínea “a”, do Código de Processo Penal português:

Artigo 379 (nulidade da sentença): 1 - é nula a sentença: a) que não contiver as menções referidas no parágrafo 2º [da fundamentação], na alínea “b” do parágrafo 3º [da decisão condenatória ou absolutória], do artigo 374 ou, em processo sumário ou abreviado, não contiver a decisão condenatória ou absolutória ou as menções referidas nas alíneas “a” a “d” do parágrafo 1º, do artigo 389-A⁴⁴⁰ e 391-F⁴⁴¹ (Código de Processo Penal português).

Na interpretação de Manuel António Lopes Rocha⁴⁴² “não se compreenderia esta sanção particularmente severa, se o legislador não tivesse considerado a motivação como elemento essencial de um processo justo e equitativo”. Ainda de acordo com o referido Juiz do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Manuel António Lopes Rocha⁴⁴³, na ordem prática “o cumprimento da injunção constitucional e legal da motivação defronta-se com algumas dificuldades, e, por isso, tem sido tema de muitos recursos para os Tribunais Superiores”. A fundamentação das decisões

⁴⁴⁰ “Artigo 389-A (sentença): 1 - a sentença é logo proferida oralmente e contém: a) a indicação sumária dos fatos provados e não provados, que pode ser feita por remissão para a acusação e contestação, com indicação e exame crítico sucintos das provas; b) a exposição concisa dos motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão; c) em caso de condenação, os fundamentos sucintos que presidiram à escolha e medida da sanção aplicada; d) o dispositivo, nos termos previstos nas alíneas ‘a’ a ‘d’ do parágrafo 3º, do artigo 374” (Código de Processo Penal português).

⁴⁴¹ “Artigo 391-F (sentença): é correspondentemente aplicável à sentença o disposto no artigo 389-A” (Código de Processo Penal português).

⁴⁴² ROCHA, Manuel António Lopes. **A motivação da sentença**. In: *Documentação e Direito Comparado*, nºs 75 e 76, p. 93-114. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1998. p. 101.

⁴⁴³ *Idem, ibidem*, p. 101.

judiciais é fato garantidor do processo judicial, demonstrando à essencialidade da jurisdição no sistema jurídico-constitucional. Prossegue explicando que:

[...] o conteúdo do artigo 374 do Código de Processo Penal português se inspirou visivelmente no direito processual penal italiano, mesmo porque, quando o Código de Processo Penal português estava sendo elaborado, o Código de Processo Penal italiano ainda não estava em vigor, eis que foi aprovado em 22 de setembro de 1988, mas só entrou em vigor um ano depois, em 1989⁴⁴⁴.

Recorde-se que o Código de Processo Penal português é de 17 de fevereiro de 1987. É que a comissão que preparou o projeto do Código de Processo Penal português já conhecia o projeto do Código de Processo Penal italiano, posteriormente convertido em texto de lei. Tal conclusão decorre, por exemplo, da comparação entre o artigo 546º do Código de Processo Penal italiano, com o artigo 374 do Código de Processo Penal português, em particular a comparação entre os textos do parágrafo 2º, do artigo 374, com o da alínea “e”, do parágrafo 1º, do artigo 546, a saber:

a) parágrafo 2º, do artigo 374, do Código de Processo penal português:

Artigo 374 (requisitos da sentença): [...]. 2 - ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos fatos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de fato e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal. [...] (Código de Processo penal português).

b) alínea “e”, do parágrafo 1º, do artigo 546, do Código de Processo Civil italiano:

Artigo 546 (requisitos da sentença) 1. a sentença contem: [...] e) uma concisa exposição dos motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão, com a indicação das provas que baseiam a mesma decisão e a enunciação das razões pelas

⁴⁴⁴ ITÁLIA, Legislação. **Codice di Procedura Penale**. Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n° 447. Disponível em: <http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf>. Acesso em: 22 set. 2018.

quais o juiz considera não atendíveis as provas em contrário; [...] (Código de Processo Civil italiano)⁴⁴⁵.

Como se extrai desse exemplo ilustrativo, as diferenças textuais são poucas, especificamente o texto português traz a mais a “enumeração dos fatos provados e não provados” e a menos a “enunciação das razões pelas quais o juiz considera não atendíveis as provas contrárias”.

No Código de Processo Penal italiano o tema da sentença é tratado no Título III do Código de Processo Penal (artigos 525 a 548). “Na forma do artigo 546, dedicado especificamente aos “requisitos da sentença”, consta que a sentença penal deve conter: a menção “em nome do povo italiano” e a indicação da autoridade que a profere; a identidade do acusado ou outras indicações pessoais destinadas a identificá-lo bem como a identidade das outras partes privadas; a acusação; a indicação das conclusões das partes; uma concisa exposição dos motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão, com a indicação das provas que baseiam a mesma decisão e a enunciação das razões pelas quais o juiz considera não atendíveis as provas em contrário; o dispositivo, com a indicação das normas legais aplicáveis; e a data e a assinatura do juiz⁴⁴⁶.

No direito brasileiro, o Código de Processo Penal se iguala praticamente ao sistema legal português, notadamente nos artigos 381 a 392, havendo pequenas divergências na questão do júri que não é composto por três juízes, mas somente um Presidente e seis jurados leigos, sorteados entre os cidadãos.

De acordo com o Código de Processo Penal Italiano, a sentença do Tribunal Colegial italiano deve ser assinada pelo presidente e pelo juiz-relator. No caso morte ou outro impedimento à subscrição do presidente, deverá assinar a sentença, com a prévia menção do impedimento, o membro mais antigo do Tribunal Colegial. Se o juiz-relator não puder assinar, pode subscrever apenas o presidente, mediante prévia menção do impedimento (artigo 615⁴⁴⁷)⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ “Artigo 546 (requisiti della sentenza) 1. La sentenza contiene: [...] e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie; [...]” (Codice di Procedura Penale).

⁴⁴⁶ “Artigo 546 (requisiti della sentenza italiano) - [...]” (Codice di Procedura Penale).

⁴⁴⁷ “Artigo 615 (deliberazione e pubblicazione) - 1. La corte di cassazione delibera la sentenza in camera di consiglio subito dopo terminata la pubblica udienza salvo che, per la molteplicità o per l'importanza delle questioni da decidere, il presidente ritenga indispensabile differire la deliberazione ad altra udienza prossima. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli artt. 527 e 546” (Codice di Procedura Penale italiano).

⁴⁴⁸ “Artigo 546 (requisiti della sentenza) (Codice di Procedura Penale italiano).

A sentença é considerada nula pelo Código de Processo penal italiano se a sentença não for motivada⁴⁴⁹, se faltarem ou forem incompletos os elementos essenciais do dispositivo e na falta de assinatura do juiz⁴⁵⁰.

Conforme Manuel António Lopes Rocha⁴⁵¹ “o Código de Processo Penal italiano, em similitude com os Códigos Processuais Penais português e brasileiro, adota o princípio da motivação”, com o objetivo de “permitir o controle do processo lógico através do qual o julgador chega à decisão. Quanto à indicação dos motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão, a sentença deve conter uma “exposição concisa” (alínea “e”, do parágrafo 1º, do artigo 546, do Código de Processo Penal italiano).”

Este dispositivo legal funciona como elemento essencial para que a motivação constitua um remédio contra o arbítrio, ou, dito de outra forma, para sujeitar a decisão a um maior controle da parte da coletividade, e deve ser coordenada com a norma do artigo 192, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal italiano, que dispõe, em tema de avaliação da prova, que o “juiz avalia a prova dando conta, na motivação, dos resultados adquiridos e dos critérios adotados”⁴⁵².

A falta de apreciação de uma prova decisiva, quando a parte a requereu ao abrigo do parágrafo 2º, do artigo 495⁴⁵³ e a falta ou manifesto ilogismo da motivação, quando o vício resulta do texto da decisão impugnada constituem fundamento de interposição de recurso para a cassação da sentença, conforme o parágrafo 1º, do artigo 606⁴⁵⁴, do Código de Processo Civil italiano.

Mesmo antes do atual Código de Processo Penal italiano, de 22 de setembro de 1988, a jurisprudência daquele país já afirmava que a motivação da sentença tem que conter os requisitos de correção, de complementação e de lógica, como se extrai da seguinte decisão emitida em 1982, a saber:

Ementa: [...]. Em tema da obrigação de motivação da sentença, esta, para ser legal, deve apresentar as características fundamentais da “correção”, no sentido da sua aderência aos elementos probatórios adquiridos, do “completamento”, no sentido da

⁴⁴⁹ “Titolo II (atti e provvedimenti del giudice) dalla legge. [...]” (Codice di Procedura Penale).

⁴⁵⁰ “Artigo 546 (requisiti della sentenza) [...]. 3. Oltre che nel caso previsto dall’art. 125 comma 3, la sentenza è nulla se manca o è incompleto nei suoi elementi essenziali il dispositivo ovvero se manca la sottoscrizione del giudice” (Codice di Procedura Penale italiano).

⁴⁵¹ ROCHA, Manuel António Lopes. *Op. cit.*, p. 110.

⁴⁵² “Artigo 192 (valutazione della prova) - 1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati. [...]” (Codice di Procedura Penale italiano).

⁴⁵³ “Artigo 495 (provvedimenti del giudice in ordine alla prova) (Codice di Procedura Penale italiano).

⁴⁵⁴ “Artigo 606 (casi di ricorso) (Codice di Procedura Penale italiano).

sua extensão a todos os elementos relevantes para a formação dos juízos setoriais conducentes ao juízo decisório e da “lógica”, no sentido da sua conformidade aos cânones que presidem às formas do raciocínio e que a este confirmam a natureza de ato de demonstração da realidade. [...] ⁴⁵⁵.

Reafirmando sua interpretação, numa decisão mais recente do Cassazione Penale (Suprema Corte de Justiça Penal italiana), emitida em 27 de maio de 1992:

Ementa: [...]. A obrigação de motivação da sentença é satisfatória quando o juiz valora criticamente todos os elementos de prova, indicando, com total coerência lógico-jurídica, aqueles cuja relevância interessa à sua convicção; assim, não cumpre esse dever - e, conseqüentemente, está ferida de nulidade - a sentença, em cuja motivação, conforme resulta do texto da decisão impugnada, o juiz utiliza, ao explicar o seu raciocínio, argumentos apodícticos e, por isso, inaceitáveis no plano lógico, sem referência a específicos e bem individualizados elementos de fato. [...] ⁴⁵⁶.

Conforme a verificação de Franco Cordeiro ⁴⁵⁷ e Germano Marques da Silva ⁴⁵⁸ “a motivação da sentença é exigência de todas as legislações modernas, exercendo, de um lado, a função de defesa do cidadão contra o arbítrio do juiz e, de outro, a garantia ao Estado de que sua vontade seja aplicada e que a justiça seja corretamente administrada. Ademais, o próprio juiz se defende, por meio da motivação da sentença que emite, contra a suspeita de parcialidade, de arbitrariedade ou qualquer outra eventual injustiça”.

A preocupação com as exigências da fundamentação motivada é revelada em outros diplomas processuais penais europeus, a exemplo do Código de Processo Penal alemão (Strafprozeßordnung StPO), por meio de um conjunto de disposições, como as dos parágrafos 260 (Urteil, sentença) ⁴⁵⁹, 261 (grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, livre apreciação da prova) ⁴⁶⁰, 264 (Gegenstand des Urteils, o objeto da sentença) ⁴⁶¹ e 267 (Urteilsgründe, fundamentação da sentença) ⁴⁶². O parágrafo 267 do Código

⁴⁵⁵ Cassazione Penale, 10 de junho de 1982 *apud* ROCHA, Manuel António Lopes. *Op. cit.*, p. 101.

⁴⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 111.

⁴⁵⁷ CORDEIRO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Milano: Giufreè, 1966. p. 615.

⁴⁵⁸ SILVA, Germano Marques da Silva. **A fundamentação das decisões judiciais**: a questão da legitimidade democrática dos juízes. In: *Direito e Justiça*, vol. X, Tomo 2, 1996. p. 21.

⁴⁵⁹ “Parágrafo 260 (urteil)” (Strafprozeßordnung - StPO).

⁴⁶⁰ “Parágrafo 261 (Strafprozeßordnung - StPO).

⁴⁶¹ “Parágrafo 264 (Gegenstand des Urteils): (Strafprozeßordnung - StPO).

⁴⁶² “Parágrafo 267 (Urteilsgründe)” (Strafprozeßordnung - StPO).

de Processo Penal alemão regula com evidente minúcia a questão da fundamentação das sentenças.

CAPÍTULO 4 - REVISÃO DA SENTENÇA PENAL NO DIREITO COMPARADO

Nesse capítulo as atenções voltam-se à apresentação da possibilidade ou não da revisão da sentença penal em razão do instituto jurídico do caso julgado.

O viés norteador da investigação é o direito comparado, restrito aos modelos português e brasileiro. Importante destacar que, como método de trabalho e pesquisa, o direito comparado permite comparar efetivamente elementos do direito entre dois ou mais países e na forma aderida para este estudo visa identificar quais as condicionáveis do caso julgado penal, limites e fronteiras, a partir da análise do direito comparado, notadamente, Brasil e Portugal.

Não se trata de uma mera dissertação de doutoramento, porém um movimento no qual se pretende reavaliar o sistema de justiça penal actual, que em regra não vem cumprindo os seus objectivos institucionais, pois permanece de alguma forma arcaica no tempo.

A investigação pretende delimitar o problema do conflito da segurança jurídica, em face do caso julgado e a revisão extraordinária criminal, conforme já exposto no curso da pesquisa e investigação, apresentando uma proposta de solução adequada e pertinente, numa relevância hermenêutica e dentro de uma teoria científica condizente, visando solucionar a colisão aparente do princípio da segurança jurídica, diante da autoridade de caso julgado e o instituto da Revisão Criminal.

Será demonstrado na construção teórica, que trará subsídios para reformular os efeitos do caso julgado, nos princípios da segurança jurídica e na própria revisão criminal, pois se pretende alcançar argumentos sólidos na tese doutoral, cujo fim seja a proposição de uma solução ao problema conflitante da segurança jurídica do caso julgado e a vulneração deste instituto em decorrência da Revisão Criminal, diante da infinita diversidade de fundamentos na formação desta teoria científica, representada na tese final. Entende-se e ficam demonstradas causas e soluções para o problema colidente com a ponderação essencial e reflexão contributiva com formulação racional visando encontrar uma solução justa com natureza crítico reflexiva.

Diante, dessa ótica, entende-se que a concepção da mediação penal e práticas restaurativas, entre outras medidas eficazes, conforme se demonstrará no curso da presente investigação contribuirão dentro de um novo conjunto de ideias, como paradigma essencial visando atenuar ou extinguir, inclusive com a diminuição de demandas, a problemática da aparente colisão entre o caso julgado e a revisão criminal.

No contexto, pode-se afirmar que a argumentação jurídica é critério de justiça essencial na concepção do direito, discurso argumentativo que nos levará também refletir sobre as decisões não penais e penais no processo penal. Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos são direitos fundamentais e humanos, nos quais estão inseridos a sentença justa, cujo instrumento processual de correção está estabelecido no instituto da revisão criminal, que consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem e recepcionado no direito interno português e brasileiro.

4.1 HIPÓTESES DE REVISÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: APELAÇÃO CRIMINAL E REVISÃO CRIMINAL

Desde o direito romano o caso julgado tem sido matéria de constante atenção, por competentes estudiosos de distintas nações e, por isso, suas conclusões não traduzem unidade de critério e pensamento, pelo contrário, os mais recentes estudos anotam uma disparidade tal, que reconsiderar o problema aparece como imprescindível, sem descartar a possibilidade futura de novos enfoques jurídicos.

O caso julgado é classicamente definido como a autoridade e a força que a lei atribui à sentença resolvida, em juízo de contraditório. Durante certo tempo, não se admitiu o caso julgado em processo penal; Porém, nos dias de hoje, o assunto já está pacificado, sob o fundamento de que a instituição do caso julgado está intimamente relacionado com o princípio do *no bis in idem*, que é um limite à soberania do Estado, prescrito nas constituições modernas, e que impede que uma mesma infração ou fato seja perseguida e sancionada mais de uma vez.

Em matéria penal, o caso julgado se apresenta em duplo aspecto: a) a sentença firme, com força executória, não pode ser modificada, em regra, em nenhuma hipótese, essa é sua essência, exceto nos casos de indulto ou que se admite excepcionalmente à revisão. Assim, uma vez que o condenado pagou sua pena, deverá obter sua liberdade imediatamente; e b) quando a sentença passa em julgado, não se poderá voltar a discutir o mesmo assunto ou caso, nem revisar a pena que fora imposta, cumprida ou não.

Quando uma sentença passou em julgado e recebe força e autoridade de caso julgado e a causa tenha sido resolvida de modo definitivo pelo Tribunal, já não se deve voltar a tratar do mesmo delito, não porque a ação penal se extinguiu, mas porque a ação penal foi concluída.

Tanto é assim, que a partir da data em que a sentença seria executada, interrompe-se a contagem do prazo para a prescrição da ação penal e começa a contar o prazo de prescrição para a execução da pena, motivo pelo qual não se pode começar outro processo penal, pelo mesmo fato delitivo e contra a mesma pessoa.

A segurança jurídica é um dos principais baluartes dos Estados Modernos e um dos mais importantes enunciados do Estado Social de Direito, embora sua origem tenha acontecido durante o Estado Liberal, onde se primava pelo sistema processual, em detrimento dos direitos das pessoas, especialmente as partes envolvidas. Hoje a segurança jurídica é compreendida como a ideia de certeza sobre o sistema jurídico que rege determinada sociedade, sistema jurídico este expresso em disposições normativas, que, necessariamente, são interpretadas pelos entes que administram a justiça, dentro de ordenamentos complexos, com princípios dogmáticos, sem resposta sedimentada, inclusive com o estabelecimento de ordens jurídicas transnacionais, citando como exemplo o Tribunal da Comunidade Européia e o Tribunal Penal Internacional.

O caso julgado é uma das ferramentas processuais que buscam a consecução da ideia de certeza e convencimento no sistema jurídico. Nesta ótica, uma sentença ou acórdão somente produzirá efeitos num processo penal, após o trânsito em julgado.

De modo algum, o caso julgado atenta contra o direito de defesa ou de ação, que se reflete na faculdade de exercer certo recurso, ante uma sentença insatisfatória, posto que ditos direitos se encontrem plenamente vigentes, antes que a sentença adquira a qualidade executória e desta maneira são evitadas situações de cerceamento de defesa, que vulnerariam os direitos das partes processualmente. É necessário esclarecer que antes, durante e até que o caso adquira firmeza, a presunção de inocência se mantém de forma integral.

Em definitivo, o juiz deve resolver a contenda, analisando com profundidade o caso. Quando essa decisão adquire a autoridade de caso julgado, produz fundamentalmente duas categorias de efeitos: fixa indiscutivelmente as questões levantadas no litígio ou contenda, ou as fixa com caráter de perpetuidade. Trata-se de fixar as noções de caso julgado formal e de caso julgado material.

O caso julgado é uma exceção processual peremptória, porque impede ou extingue a relação jurídica, que é da natureza do processo, que se pretende estabelecer, ou foi estabelecido, entre o juiz e os sujeitos ativo e passivo e entre estes litigantes.

O pressuposto da relativização do caso julgado no processo penal é a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Para que seja possível invocar o princípio do caso julgado e, portanto, o direito *non bis in idem*, deverão reunir-se num mesmo processo quatro elementos essenciais de identidade, concorrentes todos, sem os quais não se está diante de um mesmo processo, mas de um integrante novo. Os elementos essenciais do caso julgado são; identidade das partes; identidade do objeto; identidade da causa e identidade de jurisdição (fundamento normativo da sanção).

A identidade na pessoa significa que o sujeito incriminado deve ser a mesma pessoa física nos dois processos da mesma índole. A identidade na pessoa também se predica do componente jurídico o “elemento de sucessão”, notadamente no direito civil e empresarial, pois se entende que existe identidade jurídica de partes, quando as do segundo processo são sucessores *mortis causa*, das que figuraram no primeiro ou adquirentes, por ato entre vivos, celebrado com posterioridade ao registro da demanda.

A identidade do objeto está construída pela identificação do fato a respeito, ou seja o objeto propriamente dito. Se exige, então, a correspondência na espécie fática da conduta em dois processos de igual natureza. Em processos de distinta índole, o objeto é identificado e determinado sobre o qual versa o litígio, isto é, a causa litigiosa.

Ao tratar do tema, Paulo Rangel⁴⁶³ e Maria Clara Calheiros⁴⁶⁴ afirmam que a condenação penal sempre será “coisa relativamente julgada”, na medida em que são admitidos a revisão criminal e o *habeas corpus* para desconstituir qualquer prisão injusta ou ocorrência do erro judicial prevalecer respectivamente, com a reconstituição judicial verosímil dos fatos.

Quando a sentença penal é absolutória, o caso julgado no sistema jurídico brasileiro é tratado como soberano perene e imutável, já que não existe, como exemplo, no direito brasileiro, previsão de revisão de sentença contra o réu; ou no caso de extinção da punibilidade, eis que não será mais possível modificar seu conteúdo. A preclusão dos prazos para recurso, constroi-se o caso julgado de autoridade absoluta, no entanto, se a sentença for condenatória, será modificável e mutável por natureza ou destinação, em qualquer tempo com natureza de relatividade.

Porém, a situação de não ser possível relativizar o instituto do caso julgado em hipóteses de absolvição, pode gerar adversidades, como no sistema jurídico brasileiro, que se faz questão em registrar, face à comparação do direito processual constitucional penal português e o direito processual constitucional penal brasileiro, notadamente no tema da

⁴⁶³ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 225.

⁴⁶⁴ CALHEIROS, Maria Clara. **A construção retórica do processo penal**. In: *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 363.

revisão criminal. Como se sabe, quem causa dano a outrem deve reparar seu erro na esfera civil. Na área criminal, via de regra, o fato criminoso causa dano a terceiros. A sentença criminal absolutória só faz caso julgado no cível, quando se verificar negativa de autoria e inexistência de crime. Vejam-se, por exemplo, o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasil:

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Não conhecimento do primeiro recurso. Deserção. Processo criminal. Coisa julgada no cível. Lesões corporais. Comprovação. Configuração do dever de indenizar. Recurso provido parcialmente. Não se conhece de recurso cujo preparo não foi realizado e em que não há pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita. Provado que um dos requeridos não concorreu para a infração penal de lesão corporal, tem-se a coisa julgada no cível, impedindo-se sua rediscussão. No mesmo sentido, a absolvição de ambos os requeridos pelo homicídio do marido da autora, com base em legítima defesa, faz coisa julgada no cível. Comprovados os danos de lesão corporal sofridos pela autora, bem como o nexo de causalidade entre eles e o ato ilícito de um dos recorridos, condenado em processo criminal, entendo que a indenização é devida à autora. [...]. Os juros de mora devem incidir a partir da prolação da decisão judicial que quantifica a indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito⁴⁶⁵.

Com efeito, se a absolvição for por outro motivo, que não seja por negativa de autoria ou inexistência de crime, é possível o processo civil, e se for verificado o nexo causal haverá, inclusive, obrigação indenizatória. Por exemplo, se o réu for absolvido por falta de provas, por prescrição, ou por alguma excludente de ilicitude, como estado de necessidade e legítima defesa, poderá ser responsabilizado e ter que indenizar no cível⁴⁶⁶. Nessas situações, é preciso garantir ao réu o direito de revisar a sentença para tentar melhorar sua condição, pela demonstração de que não é o autor ou de que o fato não existe, conforme acórdãos portugueses anotados abaixo⁴⁶⁷ e a posição doutrinária afirmada pela notável jurista

⁴⁶⁵ TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível - AC nº 10517060006981001**. 15ª Câmara Cível. Relator Edison Feital Leite. Julgado em 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁴⁶⁶ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 225.

⁴⁶⁷ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 06S2703**. Acórdão de 18 de outubro de 2006. Relator Mario Pereira. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 04A4284**. Acórdão de 10 de fevereiro de outubro de 2004. Relator Moreira Camilo. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

portuguesa, Maria José Capelo⁴⁶⁸. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro já foi acionado para enfrentar a situação:

Ementa: Recurso Especial. Processual penal. Revisão criminal. Sentença absolutória. Artigo 621. Impossibilidade. Errônea capitulação no dispositivo. Erro material. Correção a qualquer tempo. Possibilidade. 1. Com efeito, o artigo 621 do Código de Processo Penal só permite a revisão de sentença condenatória, sendo, portanto, condição indispensável, para o seu conhecimento, a decisão definitiva de mérito acolhendo a pretensão condenatória, ou seja, impondo ao réu a sanção penal correspondente. 2. Tanto a doutrina como a jurisprudência não admitem o conhecimento de revisão criminal de sentença absolutória, salvo em caso de absolutória com aplicação de medida de segurança. 3. A questão, tratada como se fora de alteração do fundamento da sentença, é na verdade de correção de erro material de que se revestiu o decreto, ao concluir pela aplicação do art. 386, VI, quando toda a fundamentação do *decisum* foi no sentido da inexistência de prova da materialidade e da autoria do crime. 4. O erro material, sempre perceptível *primo icto oculi*, pode e deve ser corrigido a qualquer tempo, ainda que tenha havido trânsito em julgado, já que sua correção não implica em alterar o conteúdo da decisão. 5. Recurso provido para reformar o acórdão da revisão e, em seguida, de ofício, para conceder habeas corpus, determinando a correção do erro material, na parte dispositiva da sentença absolutória⁴⁶⁹.

Como se vê, o tema investigado, leva à interpretação, de que em matéria penal é possível relativizar o caso julgado, no sistema legal brasileiro e português inclusive contra sentença penal absolutória e no sistema brasileiro somente se a revisão vier a beneficiar o acusado e no sistema português, *pro reo ou societate* levando-se em conta que o processo penal é instrumento jurídico de garantia, diante das Constituições republicanas portuguesa e brasileira.

⁴⁶⁸ CAPELO, Maria José. **A sentença, entre à autoridade e a prova**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 199-260.

⁴⁶⁹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 329346/RS (2001/0070094-6)**. Sexta Truma. Relator Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 29 de agosto de 2005. Publicado no DJ de 29 de agosto de 2005, p. 443. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 22 set. 2018.

4.1.1 Recurso em Matéria Criminal na Instância Ordinária no Direito Comparado Luso e Brasileiro

A sentença penal publicada torna-se irretratável, mas pode ser reexaminada por ilegalidade manifesta ou por verdadeira injustiça com fortes prejuízos à Sociedade, restando à parte afrontada os meios legais de submissão da decisão à instância recursal superior. Desse modo, por meios de recurso pode a parte afrontada lograr por meio recursal a modificação da sentença, mesmo porque o recurso é uma viabilidade necessária, se as decisões fossem proferidas por deuses, evidente que se estaria diante da infalibilidade, que é incompatível com a falibilidade humana.

Em regra, não há conformidade com o primeiro julgamento, mesmo psicologicamente, pois sempre existirá desconfiança no Judiciário, necessitando o reexame do feito judicial, mesmo porque decisões contraditórias e injustas devem ser reapreciadas em instância ordinária através de recurso ordinário próprio, conforme o artigo 399 e seguintes do Código de Processo Penal português e no direito comparado, equivale ao recurso de apelação criminal com previsão no artigo 593 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro, registrando que em instância extraordinária o reexame do tema equivale no direito português à revisão prevista no título II, Capítulo II do Código de Processo Penal e no direito brasileiro ao Título I, Capítulo VII, do Código de Processo Penal. Nesta dissertação serão abordados apenas os principais recursos ligados ao tema do doutoramento no direito português e brasileiro, que são os recursos ordinários, apelação e revisão criminal (extraordinário).

As sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular, objeto de recurso de apelação, podem ser de mérito ou não. Na forma do artigo 416, do Código de Processo Penal brasileiro, “contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação”.

Portanto, em reexame criminal, em instância ordinária, no sistema brasileiro, cabe recurso de apelação para decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular, em igualdade com o direito comparado português, que tem similarmente à previsão do recurso ordinário.

Também é possível no direito brasileiro, na forma do artigo 593 do Código de Processo Penal, recurso de apelação criminal contra decisões do Tribunal do Júri, no caso de nulidade depois da pronúncia e assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

Ementa: Constitucional e Processual Penal. *Habeas Corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Júri. Nulidade posterior à pronúncia configurada. Escorreita a anulação do julgamento pelo Tribunal *a quo*. I - É certo que foi elevada a nível constitucional a soberania dos veredictos (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal de 1988) no intuito de preservar as decisões tomadas pelo Tribunal do Júri não se admitindo, a princípio, sobre elas, ingerências do Poder Judiciário. De outro lado, não obstante esta previsão, a legislação ordinária possui mecanismos que permitem aos órgãos judicantes, excepcionalmente, cassarem as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença. II - O julgamento pelo Tribunal do Júri, justamente por ser realizado por pessoas do povo, de regra sem conhecimentos jurídicos e naturalmente mais suscetíveis à pressões externas que os magistrados, somente deve ocorrer se verificada, objetivamente, a imparcialidade dos jurados. Tanto é assim que o julgamento pode vir a ser desaforado se, antes do julgamento, houver “dúvida sobre a imparcialidade do júri” (artigo 424, do Código de Processo Penal). III - As manifestações ocorridas durante os debates orais por parte dos filhos da ré traduzem hipótese em que essa imparcialidade dos jurados pode ter restado comprometida. Essa dúvida concreta é fundamento suficiente para a anulação do julgamento. IV - Ademais, configurou-se um desequilíbrio evidente entre as partes na medida em que a defesa, além de se valer do tempo permitido para sustentar a tese eleita - negativa de autoria -, contou com a manifestação reiterada dos filhos da ré que teve o nítido propósito de afetar a credibilidade da acusação e, sob outro prisma, sensibilizar os jurados. Ordem denegada⁴⁷⁰.

Verifica-se, portanto, a possibilidade de decretação da nulidade depois da pronúncia, por meio de recurso de apelação.

Ainda sobre recurso de apelação criminal contra decisões do Tribunal do Júri, no direito brasileiro é legalmente possível quando a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados. Esse autorizativo encontra respaldo no parágrafo 1º, do artigo 593, do Código de Processo Penal brasileiro: “Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o Tribunal *ad quem* fará a devida retificação”. Com efeito, a lei autoriza ao Tribunal *ad quem* realizar nova dosimetria da pena. Nesse sentido:

Ementa: Processual Penal. Homicídio qualificado. Habeas corpus. Júri. Quesitação. Qualificadora. Recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Comunicabilidade.

⁴⁷⁰ STJ, Superior Tribunal de Justiça brasileiro. ***Habeas Corpus - HC nº 97672/SC (2007/0308658-0)***. Quinta Turma. Relator Felix Fischer. Julgado em 18 de agosto de 2008. Publicado no DJe de 18 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

Autor intelectual. Caso concreto. Nulidade. Decisão do juiz contrária ao veredicto dos jurados. I - Em se tratado de questionário referente à qualificadora de recurso que impossibilitou a defesa da vítima (artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV do Código Penal), para que esta seja atribuída ao autor intelectual, basta, a submissão, ao Conselho de Sentença, de quesito genérico, revelando-se prescindível a existência de quesito específico subsequente (Precedente do Pretório Excelso). II - Entretanto, elaborado o questionário com a presença do quesito específico e sendo este respondido negativamente, revela-se vedadora no tipo pelo qual restou o paciente condenado. Assim, a decisão do Juiz-Presidente que fixa a pena do acusado, tomando por base a forma qualificada do delito, mostra-se contrária ao veredicto dos jurados (artigo 593, inciso III, alínea “b”, do Código de Processo Penal). Ordem parcialmente concedida⁴⁷¹.

Contudo, apenas a decisão em manifesto confronto com os elementos do processo, totalmente divorciada da reconstituição fática traduzida nos autos, é que pode ensejar a cassação do julgamento. Se a sentença do juiz-presidente do júri se mostrar contrária às respostas dos jurados e aos quesitos, cabe ao Tribunal *ad quem* fazer a retificação devida.

Além disso, o recurso de apelação criminal contra decisões do Tribunal do Júri é cabível quando se verificar erro ou injustiça no que diz respeito à aplicação da pena ou da medida de segurança. É o que dispõe a alínea “c”, do inciso III, do artigo 593, do Código de Processo Penal brasileiro. Tem-se como exemplos o erro de grafia, de digitação ou mesmo a troca do nome do acusado. Esse tipo de erro pode ser corrigido de ofício, pelo juiz, em qualquer tempo, inclusive depois do caso julgado. Assim:

Ementa: Apelação Criminal. Homicídios tentado e consumado. Todas as alíneas. Dosimetrias. I. A ata de julgamento não estampa qualquer impugnação acerca de nulidade posterior à pronúncia e, por isso mesmo, é de se concluir que irregularidade alguma existiu. É imprescindível a demonstração de efetivo prejuízo. II. A sentença não foi contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados. Eventual erro cometido pelo Juiz-Presidente ao aplicar a pena, de sorte a afrontar a lei ou o veredicto dos jurados, pode receber as devidas corrigendas por este Tribunal. A sentença pautou-se nos elementos constantes do questionário formulado aos jurados e às orientações legais. III. A dosimetria deve obedecer ao princípio da individualização da pena. IV. O princípio constitucional da soberania dos veredictos só cede vez às decisões que não encontram um mínimo de apoio no contexto probatório. É lícito aos jurados

⁴⁷¹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 91110/RS (2007/0223861-6)**. Quinta Turma. Relator Felix Fischer. Julgado em 28 de novembro de 2007. Publicado no DJ de 18 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

optarem por uma das versões apresentadas em plenário, desde que consentânea com a prova coligida. V. Recursos parcialmente providos⁴⁷².

Destaca-se que o princípio constitucional da soberania dos veredictos dos jurados só pode ser flexibilizada, na hipótese do Tribunal do Júri, se não forem apoiadas minimamente no contexto probatório.

Outro exemplo é o erro material, que acontece quando apesar da existência de circunstâncias atenuantes no crime, estas não foram devidamente tratadas na sentença. Nessa hipótese, as decisões dos Tribunais brasileiros tem ampliado a possibilidade de se reconhecer o erro por meio de *Habeas Corpus*⁴⁷³, levando-se em conta a preocupação em se impedir que constem erros nas sentenças capazes de produzir efeitos negativos ao réu. Sobre a concessão de *Habeas Corpus* para corrigir erro material:

Ementa: reprimenda. Confissão utilizada para embasar a condenação. Circunstância redutora do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. Reconhecimento e aplicação que se impõem. Coação ilegal verificada. Erro material no acórdão impugnado. (grifo não do original). Correção de ofício pela via eleita. 1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo. 2. O erro material ou equívoco manifesto, quando não acarrete prejuízo ao condenado, é passível de ser corrigido de ofício a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Inteligência do artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal. 3. *Writ* não conhecido, concedendo-se, entretanto, *Habeas Corpus* de ofício apenas para reconhecer presente a atenuante da confissão espontânea em favor do paciente e corrigir o erro material no dispositivo do acórdão impugnado, redimensionando a

⁴⁷² TJDF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Criminal - APR nº 20070910067530/DF (0000169-47.2007.8.07.0009)**. Primeira Turma Criminal. Relatora Sandra Santis. Julgado em 06 de fevereiro de 2014. Publicado no DJe de 10 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2018.

⁴⁷³ “Ementa: *Habeas Corpus*. Alegação de erro material. Dosimetria. Reconhecimento de atenuante. Aumento ao invés de redução da pena. O *Habeas Corpus* é meio hábil a se corrigir flagrante erro material na quantificação da pena. *In casu*, o Tribunal de origem, de ofício, reconheceu atenuante da menoridade, porém, ao invés de reduzir a reprimenda em seis meses, acresceu-lhe igual quantidade, em visível erro de cálculo. Ordem concedida para afastar o erro material e reconduzir a sentença quanto à fixação da pena” (STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 24659/RS**. Quinta Turma. Relator José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 02 de março de 2004. Publicado no DJ de 29 de março de 2004, p. 257. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 03 set. 2018).

sua reprimenda para treze anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados⁴⁷⁴.

Verifica-se, portanto, a possibilidade do uso da de forma subsidiária do inciso I, do artigo 463, do Código de Processo Civil brasileiro para resolver equívocos, desde que da alteração da pena não resulte prejuízos ao acusado. Dispõe o referido inciso I que depois de publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la de ofício “para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo”. Neste sentido:

Ementa: *Habeas Corpus*. Erro material. Possibilidade de correção a qualquer tempo. Ofensa à coisa julgada não configurada. 1. O erro material, por não se sujeitar ao manto da coisa julgada, é passível de correção a qualquer tempo, consoante previsto no artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil. 2. Mera declaração incidentalmente lançada na sentença, sem vinculação com a sua parte dispositiva, não faz coisa julgada material. 3. Ordem denegada⁴⁷⁵.

Também tem o exemplo do erro material sobre o cálculo da pena, cuja correção terá que ser feita de ofício, mesmo depois do caso julgado. Contudo, tal adequação só é permitida se for a favor do réu:

Ementa: Questão de ordem. *Habeas Corpus*. Trânsito em julgado do acórdão prolatado em assentada anterior. Erro material no cálculo da pena. Fixação a maior que a da origem. (grifo não do original) constatação no momento da retificação da guia de execução penal. Correção de ofício. Nova redação ao voto e ementa anteriores. Pena definitiva em um ano e quatro meses de reclusão. I. Por ocasião da retificação da Guia de Execução Penal do Paciente, verificou-se a existência de erro material no acórdão prolatado por esta Quinta Turma na sessão de 11 de junho de 2013, tendo o Juízo a quo oficiado a esta Corte informando o ocorrido. II. No cálculo da pena nos presentes autos (dois anos, quatro meses e vinte e quatro dias), restou apurado reprimenda maior que a fixada na origem (dois anos, dois meses e vinte dias), não obstante tenha entendido pela exclusão da majorante pelo emprego da arma de fogo. III. Tratando-se de erro material, passível sua correção, inclusive de ofício, para que na dosimetria da pena seja utilizado o percentual de redução de

⁴⁷⁴ STJ, Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* - HC nº 171725/SP**. Quinta Turma. Relator Jorge Mussi. Julgado em 15 de agosto de 2013. Publicado no DJe de 15 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁴⁷⁵ STJ, Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* - HC nº 32209/SC**. Quinta Turma. Relatora Laurita Vaz. Julgado em 15 de fevereiro de 2005. Publicado no DJ de 14 de março de 2005, p. 390. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

dois terços em razão da tentativa, reconhecido nas instâncias ordinárias, em substituição àquele indevidamente utilizado, sobretudo porquanto mais benéfico ao réu. IV. A correção do mencionado erro material, implica em dar nova redação aos dois últimos parágrafos do voto e ao último parágrafo da ementa. V. Questão de ordem acolhida, erro material corrigido, de ofício e penas do paciente para um ano e quatro meses de reclusão, mais seis dias-multa⁴⁷⁶.

Quanto ao recurso de apelação para correção de erro material interposta apenas pela defesa, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a correção deverá ser feita de ofício, porém sem admitir a possibilidade de reforma, em prejuízo do réu:

Ementa: *Habeas Corpus*. Processual penal. Roubo. Condenação. Pena. Erro material. Correção em sede de apelação exclusiva da defesa. *Reformatio in pejus*. Incorrência. 1. Não configura *reformatio in pejus* a correção feita pelo Tribunal, em sede de apelação da defesa, erro material na fixação da pena. 2. Precedentes desta Corte e do Colendo Supremo Tribunal Federal. 3. *Writ* denegado⁴⁷⁷.

Assim, tratando-se de erro material, pode ser corrigido a qualquer momento, mesmo que resulte em agravamento da pena para o réu que apelou⁴⁷⁸. Portanto, o recurso em matéria penal têm a natureza de direito fundamental constitucional. A origem vem do vocábulo latino *recursus*, que significa “caminho de volta”, ou seja, “novo curso aos acontecimentos”, meio jurídico-processual para reexame de uma decisão e tem como principal base sólida o duplo grau de jurisdição.

No direito português, pedindo vênica, em vista de pertencer o direito comparado luso-brasileiro, parte temática desta tese dissertativa, é importante deixar registrado que

⁴⁷⁶ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 234893/MT**. Quinta Turma. Relatora Regina Helena Costa. Julgado em 08 de outubro de 2013. Publicado no DJe de 04 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁴⁷⁷ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 27420/SP (2003/0036429-7)**. Sexta Turma. Relator Hamilton Carvalhido. Julgado em 19 de agosto de 2003. Publicado no DJ de 08 de março de 2003, p. 391. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁴⁷⁸ “Ementa: Processo penal. *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Condenação. Pena. Erro material. Correção, em sede de apelação interposta pela defesa. *Reformatio in pejus*. Incorrência. I - Não configura *reformatio in pejus* a correção feita pelo Tribunal, em sede de apelação da defesa, de erro material na fixação da pena. II - No caso, ao proceder à dosimetria da pena, o Magistrado sentenciante fixou, claramente, em quatro anos de reclusão a pena imposta ao paciente, mas, por mero equívoco indicou, na parte dispositiva, como sendo três anos de reclusão. Trata-se, assim, de mero erro material, que pode ser corrigido do ofício pelo Tribunal. Precedentes desta Corte e do colendo Supremo Tribunal Federal. *Writ* denegado” (STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 12012/SP**. Quinta Turma. Relator Felix Fischer. Julgado em 07 de novembro de 2002. Publicado no DJ de 09 de dezembro de 2002, p. 367. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018). SANTOS, Manuel Simas. **Revisão do processo penal**: direito procesual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p.166).

similarmente ao recurso de apelação criminal previsto na legislação brasileira, no direito português, o equivalente está previsto no recurso ordinário com previsão nos artigos 427 à 436 do Código de Processo Penal, sendo que o direito ao recurso constitui importante dimensão essencial de garantias ao arguido com garantia na revisão constitucional de 1997, conforme artigo 32, nº 01 da Constituição da República portuguesa, no dizer do jurista português Manuel Simas Santos sobre reexame recursal.

Em relação ao tema, na mesma linha, considerando importante preceito constitucional recursal, de complexo de garantias de defesa, assegurados ao arguido em processo penal, tem-se os ensinamentos cosmopolita dos conceituados juristas portugueses, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁷⁹ e consolidado na jurisprudência portuguesa e brasileira, inclusive no tema de erro material, transcrita abaixo:

Processos do Supremo Tribunal Federal brasileiro e do Tribunal Constitucional português⁴⁸⁰. No mesmo sentido, referendado no Acórdão número 412 de 2015 do Tribunal Constitucional português, que considerou, como tema de direito constitucional fundamental, à reapreciação recursal criminal do arguido, em matéria de direito e de facto⁴⁸¹.

No direito comparado luso-brasileiro, no tema, o Código de Processo Penal português veda no artigo 409, nº 01, a *reformatio in pejus*, apenas admitido no referido artigo, item nº 02, o agravamento da multa, quando houver melhora econômica na situação do arguido, sendo que no direito processual penal brasileiro, é vedado integralmente a *reformatio in pejus*, ainda que no âmbito do agravamento econômico. Interessante, a reprodução da decisão Supremo Tribunal Federal brasileiro entendendo que esta situação caracteriza *reformatio in pejus*, não admitida pelo direito brasileiro. Além disso, a Corte Suprema afastou o agravamento da pena de ofício pelo Tribunal *ad quem*:

Ementa: Sentença penal. Capítulo decisório. Condenação. Pena privativa de liberdade. Reclusão. Fixação. Soma dos fatores considerados na dosimetria. Erro de cálculo. Estipulação final de pena inferior à devida. Trânsito em julgado para o Ministério Público. Recurso de apelação da defesa. Improvimento. Acórdão que, no

⁴⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1993. *Op. cit.*, p. 516.

⁴⁸⁰ STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 75633/SP**. Segunda Turma. Relator Marco Aurélio. Julgado em 17 de novembro de 1997. Publicado no DJ de 06 de fevereiro de 1998, p. 00005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.>>. Acesso em: 07 set. 2018.

⁴⁸¹ TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Processo nº 412/2015**. Disponível em: <www.tribunal.constitucional.pt/tc/acórdão>. Acesso em: 02 set. 2018.

entanto, aumenta de ofício a pena, a título de correção de erro material. Inadmissibilidade. Ofensa à proibição da *reformatio in pejus*. *Habeas Corpus* concedido para restabelecer o teor da sentença de primeiro grau. Não é lícito ao Tribunal, na cognição de recurso da defesa, agravar a pena do réu, sob fundamento de corrigir *ex officio* erro material da sentença na somatória dos fatores considerados no processo de individualização⁴⁸².

Nesse caso, apenas a defesa apelou da decisão condenatória e, não obstante o erro material de cunho aritmético contido na sentença, dele nem o Juiz sentenciante e nem o representante do Ministério Público se aperceberam, pois a decisão transitou em julgado para o Ministério Público, que não opôs embargos declaratórios e tampouco apelou. Sobreveio, portanto, preclusão máxima para o órgão acusatório.

No processo civil, o erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, até de ofício, conforme preceitua o inciso I, do artigo 463, do Código de Processo Civil brasileiro, contudo, no processo penal as regras são diferenciadas, em cujo âmbito não consta preceito idêntico, nem análogo e, como princípio cardeal, vigora a proibição da *reformatio in pejus*.

Ademais, na forma da parte final do artigo 617, do Código de Processo Penal brasileiro, o Tribunal não pode agravar a pena quando apenas o réu houver apelado da sentença. Trata-se da expressão da regra da personalidade dos recursos que, em última análise, significa que o réu recorrente não pode ter sua situação agravada quando não interposto recurso da parte contrária.

De fato, o sistema processual penal português e brasileiro vedam a *reformatio in pejus*, com exceção, de ofício a qualquer tempo, toda causa de nulidade absoluta, salvo quando agrave a situação do réu. Não pode o Tribunal em recurso exclusivo da defesa, pronunciar nulidade absoluta que, não arguida pela acusação, prejudique a defesa.

A questão interessante sobre o tema de nulidade absoluta é a questão da competência do Tribunal, porquanto é indubitoso, que o direito recursal criminal é matéria de ordem pública, diante do devido processo legal, duplo grau mínimo de jurisdição, princípio consagrado de direitos fundamentais, jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português⁴⁸³, e pela doutrina, conforme a lição do jurista português Francisco Aguiar⁴⁸⁴.

⁴⁸² STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 83545/SP**. Primeira Turma. Relator Cezar Peluso. Julgado em 29 de novembro de 2005. Publicado no DJ de 03 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

⁴⁸³ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 611/07**. Acórdão de 07 de outubro de 2009. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

Entretanto, no direito português, e será visto mais adiante a competência, cuja nulidade pode ser decretada, em tema recursal, no direito português, face às alterações do Código de Processo Penal, diante das Leis nº 59/1998 e 48/2007, Livro IX dos recursos⁴⁸⁵.

Entretanto, é importante deixar registrado que hoje prevalece a hipervalorização do caso julgado, assegurando a segurança jurídica e dificultando a revisão das condenações injustas. A revisão da sentença penal absolutória, ainda que *em pejus*, foi consagrada no sistema processual inquisitório francês, partindo da premissa da sentença provisória e registrando novo julgamento com o processo reaberto na hipótese de novos meios de prova. Entretanto, importante registrar que o erro e a injustiça têm efeitos nocivos em tema penal, motivo pelo qual há necessidade de possibilitar ao arguido o direito recursal de reexame do seu caso, mesmo porque o artigo 20, nº 02, da Constituição da República portuguesa, assegura que “a todos os cidadãos é garantido o acesso aos Tribunais para a defesa dos seus direitos”. No mesmo sentido, numa linha de direito comparado o artigo 5º, inciso LV da Lei Fundamental brasileira, no sentido de assegurar “o devido processo legal com os meios recursais, ampla defesa e contraditório”, matéria processual penal com previsão também no artigo 399 do Código de Processo Penal português e 574 do Código de Processo Penal brasileiro com amplos poderes de cognição do magistrado, que com precisão relata Eduardo Henriques da Silva Correia⁴⁸⁶, respaldado por forte tendência jurisprudencial.

Evidente, que o recurso penal, seja em instância ordinária, seja extraordinária, por via revisional, consta do artigo 2º, do protocolo nº 07 `a Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, consta do artigo 32, nº 01, da Constituição da República portuguesa e no direito comparado, inserto no artigo 5º, inciso LV da Lei Fundamental da República brasileira, portanto, um direito fundamental do arguido, lembrando que eventuais alterações, sobre o limite de pena, em matéria criminal, isoladamente ou em concurso de crimes, como já aconteceu no sistema legal lusitano com às alterações ao Código de Processo Penal com às Leis nº 59/98 e nº 48/2007, em conflito de competência para exame da visa recursal de decisões do Tribunal do Júri e do Tribunal Coletivo para à alçada do Tribunal da Relação ou Supremo Tribunal de Justiça - STJ, limite de pena condenatório nos

⁴⁸⁴ AGUILAR, Francisco. **Direito ao recurso, grau de jurisdição e celeridade processual**. In: *O Direito*. Ano 138, nº II, Coimbra: Almedina, 2006. p. 307.

⁴⁸⁵ STF, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 160**. Enunciado: “é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”. Data da aprovação: 13 de dezembro de 1963. Fonte de publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STF/160.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁴⁸⁶ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. 1948. *Op. cit.*, p. 301.

limites de cinco e oito anos de prisão, há entendimento jurisprudencial que o recurso se rege pela lei vigente à data da decisão recorrida, tema analisado por Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁸⁷ e no direito comparado inexistente divergência na doutrina, jurisprudência e no sistema legal brasileiro.

No tema, o Tribunal da Relação de Lisboa, vem se posicionando na questão do limite da pena, para definir a sua competência recursal, no mesmo direcionamento do Supremo Tribunal de Justiça, porém, com a ressalva que não cabe à esta Tribunal o reexame de matéria de facto, a não ser nos viços previstos no artigo 410, nº 02, do Código de Processo Penal português. Importante assinalar que sobre a questão o ilustrado jurista português Oliveira Ascensão⁴⁸⁸ se pronunciou a interpretação da razoabilidade, pois o direito recursal é sagrado e assegurado, seja para o Tribunal da Relação ou Supremo Tribunal de Justiça⁴⁸⁹.

Na tese de origem francesa, a sentença é um ato provisório e, portanto, não há sentença vitalícia, sob o manto do caso julgado, decisão sujeita a modificação e substituição, notadamente a decisão absolutória, não vingando e não prevalecendo modernamente no direito global, pela necessidade de fortalecer a segurança jurídica, dando ênfase ao caso julgado.

A provisoriedade da sentença teve evidência, quando o sistema inquisitório do processo penal estava em evidência. Entretanto, passou por uma evolução para o ponto de equilíbrio ponderado, entre a possibilidade de rever sentenças injustas com maior flexibilidade e a segurança jurídica, conexas ao caso julgado, porquanto à infalibilidade da sentença penal, não pode ser tratado como uma certeza jurídica.

Logo, a possibilidade de uma sentença injusta é um considerável fato real, portanto autorizando à previsão de mecanismos como uma verdadeira ponte de ouro para contornar a

⁴⁸⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 1186.

⁴⁸⁸ OLIVEIRA, Ascensão. **O direito, introdução e teoria geral**: uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Almedina, 2007. p. 392.

⁴⁸⁹ TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Processo nº 565/07**. Acórdão de 03 de janeiro de 2008. Disponível em: <www.tribunal.constitucional.pt/tc/acórdão>. Acesso em 02. out. 2018. Ainda: STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 4459/07**. Acórdão de 23 de novembro de 2007. 5ª Secção. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018. STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 110/08**. Acórdão de 30 de abril de 2008. 5ª Secção. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018. STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 471/06**. Acórdão de 07 de fevereiro de 2006. 5ª Secção. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018. STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 2423/06**. Acórdão de 13 de julho de 2006. 5ª Secção. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018. TRL, Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão nº 8/2007**. Publicado em 04 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.trl.mj.pt/inicio/home.php>>. Acesso em: 02 out. 2018.

situação⁴⁹⁰, porque é um erro pensar sobre a possibilidade de inexistência de uma sentença injusta.

Existem correntes de idéias que valorizam o valor absoluto do caso julgado, admitindo que a sentença não pode ser modificada, notadamente porque afrontaria o princípio da verdade, resguardado pelo império do caso julgado, podendo ser manejado à *exceptio rei judicatae*. Porém, a verdade é que a presunção da verdade fática e de direito, que teve como fonte de verdade o processo civil, hoje está devidamente inserido no processo penal⁴⁹¹.

Conforme Jorge de Figueiredo Dias⁴⁹², o ponto ponderável entre as duas linhas de princípio e entendimento sobre o tema, foi desprezada por Arturo Rocco, que sempre defendeu a verdade alcançável e consequentemente o caso julgado, justificando a correspondência entre o fato e a verdade judicialmente declarada. Ainda segundo Jorge de Figueiredo Dias⁴⁹³, o citado autor assinala e admite que o caso julgado “constituiria a última palavra e a última *ratio* da juridicidade”. Prossegue explicando que “seríamos conduzidos a uma absoluta prevalência da segurança jurídica sobre a justiça, postergando-se assim a sua realização, como finalidade do processo penal”. Recorde-se que Francesco Carnelutti⁴⁹⁴ criticou pelo excesso da presunção da verdade da sentença transitada em julgado, visto que a justiça da decisão não era considerada.

Importante salientar que a sentença penal, ainda quando contenha gritante erro judiciário, quando de natureza absolutória, diretriz acolhida na maioria dos países, como o Brasil e Portugal, se reveste uma vez transitada em julgado, de autoridade incontestável e, como tal, não admite revisão (artigo 621, do Código de Processo Penal brasileiro⁴⁹⁵).

O processo penal não é estruturado a partir de preceitos do processo civil, mas por regras próprias, em razão da prevalência dos interesses públicos que constituem a substância e o objeto permanente do conflito jurídico típico que se presta a decidir e, principalmente, por força do valor supremo do direito à liberdade, do qual o processo é concebido e disciplinado, como instrumento máximo de tutela. Por isso a melhor solução, em tese, é que Tribunal não

⁴⁹⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado da. **A proibição de dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30-31.

⁴⁹¹ MERCONE, Mario. *Op. cit.*, p. 640.

⁴⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal I: parte geral - questões fundamentais - a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 42.

⁴⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. 2000. *Op. cit.*, p. 125.

⁴⁹⁵ “Artigo 621: a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” (Código de Processo Penal brasileiro).

pode, sob o argumento de corrigir erro material aritmético, agravar a reprimenda imposta ao paciente. Nesse contexto, assinala Eduardo Correia⁴⁹⁶, que “o fundamento central do caso julgado penal radica-se numa concessão prática às necessidades de garantir a certeza e a segurança do direito”.

Referida questão já está pacificada no sistema penal português, inclusive pelo meio da fixação de Jurisprudência com previsão nos artigos 437 a 448 do Código de Processo Penal português, fato que levou os notáveis juristas portugueses, Simas Santos e Leal Henriques, afirmarem que o “recurso de fixação de jurisprudência visa combater a jurisprudência por vezes flutuante e variável dos Tribunais superiores brasileiros, geradora de incertezas no mundo do direito e altamente desprestigiante para as instituições encarregadas da administração da Justiça”.

No direito comparado luso-brasileiro, no sistema brasileiro, não há previsão de fixação de jurisprudência ao nível infraconstitucional, com previsão Código de Processo Penal brasileiro, somente nos Tribunais nos regimententos do Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Justiça do Estado, equivalente ao Tribunal das Relações. Entretanto no tema de Recurso Ordinário em relação às decisões do Tribunal do Júri, tanto no sistema português, artigos 427 à 432 do Código de Processo Penal português, como no sistema brasileiro também cabe apelação criminal, (artigo 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal). Veja que interessante acórdão no sistema brasileiro:

Ementa: *Habeas Corpus*. Constitucional. Artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal de 1988. Violação da soberania dos veredictos júri. Não ocorrência. Decisão sujeita a controle do Tribunal ad quem. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Anulação. Juízo de cassação, não de reforma. Identificação do cadáver. Matéria fático-probatória. 1. A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, não sendo absoluta, está sujeita a controle do juízo *ad quem*, nos termos do que prevê o artigo 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal. Resulta daí que o Tribunal de Justiça do Paraná não violou o disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal de 1988 ao anular a decisão do Júri sob o fundamento de ter contrariado as provas coligidas nos autos, Precedentes. 2. O Tribunal local proferiu juízo de cassação, não de reforma, reservando ao Tribunal do Júri, juízo natural da causa, novo julgamento. 3. A controvérsia a respeito da identidade da vítima demanda, para seu deslinde, aprofundado reexame de fatos e provas, inviável em *Habeas Corpus*. Ordem denegada.

⁴⁹⁶ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. 1948. *Op. cit.*, p. 302.

Ainda sobre o tema transcreve-se às observações acima dos juristas Simas Santos e Leal Henriques⁴⁹⁷, de que quando o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de direito, assentem em soluções opostas, cabe recurso para o pleno das secções criminais do acórdão proferido em último lugar⁴⁹⁸.

Importante afirmar, que o Tribunal do Júri é uma instituição com previsão no Código de Processo Penal português, artigo 13 e no Capítulo II do Código de Processo Penal, brasileiro, por força da Lei nº 11.689 de 09 de junho de 2008, com assento constitucional, portanto similarmente no direito comparado luso-brasileiro⁴⁹⁹.

Ao discorrer sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci⁵⁰⁰ destaca que “a soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular” e Manuel Simas Santos e Manuel Leal Henriques⁵⁰¹, consideram o meio recursal, como garantias de defesa asseguradas pelo artigo 32, da Constituição da República portuguesa e no acesso aos Tribunais, inclusive ao Júri, estabelecido no nº 2, do artigo 20, do mesmo diploma fundamental.

Ainda, no direito comparado, luso-brasileiro, em ambos os sistemas processuais penais, no tema do Tribunal do Júri, existe o princípio do duplo grau de jurisdição, por meio do qual se assegura a revisão da decisão do Júri pelo Tribunal togado, então se verifica que esta soberania não é tão “soberana”. No entanto, no caso de confronto entre esses dois princípios, o da soberania dos veredictos e o do duplo grau de jurisdição, os Tribunais recursais poderão reexaminar as decisões e acórdãos do Tribunal do Júri ou coletivos, este no

⁴⁹⁷ SANTOS, Manuel Simas; HENRIQUES, Manuel Leal. **Recursos penais**. 8. ed. Rei Livros, 2011. p. 623.

⁴⁹⁸ STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 94052/PR**. Segunda Turma. Relator Eros Grau. Julgado em 14 de abril de 2009. Publicado no DJe-152 de 13 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus>>. Acesso em: 02 out. 2018. Em acórdão que reconhece, apenas, o *error in judicando*. Julgamento *ultra petita*. Violação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Enunciado da Súmula nº 713 do Supremo Tribunal Federal. Concessão da ordem. 1. Quando o Ministério Público apela com fundamento no artigo 593, inciso II, alínea “d”, do Código de Processo Penal, por entender que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, é evidente a nulidade por violação ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* quando Corte revisora reforma a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau reconhecendo *error in judicando*. 2. Nos termos do Enunciado da Súmula nº 713 do Supremo Tribunal Federal “o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”. 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau” (STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 95509/MS (2007/0282785-8)**. Quinta Turma. Relatora Laurita Vaz. Julgado em 03 de fevereiro de 2009. Publicado no DJe de 09 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 08 set. 2018).

⁴⁹⁹ Artigo 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. XXXVIII - é reconhecida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; [...]” (Constituição Federal de 1988).

⁵⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 387.

⁵⁰¹ SANTOS, Manuel Simas; HENRIQUES, Manuel Leal. *Op. cit.*, p. 663 e 664.

sistema português, pois não previsto no direito processual penal brasileiro, no caso para o Supremo Tribunal de Justiça português, diretamente, em matéria de direito, com pena de prisão superior a cinco anos, sendo que em outras hipóteses, no sistema português, para o Tribunal da Relação e similarmente no sistema brasileiro para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal (matéria de direito exclusivo) ou Tribunal de Justiça (matéria de direito e facto), conforme os ensinamentos do jurista brasileiro Julio Fabbrini Mirabete⁵⁰² e dos juristas portugueses Luís Duarte Manso e Erica Manso Dias⁵⁰³.

Ainda sobre o tema, Julio Fabbrini Mirabete⁵⁰⁴, diante do sistema de recursos, defende que a soberania do Tribunal do Júri, não é absoluta, assunto em tema recursal, exposto pelo jurista português António Pereira Madeira⁵⁰⁵, similarmente em sua obra doutrinária com grande destaque no direito comparado luso-brasileiro, em relação ao instituto da competência recursal.

Sobre o mesmo assunto, importante consultar a obra de Jorge de Figueiredo Dias⁵⁰⁶ e também a doutrina sobre o tema do jurista brasileiro, Vicente Grecco Filho⁵⁰⁷, que sustentam à ilustração do que se pretende demonstrar nesta tese.

Outra questão importante em matéria recursal são os efeitos de uma sentença ou acórdão proferido em processo não penal ou penal num processo penal, que evidentemente somente terá efeitos processuais após o trânsito em julgado, pois assim não será suscetível de ser modificada ou alterada, estando em condições de produzir efeitos na ordem jurídica.

No tema recursal são essenciais às lições de Damião da Cunha⁵⁰⁸ e Germano Marques da Silva⁵⁰⁹, pois o importante no sistema de provas e recursos é a busca da verdade material mais próxima e possível dos acontecimentos e diante da referida assertiva é possível que o Tribunal Recursal possa anular a decisão do Tribunal do Júri, sem afrontar o princípio da soberania dos jurados, visto que a busca da verdade com a reconstituição histórica dos factos deve prevalecer não podendo a soberania do júri ser absoluta.

No entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não afronta o princípio constitucional da

⁵⁰² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 496.

⁵⁰³ DUARTE, Manso Luís; NEVES, Dias Erica. **Direito processual penal**. 2. ed., rev., vol. II. QUID JURIS. 2009. p. 68.

⁵⁰⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 641.

⁵⁰⁵ MADEIRA, António Pereira; *et. alli*. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed., rev. Almedina, 2016. p. 407.

⁵⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. 1988-1989. *Op. cit.*

⁵⁰⁷ GRECO FILHO, Vicente. 1998. *Op. cit.*, p. 330.

⁵⁰⁸ CUNHA, José Manuel Damião da. **Algumas questões do atual regime de recursos em processo penal, integralmente e notadamente**. RPCC, ano 22, nº 02. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 793.

⁵⁰⁹ SILVA, Germano Marques da. 2009. *Op. cit.*, integralmente e p.137

soberania dos vereditos, quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, “cabendo, inclusive revisão criminal, diante de uma decisão injusta ou novos fatos ou meios de prova”, conforme a precisão do jurista português Germano Marques da Silva⁵¹⁰, similarmente ao direito procesual penal brasileiro⁵¹¹.

4.1.2 Revisão Criminal

Na ordem jurídica portuguesa e brasileira, as decisões judiciais podem ser impugnadas por recursos ordinários e por ações autônomas de impugnação, com natureza de recurso extraordinário. O recurso é usado dentro do processo onde é emitida a sentença, é um remédio jurídico-processual que permite a provocação do reexame de uma decisão, como o recurso ordinário no direito processual português, com previsão no artigo 399 e seguintes do Código de Processo Penal ou o similar no direito processual penal brasileiro denominado recurso de apelação com previsão no artigo 593 do Código de Processo Penal.

Na hipótese de recurso extraordinário, tem-se o instituto da revisão criminal, que conforme o jurista Sérgio de Oliveira Médici⁵¹², é uma garantia constitucional, “cujo fundamento consiste na defesa do condenado em face da sentença caracterizada por erro judiciário”. No mesmo sentido Jorge de Figueiredo Dias⁵¹³ afirma “que a segurança é um dos fins prosseguidos pelo processo penal, mas isto não impede que institutos como o do recurso de revisão contenham na sua própria razão de ser um atentado frontal àquele valor, em nome das exigências da justiça”. Aliás, a doutrina debate até hoje a natureza jurídica da revisão criminal, se de recurso, ação ou remédio extraordinário de garantia constitucional⁵¹⁴.

Este tópico trata especificamente da revisão criminal, que é uma peculiar espécie de ação autônoma de impugnação, motivo pelo qual pode ser confundida com “recurso”, porém, o melhor entendimento doutrinário que é uma ação penal, que se destina a corrigir decisão judicial. Importante assinalar que a revisão criminal tem o propósito de reparar a injustiça, em

⁵¹⁰ SILVA, Germano Marques da. 2009. *Op. cit.*, integralmente e p.137.

⁵¹¹ STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 111207/ES**. Segunda Turma. Relatora Cármen Lúcia. Julgado em 04 de dezembro de 2012. Publicado no DJe-246 de 14 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 set. 2018.

⁵¹² MÉDICI, Sergio de Oliveira. **Revisão criminal**. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 250.

⁵¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. 1988-1089. *Op. cit.*, p. 795.

⁵¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. p. 803.

face do arguido cabendo à anulação da sentença originária nas hipóteses legais previstas em lei em perfeita sintonia com o princípio constitucional.

No que versa sobre a história da revisão criminal no Brasil, o inciso III e parágrafos do artigo 9º, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, inseriu tal remédio processual na legislação brasileira, inserido-a no Capítulo II, que atribuiu a competência ao Supremo Tribunal Federal. Desde então, começou a ser possível a revisão criminal de processos findos com sentença penal condenatória:

Artigo 9º: compete ao Tribunal: [...]; III. proceder à revisão dos processos criminaes em que houver sentença condemnatoria definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou Tribunal julgador. Parágrafo 1º: este recurso é facultado exclusivamente aos condemnados, que o interporão por si ou por seus representantes legais nos crimes de todo genero, exceptuadas as contravenções. Parágrafo 2º: a pena poderá ser relevada ou attenuada quando a sentença revista for contraria a direito expresso ou á evidencia dos autos, mas em nenhum caso poderá ser agravada. Parágrafo 3º: no caso de nullidade absoluta ou de pleno direito, o réo poderá ser submettido a novo julgamento. Parágrafo 4º: em acto de revisão é permittido conhecer de factos e circumstancias que, não constando do processo, sejam entretanto allegados e provados perante o Supremo Tribunal. Paágrafo 5º: a revisão será provocada por petição instruida com a certidão authentica das peças do processo e mais documentos que o interessado queira juntar, independentemente de outra qualquer formalidade. Parágrafo 6º: o Supremo Tribunal poderá exigir do juiz ou Tribunal recorrido os documentos ou informações e mais diligencias que julgar necessarias para o descobrimento da verdade (*sic*)⁵¹⁵.

No ano seguinte, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 81, abonou o instituto da revisão criminal com o *status* constitucional:

Artigo 81: os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em beneficio dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença. Parágrafo 1º: a lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República. Parágrafo 2º: na revisão não podem ser agravadas as

⁵¹⁵ BRASIL, Legislação. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

penas da sentença revista; parágrafo 3º: as disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares.

Essa situação foi mantida pelo artigo 78, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934:

Artigo 78: a lei criará Tribunais federais, quando assim o exigirem os interesses da Justiça, podendo atribuir-lhe o julgamento final das revisões criminais, excetuadas as sentenças do Supremo Tribunal Militar, e das causas referidas no artigo 81, letras “d”, “g”, “h”, “i”, e “l”; assim como os conflitos de jurisdição entre Juízes federais de circunscrições em que esses Tribunais tenham competência. Parágrafo único: caberá recurso para a Corte Suprema, sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional e, ainda, nos casos de denegação de *habeas corpus*.

Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937 não previu o instituto da revisão criminal, porém o Código de Processo Penal de 1941, que surgiu depois, ainda na vigência desta Constituição Federal, consagrou-o nos artigos 621 e seguintes.

Desde então, todas as normas constitucionais e infraconstitucionais contemplaram a revisão criminal de sentenças findas. Na Constituição Federal de 1988 a revisão criminal, apesar de não figurar entre as regras relacionadas aos direitos e garantias fundamentais, é de natureza jurídica de ação constitucional e tratada como um direito fundamental do condenado. É o que se extrai da interpretação do inciso LXXV, do parágrafo 5º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso, além do tempo fixado na sentença”.

Destaca-se que no Brasil, desde sempre, a revisão criminal é admitida como remédio a ser usado exclusivamente pela defesa, e desde que atendido o pressuposto primordial da existência de um processo penal com sentença absolutória imprópria ou condenatória transitada em julgado ou acórdão condenatório ou absolutório impróprio.

A revisão criminal é um remédio penal criado para ser usado contra decisões com erros, incluída à injustiça no julgamento, certificados depois da sentença condenatória transitada em julgado. As hipóteses que comportam a revisão criminal, segundo o artigo 621, do Código de Processo Penal brasileiro *caput* e incisos são: sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; sentença condenatória fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; e a descoberta, depois da

sentença, de novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. A partir desses preceitos, a revisão criminal também pode ser utilizada pela defesa, para modificar sentença do Tribunal do Júri transitada em julgado. No direito português o artigo 499 do Código de Processo Penal elenca às hipóteses admitidas de revisão criminal.

No Código de Processo Penal brasileiro, a revisão criminal está inserida no Título II, do Livro III, que disciplina os recursos em geral. Contudo, sua posição no texto normativo, não a transforma em recurso. Segue sendo uma espécie de ação de impugnação autônoma, não se sujeitando nem aos requisitos dos recursos, porém há necessidade de decisão judicial transitada em julgado, ou seja, a revisão criminal pode atacar decisões já transitadas em julgado⁵¹⁶.

O fundamento da revisão criminal é assim explanado por Fernando da Costa Tourinho Filho e por Jorge de Figueiredo Dias, em ordem sucessiva:⁵¹⁷:

A atividade jurisdicional, como outra de qualquer setor da atividade humana, está sujeita a erros. A justiça é feita pelos homens, simples criaturas humanas, sem o dom da infalibilidade. [...] Aliem-se, ainda, a ilusão, a emoção, a falta de atenção, o transcurso do tempo, a brevidade da percepção e outras causas. Tudo são fatores que produzem má apreciação do fato objeto do processo. [...] Não houvesse órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores para controlar e reexaminar as decisões provindas dos órgãos inferiores, inegavelmente a situação seria de descalabro. Mesmo fazendo uso dos meios legais de impugnação da decisão, há um momento em que impossível se torna outra reexame: quando se esgotam todas as instâncias. O ato jurisdicional torna-se irrecorrível, e a sentença, justa ou injusta, é considerada inatacável e irrevogável. Torna-se ela, então, inimpugnável (coisa julgada formal), impedindo, também, que em outro qualquer juízo se instaure outro processo sobre o mesmo litígio (coisa julgada material). A segurança é um dos fins prosseguidos pelo processo penal, mas isto não impede que institutos como o do recurso de revisão contenham na sua própria razão de ser um atentado frontal àquele valor, em nome das exigências da justiça. Acresce que só dificilmente se poderia erigir a segurança em fim ideal único, ou mesmo prevalente, do processo penal. Ele entraria então constantemente em conflitos frontais e inescapáveis com a justiça; e, prevalecendo sempre ou sistematicamente sobre esta, pôr-nos-ia face à insegurança do injusto que,

⁵¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 613.

⁵¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 2009b. *Op. cit.*, p. 921. DIAS, Jorge de Figueiredo. 1988-1989. *Op. cit.*, p. 795.

hoje, mesmos os mais cépticos têm de reconhecer não passar de uma segurança aparente e ser só no fundo, a força da tirania.

Como se trata de uma ação autónoma destinada à revisão de sentença transitada em julgado, insere-se naturalmente numa zona de muita tensão entre a segurança jurídica garantida pelo princípio do caso julgado e o valor justiça assegurado pela ação de revisão criminal. A solução do impasse perpassa, necessariamente, pelo princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado, vale dizer, da mutabilidade e a rediscussão da decisão transitada em julgado, sob o manto da realização da verdadeira justiça. Trata-se de norma excepcional, com a vulnerabilidade do caso julgado, restrição excepcional do princípio da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito, com fundamento no artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa e o artigo 4º, parágrafo 2º, do protocolo adicional nº 07 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Há, portanto, quebra do caso julgado, quando se maneja o instituto da revisão criminal, lembrando que em referência ao caso julgado, os romanos já comentavam: *res judicata pro veritate accipitur* (o caso julgado é aceito como verdade) e no direito constitucional brasileiro, o caso julgado está inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, nos sistemas democráticos português e brasileiro, como consequência natural à imutabilidade da sentença de mérito, há intangibilidade do caso julgado, entretanto, pode, em regra em processo penal condenatório ser desconsiderado o caso julgado, em detrimento de outro valor relevante constitucional que é a sentença justa e sem erros formais ou materiais.

Portanto, em tema processual penal, à presunção da sentença ou acórdão transitado em julgado, tem natureza relativa (*juris tantum*), prevalecendo o caso julgado, enquanto não desconstituída por via da revisão criminal. Assim, em tema penal o caso julgado tem valor de relatividade. Não prevalecendo o adágio *res judicata veritas est*. O Poder Judiciário, em função de Estado-Juiz, deve rever injusta condenação do arguido, admitindo à revisão criminal, em regra majoritária, no sentido de *reformatio in melius*, com novas provas, acolhida à revisão criminal, pode anular o processo, alterar a classificação da infração, absolver o arguido ou modificar a pena. No direito brasileiro não se admite à revisão *pro societate*, porém admitido no direito comparado em Portugal, conforme artigo 449, alíneas “a” e “b”, do Código de Processo Penal Lusitano.

Portanto, extrai-se do exposto que o caso julgado é a regra, seja qual for à natureza do processo e somente pode o caso julgado ser rediscutido, quando ocorrer erro, ilegalidade ou injustiça da condenação e a revisão criminal da sentença transitada em julgado é admissível, ocorrendo novos factos ou meios de prova, que levem fortes dúvidas sobre a justiça da condenação e assim, o Código de Processo Penal português prevê, entre os recursos ordinários e extraordinários à revisão criminal no artigo 449 e segs do referido diploma legal.

É preciso destacar, contudo, que a revisão criminal é uma medida de cunho excepcional e restrito, eis que só cabe nas situações em que a lei prevê de forma expressa, para preservar os princípios do caso julgado e da segurança jurídica expressamente previstos em lei e com forte amparo da doutrina e da jurisprudência. Por isso é que se deve repudiar o entendimento, que tende a visualizar na revisão criminal, um instrumento comum de oposição à decisão judicial, que se equipara ao recurso ordinário no sistema português e o recurso de apelação, no sistema brasileiro. Nesse sentido:

Apenas em casos excepcionais, taxativamente arrolados pelo legislador, prevê o ordenamento jurídico a possibilidade de desconstituir-se a coisa julgada por intermédio da ação de revisão criminal e da ação rescisória para o juízo cível. Isto ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselha a prevalência do valor justiça sobre o valor certeza. No mesmo sentido, a lição dos conceituados juristas portugueses, Manuel Simas Santos e Manuel Leal Henriques⁵¹⁸.

A revisão criminal, no sistema brasileiro, pode ser usada apenas como defesa do réu e será processada, quanto às condenações por ele proferidas, pelo Supremo Tribunal Federal e, nos demais casos, pelo Tribunal Federal de Recursos, e pelos Tribunais de Justiça ou de Alçada. No Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos o processo e julgamento obedecerão ao que for estabelecido no respectivo regimento interno.

Já nos Tribunais de Justiça ou de Alçada, o julgamento será efetuado pelas câmaras ou turmas criminais, reunidas em sessão conjunta, quando houver mais de uma, e, no caso contrário, pelo Tribunal pleno. Por fim, nos Tribunais onde houver quatro ou mais câmaras ou turmas criminais, poderão ser constituídos dois ou mais grupos de câmaras ou turmas para o

⁵¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 237. SANTOS, Manuel Simas; HENRIQUES, Manuel Leal. *Op. cit.*, p. 1043.

julgamento de revisão, obedecido o que for estabelecido no respectivo regimento interno (artigo 624, *caput*, incisos e parágrafos, do Código de Processo Penal brasileiro).

No direito comparado em relação ao sistema português, objeto desta tese, a revisão de sentença transitada em julgado é admissível nas hipóteses previstas no artigo 449 do Código de Processo Penal português, havendo definitividade da sentença, ou seja, caso julgado, com esgotamento das vias de recurso ordinário, tendo com fundamento jurídico novos fatos ou vício fundamental do processo, portanto cabe revisão de sentença transitada em julgado *pro societate* ou *pro reo*.

No cason de revisão criminal para absolvição do réu, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no sentido de ser via restrita às hipóteses legais:

Ementa: Recurso especial. Processual penal. Crime doloso contra a vida. Tribunal do júri. Condenação. Revisão criminal. Absolvição. Possibilidade. Direito de liberdade. Prevalência sobre a soberania dos veredictos e coisa julgada. Recurso ministerial a que se nega provimento. 1. É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri. 2. Em homenagem ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição, as normas constitucionais não podem ser interpretadas de forma isolada, mas como preceitos integrados num sistema unitário, de modo a garantir a convivência de valores colidentes, não existindo princípios absolutos no ordenamento jurídico vigente. 3. Diante do conflito entre a garantia da soberania dos veredictos e o direito de liberdade, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário. 4. Não há falar em violação à garantia constitucional da soberania dos veredictos por uma ação revisional que existe, exclusivamente, para flexibilizar outra garantia de mesma solidez, qual seja, a segurança jurídica da Coisa Julgada. 5. Em uma análise sistemática do instituto da revisão criminal, observa-se que entre as prerrogativas oferecidas ao Juízo de Revisão está expressamente colocada a possibilidade de absolvição do réu, enquanto a determinação de novo julgamento seria consectário lógico da anulação do processo. 6. Recurso a que se nega provimento (grifo não do original)⁵¹⁹.

No mesmo sentido a jurisprudência portuguesa de que “só circunstâncias substantativas e imperiosas (*substantial and compelling*) devem permitir a quebra do

⁵¹⁹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 964978/SP (2007/0149368-9)**. Quinta Turma. Relatora Laurita Vaz. Julgado em 14 de agosto de 2012. Publicado no DJe de 14 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 set. 2018.

julgado”⁵²⁰, que no dizer de Paulo Pinto de Albuquerque⁵²¹, visa impedir “que o recurso extraordinário não se transforme em uma apelação disfarçada (*appeal in disguise*)”.

No caso de publicação de lei penal mais favorável ao arguido, após o trânsito em julgado, o magistrado judicial, deve aplicar a lei mais favorável, face ao caput e inciso XL, do artigo 5º da Lei Fundamental brasileira e no mesmo sentido à legislação portuguesa com fundamento nos artigos 2º, nº 04 do Código Penal e 29, nº 04 da Constituição da República portuguesa, transcrevendo o disposto no *caput* e inciso XL, do artigo 5º, da Constituição brasileira:

Artigo 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; [...].

Disso, deduzi-se que à luz da ordem jurídica portuguesa e brasileira, o elenco das hipóteses de admissibilidade da revisão criminal é taxativo, de acordo com os artigos 449, nº 01 e 621, incisos I, II e III, dos Códigos de Processo Penal português e brasileiro, importante assinalar sobre o debate da natureza jurídica da revisão criminal. Entende-se que a revisão criminal é uma ação autônoma de natureza extraordinária. Entretanto, o tema é desafiante e a presente investigação parte desse pressuposto, a partir da compreensão da justiça e do direito, diante de conflitos notórios por ponderação entre os institutos do caso julgado e da revisão criminal, pois há um conflito, verdadeiro problema a resolver, diante dos caminhos opostos, pois o caso julgado leva à ideia de sua intangibilidade e invulnerabilidade e à revisão criminal parte do princípio que visa a corrigir decisão judicial, sem possibilidade recursal com o fim de rompimento do caso julgado na busca da verdade, levando muitas vezes à insegurança jurídica, porém são dois valores opostos ao nível constitucional, numa perfeita sintonia, pois prevalece o respeito ao caso julgado, mas admite-se excepcionalmente a sua flexibilização, na forma expressa da lei, que prevê textualmente as hipóteses de cabimento, como quando se constatar que a decisão transitada em julgado, não está de acordo com o senso comum de justiça, ou quando o princípio do caso julgado se sobrepõe aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que lhes são hierarquicamente superiores.

⁵²⁰ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 490/00**. Acórdão de 10 de março de 2010. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁵²¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 1206.

A revisão criminal existe porque uma condenação injusta traz prejuízos não apenas ao condenado, como a sociedade, citando, como exemplo, a sentença condenatória apoiada exclusivamente em depoimentos comprovadamente falsos, então o caso julgado fica vulnerável à revisão criminal, desacreditando a justiça.

Com efeito, impõe-se a necessidade de garantir a segurança jurídica, porém é verdade que excepcionalmente admite-se à revisão criminal visando impugnar as decisões condenatórias injustas, restabelecendo a veracidade no processo penal, julgando procedente o pedido revisional, podendo o Tribunal anular o processo, alterar a classificação da infração, modificando a penal ou absolvendo o arguido, vedando a *reformatio in pejus*.

Atualmente os ordenamentos jurídicos em geral, admitem a relativização do princípio do caso julgado penal, que embora seja um instituto imprescindível à ordem jurídica, o sistema de direitos não admite a permanência de sentença condenatória manifestamente injusta, sendo que “o remédio jurídico-processual que permite reabrir o processo, em que se cometeu a injustiça, rasgando-se o selo da intangibilidade, é a revisão criminal” que como já salientado pelo jurista alemão Claus Roxin⁵²² visa afastar erros judiciais em sentenças com natureza de caso julgado e que nos dizeres de Paulo Pinto de Albuquerque⁵²³, “havendo contradição entre os factos que serviram de fundamento à condenação e os dados como provados noutra sentença, a sentença criminal pode ser revista, se da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação”⁵²⁴ que presume a imutabilidade da sentença penal transitada em julgado, lembrando a sua conexão com a certeza e segurança jurídica, “sendo um instrumento técnico que assinala o fim do processo”.

Interessante registrar que a legislação portuguesa permite a revisão *pro societate* enquanto a Lei Processual Penal brasileira fica arcaica e desatualizada por não se admitir a revisão criminal em favor da sociedade, o que leva ao reconhecimento de que a *res judicata* não admite acusação sucessiva, diante do princípio *ne bis in idem*, existindo monografias relevantes que tratam do referido princípio⁵²⁵.

O caso julgado responde a necessidades imperiosas de segurança jurídica. O comprometimento do caso julgado, que pode ser vulnerado, excepcionalmente, em certas hipóteses, como já examinado, na medida em que a intangibilidade do caso julgado têm fundamentos nas exigências de certeza e segurança jurídica⁵²⁶.

⁵²² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p.492-493.

⁵²³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 1206-1207.

⁵²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 2009b. *Op. cit.*, p. 922.

⁵²⁵ SILVA, Germano Marques da. 2009. *Op. cit.*, p. 40.

⁵²⁶ CUNHA, José Manuel Damião da. 2009. *Op. cit.*, p. 204, nota 21.

O princípio de revisão da sentença penal impugnada deve considerar a sentença, um direito indispensável, devendo ser feito o encadeamento do recurso de revisão, em conjunto com o caso julgado, mesmo porque, a intangibilidade do caso julgado é quebrado, em nome do princípio da justiça, que em confronto constitucional deve prevalecer sobre o princípio da segurança jurídica⁵²⁷.

Partilha-se desse entendimento, visto que o recurso de revisão é justificado no processo penal em nome da verdade material, afastando a sentença injusta⁵²⁸. Nesse sentido, João Conde Correia⁵²⁹ defende a necessidade de intervenção judicial, evitando-se à execução de uma pena injusta.

Importante assinalar que o já citado artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa, consagra ao direito à revisão criminal, meio adequado para afastar a condenação injusta, com consequência imprevisível, como o erro judiciário, autorizando excepcionalmente o instituto da revisão, que deve ficar em controle de verificação de seus pressupostos.

A revisão da sentença penal absolutória, ainda que *em pejus* foi consagrada no sistema processual inquisitório francês, partindo da premissa da sentença provisória e registrando novo julgamento, com o processo reaberto, na hipótese de novos meios de prova⁵³⁰.

A tese de origem francesa, de que a sentença é um ato provisório e, portanto, não há sentença vitalícia sob o manto do caso julgado, sujeito a modificação e substituição, notadamente a decisão absolutória, acabou no tempo não vingando, pela necessidade de fortalecer a segurança jurídica, dando ênfase ao caso julgado. A provisoriedade da sentença teve evidência, quando o sistema inquisitório do processo penal estava em proeminência.

Contudo, houve uma evolução para o ponto de equilíbrio ponderado, entre a possibilidade de rever sentenças injustas, com maior flexibilidade e a segurança jurídica conexa ao caso julgado, porquanto a infalibilidade da sentença penal, não pode ser tratada como uma certeza jurídica. Logo, a possibilidade de uma sentença injusta, é um considerável fato real, autorizando a previsão de mecanismos, como uma verdadeira ponte de ouro para contornar a situação⁵³¹, porque é um erro pensar sobre a possibilidade de inexistência de uma sentença injusta. Há corrente de ideias, que valoriza o valor absoluto do caso julgado, admitindo-se, que a sentença não pode ser modificada, notadamente porque afrontaria o

⁵²⁷ MIRANDA, Jorge. 2008. *Op. cit.*, p. 278; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 265.

⁵²⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 1205-1206.

⁵²⁹ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 559.

⁵³⁰ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. 1948. *Op. cit.* p. 301.

⁵³¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado da. *Op. cit.*, p. 30.

princípio da verdade, resguardado pelo império do caso julgado, podendo ser manejado à *exceptio rei judicatae*.

Evidente, que há uma realidade, de que a presunção da verdade fática e de direito, que teve como fonte de verdade, o processo civil, hoje está devidamente inserido no processo penal⁵³². O ponto ponderável entre as duas linhas de princípio e entendimento sobre o tema, segundo Jorge de Figueiredo Dias⁵³³ foi desprezada pelo jurista italiano Arturo Rocco, que sempre defendeu a verdade alcançável e consequentemente o caso julgado, justificando a correspondência entre o fato e a verdade judicialmente declarada, concluindo que “o caso julgado consiste na última palavra e na última *ratio* da juridicidade”.

Contudo, no entendimento crítico de Jorge de Figueiredo Dias⁵³⁴ “seríamos conduzidos a uma absoluta prevalência da segurança jurídica sobre a justiça, postergando-se assim a sua realização como finalidade do processo penal” Entretanto, há um grande movimento doutrinário e jurisprudencial que procura afastar a sentença injusta com a relativização do valor do caso julgado penal, aliás, fortemente relevante com a revisão da sentença pelo arguido condenado diante da autorização expressa do item nº 06 do artigo 29 da Constituição da República portuguesa⁵³⁵. Neste sentido, importante os Estudos do jurista italiano Marco D’Orazi⁵³⁶, no sentido de que “o *ne bis in idem* perde sentido na manutenção da paz jurídica, sempre que o requerente da revisão é o condenado no processo anterior”.

Lembre-se, que Francesco Carnelutti⁵³⁷ criticou pelo excesso da presunção da verdade da sentença transitada em julgado, visto que a justiça da decisão não era considerada, mesmo porque entende-se que o princípio do *ne bis in idem* é relativo em simetria com o caso julgado, diante da revisão criminal da sentença. Não se pode esquecer que as Constituições portuguesa e brasileira, no direito comparado, amparam à revisão da sentença injusta, relevando, por parte da doutrina, uma forte contestação ao modelo do sistema penal, diante da forte contradição ao nível constitucional simultaneamente da convivência positiva dos institutos do caso julgado e da revisão criminal.

Importante salientar que a sentença penal, ainda quando contenha gritante erro judiciário, quando de natureza absolutória, diretriz acolhida na maioria dos Estados, como o Brasil, sendo que Portugal admite o recurso de revisão *in pejus*, se reveste uma vez transitada

⁵³² MERCONE, Mario. *Op. cit.*, p. 640.

⁵³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007. *Op. cit.*, p. 42.

⁵³⁴ *Idem, ibidem*, p. 42.

⁵³⁵ *Ibid*, p. 42.

⁵³⁶ D’ORAZI, Marco. **La revisione del giudicato penale**. Cedam. Padova, 2003. p. 163.

⁵³⁷ CARNELUTTI, Francesco. 2000. *Op. cit.*, p. 125.

em julgado, de autoridade incontestável e, como tal, não admite revisão (artigo 621, do Código de Processo Penal brasileiro).

O processo penal não é estruturado, a partir de preceitos do processo civil, mas por regras próprias, em razão da prevalência dos interesses públicos, que constituem a substância e o objeto permanente do conflito jurídico típico, que se presta a decidir e, principalmente, por força do valor supremo do direito à liberdade, do qual o processo é concebido e disciplinado como instrumento máximo de tutela. Por isso, a melhor solução, em tese, é que o Tribunal não pode, sob o argumento de corrigir erro material aritmético, agravar a reprimenda imposta ao paciente. Nesse contexto assinala Eduardo Correia⁵³⁸ que “o fundamento central do caso julgado penal radica-se numa concessão prática às necessidades de garantir a certeza e a segurança do direito”.

Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar, que juristas portugueses e brasileiros discutem o caso julgado nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, com destaque para Paulo Otero de Portugal e Humberto Theodoro Junior do Brasil, notadamente no ângulo da revisão ou modificação do trânsito em julgado da decisão jurisdicional. No entanto, existe uma uniformidade na doutrina, de que ocorrendo no processo originário, o contraditório, ampla defesa e a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, a segurança jurídica deve ser preservada⁵³⁹. Nesta linha é a posição de Germano Marques da Silva⁵⁴⁰, sem desprezar em conjunto com a posição de Conde Correia que sustentam o direito à revisão criminal das sentenças injustas.

Leone Giovanni⁵⁴¹ também mantém o mesmo entendimento, sustentando que o “fundamento do caso julgado também é a exigência de certeza do direito no caso concreto”, prestigiando a segurança jurídica. Em linguagem clara e oposta, está José Manuel Damião da Cunha⁵⁴² que argumenta que à autoridade do caso julgado está comprometida, portanto, à revisão da sentença *pro societate* é admitida, mas observado o princípio *ne bis in idem* como argumenta o jurista português Jorge Miranda⁵⁴³, em nome de direitos, liberdades e garantias.

A divergência sobre o tema é ampla entre os juristas italianos, franceses, uruguaio e norte-americanos, porém, tem uma uniformidade, no sentido de que a segurança jurídica é a garantidora do processo judicial, opinião que se emerge do direito canônico, registrando que

⁵³⁸ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. 1948. *Op. cit.* p. 302.

⁵³⁹ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 193.

⁵⁴⁰ SILVA, Germano Marques da. 2009. *Op. cit.*, p. 37-40.

⁵⁴¹ GIOVANNI, Leone. **Manuale di diritto processuale penale**. Jovene, 1988. p. 733.

⁵⁴² CUNHA, José Manuel Damião da. 2009. *Op. cit.*, p. 204.

⁵⁴³ MIRANDA, Jorge; *et alli*. **Constituição portuguesa anotada**. 2. ed., Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

no direito francês caso julgado é um instituto voltado para o direito material⁵⁴⁴. Entretanto, há um consenso entre juristas e doutrinadores, no sentido de que à intangibilidade e a imutabilidade do caso julgado, ainda que inserida constitucionalmente, não se trata de um princípio absoluto, porque se admite, como decidiu o Tribunal Constitucional nº 155 /2007, de 02 de março, “de que à restrição aos direitos fundamentais será admissível, se o objetivo é a necessidade de se atingirem as finalidades próprias do processo penal, como a descoberta da verdade e a realização da justiça no caso concreto”⁵⁴⁵.

Todos destacam que o recurso de revisão é a face oposta do caso julgado, em nome do princípio da justiça, em detrimento da segurança jurídica pertinente, ligado umbilicalmente ao instituto do caso julgado. Nesse raciocínio, nenhuma razão sustenta a manutenção e a execução de uma sanção injusta. Esta é a delimitação do problema da nesta investigação, ou seja, os limites e a linha de fronteira entre os institutos do caso julgado e da revisão criminal, desvendando este conflito, que leva um verdadeiro colapso à justiça penal, diante das abundantes demandas de revisão criminal, abalando a segurança jurídica e consequentemente à paz e a harmonia social, apresentando em consequências propostas inovadoras e de grande contribuição científica, navegando entre as causas desse conflito com proposições, para diminuir a tensão entre o caso julgado e a revisão da sentença, harmonizando à segurança jurídica com a reavaliação da sentença injusta.

Sobre o tema é preciso reconhecer os primeiros estudos sobre o assunto, com a relevância do jurista lusitano Paulo Otero que realizou pioneira análise sobre o assunto ao abordar a possibilidade de uma sentença transitada em julgado contrariar a Constituição, modificando o caso julgado, como forma de atender a justiça nas decisões. Dentro desta ótica, o artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa autoriza ao arguido condenado, à revisão da sentença injusta, ainda que afete à certeza do direito consolidado no caso julgado, admitindo-se, portanto, a flexibilização do caso julgado, em caráter excepcional⁵⁴⁶.

Há um raciocínio lógico, no sentido de afirmar que a formação do caso julgado deve sempre observar a sua própria constitucionalidade e também com a observância dos princípios processuais constitucionais. Entretanto, regista-se uma evolução doutrinária e jurisprudencial, no sentido de se admitir a revisão da sentença, via recurso revisional.

⁵⁴⁴ MIRANDA, Jorge. 2008. *Op. cit.*, p. 278; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 265.

⁵⁴⁵ TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 155/2007**. Acórdão de 02 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁵⁴⁶ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 193.

No sentido de ilustração pode-se citar precedentes jurisprudenciais de decisões favoráveis à relativização de sentenças transitadas em julgado, concordando com a revisão da sentença condenatória com autoridade de caso julgado⁵⁴⁷.

Nesse sentido, a doutrina, em interpretação coerente e racional, pertinentes aos juristas portugueses Conde Correia e Frederico Isasca, que sustentam sobre a realidade do arguido condenado à revisão de sentença condenatória injusta e com mais rigidez à revisão da sentença absolutória *pro societate*, ambas com natureza excepcional, decisão que corresponde a uma situação de intolerável injustiça, importando que os valores da justiça e da verdade material devem prevalecer sobre à segurança jurídica”⁵⁴⁸.

No mesmo sentido, em outra ocasião a Suprema Corte de Justiça portuguesa deliberou sobre o conhecimento posterior da inimizabilidade do arguido menor de 16 anos à data dos factos, autorizando à tramitação da revisão penal⁵⁴⁹.

De acordo, com o conceito de caso julgado apresentado neste estudo, nenhuma pessoa condenada ou absolvida por meio de um devido processo legal, deve se submeter a um novo processo penal pelos mesmos fatos. Dessa forma, não apenas se protege o indivíduo de ser penalizado duas vezes pelo mesmo facto, ou de iniciar um novo processo pelos mesmos acontecimentos, mas também se lhe garante que não serão expostas duas vezes a uma perseguição penal pelos mesmos fatos.

O caso julgado no Brasil, somente admite o direito de revisão criminal de decisões definitivas no interesse do condenado, que jamais poderá ser desconstituída no interesse da acusação ou da sociedade, rejeitando a revisão criminal *pro societate*. No direito português a revisão criminal de decisões definitivas condenatórias, cabe em favor do condenado e sociedade, muito embora a revisão de sentenças absolutórias esteja limitada pelo Tribunal Constitucional, que já declarou à inconstitucionalidade das normas dos artigos 2º, 3º e 4º do Decreto-Lei nº 272/75, de 02 de junho, afastando a revisão obrigatória de casos julgados absolutórios, ainda que haja erro judiciário, injusto ou deliberação judicial inconstitucional, cabendo somente excepcionalmente na hipótese do artigo 449, nº 01, alíneas “a” e “b”, que no dizer do jurista Frederico Isasca visa a “preponderância da verdade material perante a segurança jurídica do arguido” e que na afirmação de Conde Correia, traduz à relativização do caso julgado perante o direito de revisão criminal previsto na Constituição.

⁵⁴⁷ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 44/74**. Acórdão de 10 de outubro de 2000. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁵⁴⁸ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 192.

⁵⁴⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 14 de maio de 2008.

Esse tema levou fortes críticas dos juristas portugueses Damião da Cunha e Fernanda Palma, visto que se trata na verdade dos conceituados juristas de vulneração do caso julgado e da segurança jurídica.

A conclusão que se estabelece é que o caso julgado visa a consolidar a segurança jurídica e a plena efetividade da proibição da dupla persecução penal (*ne bis in idem*). Entretanto, em algumas hipóteses a legislação constitucional e infraconstitucional permite a vulneração do caso julgado visando à revisitação da sentença transitada em julgado, com intuito de novo julgamento, nas hipóteses, de erro judiciário, decisão injusta, inconstitucionalidade no julgamento e nulidade grave, criando um impasse entre o caso julgado e o direito do condenado à revisão criminal, um verdadeiro conflito de normas e princípios de direito. Referida questão é um problema, pois afeta a segurança jurídica e a tese proposta vem com proposições inovadoras, visando atenuar o problema com soluções hipotéticas, que merecem cientificamente à efetivação de revisão do tema e análise com o intuito de afastar o problema⁵⁵⁰.

Cabe ter presente, repetindo, pela relevância que o caso julgado se dirige à estabelecer à plena efetividade da proibição da dupla persecução penal. Assim ambas as garantias, segurança jurídica com o caso julgado e o direito do condenado de propor à revisão criminal se encontram intimamente inter-relacionados, visto que são dois valores de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Então, é desde a interpretação das Constituições portuguesa e brasileira, que emerge a garantia que assegura ao indivíduo que não será perseguido penalmente duas vezes por um mesmo fato, tenha ou não finalizado um desses procedimentos e haja ou não sentença transitada em julgado de absolvição ou de condenação e também a garantia de revisão criminal da sentença transitada em julgado, notadamente em duas questões que leva à relativização da sentença transitada em julgado, como à declaração de inconstitucionalidade e à aplicação retroactiva de lei posterior em tema penal, mesmo com condenação transitada em julgado.

Contudo, outra observação necessária, é no sentido de que para que se opere o *ne bis in idem* deve existir identidade na pessoa perseguida penalmente. Isso significa que se requer inexoravelmente que a mesma pessoa seja apontada, com ou sem fundamento, como autora ou partícipe de um delito nas persecuções penais registadas. Por isso a condenação ou a absolvição de um imputado, em regra, não ampara outro, embora o fundamento sobre a base

⁵⁵⁰ ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos fatos**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1995. p. 224.

da qual se chegou a uma solução determinada seja comum, como acontece, por exemplo, na falta de comprovação do fato imputado ou de adequação típica; ou se trate de um caso de participação criminal conjunta. Sequer são aproveitadas a um imputado as declarações que, referidas a ele, são efetuadas no processo contra outro arguido a conclusão consequente também do interrelacionamento do princípio do *ne bis in idem* com o instituto do caso julgado.

Do mesmo modo, a identidade objetiva das persecuções penais existentes é um requisito *sine qua non* para a aplicação da regra. Neste sentido, a garantia limita o Poder Estatal de submeter a processo a uma mesma pessoa, quando as persecuções penais tem por objeto a imputação dos mesmos acontecimentos históricos. Desde este ponto de vista, a exigência do princípio é que a dupla persecução se embase no mesmo fato. Este fato é visto como uma conduta humana que modifica o mundo exterior, é um fato desnudo de toda qualificação jurídica, é o evento criminoso, tal como dado na realidade. Aqui não importam as modificações que pode haver sofrido o mesmo, ou suas consequências.

Esta ideia de fato como evento histórico, independentemente de toda qualificação jurídica que possa outorgar-se-lhe, foi ressaltada pela Corte Interamericana no Caso Loayza Tamayo⁵⁵¹. Na ocasião, a Corte Interamericana disse que o Peru havia desconhecido o *ne bis in idem* ao haver julgado novamente num Tribunal civil pelo delito de terrorismo a uma pessoa que havia sido absolvida do delito de traição à pátria, por entender que o terrorismo e a traição estavam associados essencialmente com os mesmos fatos.

Segundo a Corte Interamericana o princípio de *non bis in idem* está contemplado no parágrafo 4º, do artigo 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos seguintes termos: “4 - *el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”.

Ainda na interpretação da Corte Interamericana, este princípio busca proteger os direitos dos indivíduos que já foram processados por determinados fatos para que não voltem a ser enjuizados pelos mesmos fatos. Entretanto, o referido princípio também tem a sua relatividade, pois no caso de arquivamento sumário de um procedimento investigatório ou processo, por ausência de provas de autoria ou materialidade, não se poderia em outro

⁵⁵¹ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Fondo. Serie C, nº 33. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018. Parágrafos 66-77. p. 30-33.

momento futuro admitir a reabertura do processo, em virtude de novas provas com relevantes valores constitucionais⁵⁵².

Em outro ângulo, agora em favor do arguido, que a revisão criminal de sentença é admissível, quando se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas ou vedadas. Aliás, neste sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Defende-se, aqui, que o direito à revisão da sentença criminal não conflita com o princípio *ne bis in idem*, visto que há uma similitude dúplice, que é proteger o cidadão⁵⁵³.

A diferença da fórmula utilizada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação aos outros instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, parágrafo 7º, do artigo 14, é que aquela usa a expressão “mesmos atos”, que é um termo mais amplo em benefício da vítima, enquanto que os outros corpos normativos internacionais fazem referência ao mesmo “delito”: “artigo 14: [...]: 7. ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Corte Interamericana, no caso em apreço, concluiu que “*al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana*” No direito comparado, importante registar no tema do princípio *ne bis in idem*, na questão da lei retroativa de conteúdo mais favorável ao arguido, após sentença condenatória transitada em julgado, diante da ressalva originária do artigo 2º, nº 04, do Código Penal português, que para aplicação da lei mais favorável penalmente, à ausência de sentença transitada em julgado.

O tema gerou controvérsia na doutrina e jurisprudência portuguesa sobre o limite de alcance do caso julgado, e muitos juristas consagrados sustentaram a violação do artigo 29º, nº 04 da Constituição, pois a Lei Fundamental não admite ressalva à aplicação retroativa da lei mais favorável, notadamente em matéria que afronta direitos, liberdades e garantias. Neste sentido Teresa Beleza, Gomes Canotilho, Vital Moreira, Germano Marques da Silva e Fernanda Palma.

⁵⁵² CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**. *Op. cit.*, parágrafo 66, p. 30.

⁵⁵³ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 665/08**. Acórdão de 20 de outubro de 2011. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

A jurisprudência portuguesa pelo Supremo Tribunal de Justiça e Tribunal Constitucional pronunciou-se pela constitucionalidade da ressalva do alcance da lei mais favorável, à ausência de trânsito em julgado, porquanto à intangibilidade do caso julgado estaria protegido pelo artigo 29º, nº 05, da Constituição da República e manteve de forma dividida, diante dos votos vencidos.

Na doutrina houve divergência apoiando à interpretação jurisprudencial, como os Estudos do jurista Pereira Teotónio. Opina-se, neste estudo, com respeito à interpretação divergente, que não se pode defender o princípio do caso julgado face o que consta no artigo 29º nº 05, da Constituição da República portuguesa, ou seja, o *ne bis in idem*, que também protege os direitos fundamentais, inclusive o da liberdade. Ademais, a lei mais favorável não conflita com a intangibilidade do caso julgado, pois nova hermenêutica tem como fundamento a nova lei. No direito brasileiro, a retroactividade da lei mais favorável com previsão no artigo 5º, inciso XL da Constituição da República brasileira de 1988 é pacífica na doutrina e na jurisprudência, não havendo a ressalva do caso julgado ao nível constitucional ou infraconstitucional, citando o Código Penal brasileiro⁵⁵⁴.

Entretanto, no direito português o tema continua controvertido e sem tranquilidade doutrinária e jurisprudencial, porquanto a Lei nº 59/20009 de 04 de setembro retirou a ressalva da retroactividade da lei mais favorável ao condenado, ainda que já transitado em julgado, modificando também o artigo 71 - A do Código de Processo Penal, autorizando nova audiência, após o trânsito em julgado. A doutrina então começou a admitir a retroatividade da lei mais favorável, o que foi consolidado pela jurisprudência⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**. *Op. cit.*, parágrafo 77, p. 33.

⁵⁵⁵ Nesse sentido: STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 239/84**. Acórdão de 10 de julho de 1984. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 462/96**. Acórdão de 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1993. *Op. cit.*, p. 496; SILVA, Germano Marques da. **Direito penal português**. Vol. I. Lisboa: Verbo, 2010. p. 306; PALMA, Fernanda. **Direito penal**: parte geral. Lisboa: AAFDL, 1994. p. 115; PEREIRA, Teotónio. **Interpretação da lei criminal sua aplicação no tempo**. In: *RMP*, ano 03, vol. 12, 1983. p. 64.

4.2 REVISÃO DA SENTENÇA PENAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

No direito comparado, pode-se afirmar, que em regra, em Portugal, o atributo da imutabilidade do caso julgado é relativo, vez que sofre ressalva e muitas vezes divergências doutrinárias, como à questão da retroatividade da lei penal mais favorável, como já relatado, onde a constitucionalidade da irretroactividade⁵⁵⁶ é defendida pelo jurista português e Jorge de Figueiredo Dias⁵⁵⁷, sem sustentar o princípio da intangibilidade do caso julgado. Como exemplo, em termos constitucionais, tem-se o parágrafo 6º, do artigo 29, da Constituição da República portuguesa, que trata da aplicação da lei criminal, segundo o qual “os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indenização pelos danos sofridos”; o atributo da imutabilidade está previsto no parágrafo 3º, do artigo 282, da Constituição da República portuguesa:

Artigo 282 (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) [...]. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido (Constituição da República portuguesa).

Ainda existem outros comandos constitucionais que permitem deduzir o atributo da imutabilidade das sentenças, como o parágrafo 2º, do artigo 205: “artigo 205 (decisões dos Tribunais) [...]. 2. As decisões dos Tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades”. Assim, de modo implícito, acaba por atribuir a característica da imutabilidade às referidas decisões.

Na seara penal, a Constituição da República portuguesa trata do atributo da imutabilidade do caso julgado no parágrafo 5º, do artigo 29, quando expressa que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. Desse modo, ao dispor sobre a garantia pessoal do indivíduo, o Legislador Constituinte acabou por proibir a duplicidade de julgamento (*ne bis in idem*), produzindo um obstáculo à possibilidade do exercício ilimitado do poder de punir do Estado, determinação que se encontra em perfeita

⁵⁵⁶ LEITE, André Ribeiro. *Op. cit.*, p. 18 e ss.

⁵⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007. *Op. cit.*

harmonia com o princípio da observância das decisões dos Tribunais, disciplinado pelo já citado parágrafo 2º, do artigo 205.

Além disso, representa limitação ao exercício da própria função jurisdicional que, pela regra geral, não poderá alterar os efeitos do julgado proferido, exceto quando existir exceção expressa, como acontece nos já citados casos do parágrafo 3º, do artigo 283 e do parágrafo 6º, do artigo 29.

Por fim, juntamente com André Ribeiro Leite⁵⁵⁸, é possível identificar o atributo da imutabilidade que acompanha o caso julgado, por meio da interpretação conjunta de outros três dispositivos constitucionais: o parágrafo 1º, do artigo 110 (“artigo 110 - órgãos de soberania: 1 - são órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais”); o parágrafo 1º, do artigo 202 (“artigo 202 - função jurisdicional: 1. Os Tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”) e o parágrafo 2º do artigo 111 (“artigo 111 - separação e interdependência: [...]. 2. nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei”). Os dois primeiros são responsáveis pela classificação dos Tribunais como órgãos de soberania e o terceiro versa sobre a competência para o exercício da função jurisdicional.

Nessa situação, como cabe aos Tribunais administrar a justiça, não seria demais concluir pela existência do predicado da obrigatoriedade das decisões judiciais, especialmente àquelas que colocam fim ao processo, sendo que a consequência disso é a imutabilidade da decisão, eis que cabe aos “Tribunais proferir a última palavra sobre os assuntos dessa índole, o que necessariamente implica a imutabilidade de suas decisões contra a ação de organismos desprovidos de competência jurisdicional”⁵⁵⁹.

Assim, especialmente no âmbito do processo penal, o caso julgado se formará apenas e tão somente depois da ocorrência do trânsito em julgado, da sentença penal condenatória prolatada contra o arguido (parágrafo 2º do artigo 32, da Constituição da República portuguesa).

Não poderia ser outra a conclusão, eis que apenas com o trânsito em julgado da sentença de condenação do arguido, em ação criminal, este deixa de ser beneficiado pela garantia da presunção de inocência. Isso significa que o trânsito em julgado da sentença, com comando judicial condenatório, expedida por Tribunal, impede que o arguido faça uso da dita

⁵⁵⁸ LEITE, André Ribeiro. *Op. cit.*, p. 19.

⁵⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 19.

presunção, para impedir que sobre si recaiam os efeitos da decisão judicial, que não apenas começará a deter a característica da obrigatoriedade como, também, o atributo da imutabilidade, mesmo que na forma relativa, contra a ação de organismos não providos de competência jurisdicional.

Disso infere-se, que a formação do caso julgado em matéria penal, à luz da Constituição da República portuguesa, depende da realização de dois pressupostos: uma sentença judicial e o trânsito em julgado. Contudo, os dispositivos constitucionais não são suficientes para a elaboração de um conceito de caso julgado, na medida em que seus dispositivos apenas possibilitam a aferição de sua existência e concedem o atributo da imutabilidade relativa, além da instituição de dois pré-requisitos à sua formação. Curiosamente, na legislação brasileira no direito comparado, há similitude nos dois pressupostos, ou seja, decisão judicial transitada em julgado.

Como a Constituição da República portuguesa representa o ápice hierárquico da ordem jurídica daquele país, traduzindo-se no documento normativo que dá fundamento e validade a todas as normas infraconstitucionais, que devem a ela se harmonizar, é que o atributo da imutabilidade intrínseca do caso julgado, deve ser tratado como princípio geral do direito. Nas palavras de Paulo Otero⁵⁶⁰, a imutabilidade do caso julgado deve ser caracterizada como princípio, eis que:

[...] se a Constituição da República portuguesa ressalva os casos julgados que se fundam em norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral, fazendo com que, apesar de tal inconstitucionalidade, os mesmos permaneçam na ordem jurídica, por maioria de razão, daí se deve extrair que não pode ser destruído ou retirada obrigatoriedade a um caso julgado que se funda numa lei válida.”

O instituto do caso julgado busca assento na estabilidade definitiva das decisões judiciais, ou em razão do caso julgado formal, em que está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo; ou devido ao caso julgado material, onde a relação material controvertida é decidida em termos definitivos e irretratáveis, impondo-se a todos os Tribunais e a todas as autoridades⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 50.

⁵⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 265.

De qualquer modo, o atributo da imutabilidade não pode ser tratado como princípio absoluto, já que a própria Constituição da República portuguesa traz ressalvas. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁶²:

Embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja previsto, *expressis verbis*, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional (Constituição da República português, artigos 29, parágrafo 4º⁵⁶³ e 282, parágrafo 3º⁵⁶⁴) e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica. As exceções ao caso julgado deverão ter, por isso, um fundamento material inequívoco (exemplos: revisão de sentença, no caso de condenação injusta ou erro judiciário; aplicabilidade retroativa de sentença do Tribunal Constitucional declarativa da inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral).

Como consequência desse atributo, a garantia de respeito ao caso julgado encontra tutela constitucional, que sob pena de inconstitucionalidade, impossibilita a existência de leis individuais ou decisões administrativas que o derroguem ou desrespeitem. Com efeito, assume a natureza de garantia do cidadão contra a atividade do Estado.

De qualquer modo, cabe à lei infraconstitucional a missão de explicitar o que se deve entender por caso julgado na ordem jurídica portuguesa, especialmente quanto ao objeto, sobre o qual incidirão os efeitos da imutabilidade. No direito brasileiro conclui-se, portanto, que como cabe à lei ordinária a responsabilidade de determinar os requisitos à formação do caso julgado (observados o necessário princípio constitucional da imutabilidade e a pertinente fixação de ato processual para seu surgimento, além da estipulação de marco temporal para sua concretização) eventual vício desses requisitos, pode resultar em possibilidade de controle, o que enseja, indiretamente, a revisão do caso julgado.

Por fim, depois da análise dos dispositivos infraconstitucionais que, em si, possibilitam a definição de caso julgado, é possível deduzir que em Portugal o atributo da

⁵⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 265.

⁵⁶³ “Artigo 29 (aplicação da lei criminal) [...]. 4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido” (Constituição da República portuguesa).

⁵⁶⁴ “Artigo 282 (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) [...]. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido [...]” (Constituição da República portuguesa).

imutabilidade não incide sobre o caso julgado, mas apenas sobre o âmbito de incidência de seus efeitos.

Uma dessas leis infraconstitucionais é o Código de Processo Penal de 1987, que depois da revisão trazida pela Lei nº 43 de 19 de agosto de 2007, ao parágrafo 1º, do artigo 449, passou a admitir a revisão de sentença condenatória transitada em julgado, quando uma sentença do Tribunal for inconciliável com a condenação ou suscitar dúvidas sobre a sua justiça. Esta disposição supre, em matéria penal, uma lacuna existente na ordem jurídica e representa passo significativo para harmonizá-la com a jurisprudência de Estrasburgo (Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH)⁵⁶⁵.

À luz do processo penal português, o fundamento de revisão de sentença depende da prévia verificação cumulativa de dois pressupostos: novos fatos ou meios de prova e que estes suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. A ordem jurídica portuguesa não admite a revisão de sentença transitada em julgado com o único fim de corrigir a medida concreta da sanção aplicada, ao contrário do regime revisonal brasileiro que admite a correção da pena. No dizer de Marco D'Orazi⁵⁶⁶ “o problema central e dogmático da revisão é uma questão inevitavelmente ligada ao caso julgado penal”. Entretanto, como se vê, o direito processual penal português e o direito processual penal brasileiro, apesar de diferenças pontuais, na essência e no estudo comparativo, têm nos direitos fundamentais os limites de atuação dos poderes constituídos e amplitude nos direitos, liberdades e garantias, refletindo a ordem constitucional.

Não se pode perder de vista que a revisão de sentença firme é um meio extraordinário de reapreciação de uma decisão transitada em julgado, que tem como fundamento principal, evitar que uma sentença injusta continue produzindo efeitos. Um exemplo de revisão de

⁵⁶⁵ Artigo 449 (fundamentos e admissibilidade da revisão): 1 - A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo; c) Os fatos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) Se descobrirem novos fatos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos números 1 a 3 do artigo 126; f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação; g) Uma sentença vinculativa do Estado português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça. 2 - Para o efeito do disposto no número anterior, à sentença é equiparado despacho que tiver posto fim ao processo. 3 - Com fundamento na alínea “d” do nº 01, não é admissível revisão com o único fim de corrigir a medida concreta da sanção aplicada. 4 - A revisão é admissível ainda que o procedimento se encontre extinto ou a pena prescrita ou cumprida (Código de Processo Penal de 1987).

⁵⁶⁶ D'ORAZI, Marco. *Op. cit.*, p. 13.

sentença firme, acontece quando depois do trânsito em julgado da decisão condenatória, o Tribunal fica sabendo que o arguido era, à data dos fatos, menor de idade, autorizando, portanto, a revisão criminal.

Portanto, até os juristas conservadores admitem a hipótese com reexame, quando ocorrer erro judiciário solicitando revisão do texto revisional e proporcional. Germano Marques da Silva⁵⁶⁷ ao doutrinar sobre a revisão diz que “o instituto justifica-se em nome do princípio da justiça, que impõe o sacrifício da segurança jurídica inerente ao caso julgado”. No mesmo sentido são colocadas as ideias de Paulo Pinto de Albuquerque⁵⁶⁸ no sentido que o processo penal é mais garantista, nem sempre aplicando as soluções do processo civil.

Evidente, que os preceitos constitucionais relacionados aos direitos, liberdades e garantias não poderiam ser esquecidos, pois, consolidam os objetivos aqui propostos, pois fundamentam e consagram o instituto do caso julgado, notadamente o caso julgado penal, à nível constitucional e infraconstitucional, eis que permite retirar desde à origem da primeira decisão e atribuindo à nova decisão a definitividade.

Apesar da consagração do instituto do caso julgado relacionado no catálogo dos direitos fundamentais, a sentença penal transitada em julgado, desde à origem, até a sua impugnação definitiva e suspensão tem natureza de definitividade e não provisoriedade, diferentemente do processo civil, motivo pelo qual os princípios civilistas não se aplica sem ressalva no processo penal, mesmo porque a definitividade do processo penal visa garantir a certeza e segurança jurídica, motivo pelo qual à revisão de processo penal, deve ser considerado com natureza excepcional, portanto se justifica às hipóteses cabíveis e limitadas notadamente em sentenças injustas ou contaminadas por erros judiciais ou nulidades.

Evidentemente, que a solução brasileira de não se admitir à revisão da sentença penal em face do arguido tem razoabilidade, pois está em consonância com os valores constitucionais de direitos fundamentais de tutela da paz jurídica. Entretanto é evidente que o direito de proposição de demandas das sentenças injustas demonstra a relatividade da definitividade das sentenças penais transitadas em julgado. Portanto, há soluções específicas e muitas vezes distintas do processo penal em relação ao processo civil. Abordar a questão da decisão penal e sua fundamentação é essencial para uma sentença justa baseada na lógica e na epistemologia, dentro de uma compreensão jurídico-penal e âmbito dogmático da decisão, desafiando a examinar com as devidas cautelas um tema tão vasto e sensível no sistema jurídico, importante assim a pretensão de delimitar e analisar o tema proposto no âmbito do

⁵⁶⁷ SILVA, Germano Marques da. 2010. *Op. cit.*, p. 383-384.

⁵⁶⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 1205-1206.

processo constitucional penal, relacionado a fatores fundamentais que são a sentença justa, segurança jurídica, caso julgado e a revisão criminal extraordinária, sem a pretensão de uma abordagem profunda das teorias sobre o tema ou a construção de uma teoria da segurança jurídica da segurança jurídica e caso julgado.

Reconhece-se que o Magistrado tem que tomar uma decisão entre as diversas opções a seu dispor para levar a um resultado que solucione a lide penal, decidindo sobre determinada versão dos fatos, notadamente diante do conjunto probatório que se apresenta mais próximo da verdade, dentro de um processo de racionalização que, no dizer de Hans Reichenback, procura-se pontuar os problemas que envolvem a questão da decisão judicial e sua fundamentação, sobre o contexto de descobrimento e contexto de justificação, construindo uma teoria da verdade sobre os fatos e mostrando a sua validade, levando a um contexto decisório e mais próximo da verdade, que é a sentença⁵⁶⁹.

Partindo dessa premissa, o Juiz escolhe a melhor alternativa decisória, dentro de um contexto de justificação, onde motiva e fundamenta a sua decisão, cuja finalidade será uma pretensão justa, configurando a decisão sobre um conflito baseado em pressupostos que sejam verdadeiros, onde o conceito de justiça seja essencial na abordagem da decisão. Esta decisão deve ser fundamentada, atendendo à Constituição no artigo 205 e o artigo 97, nº 05 do Código de Processo Penal português. No direito comparado tem a similitude no artigo 93, inciso IX da Constituição da República brasileira e no artigo 387 do Código de Processo Penal brasileiro, exigindo que a decisão tenha coerência e razoabilidade.

Nas decisões coletivas, tanto no sistema português como no sistema brasileiro, há forte prestígio de amplitude pertinente ao voto vencido, devendo ter harmonia entre o processo de decisão e o processo de fundamentação, sob pena de ensejar forte prejudicialidade à decisão, inclusive à nulidade da sentença ou acórdão, inclusive demanda de revisão criminal, quando proferido em Tribunal singular ou coletivo, devendo ocorrer uma sintonia entre a dogmática e o pragmatismo na abordagem dos problemas que envolvem a justiça penal, pois o injusto que provoca uma enxurrada de demandas revisionais é decorrente na ausência de racionalidade e fundamentação na busca da verdade, exigindo forte cautela, quando mencionada no âmbito judicial⁵⁷⁰.

Assim, nesta linha de conquistas constitucionais, como o direito de fundamentação da decisão, a segurança jurídica e o caso julgado, ainda que com ressalva de sua relativização,

⁵⁶⁹ REICHENBACK, Hans. **La filosofía científica**. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1953.

⁵⁷⁰ POPPER, Karl. **Conjeturas e refutações**. Coimbra: Almedina, 2000. COSTA, José de Faria. 2005b. *Op. cit.*, p. 421.

em face de outro importante valor constitucional, que é a revisão da sentença transitada, é possível tratar caso julgado e a revisão criminal conjuntamente.

O artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa⁵⁷¹ constitui-se numa grande conquista democrática por abrandar o caso julgado afastando às condenações injustas, porquanto à revisão do julgado é um mecanismo jurídico de direito fundamental para uma sentença injusta, com aparência de verdade e que se constitui num *error in iudicando*, autorizando à revisão judicial excepcionalmente, desde que preenchidos os requisitos legais e necessários, fatos que na consolidação legislativa portuguesa foram consolidados pela reforma legislativa penal de 2007 (artigo 449, nº 01, alíneas “e”, “f” e “g”⁵⁷²), como garantia constitucional penal ponderada e razoável dos direitos fundamentais e pode-se afirmar que o valor absoluto do caso julgado, que já teve forte fundamento ideológico, actualmente não é considerado absoluto, diante da excepcionalidade do instituto da revisão criminal.

A liberdade individual pessoal e a segurança jurídica que reflita na paz social tem raízes históricas, registando uma grande evolução jurídica e social, desde a fase do absolutismo com a intangibilidade do caso julgado, até alcançar à atual fase de ponderação e razoabilidade de relativização da sentença penal transitada em julgado, já consolidado, como direito fundamental e estruturante do Estado moderno.

Aliás, a revisão da sentença penal originária é o melhor caminho para corrigir *error in iudicando*, diante do princípio do *ne bis in idem* que não convalida o duplo julgamento pelo mesmo ilícito penal, princípio com força constitucional e específica perante o instituto do caso julgado, inclusive ganhando terminologia consagrada, como “limites objetivos do *ne bis in idem* previsto no artigo 29, nº 05 da Constituição da República portuguesa, de forma expressa, com as considerações dos juristas José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁷³, Germano Marques da Silva⁵⁷⁴ e Damião da Cunha⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ “Artigo 29 (aplicação da lei criminal): [...]. 6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos” (Constituição da República portuguesa).

⁵⁷² “Capítulo II (da revisão): artigo 449 (fundamentos e admissibilidade da revisão): 1 - A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: [...]. e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos nºs 01 a 03 do artigo 126; f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação; g) Uma sentença vinculativa do Estado português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça. [...]” (Código de Processo Penal português).

⁵⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1993. *Op. cit.*, p. 497.

⁵⁷⁴ SILVA, Germano Marques da. 2009. *Op. cit.*, p. 98.

⁵⁷⁵ CUNHA, Damião da. 2009. *Op. cit.*, p. 553-554.

No estudo comparado, a Constituição da República brasileira, tem o *ne bis in idem* com previsão no artigo 5º, inciso XXXVI, onde merece destaque. Interessante, que o tema também tem relevância no artigo 4º, parágrafo 2º, do Protocolo Adicional nº 07 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Portanto, sustenta-se que o instituto da revisão criminal constitui-se em verdadeiro ícone de direitos fundamentais, traduzindo a concepção de dignidade humana de uma sociedade, legitimando o sistema jurídico estatal, como sustenta Alexandre de Moraes⁵⁷⁶ ao conceituar os direitos humanos fundamentais como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

No mesmo sentido, a lição de José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁷⁷ de que “a positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo”.

O direito a uma sentença penal justa está inserido nas transformações que afetaram os direitos humanos e fundamentais no tópico liberdade, primeira geração ou dimensão, conforme classificação descrita por Norberto Bobbio⁵⁷⁸.

Evidente que a consolidação dos direitos fundamentais inseridos no direito constitucional moderno, se deu a partir da Segunda Guerra Mundial. Dentro desse contexto, pode-se afirmar que o recurso de revisão é uma norma excepcional de direito fundamental, na qual autoriza a vulneração do caso julgado, como exclusão à segurança jurídica, estabelecida no Estado de Direito⁵⁷⁹.

A vulneração da intangibilidade e definitividade do caso julgado, autorizado no já citado artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa e também no artigo 4º, parágrafo 2º, do Protocolo Adicional nº 07 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁵⁸⁰,

⁵⁷⁶ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Op. cit.*, p. 337.

⁵⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 79.

⁵⁷⁹ Nesse sentido: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 1205; CORTÊS, António. **Jurisprudência dos princípios**. Lisboa: UCE, 2010. p. 282; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 05P4403**. Acórdão de 15 de março de 2006. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁵⁸⁰ Artículo 4º: [...]. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial

temas com interpretação restritiva, a vista de fatos novos ou vício essencial, que contamine o processo originário julgado, como o *error in iudicando*, numa sentença penal injusta. Mas, como afirma Paulo Albuquerque, com forte consolidação jurisprudencial e também António Cortês⁵⁸¹ “somente em circunstâncias substantivas e imperiosas (*substantial and compelling*)”.

Defende-se que apenas em situações excepcionais e justificadas pode-se relativizar a sentença penal transitada em julgado para que não se caracterize a “apelação de apelação disfarçada” (*appeal in disguise*).

Portanto, o princípio do *ne bis in idem* não é incompatível com o princípio do caso julgado, ao contrário, são conciliáveis, pois não se trata de novo julgamento em duplicidade, mas uma revisão do anterior julgamento originário e contaminado, eis que se este é um princípio constitucional valorando à certeza e segurança jurídica, aquele deve ser interpretado como proibição *in pejus* de um segundo julgamento sobre o mesmo caso, como a retroatividade da lei penal nova mais gravosa, nunca em sentido contrario favorável à pessoa, para vulnerar uma sentença penal injusta, na medida em que se trata de uma garantia de estabilidade jurídica e paz social para o indivíduo⁵⁸².

A regra continua sendo mantida nas modernas Constituições portuguesa e brasileira, objetos do presente estudo e investigação, em linhas gerais e no estudo comparado, de que a certeza e segurança jurídica obriga uma estabilidade final do processo, garantindo à definição jurídica do arguido, tornando viável à própria execução da pena e a solidez do sistema penal e somente em casos excepcionais, se permite à vulneração do caso julgado, conforme examinado, permitindo atingir o fim do processo, restabelecimento da paz jurídica e decisões materialmente justas.

Entretanto, mesmo numa linha mais rígida, há um consenso na doutrina e jurisprudência, notadamente dos Estados democráticos, de se admitir a hipótese de erro judiciário como fundamento da revisão da sentença penal transitada em julgado, como regra excepcional, pois o critério uniforme é que exauridas as vias ordinárias recursais, a decisão ganha o manto da imutabilidade e adquire força de caso julgado, mesmo porque o já citado artigo 29, nº 05, da Constituição da República portuguesa, veda o duplo julgamento pelo mesmo fato típico penal, tema como já registado, também reproduzido na legislação

en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. [...]” (Protocolo nº 07 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1984).

⁵⁸¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 1206.

⁵⁸² “Artigo 29 (aplicação da lei criminal): [...]. 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime. [...]” (Constituição da República portuguesa).

constitucional e infraconstitucional brasileira. No ângulo oposto encontra-se a relativização do caso julgado, hoje considerado direito fundamental, conforme ensinamentos de Teresa Pizarro Beleza⁵⁸³ e Muñoz Clares⁵⁸⁴, enfrentando o tema.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 relaciona a liberdade com o princípio da legalidade, conforme se conclui do artigo 5º, inciso II, ao afirmar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, como pressuposto do regime democrático. Nesta ótica, a revisão de uma sentença penal injusta está em conexão com a relatividade da sentença penal transitada em julgado e com o valioso direito fundamental do direito à liberdade⁵⁸⁵.

Sobre o tema José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁸⁶ afirma que “designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento da garantia ou conformidade constitutiva de direitos humanos”. No mesmo sentido Cavaleiro de Ferreira⁵⁸⁷ expressa que “o caso julgado visa responder à necessidade de se atribuir valor definitivo à sentença penal”.

Porém defende-se que a estabilidade sentencial, não deve prevalecer diante de uma sentença injusta, que no dizer de Jorge de Figueiredo Dias⁵⁸⁸ entre as finalidades do processo penal estão “a realização da justiça e a descoberta da verdade material, bem como o restabelecimento da paz jurídica”.

Dentro deste conceito, é inusitado a revisão *pro societate*, em decorrência, inclusive, do princípio *ne bis in idem*, porém há a relativização do valor do caso julgado, que cederá, diante da revisão da sentença injusta prevista constitucionalmente.

A garantia do direito revisional criminal tem como fundamento a revisão *pro reo*, aplicando-se, retroativamente, lei posterior de conteúdo mais favorável⁵⁸⁹. Na opinião de Maria João Antunes⁵⁹⁰, na qual afirma que sempre poderá ser dispensada a abertura da audiência quando a mesma se revele desnecessária, o que sucederá sempre que à aplicação da lei mais favorável possa ter lugar, mediante um simples confronto, entre as duas leis.

⁵⁸³ BELEZA, Teresa Pizarro. **Objeto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado**. Lisboa: Faculdade de Direito, 2001. p. 21.

⁵⁸⁴ MUNOZ, Clares. **Ne bis in idem y derecho penal**. Murcia: DM, 2006. p. 233-234.

⁵⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 71.

⁵⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 177.

⁵⁸⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. 1986a. *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007. *Op. cit.*, p. 21 e ss.

⁵⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa de. 2009. *Op. cit.*, p. 78 e ss.

⁵⁹⁰ ANTUNES, Maria João. 2008. *Op. cit.*, p. 341.

Avançando, a jurista portuguesa Fernanda Palma⁵⁹¹ aduz que “a reserva do caso julgado apenas se fundamenta em razões de segurança e estabilidade das instituições penais, cujo valor é necessariamente inferior à igualdade e à necessidade da pena”, com a conclusão de que “a intangibilidade do caso julgado não é absoluto”.

A norma mais benigna está acolhida de forma ampla no sistema jurídico lusitano desde 2007, no texto do artigo 2º, nº 04, do Código Penal português⁵⁹², com a retroatividade da lei penal mais benigna, atingindo processos com trânsito em julgado, fato que conjugado com o artigo 371-A, do Código de Processo Penal português⁵⁹³ permite o arguido condenado requerer à abertura do feito penal, quando após o trânsito em julgado, entrar em vigência lei com efeitos penais mais favorável, admitindo à sua aplicação no processo encerrado⁵⁹⁴. No Estudo Comparado, a Constituição da República brasileira, no artigo 5º, inciso XL, segue em linhas gerais o sistema jurídico português.

Portanto, a Constituição da República portuguesa e a legislação penal infraconstitucional portuguesa admitem a retroatividade da lei penal mais benigna. Aliás, importante destacar que o direito pátrio português e brasileiro, em geral, no direito comparado, sendo que no direito português o já citado artigo 29, nº 05 da Constituição da República portuguesa sustentam à tese do *ne bis in idem* com fins de garantir à aplicação dos direitos fundamentais.

Esse é o entendimento defendido por José Lobo Moutinho⁵⁹⁵ ao admitir a retroatividade da lei penal mais benéfica, interpretação harmônica e inteligente do já citado artigo 2º, nº 04, do Código Penal português, conjugado no artigo 371-A, do Código de Processo Penal português autorizando à reabertura da audiência visando proceder à revisão criminal, em face de lei nova mais favorável, em cumprimento à retroatividade constitucional do preceito penal ou infraconstitucional.

⁵⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa de. 2009. *Op. cit.*, p. 78.

⁵⁹² “Artigo 2º (aplicação no tempo). [...] 4 - Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado” (Código Penal português).

⁵⁹³ “Artigo 371-A (abertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável): Se, após o trânsito em julgado da condenação, mas antes de ter cessado a execução da pena, entrar em vigor lei penal mais favorável, o condenado pode requerer a reabertura da audiência para que lhe seja aplicado o novo regime” (Código de Processo Penal português).

⁵⁹⁴ ANTUNES, Maria João. 2008. *Op. cit.*, p. 341.

⁵⁹⁵ MOUTINHO, José Lobo. **A aplicação da lei penal no tempo.** In: *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 02, 1994. p. 108.

Portanto, o caso julgado somente por exceção e excepcionalmente, pode ser vulnerado, conforme a lei, porém nunca em manifesto prejuízo da parte, porquanto o condenado não sofre nenhum agravamento da pena.

A revisão do caso julgado sempre é possível, dentro do sistema do direito, mesmo porque parte-se da ideia de que o tema da flexibilização do caso julgado deve sempre observar, que a sentença penal que se busca rescindir, tem a presunção de observância dos princípios processuais constitucionais e a sentença também deve sempre observar uma decisão justa.

Muitos doutrinadores, ao inverso, procuram sustentar teoria pertinente ao caso julgado inconstitucional, quando uma decisão transitada em julgada, parte do princípio da imutabilidade da referida sentença, que tem a presunção de constitucionalidade e somente excepcionalmente, observando a sua vulnerabilidade legal, é que se admite a sua flexibilização, mesmo porque uma sentença reflete uma decisão judicial, princípio concebido na teoria de Oskar Von Bulow⁵⁹⁶, de que o processo é um meio necessário para à realização do direito material, na qual, como se vê à instrumentalização do processo na busca do resultado é um fato jurídico importante, na qual o juiz é o centro das atenções, em relação a sua convicção na tomada de decisão.

Aliás, a constitucionalidade ou não do caso julgado está bem descrita na “teoria pura do direito”, obra literária jurídica de Hans Kelsen⁵⁹⁷ que sempre sustentou sobre a impossibilidade de decisões judiciais ilegais ou inconstitucionais com o argumento de que “desapareceria a unidade do sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do direito)”.

O referido autor sempre sustentou que quando o Tribunal de primeira instância proceda a uma decisão judicial, que afronta à ordem jurídica, não acarreta a nulidade da decisão, pois como a decisão tem recurso, depende da sua anulação pelo Tribunal superior, pois a decisão judicial tem recurso e há validade provisória, partindo da premissa de que o caso julgado pressupõe a validade definitiva da decisão judicial. As ideias fundamentadas por Hans Kelsen,⁵⁹⁸ parte da premissa da presunção, de que às decisões judiciais tem fundo de legalidade e constitucionalidade interpretativa, de forma expressa e definitivamente pelo

⁵⁹⁶ BULOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones processuales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 16-17.

⁵⁹⁷ KELSEN, Hans. 2009. *Op. cit.*, p. 296.

⁵⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 298.

Tribunal competente, formando “a decisão justa”, com ausência de previsão de impugnação. O resultado definitivo consolida a presunção de legalidade da sentença judicial.

Concorda-se em parte, porque realmente uma sentença judicial sob o manto do caso julgado deve prevalecer até ser rescindida. Para tanto se traz a lume para reflexão, mesmo porque não se pode esquecer os ensinamentos de Eduardo J. Couture⁵⁹⁹, de que “sem processo não há caso julgado: mas sem caso julgado nenhum processo atinge seu fim”. Entretanto, o desafio hermenêutico liga-se à questão de saber qual parte da sentença recebe o atributo da imutabilidade. Conforme Eduardo J. Couture⁶⁰⁰:

[...] a autoridade da coisa julgada seria a autoridade, a lei. A lei é uma norma abstrata, um plano inacabado, um ente possível. A sentença é que a concretiza, que a completa, que a transforma num ente real. A sentença é a lei. Portanto, somente quando há pronunciamento jurisdicional sobre o pedido e sobre as questões decididas é que recai a autoridade da coisa julgada.

Isso impede que a mesma questão seja de novo discutida e vulnerada em juízo, de modo principal ou incidente e com razoabilidade e moderação, apenas admitindo-se excepcionalmente, a vulneração e mutabilidade do caso julgado, de acordo com os princípios constitucionais.

No referido contexto, deve-se observar o princípio da segurança jurídica, elemento essencial do Estado Democrático de Direito, diante da retroatividade das leis e do caso julgado, que funcionam com funções estabilizadoras do Estado de Direito, havendo pronunciamentos em casos concretos da Suprema Corte de Justiça brasileira (Supremo Tribunal Federal - STF)⁶⁰¹. Concorre na função estabilizadora do Estado Democrático de Direito os precedentes jurisprudenciais. Referida assertiva é compartilhada por Neil Mac Cormick⁶⁰², que releva a certeza jurídica, como valor essencial no Estado Constitucional.

A imutabilidade, nas mais diversas situações, sempre foi contestada e qualificada, algumas vezes, de conservadora. Entretanto, o clamor pela segurança da cidadania e sociedade na estabilidade das relações jurídicas é predicado do Estado de Direito e o Brasil, por exemplo, repetindo o modelo das Constituições democráticas, inseriu nos artigos 2º e 5º das Constituições portuguesa e brasileira, respectivamente, o princípio da segurança jurídica

⁵⁹⁹ COUTURE, Eduardo J. 1999. *Op. cit.*, p. 411.

⁶⁰⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 411.

⁶⁰¹ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 882.

⁶⁰² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. Oxford University Press, 2006. p. 74-75.

que, conforme Teresa Arruda Alvim Wambier⁶⁰³ “a função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta, contando com certa dose considerável de previsibilidade”.

Defende-se que a estabilização dos precedentes jurisprudenciais em conjunto com o instituto do caso julgado fortalecem o princípio da segurança jurídica e contribui para a harmonia e pacificação social no Estado Democrático de Direito.

No geral, é muito similar a relação do direito português (caso julgado) e brasileiro (coisa julgada), quando tratam da revisão judicial de decisões transitadas em julgado, como fator determinante na pacificação, harmonia e estabilidade jurídica e social.

No estudo comparado português e brasileiro, em linhas gerais, o caso julgado sempre foi um distintivo de certeza e segurança jurídica, ditada pelo poder soberano dos Tribunais, partindo da premissa de que o caso julgado torna indiscutível a decisão do Tribunal, inclusive admitindo a retroatividade das decisões jurídicas declaradas inconstitucionais de forma restrita em matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social. Na exposição de motivos dos Códigos Penal e Processual Penal português, realçam as ideias matrizes de princípios constitucionais ditadas na Constituição de 1976.

Transitada em julgado à sentença, a decisão sobre a relação material é vinculativa no processo, onde foi proferida e as decisões meritórias têm reflexo e eficácia em outro processo, lembrando que no direito português e brasileiro pode o Tribunal, *ex officio* levantar a “exceção peremptória do caso julgado”.

Aliás, o caso julgado impede ao próprio Tribunal ou juiz de inovarem no processo e os temas não arguidos, são atingidos pelo instituto da preclusão ou efeito preclusivo, inerente em regra no caso julgado, diante dos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança, elementos essenciais e constitutivos do estado de direito. Em regra, o caso julgado apenas vincula as partes da ação, não produzindo reflexos a terceiros, admitindo-se em situações especiais com o fenômeno da eficácia reflexa ou extensiva do caso julgado a terceiros.

Assim, antes da sentença transitada em julgado é possível, em tema penal, a revisão de suas decisões através dos recursos criminais e após o trânsito em julgado, admite-se a revisão dos julgados através de mecanismos de controle de constitucionalidade e também com a contaminação processual através de vícios *in judicando* ou *in procedendo*.

No direito brasileiro o instituto do caso julgado somente foi inserido constitucionalmente na Constituição de 1934, no artigo 113, nº 03 e foi consolidada com o

⁶⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito**: civil law e common law. Vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009. p. 06.

objetivo de promover estabilização das decisões, harmonia e pacificação social, fato que levou o jurista Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁶⁰⁴ ao sustentar que:

[...] a atribuição de coisa julgada põe acima da ordem jurídica, das regras jurídicas, o interesse social de paz, de fim à discussão, mesmo se foi injusta a decisão. Seria fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado, sem mais haver recurso, mesmo em outro processo.

Humberto Theodoro Júnior⁶⁰⁵ contribui na presente investigação:

[...] a incerteza jurídica provocada pelo litígio é um mal não apenas para as partes em conflito, mas para toda a sociedade, que se sente afetada pelo risco de não prevalecerem no convívio social às regras estatuídas pela ordem jurídica como garantia de preservação do relacionamento civilizado a pacificação dos litígios, entendeu-se necessário dar ao provimento jurisdicional uma condição de estabilidade, de definitividade.

No direito português e brasileiro, a sentença e o caso julgado têm natureza e efeitos processuais, lembrando que no ordenamento jurídico português existe o duplo grau de jurisdição e somente exauridos os graus de impugnação é que a decisão é transitada em julgado.

A imutabilidade atinge às sentenças no caso julgado material e formal. O caso julgado material tem a natureza da imutabilidade e da indiscutibilidade. No direito lusitano, registra-se historicamente, que o Código de Processo Penal de 1929, descrevia uma integral secção, sobre a denominação “caso julgado” com inserção nos artigos 148º a 154 e a crítica estaria no artigo 153 que descrevia sobre os efeitos em acções não penais, omitindo-se sobre as acções penais, não tendo precisão em relação ao julgado condenatório penal com aplicação de vedação de instauração de novo processo a participantes são julgados no anterior processo.

Atualmente, a tutela constitucional do caso julgado no direito português está consagrada no sistema jurídico português nos artigos 2º e 29, nº 05, da Constituição republicana portuguesa, com diversos pronunciamentos jurisprudenciais reconhecendo o caso julgado penal, conforme várias citações no decorrer da presente tese de doutoramento, inclusive à excepcionalidade da revisão penal do caso julgado, autorizado no artigo 29º, nº 06,

⁶⁰⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. 1997. *Op. cit.*, p. 100-102.

⁶⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 39.

da Constituição da República portuguesa. No direito brasileiro, conforme já analisado, em similitude ao sistema jurídico lusitano, existe forte prestígio ao caso julgado, porém admitindo-se em casos excepcionais à revisão da sentença penal, somente em favor do arguido, enquanto no direito português a revisão pode ser para o arguido e para a sociedade.

Diante dos limites do caso julgado, subjetivamente e objetivamente fica afastada qualquer possibilidade de rediscussão do tema. Um terceiro, estranho à lide originária, seja em tema civil ou penal, pode se indispor contra a sentença julgada entre as partes e que se encontra no estágio de caso julgado, caso tenha sofrido prejuízo jurídico através da impugnação *res judicata*.

Indaga-se para reflexão, se a eficácia e os efeitos da sentença, notadamente penal, tem reflexo em relação a todos, sob o fundamento do caso julgado ou somente entre as partes.

Entende-se que terceiros podem impugnar, quando atingidos, desde que demonstrem interesse legítimo jurídico. Na hipótese, seria uma exceção e mitigação ao instituto do caso julgado. Há uma linha, que sustenta que a restrição absoluta ao caso julgado, com a extensão para terceiros estranhos à decisão sob o manto do caso julgado, viola o direito ao contraditório e à ampla defesa, pois impede que terceiros tenham acesso à jurisdição. Entretanto, não se pode deixar de refletir, de que cada vez mais o questionamento jurídico tem natureza filosófica, constituindo-se na filosofia do direito e a presente investigação parte dessa premissa, interpretando a concepção argumentativa do direito visando a solução dos conflitos com ponderação, racionalidade e coerência, impondo a filosofia do direito as possíveis soluções para o problema, como na presente tese, onde fica demonstrado o problema, diante do aparente conflito entre a segurança jurídica consequente do caso julgado e as hipóteses excepcionais da revisão criminal, dois valores constitucionais do Estado Democrático de Direito, porém nunca se afastando do princípio que a decisão final no processo penal, diante da sua natureza finalística é uma questão fundamental no processo penal.

Portanto, restou apresentado o panorama constitucional sobre os institutos do caso julgado e da revisão criminal no direito português e brasileiro, revelando que no exame comparado brasileiro e português, em matéria penal, sempre a legislação permitiu a desconstituição do caso julgado, a qualquer tempo, em nome da inconstitucionalidade e decisão justa, consagrando o princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado, porém diverso, em termos gerais daquele adotado no direito europeu, ou seja, no direito brasileiro, a ação revisional é autônoma, em processo independente.

Em conclusão e isto dá ânimo em encontrar uma solução de convivência dos institutos do caso julgado e da revisão criminal, pois não são conflitantes num Estado Democrático de

Direito e contrariamente ambos em conjunto leva a certeza e a garantia de uma sentença justa e legítima, dentro de uma segurança jurídica responsável.

4.3 SENTENÇA PENAL E CASO JULGADO NO DIREITO EUROPEU

O caso julgado deve ser compatível com todos os direitos e garantias constitucionais. Como a reabertura do caso julgado, pode produzir um conflito com a segurança jurídica e a justiça, se faz necessário que a revisão do caso julgado não atente contra a segurança jurídica, devendo ser regulamentada com limites de tempo, com a prévia determinação dos aspectos causais e com regulamentos dos procedimentos adequados para tais fins.

Esse tópico é dedicado à verificação de como a Carta Europeia de Direitos Fundamentais, os tratados comunitários europeus e o direito constitucional português tratam da matéria. O estudo do direito comparado é bastante salutar e essencial, lembrando que no direito brasileiro o caso julgado sempre teve inspiração no direito romano, canônico, português, francês e norte-americano. Destacam-se os estudos no direito português e brasileiro, com convergência, no tema do caso julgado, registrando que no direito francês o caso julgado tem forte concepção no direito material.

4.3.1 Sentença Penal na Carta Europeia de Direitos Fundamentais

Foi para dar mais visibilidade aos direitos fundamentais na União Europeia, que se criou a Carta Europeia de Direitos Fundamentais, proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 07 de dezembro de 2000, e hoje com efeito vinculativo aos Estados Membros, à semelhança dos Tratados.

Sobre o caso julgado, nos termos do artigo 50, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

Artigo 50 (direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito): ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por

sentença transitada em julgado, nos termos da lei (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000).

Recorde-se que o instituto jurídico do caso julgado é a manifestação transparente da ideia representada pelo princípio *ne bis in idem*. De fato, durante muito tempo o caso julgado e o princípio *ne bis in idem* foram assimilados funcional e estruturalmente.

É preciso destacar que o *non bis in idem* não é consequência ou extensão do caso julgado. O caso julgado é um fenômeno processual, independente da proibição do duplo julgamento. Compreende-se a diferença, quando se observa o caso da proibição de iniciar outro processo penal, quando já tem iniciado outro anterior, pelo fato contra a mesma pessoa. Não se necessita, pois, para a aplicação da regra, que proíbe o duplo julgamento pelo mesmo fato, que exista previamente uma sentença definitiva passada com autoridade de caso julgado.

O caso julgado é apenas um dos casos em que se deve aplicar a norma que proíbe o duplo julgamento, sem que isso signifique que não exista, como existe, autonomia entre as duas instituições.

Conforme a Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados⁶⁰⁶, a aproximação dos sistemas de justiça penal e processual penal dos Estados-Membros da União Europeia, impõe um *standard* mínimo das regras de proteção judicial dos direitos individuais e dos mecanismos de proteção dos direitos dos suspeitos e arguidos em processo penal.

Na forma do artigo 53, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nenhuma das suas disposições devem ser interpretadas, no sentido de restringir ou lesar os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, pelo direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros⁶⁰⁷.

Ademais, as disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia devem ser interpretadas, no sentido de impedir qualquer ameaça ao direito de exercer atividades ou praticar atos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos, ou restrições maiores de seus próprios direitos e liberdades (artigo 53, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

⁶⁰⁶ CDHOA, Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados. **Direitos humanos:** cidadania e igualdade. Estoril-Portugal: Principia Editora, 2006. p. 129.

⁶⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 129.

A generalidade do princípio *ne bis in idem* estabelecido pelo artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia se aplica não apenas às resoluções condenatórias, mas, também às resoluções ditadas durante a instrução dos procedimentos penais, de maneira que um Estado deve renunciar a persecução de uma pessoa, por fatos que originaram um procedimento penal contra ele em outro Estado, que não concluída com condenação.

O artigo 50 em comento, com sua redação geral e incondicionada, assegura que o *ne bis in idem* adquira claramente a condição de direito fundamental e se reforça notavelmente no seio da União Europeia, com respeito aos tratados internacionais de direitos humanos.

A regulação geral e ampla do direito de não ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos, conforme estabelecido no artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tem como contrapartida, que sua aplicação pode trazer alguns problemas, sendo que o mais relevante é a determinação do conceito de sentença penal consolidada.

Quando o artigo 50 fala da sentença, uma interpretação estrita, poderia fazer pensar que o *ne bis in idem* opera apenas com respeito às resoluções judiciais que colocam fim a um procedimento penal. Porém, essa interpretação restrita é descartada, na medida em que é possível aplicar o referido princípio, em soluções extrajudiciais, no caso de autos de juízes de instrução e a todo tipo de resoluções que suponham extinção da ação penal.

Outra dificuldade na interpretação desse princípio está na identificação de um conceito mínimo de “sentença penal”, já que este preceito só se aplica no âmbito penal. Neste ponto, as tradições dos Estados Membros variam e não há coincidência sobre o que são infrações penais e o que são apenas infrações administrativas.

Por isso o Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH no marco de aplicação do artigo 61 da Convenção Europeia de Direitos Humanos - CEDH⁶⁰⁸, elaborou um conceito de procedimento penal de carácter substantivo e não formal, que pode ser extrapolável para a aplicação do artigo 50, com o que não seriam procedimentos penais e sentenças penais, apenas as emanadas dos Tribunais de ordem jurisdicional penal, mas todo procedimento e sentença de características similares com independência de sua catalogação no direito interno.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE, criado pelo Tratado de Roma, em 1957, com a denominação originária de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias - TJCE, aplica o *ne bis in idem*, nos casos de sanções em matéria de livre competência, para impedir duplos procedimentos com finalidades similares, mas pode

⁶⁰⁸ “Artigo 61º: nenhuma das disposições da presente Convenção afecta os Poderes conferidos ao Comité de Ministros pelo Estatuto do Conselho da Europa” (Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950).

surgir conflito ou debate normativo, no futuro, notadamente se uma destas sanções, pode impedir por aplicação do artigo 50 o início de um procedimento penal, pelos mesmos fatos.

A última questão aplicativa que pode suscitar é decorrente da aplicação do artigo 50, perquirindo, portanto se a sentença penal tem natureza jurídica relativa ou definitiva para que possa operar o *ne bis in idem*.

Neste ponto, o processo é claro, já que os Estados tem liberdade para iniciar procedimentos penais com respeito a uns mesmos fatos até que não exista uma sentença penal definitiva consolidada. Se tiverem procedimentos penais por parte de vários Estados, quando existe sentença consolidada em um deles, os procedimentos dos demais deveriam arquivar-se, como consequência do efeito do princípio *ne bis in idem*.

Em suma, apesar das dificuldades quanto à aplicação, o artigo 50 estabelece uma aplicação internacional muito ampla do princípio do *ne bis in idem* nas relações entre os Estados Membros da União Europeia, o que supõe a renúncia de um Estado em perseguir penalmente uma infração, quando esta já foi penalizada por outro Estado Membro. De qualquer modo, esse dispositivo tem contribuído, juntamente com as novas disposições dos artigos 82 a 86 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, no fortalecimento de cooperações judiciais na região.

4.3.2 Revisão da Sentença Penal nos Tratados Comunitários Europeus

O Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE tem como objetivo garantir o respeito ao direito, na interpretação e aplicação dos tratados comunitários europeus. Talvez um dos problemas mais interessantes que teve que abordar nos últimos anos é a possibilidade de revisar as resoluções administrativas e judiciais exauridas e consolidadas, quando estas resultam contrárias ao direito da União Europeia, vale dizer, que efeito de revisão pode produzir a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a decisão transitada em julgado.

Sobre a base dos princípios de equivalência e efetividade, que regem as relações entre o direito comunitário e as leis processuais nacionais, o Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE tem adotado, um entendimento doutrinário que abre as portas à revisão em determinados casos.

O Tribunal de Justiça da União Europeia já teve que se pronunciar sobre a força de sua própria jurisprudência, para provocar a revisão de sentenças nacionais, que tenham adquirido força de caso julgado. A questão que emerge é a seguinte: Até que ponto pode um litigante pretender, que se revise uma sentença consolidada, que lhe foi desfavorável, invocando para isso a existência de uma nova jurisprudência comunitária. O Tribunal de Justiça da União Europeia cometeu um erro ao aplicar o Direito da União Europeia? A raiz de diversas questões prejudiciais, criado por juízes de distintos países, o referido Tribunal vem delineando sua doutrina sobre esta questão, que tem evoluído no sentido favorável à revisabilidade das sentenças consolidadas, inclusive transitadas em julgado.

A construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia não está acabada, sem embargo, pelo que é de se esperar que se produzam interessantes desenvolvimentos nos próximos anos. Antes de fazer um balanço geral do dito até agora pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, convém deter-se com relevância nas principais sentenças exauridas na matéria, lembrando para recordar na presente investigação que a revisão criminal no direito brasileiro, nos primórdios estava adstrita a procedimento de revisão extraordinária do processo, de competência do Supremo Tribunal Federal, com a proclamação da inocência do arguido, com a ideia restrita de corrigir erro judiciário, levando um critério restrito, em igualdade da reabilitação do instituto da revisão criminal.

Conforme estudos e constatações, no direito Francês, o sentenciado, que teve a pena revisionada, em igualdade com a reabilitação passava por um rito cerimonial e teatral para uma nova vida com a recuperação de sua reputação social, “portanto rito soleníssimo” nos dizeres de Vítor Ferreres Comella⁶⁰⁹. Para este autor, “as sentenças emitidas até 2010 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia são insuficientes para construir a partir delas, uma doutrina completa sobre o problema da revisão de resoluções administrativas e judiciais consolidadas”.

Até agora, segundo Vítor Ferreres Comella⁶¹⁰, o Tribunal de Justiça da União Europeia só conseguiu apontar as principais vias por meio das quais se pode justificar, com o direito comunitário em mãos, a obrigatoriedade da revisão. Na tentativa de ordenar sua jurisprudência, é possível distinguir três estratégias argumentativas através das quais cabe afirmar a obrigação de revisar.

⁶⁰⁹ COMELLA, Vítor Ferreres. **Unión Europea**: las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del derecho de la Unión Europea. In: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 25, p. 75-80. Barcelona: Departamento de Gestión del Conocimiento, 2010. p. 78.

⁶¹⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 78.

Em primeiro lugar, para o Tribunal de Justiça da União Europeia o princípio de equivalência deve ser respeitado pelas leis processuais dos Estados Membros, e tem se encarregado de maximizar a operatividade deste princípio. Em segundo lugar, o princípio de efetividade é objeto de uma proteção cada vez mais enérgica por parte deste Tribunal. Naturalmente o Tribunal de Justiça da União Europeia se mostra ressonante quando a revisão de resoluções consolidadas vem diretamente imposta pelo direito comunitário. Aqui as leis nacionais não são livres para decidir se cabe ou não revisão, mas apenas para arbitrar os procedimentos para sua realização. Porém, inclusive quando são os Estados quem, em princípio, devem decidir sobre as possibilidades de revisar sentenças firmes, o Tribunal de Justiça da União Europeia se apresenta cada vez mais sensível ao princípio da efetividade do direito comunitário: não aceita que os Estados afrontem este princípio, como consequência de uma proteção desmedida da segurança jurídica.

Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça da União Europeia se posiciona em sentido favorável à revisão de resoluções firmes quando são verificadas as “quatro condições” enumeradas na sentença *Kühne & Heitz*. Conforme Víctor Ferreres Comella⁶¹¹, a primeira sentença importante do Tribunal de Justiça da União Europeia foi emitida no caso “*Kühne & Heitz*”, em 13 de janeiro de 2004, responsável por resolver uma questão prejudicial solicitada por um juiz holandês, para verificar até que ponto uma sentença nacional firme pode ser revisada quando, mais tarde, se fizer evidente que é incorreta à luz do direito da União Europeia. A questão prejudicial é formulada pelo Tribunal Holandês em termos bem específicos, vale dizer, se o direito comunitário obriga a revisar sentenças consolidadas, quando ocorrerem `ss quatro condições seguintes:

a) segundo o direito nacional, a Administração dispõe da faculdade de reconsiderar suas resoluções; b) a resolução controvertida passou em trânsito em julgado; c) dita sentença está baseada numa interpretação de direito comunitário que, à vista de uma jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia posterior a ela, é errônea, equivocada, e foi adotada sem se submeter previamente uma questão prejudicial ao referido; e c) o interessado se dirigiu ao órgão administrativo imediatamente depois de tomar conhecimento da referida jurisprudência⁶¹².

A resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia é afirmativa: de acordo com o direito comunitário, a realização dessas quatro condições exige que se revise a sentença

⁶¹¹ COMELLA, Víctor Ferreres. *Op. cit.*, p. 75 e 76.

⁶¹² *Idem, ibidem*, p. 76.

transitada em julgado. Desde então, de um lado reconhece a importância da segurança jurídica, que constitui um dos princípios gerais do direito comunitário, afirmando que o direito comunitário não exige, em princípio, que sejam revisadas as sentenças errôneas transitadas em julgado, porque são decisões consolidadas. Porém, se forem verificadas as quatro condições supracitadas, devidamente adaptadas a cada caso, passa a ser obrigatória a revisão.

De acordo com Víctor Ferreres Comella⁶¹³, apesar de inovadora, a sentença do caso Kühne & Heitz não é revolucionária, na medida em que só permite a revisão no âmbito do direito comunitário, se o direito nacional prevê essa possibilidade, mesmo que seja em abstrato.

A constelação de casos que se inscrevem no espaço regido pela doutrina defendida no caso Kühne & Heitz se caracterizam, sobretudo, pelo seguinte: o Tribunal nacional que resolveu definitivamente o assunto, foi um Tribunal de última instância que não realizou o recurso da questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, como era sua obrigação. É que, por ser um Tribunal de última instância, tem o dever legal de consultar o Tribunal de Justiça da União Europeia sempre que não exista ato claro ou ato aclarado que lhe exima de tal obrigação. É lógico que o Tribunal de Justiça da União Europeia veja com preocupação que os Tribunais que resolvem em última instância não lhe elevem as correspondentes questões prejudiciais (as questões prejudiciais são o mecanismo por excelência para assegurar a uniforme aplicação do direito da União Europeia, dada à falta de uma “super cassação europeia”⁶¹⁴.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, em efeito, não pode impor seus critérios revogando, por via de cassação, as sentenças dos Tribunais Nacionais que se afastam de sua jurisprudência, mas respondendo às perguntas que os Tribunais Nacionais lhe formulam⁶¹⁵.

Destaca-se que contra a resolução ditada pelo Tribunal Nacional de última instância, as partes não podem interpor recurso algum ao Tribunal de Justiça da União Europeia e, por essa razão, é de suma importância que o Tribunal Nacional consulte previamente ao Supremo Intérprete do Direito da União Europeia por meio do mecanismo da questão prejudicial. Em razão disso, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi forçado a estabelecer instrumentos que pressionem os Tribunais Nacionais a colocar em marcha, este mecanismo.

⁶¹³ COMELLA, Víctor Ferreres. *Op. cit.*, p. 76.

⁶¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 78.

⁶¹⁵ *Ibid*, p. 78-79.

Na percepção de Víctor Ferreres Comella⁶¹⁶, assim foi feito, por exemplo, no caso Köbler (C-224/01), ao considerar que um erro judicial poderia ter sido evitado, se o juiz de última instância tivesse promovido à solução da questão prejudicial.

Obviamente, se a arquitetura judicial da União Europeia fosse outra, ou seja, na qual o Tribunal de Justiça da União Europeia tivesse poderes de revogar as sentenças nacionais, não seria tão necessário maximizar as possibilidades de revisar as sentenças nacionais errôneas transitadas em julgado. Ao litigante que pretendia a revisão caberia contestar, fato que não procede, já que teria que haver interposto em seu momento o pertinente recurso ante ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em lugar de esperar, uma jurisprudência comunitária, que mostrara o erro em que incorreu o juiz nacional que resolveu seu caso.

Na forma do sistema vigente, não resulta possível dar esse tipo de resposta a quem pede a revisão, pois as partes não podem impugnar ante ao Tribunal de Justiça da União Europeia as sentenças nacionais. Desde logo, seria muito complicado reformar o sistema e articular uma supercassação europeia, mas enquanto as coisas se mantenham em seu atual estado, é razoável que o Tribunal de Justiça da União Europeia explore os caminhos adequados para ampliar as possibilidades de revisar as resoluções judiciais firmes, uma vez, que se descubra o erro em que estas incorreram ao aplicar o direito da União Europeia.

4.4 REVISÃO CRIMINAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A relativização do caso julgado para permitir a revisão criminal, vem sendo tratada cada vez mais como predicado essencial à tutela jurisdicional fundamentada pela doutrina moderna pelo princípio da justiça das decisões, sobrepondo-a, quando em conflito, à segurança jurídica. Essa preocupação está fazendo com que os Tribunais comecem a despertar à necessidade de visitar a garantia constitucional e o instituto técnico e processual do caso julgado, levando-se em conta que “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incerteza” Em relação ao tema, defende a referida premissa Cândido Rangel

⁶¹⁶ COMELLA, Víctor Ferreres. *Op. cit.*, p. 79.

Dinamarco⁶¹⁷ e João Conde Correia⁶¹⁸, sustentando que “uma injustiça congênita deverá desencadear a revisão”.

Sem dúvida a abordagem da necessidade de materializar o caso julgado no processo faz emergir o dilema da verdade formal e da verdade material. A faceta moderna do direito processual, o aproxima mais do direito material ou substancial com o propósito comum do exercício da justiça. Não se trata de negar o instituto do caso julgado, mas de atualizar o instituto frente às situações irregulares que não foram previstas, mas que na ordem prática gera injustiça. Isso tudo, porque o próprio conceito de justiça sofreu mudanças com o reconhecimento e a internacionalização dos direitos humanos, como direitos fundamentais. Uma decisão judicial só pode ser justa, se respeitar os direitos fundamentais garantidos nos textos constitucionais.

Não se trata de negar o caso julgado, ao contrário, a sentença firme é um instituto jurídico reconhecidamente necessário, contudo, não se pode admitir exageros, transformando-a em algo absoluto, sagrado. Isso quer dizer que é preciso admitir que a firmeza do caso julgado deve ceder em situação excepcional, quando o ordenamento, visto em sua totalidade, não pode aceitar uma solução irracional, que choca decididamente contra fatos indiscutíveis e princípios jurídicos amplamente aceitos. Dito de outro modo, a revisão da sentença transitada em julgado ataca a forma da constituição do caso julgado e não esta em si, razão pela qual se sustenta que não se forma o caso julgado material e substantivo, quando a decisão afronta direitos e garantias fundamentais constitucionais e processuais.

Na revisão do caso julgado busca-se, normalmente, dirimir conflitos de valores, fazendo prevalecer à verdade (justiça) sobre à segurança jurídica, eis que a justiça, como valor, como função de poder, não pode ser tratada como mera formalidade. Diante da aparição de fatores exógenos processuais, a segurança jurídica e o caso julgado devem ceder à razão “justiça”. Assim, o caso julgado, como todas as instituições legais, deve se organizar sobre bases compatíveis com os demais direitos e garantias constitucionais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem adotando princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado em suas decisões.

As decisões nas quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem usando o termo “caso julgado fraudulento ou aparente” se caracteriza por declarar a responsabilidade

⁶¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Centro de estudos, nº 55-56, p. 31-78. São Paulo, RPGESP, jan./dez., 2001. p. 38.

⁶¹⁸ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 639.

do Estado pelo não cumprimento da obrigação contida no parágrafo 1º, do artigo 1º, da Convenção Americana:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Convenção Americana).

Da mesma forma, como a obrigação não se cumpre em conexão com um direito protegido pela Convenção Americana, este tipo de sentença onde se decreta o caso julgado aparente ou fraudulento carrega imersa, à violação dos direitos humanos de garantias e proteção judicial, contidos nos artigos 8º e 25 do instrumento interamericano, vale dizer, quando o Estado não garante às vítimas ou familiares o devido processo legal:

[...] derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Convenção Americana, parágrafo 1º, do artigo 8º, da Convenção Americana).

Isso ocorre quando o Estado em questão não contempla dentro de seu ordenamento jurídico um recurso simples e rápido ante os juízes ou Tribunais competentes, ou quando garantindo a existência do recurso não lhe permita às pessoas interpô-los. Portanto, o Estado que subscreve a Convenção Americana, se obriga a: a) garantir que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interponha tal recurso; b) desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se haja estimado procedente o recurso (Convenção Americana, parágrafo 2º, do artigo 25).

Com base nesses pressupostos a Corte Interamericana tem emanado diversas decisões que fazem constar em suas sentenças, a figura do caso julgado, fraudulento, como argumento de motivação na *obiter dictum*, para logo declarar aos Estados que são parte da Convenção, como responsáveis internacionalmente pela violação dos direitos humanos nela contidos e ordenar, como medidas de reparação, reverter ou anular decisões dos Tribunais internos, para

logo solicitar que se iniciem novas investigações, julgamentos e sanções aos responsáveis pelas violações, tendo como último fim garantir os direitos humanos das vítimas e seus familiares em cumprimento das obrigações convencionais.

CAPÍTULO 5 - A REVISÃO DA SENTENÇA PENAL E SUA RELATIVIDADE: PONDERAÇÃO EM RELAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA

Neste tópico a pretensão é analisar o instituto do caso julgado e sua implicância sobre o princípio da segurança jurídica e o valor justiça, defendendo a necessidade do exercício da ponderação de princípios, para logo depois elaborar uma proposta político-criminal à resolução do problema constatado, definindo a limitação do problema na justiça penal propriamente dita, que envolve também a justiça restaurativa e a omissão do Estado em aplicá-la, fato que gera o inconformismo natural humano de ausência de justiça e do direito e o conservadorismo do sistema tradicional do magistrado, como única formula de realização de justiça.

Entende-se que se trata de uma resistência impensada das instituições judiciárias, que acaba aplicando decisões imponderadas e injustas no âmbito penal e posteriormente excessos de demandas revisionais procurando rescindir o caso julgado, muitas vezes modelos de decisões anacrônicas, que homenageia o ultrapassado sistema de justiça, onde ainda em regra se aplicam sanções desproporcionais e injustas, distantes da verdade, visto que exercem a opção do monopólio do Estado na distribuição da justiça e guardião dos direitos individuais, onde está inserida a liberdade, ou seja, o Estado é o único habilitado no direito de punir, tendo como alicerce o instituto do contrato social de Jean Jacques Rousseau.

Pelo contrato social, o Estado recebe uma representação da sociedade, como único mandatário legitimado na distribuição de justiça, abandonando todos os demais métodos de solução de conflito, como a mediação e arbitragem. Entende-se que a resistência de implantação da justiça restaurativa é uma relevante causa, entre outros, que leva o inconformismo da sociedade, em face das sentenças judiciais, que no dizer de Jorge de Figueiredo Dias não tem o consenso da doutrina portuguesa, provocando uma abundância de demandas de Revisão Criminal, abalando a segurança jurídica e vulnerando o caso julgado.⁶¹⁹

⁶¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007. *Op. cit.*, p. 66.

5.1 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DA SENTENÇA PENAL TRANSITADA EM JULGADO

Houve um tempo em que o caso julgado era supervalorizado para garantir a segurança jurídica, impedindo ou dificultando a revisão das sentenças, mesmo quando se tratasse de condenações injustas. Isso aconteceu para superar a provisoriedade da sentença existente no sistema inquisitório. O problema é que o remédio foi exagerado. Se, por um lado, foi possível garantir eficazmente o cidadão contra a intervenção excessiva do Estado na esfera da vida privada, de outro, as restrições muito severas impediam qualquer forma de reapreciação ou revisão de sentenças condenatórias transitadas em julgado, mesmo que se mostrassem claramente injustas. Soma-se a isso, o fato de que a regra do *ne bis in idem* não foi adotada ou regulada por todas as ordens jurídico-penais, o que levou à necessidade de aplicação subsidiária de regras de direito civil, muito mais rígidas em se tratando de caso julgado.

Atualmente não mais se discute que o caso julgado é definido e concebido como qualidade da sentença, não mais sujeita a recurso, e não como efeito, visando trazer a certeza da decisão ao cidadão, observando o princípio da segurança como fim do direito, regulando à harmonia social, com a indiscutibilidade das decisões judiciais meritórias, criando estabilidade das decisões exaradas e limitando temporalmente as controvérsias jurídicas. Contudo, ainda permanece latente a discussão sobre a possibilidade de se relativizar ou desconsiderar os efeitos reais e concretos que derivam da decisão já albergada pelo caso julgado, como a declaração, a constituição e a condenação.

Ainda não existe consenso nem doutrinário, nem jurisprudencial, embora já se possa perceber, em decisões mais recentes, certa tendência à aceitação da desconsideração do caso julgado em alguns casos específicos.

O artigo 29, nº 05 e nº 06 da Constituição da República portuguesa, assegura ao condenado à revisão da sentença, de forma ponderada, fato que por si, relativiza o caso julgado, numa dimensão robusta para o cidadão individualmente, mas jamais para justificar a revisão da sentença *pro societate*. No direito comparado, a Constituição da República brasileira, conforme já salientado, admite-se a revisão criminal restrita ao arguido condenado, tema prestigiado também pela legislação processual penal no artigo 621 do Código de Processo Penal brasileiro.

Os doutrinadores ainda não chegaram a um consenso, por essa razão a discussão permanece em polvorosa no mundo acadêmico e jurídico em geral, já que o objetivo

norteador do direito e da ordem jurídica é encontrar um modelo de processo judicial que garanta, ao final, a realização da verdadeira justiça. Entretanto, a tradicional justiça penal predominantemente retributiva, merece reflexão, pois mantém um ideal comum e uniforme de sanção, seja qual for o delito. Entende-se, aqui, que alguns delitos podem ser colocados no ângulo do objetivo restaurativo, a verdadeira ressocialização do apenado, onde aplicada neutraliza novos delitos e a pena tem a proporcionalidade e equivalência com o fato cometido.

Esta predominância pela tradicional Justiça, senão falido, não resolve à reintegração do delinquente, pois se preocupa com a punição do agente do crime, mantendo o confronto entre réu e vítima, sem se preocupar com a conciliação, diálogo entre as partes e reparação do ato ilícito penal, preocupação da justiça restaurativa. Entende-se que o modelo de justiça é uma das causas da tangibilidade do caso julgado e vulneração da segurança jurídica e o excesso de demandas de revisão criminal.

Nesse contexto, a principal questão emergente circunda na possibilidade de rescisão da sentença penal com natureza excepcional, diante de uma profunda intolerável injustiça, provocando a manifestação do Estado, por meio do Poder Judiciário sobre certa matéria, quando novos dados e elementos, que passam a existir em processo posterior, vierem a demonstrar o equívoco da decisão proferida na sentença final do processo original. Nesse pensar, a impossibilidade de nova discussão do caso julgado material poderia prevalecer em relação aos fatos reais, ou seja, vale mais a segurança jurídica ou a justiça?

A teoria da relativização do caso julgado é construção doutrinária recente que procura dar ao caso julgado certa flexibilidade, sem se descurar da segurança jurídica. Fundamenta-se na conscientização de que a segurança jurídica não pode se sobrepor aos princípios jurídicos fundamentais como a moralidade, a legalidade e a proporcionalidade. Desse modo, entende-se que a decisão judicial não pode ser imutável, pelo menos em duas situações especiais: quando for injusta ou quando for inconstitucional.

Contudo, existem entendimentos contrários à relatividade da sentença penal transitada em julgado. Para essa corrente de ideias, quando o Poder Judiciário é chamado para resolver um conflito e, para tanto, observa o ordenamento processual, garantindo defesa e publicidade dos atos, a sentença decorrente não pode ser modificada, sob pena de eternizar demandas judiciais.

A doutrina contrária à relativização do caso julgado afirma que não é sequer viável ao próprio princípio da tutela jurisdicional, o condicionamento da decisão judicial para que se produza somente decisões justas, eis que na demanda sempre haverá uma parte vencedora e

outra vencida, ou seja, a sentença poderá ser processualmente justa, mas recebida como “injusta”, pela parte que “perdeu” a ação.

Em geral, argumenta-se que o caso julgado se relaciona com a segurança jurídica e não com a justiça da decisão. Portanto, não seria possível desfazer a decisão alcançada pelo caso julgado, sob o argumento de que a decisão foi injusta.

Um dos principais críticos de uma eventual relativização do caso julgado material é o processualista Luiz Guilherme Marinoni⁶²⁰. Nas suas palavras, “a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário”.

Prossegue argumentando que “de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente. Por isso, se a definitividade inerente ao caso julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada”⁶²¹.

Entretanto, discorda-se deste entendimento, tendo-se como base o instituto da prescrição. O processo transitado em julgado, porém inobservado de que estava prescrito, deve ser vulnerado e relativizado, pois não é razoável manter decisão onde a prescrição não foi observada, pois insistir na pena somente porque é crime, é uma contradição entre os fins teóricos do direito penal e a efetivação prática desses fins. Nesse sentido Franz Von Listz⁶²² destaca que “a ordem jurídica tem por missão a realização de fins práticos e não a observância rigorosa dos principios gerais”.

Neste pensar, argumenta-se que a afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, não poderia ser vista como um adequado fundamento para a pretensa “relativização” do caso julgado. Nos termos conclusivos de Luiz Guilherme Marinoni⁶²³:

Mesmo sem adentrar em complexos temas da filosofia do direito, pode-se logicamente argumentar que as teses da “relativização” não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão

⁶²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Edição nº 16. Porto Alegre; TRF4ªR, 23 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Luiz_Marinoni.htm> Acesso em: 10 set. 2018. p. 01.

⁶²¹ *Idem, ibidem*, p. 01.

⁶²² VON LISTZ, Franz. **Tratado de derecho penal**. 2. ed., vol. 03. Tradução de Quintiliano Saldaña. Madri: Editora Reus, 1929. p. 403.

⁶²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 01.

qualificada pela coisa julgada. Ora, admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça.

Entretanto, ousa-se novamente ponderar contrariamente às opiniões de Luiz Guilherme Marioni, fazendo uso das palavras do jurista francês, Jean André Roux⁶²⁴, em relação à prescrição, como fator vulnerador do caso julgado, ao afirmar que “a vida penosa e cheia de inquietações do delinquente, sob ameaça de processo ou de executar-se a pena, é mais imaginada pelos autores do que vivida pelo criminoso”, demonstrando harmonia às ideias de José Carlos Barbosa Moreira⁶²⁵, para quem aquele que sustenta a inexistência do caso julgado, vale dizer, nega a própria existência do caso julgado material, terá que rejeitar o cabimento de ação rescisória contra a sentença.

O artigo 485, *caput*, do Código de Processo Civil brasileiro, limita esse cabimento aos casos de sentença de mérito transitada em julgado, sendo que a expressão normativa “sentença de mérito” significa “sentença revestida da autoridade do caso julgado material”⁶²⁶.

De outro ângulo, está o reconhecimento da existência do caso julgado material acompanhado do entendimento, de que é possível negar imutabilidade à sentença, em razão do vício grave que a inquina. Dito de outro modo, aceitar a possibilidade da desconSIDERAÇÃO do caso julgado. Quem aceita a existência do caso julgado, mas concorda que em algumas situações pode ser posta de lado, precisará acertar as contas com disposições igualmente categóricas do Código de Processo Civil brasileiro, a saber, as dos artigos 471 e 474, e assim se faz em virtude da unificada teoria geral do processo, no âmbito penal e civil, com as ressalvas inerentes, *in verbis*:

Artigo 471: nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei. [...].
Artigo 474: passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

⁶²⁴ ROUX, Jean André. **Cours de droit criminel français**. 2. ed., vol. 02. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 216, nota 01.

⁶²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 22, p. 91-111. São Paulo, jan. 2005. p. 93.

⁶²⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 93.

Nas conclusões de José Carlos Barbosa Moreira⁶²⁷ não é preciso relativizar o caso julgado, para negar a existência do obstáculo da *res judicata* à cognição da matéria litigiosa. No seu pensar, “o caso julgado (com sua eficácia preclusiva) unicamente prevalece dentro das fronteiras que o ordenamento positivo lhe traça”, sendo que “reconhecer e respeitar essas fronteiras de modo algum equivale a relativizá-la”.

Mais uma vez destaca-se a prescrição como meio hábil de manejar o instituto da revisão criminal para vulnerar o caso julgado, apoiando com harmonia aos entendimentos dos juristas José Carlos Barbosa Moreira⁶²⁸ e Luis Jiménez de Asúa e a Jurisprudência portuguesa,⁶²⁹ que sempre defendeu que “a razão da prescrição está na virtude extintiva do tempo”. Concorde-se, pois embora a lei penal só desaparece quando revogada por outra, o desuso tira da sanção penal à eficácia, residindo, nesse motivo, o fundamento da prescrição. Diante deste ângulo, o direito à revisão da sentença condenatória injusta não é conflitante com o *ne bis in idem*, uma vez eu o fim são similares, ou seja, a protecção do indivíduo.

No mesmo sentido, o jurista Francês, Alfred Bertauld e o jurista brasileiro, Rogério Machado da Cruz⁶³⁰ lembram que em algum momento a preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize e que no processo penal a definitividade da decisão tem peculiaridades próprias. A partir desse momento, a lei impede que se prossiga na investigação e, se foi julgado o mérito, que se ressuscite o assunto no futuro.

Contudo, algumas legislações, como a brasileira e a portuguesa, permitem, além disso, que a decisão seja impugnada, sem se descurar, todavia, de limitá-la a certos casos tidos como graves e taxativamente previstos e, no geral, tratam de fixar um prazo fatal para a utilização da via impugnativa, como acontece, na via do direito civil, como à ação rescisória do artigo 495, do Código de Processo Civil brasileiro: “artigo 495: o direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão”⁶³¹.

Nas Constituições das Repúblicas portuguesa e brasileira há um grande prestígio a proibição de duplo julgamento, conforme a lição de Pereira Teotônio, em sua obra

⁶²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. 2005. *Op. cit.*, p. 94-99.

⁶²⁸ *Idem, ibidem*, p. 94-99.

⁶²⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal**. 3. ed. Madrid: Recueil Sirey, 1924. p. 293.

⁶³⁰ BERTAULD, Alfred. **Cours de code penal et leçons de législation criminelle**. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1864. p. 536. CRUZ, Rogério Schietti Machado da. *Op. cit.*, p. 30-31.

⁶³¹ Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. 2005. *Op. cit.*, p. 100; PEREIRA Teotônio. **Interpretação da lei criminal sua aplicação no tempo**. In: *RPM*, ano 03, vol. 12, 1983. p. 64; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 339/84**. Acórdão de 10 de julho de 1984. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 462/96**. Acórdão de 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

“interpretação da lei criminal e sua aplicação no tempo”, fortemente prestigiada pela jurisprudência.

Sobre a afirmação de que não se pode “eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas”, argumenta que a eternização de alguma injustiça é o “preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores”⁶³².

Para Nelson Nery Júnior⁶³³, o instituto do caso julgado é uma forma de manifestação do princípio do Estado Democrático de Direito no âmbito do Poder Judiciário. Nas suas palavras:

[...] a coisa julgada é elemento de existência do Estado Democrático de Direito. O desprezo que se quer dar à intangibilidade da coisa julgada, pretendendo “derrubar o mito de que a coisa julgada faz do preto, branco e do quadrado, redondo”, implica, necessariamente, o desprezo ao Estado Democrático de Direito. A destruição da base fundamental do Estado Democrático do Direito, vulnerando um de seus elementos de existência que é a coisa julgada material, é verdadeiramente a aniquilação do regime democrático.

Para esta doutrina, “a equação tem sido vista de forma extremamente simplista, vale dizer, “quando houver caso julgado inconstitucional e injusto, o princípio constitucional da proporcionalidade autoriza o intérprete a desconsiderá-la, o que, na prática, significa destruir, desobedecer a *auctoritas rei judicatae*”⁶³⁴.

Retornando o exemplo da prescrição, há razoabilidade em vulnerar o caso julgado, quando a decisão com *auctoritas rei judicatae* esta insubsistente pela prescrição, lembrando que o instituto da prescrição é meio necessário de adequar à decisão penal com os fatos, jamais um estímulo à impunidade e ao crime, pois justiça tardia demonstra impotência do poder público. Por esta razão, somam-se às palavras do jurista Nelson Nery Junior, os dizeres do jurista francês C. Degois⁶³⁵ sobre o caráter público da prescrição, sempre a favor da sociedade, e não no interesse do acusado, embora haja o seu benefício.

Nelson Nery Júnior⁶³⁶ reconhece que existem hipóteses que autorizam o abrandamento do rigor do caso julgado, porém lembra que tais hipóteses estão expressa e taxativamente

⁶³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. 2005. *Op. cit.*, p. 104.

⁶³³ NERY JÚNIOR, Nelson. 2005. *Op. cit.*, p. 145.

⁶³⁴ *Idem, ibidem*, p. 145.

⁶³⁵ DEGOIS, C. **Traité Élémentaire de droit criminel**. 2. ed., rev. e aum. Paris: Librairie Dalloz, 1922. p. 529, nº 1.074.

⁶³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. 2005. *Op. cit.*, p. 160.

previstas na lei. Trata-se da ação rescisória, dos embargos do devedor do Código de Processo Civil (artigo 741), da revisão criminal e da coisa julgada *secundum eventum litis* (ação civil pública e ação popular).

No entanto, o sistema jurídico brasileiro não admite a relativização (*rectius*: desconsideração) do caso julgado fora dos casos autorizados em *numerus clausus* ou em razão de uma fundada razoabilidade, pois caso isso ocorra terá havido negação do fundamento da República do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), que é formado, entre outros elementos, pela autoridade do caso julgado⁶³⁷.

Na mesma linha, o relembrado jurista Pimenta Bueno⁶³⁸ aponta como causa da vulneração do caso julgado o erro injusto e perplexo do julgamento. Reconhece-se as considerações do citado jurista, que se alinha com os objetivos aqui propostos.

Especificamente no caso da relatividade da sentença penal transitada em julgado, José Carlos Barbosa Moreira⁶³⁹ enfatiza que embora seja fundamentada numa injustiça ou uma inconstitucionalidade, possa acontecer tanto em sentenças penais condenatórias como absolutórias, registrando que a revisão do caso julgado somente seria possível em favor do réu, no direito brasileiro, muita embora no direito lusitano admite-se excepcionalmente a revisão criminal para a sociedade, lembrando que no direito brasileiro, deve observar às hipóteses taxativas do artigo 621 do Código de Processo Penal:

Artigo 621: a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

A doutrina desfavorável à relativização do caso julgado penal parece concordar, no geral, de que só se pode admitir a revisão de sentenças penais nesses três casos legais exclusivamente, tendo como fundamento o direito penal garantista, respeitador dos mandamentos constitucionais e protetor das liberdades e garantias individuais.

⁶³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. 2005. *Op. cit.*, p. 160.

⁶³⁸ BUENO, Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro, 1922. p. 258, nº 363.

⁶³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. 2005. *Op. cit.*, p. 60.

Os defensores da relativização do caso julgado no processo civil⁶⁴⁰ argumentam que se deve pensar em desconsiderar o caso julgado, no caso de sentença injusta decorrente de decisão monocrática ou em instância monocrática ou quando a injustiça da decisão for qualificada como grave ou séria.

Outro ponto polêmico é a questão da retroatividade de lei de conteúdo mais favorável ao arguido, na hipótese posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. No passado o Supremo Tribunal de Justiça português rejeitou o argumento da inconstitucionalidade, sob o fundamento, de que lei posterior ao trânsito em julgado, ainda que mais favorável ao apenado não poderia retroagir, após o trânsito em julgado, diante da intangibilidade do caso julgado, à luz do artigo 29, nº 05, da Constituição da República portuguesa. O Tribunal Constitucional português também vem consagrando à intangibilidade do caso julgado, ressalvada lei mais favorável, no aspecto penal ao arguido⁶⁴¹.

Defende-se que o princípio do caso julgado não pode ser óbice a rever lei mais favorável ao apenado, inserida no contexto da presunção da inocência consagrada, a nível constitucional e que visa à proteção de direitos fundamentais. Portanto, nesta ótica e com fundamento na posição majoritária doutrinária e de precedentes judiciais não poderia ser alegado, como restrição ao direito fundamental da liberdade, como na ressalva de amplitude dos casos julgados, mesmo diante de lei mais favorável.

Germano Marques da Silva⁶⁴² sustenta que a intangibilidade do caso julgado não é absoluto. De fato, o princípio do caso julgado não é incompatível com a incidência do princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável ao arguido, mesmo porque uma lei nova constitucional inserida no sistema jurídico tem relevância, sem afetar o princípio do caso julgado. Por esta razão entende que o legislador português agiu bem ao reformar o artigo 2º, nº 04, do Código Penal português, em 2007, para extirpar do sistema penal português a ressalva pertinente dos casos julgados, ainda que o tema já esteja em execução penal.

Na mesma linha de raciocínio e razoabilidade é a ponderação do jurista baiano Filinto Justiniano Ferreira Bastos⁶⁴³ é a previsão estabelecida no Código Criminal brasileiro de 1830 e depois reprisado no Código Penal de 1940, no artigo 108, inciso VIII, sobre a extinção da

⁶⁴⁰ Defendem a teoria da relativização da coisa julgada, entre outros, Humberto Theodoro Júnior, Juliana Cordeiro de Faria, José Augusto Delgado, Cândido Rangel Dinamarco e Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 486).

⁶⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007. *Op. cit.*, p. 202.

⁶⁴² SILVA, Germano Marques da. 2010. *Op. cit.*, p. 306.

⁶⁴³ BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. **Breves lições de direito penal**. Vol. 02. Bahia: Litho-Typographia Almeida, 1911. p. 146.

punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, sendo fator de relevante razoabilidade para relativização do caso julgado por fato superveniente.

O referido entendimento majoritário está em consonância com o já citado artigo 371-A, do Código de Processo Penal português, também reformado em 2007, no qual prevê que o arguido condenado pode requerer à aplicação de lei mais favorável, após o trânsito em julgado, com a devida aplicação ao caso concreto, concluindo que a lei nova mais favorável ao arguido tem aplicação retroativa, em certos cenários, ainda que a sentença já tenha transitado em julgado. No caso, o casamento do delinquente com a mulher por ele agravada na sua honra é fator preponderante para à extinção da punibilidade, elevando a mulher na estima social, levando o poder público a retirar o poder punitivo. Interessante que o direito penal português alterou a natureza jurídica do instituto do casamento, como escusa penal, outorgando o legislador efeito suspensivo da condenação, considerando que somente a vida em comum duradoura pode ser o garantidor da reparação da ofensa. As Ordenações portuguesas (Livro 5º, das Ordenações Filipinas), já contemplaram o matrimônio, como escusa penal nos crimes de defloramento.

Portanto, à incidência retroativa da lei penal mais favorável é matéria pacificada no direito português. Até mesmo o artigo 371-A, do Código de Processo Penal português, garante ao arguido à reabertura da audiência, quando depois do trânsito em julgado da sentença, ocorrer à vigência de lei penal mais favorável.

A orientação doutrinária e jurisprudencial é uma resposta à aplicação da garantia constitucional de retroatividade da lei mais favorável⁶⁴⁴. Nesta linha, Goulart de Oliveira⁶⁴⁵ defendeu no Primeiro Simpósio Brasileiro de Criminologia, reunido em 1936, no Rio de Janeiro, a tese de que o casamento da ofendida extingue o crime de defloramento, autorizando, portanto a revisão criminal, por fato superveniente.

A doutrina contrária⁶⁴⁶ à relativização do caso julgado questiona: essa situação é juridicamente correta? Não estaria afrontando própria criação do instituto do caso julgado? Esta análise, em resposta às indagações, leva à conclusão de que o caso julgado penal é um instituto essencial visto que dá a sentença solução definitiva, característica do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial do caso julgado, ainda que com certa como na hipótese aventada,

⁶⁴⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 954-957. ANTUNES, Maria João. 2008. *Op. cit.*, p. 333 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa de. 2009. *Op. cit.*, p. 78.

⁶⁴⁵ OLIVEIRA, Goulart de. **Sugestões oferecidas**. Primeiro Simpósio Brasileiro de Criminologia. Rio de Janeiro, 1937. p. 197 e 198.

⁶⁴⁶ Aqui representada por José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni e Nelson Nery Júnior, dentre outros (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 486).

em natureza excepcional, mesmo porque em tema penal, a definitividade da sentença final contribui para a certeza e a segurança jurídica, à harmonia social, devida garantias ao arguido e concepção para revisão criminal das sentenças injustas, este em particular demonstra à predominância do valor justiça sobre o valor segurança jurídica, relativizando a sentença penal transitada em julgado, que tem particularidades, que não se encontra na sentença civil, o que à doutrina já aponta à autonomização do processo penal em relação ao processo civil, mesmo porque o caso julgado penal tem forte relevância para o processo penal, visto porque afasta à dúvida, atribuindo à sentença à fundamental definitividade.

Esse entendimento é defendido por Daniela Vigni⁶⁴⁷ ao ressaltar que a relatividade da sentença penal transitada em julgado equivale a um controle de qualidade, fato que resulta na sua correção para se adequar à plena justiça possibilitando a revisão da *res judicata*. O tema merece reflexão e a necessidade do equilíbrio da sentença penal condenatória, que exige um fim para a execução da decisão penal, a harmonia e a paz jurídica, porém admitindo-se excepcionalmente a vulneração da intangibilidade do caso julgado, como a revisão criminal, em hipóteses legais, como por exemplo, à sentença condenatória injusta, o que leva à relativização excepcional da segurança jurídica.

O movimento favorável à relativização do caso julgado defende que a decisão judicial, quando inconstitucional ou injusta, desproporcional ou lesiva aos direitos fundamentais, não tem força para produzir caso julgado material, podendo, por isso, ser revista para evitar manter no mundo do direito, decisões subversivas à ordem jurídica. Trata-se de regra formal despreocupada com conteúdo do julgado e da estabilidade jurídica, visando colocar um limite no absolutismo da decisão judicial, levando à conclusão de que o processo penal exige a definitividade, impondo, portanto, uma harmonia no interesse público e da sociedade e também, a tutela da paz jurídica do próprio arguido⁶⁴⁸ e no dizer do jurista italiano Franco Coppi⁶⁴⁹ “permitindo a revisão de sentenças injustas e a relexão unitária afasta a compatibilização plena dos institutos opostos do caso julgado e da revisão criminal”.

Os autores clássicos que defendem a tese da revisão do caso julgado em casos excepcionais são: Gelsi Bidart, Devis Echandía, Vescovi, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Couture, Goldschmidt, Schonke e Rosenber, dentre outros. A doutrina mais recente também vem se inclinando nessa mesma linha, a exemplo de Hitters, Roberto

⁶⁴⁷ VIGNI, Daniela. *Relatività del giudicato ed esecuzione dela pena detentiva*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 04-05.

⁶⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. 1931. *Op. cit.*, p. 407.

⁶⁴⁹ COPPI, Franco. *Reato continuato e cosa giudicata*. Napoli: Ed. Eugenio Jovene, 1969. p. 288-289.

Berizonce, Cândido Dinamarco, Santiago Pereira Campos, Ada Peregrini Grinover e Luis Aquiles Mejía Bernal e muitos outros.

Já os ordenamentos jurídicos têm optado entre dois valores: ou fazendo prevalecer à segurança jurídica ou priorizando a justiça e de acordo com a preeminência que se lhe outorgue a um valor ou a outro, varia a possibilidade de impugnar o caso julgado e a utilização dos diferentes mecanismos para atacá-lo.

O que se pode estabelecer como acordo generalizado na doutrina moderna na teoria geral do processo penal e civil, é que a sentença alcançada mediante fraude, simulação, dolo, falta de discernimento, intenção ou liberdade, nulidade absoluta ou que afronta à Constituição afetando não apenas os atos processuais isolados, mas, também, todo um processo, não devendo, portanto, formar caso julgado material e em caso de se formar por questões legislativas, haja a possibilidade de impugnação. Ao discorrer sobre o tema, Jorge W. Peyrano⁶⁵⁰ explica que:

[...] a firmeza da coisa julgada pode ser quebrada não apenas por causa da fraude processual, como, também por motivos totalmente alheios ao dolo ou a manobras de quem participa no processo, mas também pela mudança das circunstâncias que deram origem à decisão, como, por exemplo, vícios dos elementos da decisão que a tornam intoleravelmente injusta. Podem agregar, também, as mudanças dos métodos científicos e dos juízos de valor político ou morais.

Nesse estudo acolhe-se com mais simpatia a tese sustentada pela doutrina processual contemporânea, que atribui ao caso julgado um valor firme, importante para os fins de paz, ordem e segurança jurídica de determinado conglomerado social, mas que de nenhuma maneira pode ser considerado como absoluto.

A partir das referidas premissas, deve-se observar os contornos jurídico-positivos da segurança jurídica, por ser fundamental para se evitar a vulneração banal do caso julgado, pois um olhar científico do processo penal exige princípios dogmáticos sólidos e com estabilidade como, por exemplo, a vulneração do caso julgado, decorrente dos precedentes judiciais supervenientes, aliás, assim defendido, por Humberto Theodoro⁶⁵¹ com apoio entusiasmado da doutrina.

⁶⁵⁰ PEYRANO, Jorge W. **El proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978. p. 202.

⁶⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Jurisprudência como fonte do direito**. In: *Revista Jurídica*, vol. 90-91. p. 408-410. Porto Alegre, 1978. p. 408-410.

Importante assinalar que qualquer que seja o resultado do confronto entre o caso julgado e a revisão criminal, dentro dos parâmetros delimitados do processo, só pode constituir objeto de um processo penal fatos previstos num determinado tipo legal de crime, dentro do mesmo acontecimento histórico unitário conhecendo, no dizer preciso de Germano Marques da Silva⁶⁵², vários crimes no mesmo processo, tese simpática também à Mário Tenreiro⁶⁵³ e Castanheira Neves⁶⁵⁴, ou seja, havendo pluralidade de crimes os processos devem ser apreciados conjuntamente, diante da competência por conexão e a consequência é que a solução para rescisão do caso julgado será uniforme para todos os processos reunidos.

O caso julgado é um instrumento indispensável à paz, segurança e à justiça, mas não é um valor absoluto, mas sim relativo. Contudo, a revisão deve ser excepcional, de modo que a revocabilidade do caso julgado, só aconteça no caso de vícios substanciais transcendentais e heterônomos ao processo.

A eventual inexistência de uma regulação específica não pode, jamais, ser apontada como obstáculo à aplicação do princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado, para a qual se aplicará ao injustamente condenado e excepcionalmente à sociedade, o recurso de revisão penal empregando-se o processo do conhecimento mais amplo, permitido pela ordem jurídica em vigor, diante do devido processo legal.

O alargamento e extensão do âmbito do recurso de revisão e a consequente relativização do caso julgado impõe a inexistência de limite no tempo para impugnação, linha de reflexão que pode ser extendido para o processo civil, mesmo depois do transcurso do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória. Os argumentos são variados, dentre eles a tese de que o caso julgado material não pode prevalecer sobre a realidade, sendo admissível a revisão da conclusão formada, quando nova análise permita a prolação de um julgado mais próximo da realidade e, consequentemente, da justiça. Com efeito, neste pensar o caso julgado para efeito de rescisão não teria limites no tempo, notadamente no caso de afronta ao texto constitucional, pois, “estar-se-ia diante da coisa julgada inconstitucional, que merece revisão a qualquer tempo”⁶⁵⁵, mesmo porque à estabilidade da Constituição, depende do próprio controle de constitucionalidade, lembrando as assertivas de Hans Kelsen⁶⁵⁶, de que “a partir da Constituição austríaca de 1920 o controle de constitucionalidade se dava pela

⁶⁵² SILVA, Germano Marques da. 2009. *Op. cit.*

⁶⁵³ TENREIRO, Mário. *Op. cit.*, p. 1035.

⁶⁵⁴ NEVES, Alfredo Castanheira. 1968. *Op. cit.*, p. 210-211.

⁶⁵⁵ LEAL, Fabio Resende; SAPELI, Aline Mayara. *Op. cit.*, p. 21.

⁶⁵⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 302-303.

responsabilidade pessoal do órgão que instituiu a norma, ou, ainda, à inaplicação da própria norma”.

O principal argumento dos defensores da relativização do caso julgado é o denominado “princípio da constitucionalidade”, embasado na premissa de que todos os atos emitidos pelo Poder Público, em geral estão naturalmente condicionados à adequação ao texto constitucional. O raciocínio é o seguinte: da mesma forma em que o Poder Legislativo está vinculado diretamente à Constituição, por meio do instituto jurídico denominado de “controle de constitucionalidade”, também o Poder Judiciário está adstrito à Constituição, pela mitigação do caso julgado inconstitucional. É nesse sentido o entendimento defendido pelo jurista português Paulo Otero⁶⁵⁷, lembrando, também, “os sentidos normativos descritos por Friedrich Muller, diferenciando texto normativo de norma”⁶⁵⁸:

Admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos Tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado nos Tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz. [...]. Num Estado de Direito Material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim é sempre o direito ou, pelo menos, a ideia de um direito justo⁶⁵⁹.

Paulo Otero⁶⁶⁰ se coloca em posição contrária à ordem constitucional, que prevê a imunidade da decisão judicial ao controle de constitucionalidade, explicando que, neste aspecto, o importante nas decisões judiciais contrárias às normas constitucionais, não é a violação de uma vontade jurídica dotada de idêntica legitimidade constitucional, mas a criação, pelo Poder Judiciário, de decisões sem fundamento direto ou em oposição aos termos constitucionais. Em posição oposta, Oswaldo Luiz Palu⁶⁶¹, refere que “a Constituição deve ter preservada sua força ordenadora e deve ser efetivamente obedecida, gerando efeitos na realidade social (Constituição normativa)”.

⁶⁵⁷ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 10.

⁶⁵⁸ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2000. p. 22.

⁶⁵⁹ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 10.

⁶⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 10.

⁶⁶¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 56.

No Brasil, José Augusto Delgado⁶⁶², um dos precursores da teoria da relativização do caso julgado, apresenta, de forma esquematizada, uma síntese dos seus pensamentos sobre a matéria:

a) o princípio-força da coisa julgada é de natureza relativa; b) a coisa julgada não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade; c) o Poder Judiciário, ao decidir a lide pelos juízes que o integram, cumpre missão estatal de natureza absoluta, com função destinada a aplicar, de modo imperativo, as estruturas que sustentam o regime democrático; d) a sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças; e) o *decisum* judicial não pode produzir resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Federal de 1988; f) a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza consequências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito; g) a regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém, esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático; h) a garantia da coisa julgada não pode ser alterada pela lei para prejudicar, em homenagem ao princípio da não retroatividade; i) os fatos apurados pela sentença nunca transitam em julgado, por a decisão referir-se a eles com as características de tempo, modo e lugar como foram apurados; j) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdades nas relações do contribuinte com o fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance; k) em tema de desapropriação, o princípio da justa indenização reina acima do garantidor da coisa julgada; l) a sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza; m) a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial.

⁶⁶² DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. Texto básico da palestra proferida no dia 20 dezembro de 2000 no I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União - 5ª Região - Fortaleza-CE, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Fortaleza-CE: Centro de Estudos Victor Nunes Leal, 2000. p. 22.

No geral, no direito comparado português e brasileiro, os defensores da tese da relativização do caso julgado argumentam que no ordenamento jurídico, o valor da segurança jurídica não é absoluto, devendo conviver em harmonia com um valor maior, qual seja o da justiça das decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Apontam que o fundamento da resposta está esculpido na própria Constituição portuguesa, no artigo 29, nº 06 e a Constituição da República Brasileira, cujo preâmbulo já diz que a “justiça” é o objetivo fundamental da República brasileira:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Destarte, para flexibilizar o caso julgado é preciso elaborar um juízo de ponderação de valores, diante do caso concreto, optando pela desconsideração do caso julgado, apenas nos casos excepcionalmente graves e de significativa repercussão negativa. Logo no início de sua obra, Cândido Rangel Dinamarco⁶⁶³, com apoio de José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁶⁴, baseado no princípio da segurança jurídica assinala “que a força de caso julgado deve ser atributo dos atos jurisdicionais” informa que:

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XXXV). [...]. Não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas. [...]. Conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo⁶⁶⁵.

⁶⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2001. *Op. cit.*, p. 08-09.

⁶⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 264-265.

⁶⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 264-265.

Ora, é importante numa sociedade organizada, que as pessoas não sejam surpreendidas no futuro por atos judiciais, notadamente que afetem situações consolidadas em afronta ao caso julgado. Aliás, “a certeza das situações jurídicas, a estabilidade dos julgados, a previsibilidade da sua observância e o efetivo respeito ao seu conteúdo, contribuem para a pacificação social”⁶⁶⁶.

Mais adiante o jurista Cândido Rangel Dinamarco⁶⁶⁷ reconhece que “sem a rigorosa estabilidade do caso julgado, a vida dos direitos seria incerta e insegura, a dano da tranquilidade social”, enfatizando que “toda flexibilização de regras jurídico-positivas traz consigo risco, como já venho reconhecendo há mais de uma década”.

Claro, que ordenamentos jurídicos historicamente, desprezaram a estabilização das decisões judiciais e, portanto, o caso julgado⁶⁶⁸.

Contudo, Cândido Rangel Dinamarco⁶⁶⁹ lembra que “a ordem processual dispõe de meios para a correção de eventuais desvios ou exageros, inclusive mediante a técnica dos recursos, da ação rescisória, da reclamação aos Tribunais superiores etc.”. Ademais, não postula a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicatae*, somente “o cuidado para situações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários”, destacando que:

[...] cabe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais, etc.⁶⁷⁰.

Para Nelson Nery Júnior⁶⁷¹ o respeito ao caso julgado, constitui valiosa garantia do Estado Constitucional. Em consonância, lembra o constitucionalista, José Afonso da Silva⁶⁷² que “historicamente, o conceito de Estado de Direito, consiste nos elementos básicos do império da lei, a divisão de poderes e a garantia dos direitos individuais”. Na mesma linha, Conde Correia⁶⁷³ expressa no direito de revisão da sentença condenatória injusta.

⁶⁶⁶ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, p. 270.

⁶⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2001. *Op. cit.*, p. 60.

⁶⁶⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradución Jacinto Mesia y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Gongora, 1839. p. 168.

⁶⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2001. *Op. cit.*, p. 60.

⁶⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 60.

⁶⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. 2005. *Op. cit.*, p. 713.

⁶⁷² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 6653-6661.

⁶⁷³ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 24.

José Augusto Delgado⁶⁷⁴, em voto proferido como relator na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 15 de fevereiro de 2000, não reconheceu caráter absoluto ao caso julgado, filiando-se, textualmente, à corrente que entende ser impossível que o caso julgado se sobreponha aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado, só pelo fundamento da imposição da segurança jurídica. A decisão em comento restou assim ementada:

Ementa: [...]. Processual civil. Tutela antecipada. Efeitos. Coisa julgada. 1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido. 2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença trânsito em julgado. 3. Efeitos de tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia. 4. Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica. 5. Direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal que devem ser asseguradas. 6. Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica. 7. Posição que visa, unicamente, valorizar, em benefício da estrutura social e estatal, os direitos das partes litigantes. 8. Recurso provido para garantir os efeitos da tutela antecipada, nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau⁶⁷⁵.

Em outra ocasião, José Augusto Delgado⁶⁷⁶ defendeu que a relativização do caso julgado sempre se impõe, quando ocorra “agressão a um mandamento constitucional”. Entende que as sentenças que ofendem a Constituição da República “nunca terão força de caso julgado e poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas no seu âmago mais consistente, que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça”. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Ingo Wolfgang Sarlet justificam que a Constituição tutela o caso julgado como garantia da estabilidade social, como “concretização

⁶⁷⁴ José Augusto Delgado in STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 240.712/SP (1999/0109732-0)**. Primeira Turma. Relator José Delgado. Julgada em 15 de fevereiro de 2000. Publicada no DJ de 24 de abril de 2000, p. 38. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 set. 2018.

⁶⁷⁵ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 240.712/SP (1999/0109732-0)**. *Op. cit.*

⁶⁷⁶ DELGADO, José Augusto. **Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. In: *Painel IV*, do II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, realizado em São Paulo nos dias 23 e 24 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental3/painel4.htm>>. Acesso em: 16 set. 2018. p. 01.

da segurança jurídica, no Estado Constitucional”⁶⁷⁷. Nas palavras do jurista José Augusto Delgado⁶⁷⁸:

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo trânsita em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade [...] estas entidades processuais só se afirmam como verdadeiras e os seus atos só têm capacidade de produção de efeitos quando suas posturas são desenvolvidas dentro do círculo da legalidade e da moralidade. Além destes limites, elas inexistem porque recebem configurações que ultrapassam as perspectivas democráticas perseguidas pela Constituição Federal de 1988. [...]. Há, portanto, com influência dessas novas ideias, que se meditar sobre o alcance da coisa julgada quando atua em atrito com os princípios da moralidade, da legalidade e da realidade impostos pela natureza das coisas e das relações humanas e com os princípios postos na Constituição Federal de 1988. [...]. A coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição Federal de 1988. [...]. Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. [...]. Essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença [...]. Não posso conceber o reconhecimento da força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios legais maiores da Constituição Federal de 1988 e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal de 1988, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa. [...]. A carga imperativa da sentença pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza consequências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito.

No âmbito jurisprudencial, os ministros do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, se dividem sobre relativização do caso julgado. De acordo com Marina Ito⁶⁷⁹, correspondente da Revista Eletrônica “Consultor Jurídico” no Rio de Janeiro, uma das questões apresentadas aos

⁶⁷⁷ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 882.

⁶⁷⁸ DELGADO, José Augusto. 1999. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁷⁹ ITO, Marina. **Ministros debatem a relativização da coisa julgada**. In: *Consultor Jurídico*, de 04 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-04/ministros-stj-dividem-relativizacao-coisa-julgada>>. Acesso em: 16 set. 2018. p. 01.

ministros das Cortes Superiores, no Anuário da Justiça de 2011, diz respeito à relativização do caso julgado.

Para o ministro Mauro Campbell⁶⁸⁰, “no lugar de relativizar o caso julgado, o Poder Judiciário tem de qualificar ainda mais seus julgamentos, julgar melhor”. Hamilton Carvalhido⁶⁸¹, ao seu turno, afirma que “a relativização é necessária, mas em casos absolutamente excepcionais”. Na opinião de Arnaldo Esteves Lima, o caso julgado só pode ser objeto de revisão ou rescisória.

Conforme Humberto Martins⁶⁸², a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “já decidiu por unanimidade que no vício insanável pode ser impugnado por meio de ação autônoma movida para desconstituição do julgado”. Já o ministro Benedito Gonçalves⁶⁸³, entende que pode relativizar o caso julgado com ressalvas, argumentando que “muitas vezes, um processo leva quinze anos para ser decidido. Depois disso tudo, não me parece razoável rever uma sentença, que fixou a regra que está regulando aquela relação social da qual surgiu o conflito”.

Ao se manifestar sobre o assunto, o ministro Castro Meira⁶⁸⁴ defende que a relativização total do caso julgado é muito grave, porém, reconhece que:

[...] nas questões que envolvem a constitucionalidade, há outros valores. Quando uma lei é declarada inconstitucional, a relativização é plenamente aceitável, mas a decisão que a invalidou também tem de transitar em julgado. E os efeitos só se aplicam a situações que ocorrerem depois disso.

A variedade nas respostas dos ministros mostra o quanto o assunto é polêmico, como se passa a observar, mesmo porque o caso julgado é garantia constitucional no Estado de Direito que, em última análise, regula a vida social no seu sistema jurídico, proporcionando estabilidade das decisões judiciais e sua alteração e relativização somente por exceção, sendo que José Afonso da Silva⁶⁸⁵ considera o caso julgado “um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica”. Na mesma menção em rodapé e no direito comparado lusitano, a jurisprudência portuguesa consagra o direito à revisão da sentença injusta, conforme

⁶⁸⁰ Mauro Campbell *apud* ITO, Marina. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁸¹ Hamilton Carvalhido *apud* ITO, Marina. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁸² Humberto Martins *apud* ITO, Marina. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁸³ Benedito Gonçalves *apud* ITO, Marina. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁸⁴ Castro Meira *apud* ITO, Marina. *Op. cit.*, p. 01.

⁶⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 6657.

autorização do artigo 29º, nº 06, da Constituição da República, ratificando as Constituições de 1911 e de 1933, como exigência de justiça e direito fundamental⁶⁸⁶.

O tema também gera polêmica no Supremo Tribunal Federal brasileiro. As opiniões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de relativizar o caso julgado também foram colhidas pela Revista ConJur, no Anuário da Justiça Brasil 2011, lançado no fim de março. Para pelo menos três integrantes do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Ayres Britto, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski) a relativização do caso julgado é “aceitável até mesmo em casos de execução de decisão transitada em julgado, se essa decisão contrariar uma posição futura da Corte Suprema”. Por sua vez Celso de Mello, Marco Aurélio e Luiz Fux são terminantemente contra. Todas as respostas fazem parte do texto do Anuário da Justiça de 2011, lançado em março de 2011. Decisão do Supremo Tribunal Federal, na relatoria de Celso de Mello:

Ementa: Recurso extraordinário. Coisa julgada em sentido material. Indiscutibilidade, imutabilidade e coercibilidade: atributos especiais que qualificam os efeitos resultantes do comando sentencial. Proteção constitucional que ampara e preserva a autoridade da coisa julgada. Exigência de certeza e de segurança jurídicas. Valores fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Eficácia preclusiva da *res judicata* - *tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debebat* - consequente impossibilidade de rediscussão de controvérsia já apreciada em decisão transitada em julgado, ainda que proferida em confronto com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal - a questão do alcance do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil. Magistério da doutrina. Recurso de agravo improvido. A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o esgotamento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. - A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc*

⁶⁸⁶ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 09P0109**. Acórdão de 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018. TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Processo nº 376/00**. Acórdão de 13 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>. Acesso em: 02 out. 2018, entre vários, porém selecionados, como paradigmas.

- como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada [...], não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, no nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. - O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito⁶⁸⁷.

Decisão do mesmo Supremo Tribunal Federal, na relatoria de Dias Toffoli, agora no sentido do dever de relativização do caso julgado “estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de ácido desoxirribo-nucleico - DNA⁶⁸⁸, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo”. Entretanto, o jurista Humberto Ávila⁶⁸⁹ afirma que “mesmo se não houvesse previsão expressa na Constituição de respeito ao caso julgado, sua intangibilidade estaria garantida, por um imperativo de proteção da confiança legítima decorrente do princípio da segurança jurídica”. Abaixo a citada decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria é do Ministro Dias Toffoli:

Ementa: Recurso extraordinário. Direito processual civil e constitucional. Repercussão geral reconhecida. Ação de investigação de paternidade declarada extinta, com fundamento em coisa julgada, em razão da existência de anterior demanda em que não foi possível a realização de exame de ácido desoxirribo-nucleico - DNA, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e por não ter o estado providenciado a sua realização. Repropositura da ação. Possibilidade, em respeito à prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanção de seu direito de personalidade. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de ácido desoxirribo-nucleico - DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível

⁶⁸⁷ STF, Supremo Tribunal Federal. **RE nº 592.912 AgR / RS**. Segunda Turma. Relator Celso de Mello. Julgado em 03 de abril de 2012. Publicado no DJe-229 de 21 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁶⁸⁸ A sigla “DNA” significa “ácido desoxirribo-nucleico”, e funciona como sede das informações genéticas herdadas dos pais e transmitidas aos filhos.

⁶⁸⁹ ÁVILA, Humberto. 2011. *Op. cit.*, p. 355.

determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de ácido desoxirribo-nucleico - DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. [...].

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é possível a propositura de nova ação fundada na possibilidade de prova da paternidade pelo exame de ácido desoxirribo-nucleico - DNA, inexistente à época da decisão transitada em julgado. Sobre o tema Maria Christina de Almeida⁶⁹⁰ explica que:

Há a possibilidade de revisar um julgado no qual não se tenha utilizado o critério científico na apuração da verdade para torná-lo cientificamente seguro, isto porque a sentença proferida pode, ou não, coincidir com a verdade real, dada a sua estabilidade jurídica como furto da persuasão íntima do julgador, e não uma convicção científica.

Nos argumentos do constitucionalista José Afonso da Silva⁶⁹¹ em defesa de sua tese de que em algumas situações, o caso julgado pode ser flexibilizado, a proteção constitucional do caso julgado, não pode impedir que a lei preordene regras para a sua rescisão por meio de atividade jurisdicional.

Apesar das divergências sobre a flexibilidade do caso julgado, tanto o ordenamento jurídico português quanto o brasileiro, nas palavras do jurista José Maria Tesheiner⁶⁹² e admitida também por Jorge de Figueiredo Dias⁶⁹³, sobre a independência judicial, poder absoluto e incoercível, porém em consequência do “estrito dever do juiz de obediência à lei”, sempre prestigiaram a segurança jurídica, muito embora o referido instituto seja garantia fundamental, tem-se admitido a sua ponderação e relativização diante dos demais princípios constitucionais. A doutrina e a jurisprudência vêm caminhando no sentido da adoção da tese

⁶⁹⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98-99.

⁶⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 436-437.

⁶⁹² TESHEINER, José Maria Rosa. 201. *Op. cit.*, p. 237.

⁶⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Breve consideração de um tema recorrente: a independência judicial - Processo Penal - Constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 397 a 406.

da relativização do caso julgado principalmente quando considerada manifestamente contrária aos preceitos constitucionais.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro e o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em reiterações já adotaram a referida tese, conforme também sustentado por Beleza dos Santos⁶⁹⁴, em ratificação, “afastando o tabú, a respeito do caso julgado”, que no dizer de Álvaro Villela⁶⁹⁵, jurista português, “sem possibilidade de revisão, a sentença transitada em julgado constituiria um verdadeiro decreto da divindade”, assertivas embasadas na linha jurisprudencial portuguesa e brasileira, magnífica similitude no direito comparado:

Ementa: Ação de nulidade (*querella nullitatis*). Coisa julgada material (relativização). Situação extraordinária (não ocorrência). 1. Admite-se a relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias, por exemplo, quando se trata de sentença nula ou inexistente, embora haja, no Superior Tribunal, vozes que não admitem a relativização em hipótese alguma. 2. Em se tratando de sentença injusta, ou melhor, de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), como na espécie (é o que se alega e é o que se diz), não é lícito o emprego da ação de nulidade. 3. A admissão, em casos que tais, da *querella nullitatis* contribuiria para descaracterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada - a sua imutabilidade. 4. Recurso especial do qual se conheceu e ao qual se deu provimento para se restabelecer a sentença que indeferira a inicial” e os acórdãos citados do Supremo Tribunal de Justiça português⁶⁹⁶.

Em sentido similar, admitindo, em tese, a relativização do caso julgado inconstitucional, pertinente à teoria geral do processo, em direito comparado, tem-se a jurisprudência brasileira e portuguesa⁶⁹⁷, fato que levou o jurista português Paulo Albuquerque⁶⁹⁸ a defender que o artigo 449, nº 01 do Código de Processo Penal é inconstitucional, por violar os artigos 2º e 29, nº 05, da Constituição da República portuguesa, cuja nulidade “podem ser invocadas em qualquer momento posterior ao trânsito em julgado,

⁶⁹⁴ SANTOS, José Beleza dos Santos. **Anotação aos acórdãos jurisprudenciais do STJ**. In: *RLJ*, ano 65, 1932. p. 91 e ss.

⁶⁹⁵ VILLELA, Álvaro. **A revisão no processo criminal**. Coimbra: Coimbra Editores, 1987. p. 57.

⁶⁹⁶ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 893.477 / PR (2006/0227512-4)**. Sexta Turma. Relator Nilson Naves. Julgado em 22 de setembro de 2009. Publicado no DJe de 19 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁶⁹⁷ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 08P1004**. Acórdão de 08 de maio de 2008. Relator Santos Carvalho. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁶⁹⁸ ALBUQUERQUE, Paulo. 2011. *Op. cit.*, p. 1212-1213.

matéria inconstitucional, por violação dos princípios do estado de direito, da segurança e da confiança jurídicas e da protecção da confiança”⁶⁹⁹.

Ainda, em relação à possibilidade de declarar à inconstitucionalidade do caso julgado, prestigiando o Instituto da Revisão Criminal, em efeito vinculante e de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em abril de 2011⁷⁰⁰ o Plenário Virtual da Corte Suprema, por unanimidade dos votos, reconheceu repercussão geral em relação à relativização do caso julgado, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 146.331⁷⁰¹, firmando entendimento de que não é absoluta a garantia do caso julgado, e afastou tal incidência no caso da aplicação do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tema que no direito comparado, a jurisprudência portuguesa, já se manifestou em inúmeras oportunidades em declarar à inconstitucionalidade de decisão, que afronte a Lei Fundamental, em pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰² e o Tribunal Constitucional⁷⁰³, em casos de restrição aos direitos fundamentais, na descoberta da verdade e realização da justiça.

De fato, é evidente que o Legislador Constituinte, no direito comparado, Brasil e Portugal, pretendeu um amparo especial a situações consolidadas no tempo, com o fim de dar relevância à estabilidade jurídica, que no dizer de Eduardo Talamini⁷⁰⁴ “regula o regime jurídico do caso julgado”.

Portanto, há similitude nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, no sentido de manter a intangibilidade do caso julgado, como consequência e corolário dos valores do Estado de Direito, porém, não é um princípio absoluto, admitindo-se a revisão da sentença injusta e inconstitucional, flexibilizando excepcionalmente a regra do caso julgado em matéria penal, para adotar o princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado.

⁶⁹⁹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.046.060 / CE (2008/0071957-4)**. Segunda Turma. Relator Herman Benjamin. Julgado em 16 de dezembro de 2010. Publicado no DJe de 02 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁷⁰⁰ CONJUR, **Supremo julgará relativização da coisa julgada**. Notícia publicada em 12 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-12/plenario-stf-julgara-relativizacao-decisao-transitada-julgado>>. Acesso em: 16 set. 2018. p. 01.

⁷⁰¹ “Ementa: coisa julgada. Intangibilidade. Artigo 17. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A cláusula temporária e extravagante do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 não alcança situações jurídicas cobertas pela preclusão maior, ou seja, pelo manto da coisa julgada” (STF, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE nº 146.331/SP**. Relator Marco Aurélio. Julgado em 02 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo101.htm>>. Acesso em: 10 set. 2018).

⁷⁰² STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 665/08**. Acórdão de 20 de outubro de 2011. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁷⁰³ TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Processo nº 376/00**. Acórdão de 13 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁷⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005. p. 52-53.

O advento do neoconstitucionalismo trouxe significativa mudança de paradigmas pela supervalorização dos princípios constitucionais. Os anteriores princípios do direito privado perdem espaço, para os princípios constitucionais. Foram essas mudanças que autorizaram a relativização do caso julgado, contudo, o juiz ao decidir se a sentença penal transitada em julgado deve ou não ser revista, precisa ponderar entre a segurança jurídica garantida pelo caso julgado e o peso do princípio jurídico que está sendo violado. Assim, o instituto da revisão criminal, como é um tema excepcional, não admite o abuso de direito e a repetição de pedidos infundados, sendo que a revisão criminal é uma exceção para contornar a rigidez do efeito preclusivo do caso julgado.

Destaca-se que especificamente em matéria penal, a relativização do caso julgado somente é admissível, no caso de sentença penal condenatória transitada em julgado. Conforme Paulo Rangel⁷⁰⁵, a condenação criminal sempre será “coisa relativamente julgada”, pois a ordem jurídica admite *habeas corpus* ou revisão criminal para desconstituir qualquer prisão injusta, ou a verificação de erro judicial, mesmo porque ao admitir o caso julgado como um princípio constitucional, também se está diante de uma “areia movediça” absoluta, valorando, no dizer de José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁰⁶ “uma norma caracterizada pela indeterminação estrutural, com prescrição finalística altamente genérica e sem um imperativo de conduta previamente determinado”.

Portanto, no processo penal é preciso destacar duas situações peculiares quanto ao caso julgado, em que não se admite nenhuma forma de relativização, ou seja, a sentença penal transitada em julgado recebe caráter de absoluta e invulnerável. Há ainda a natureza jurídica da sentença penal absolutória e a sentença penal que extingue a punibilidade. Sobre o assunto Rogério Laurita Tucci⁷⁰⁷ expõe que no ordenamento jurídico brasileiro a sentença absolutória ou de extinção da punibilidade o caso julgado é imutável, soberano, pois seu conteúdo jamais poder ser modificado. Já se a sentença for condenatória, esta é “mutável por natureza ou destinação, em qualquer tempo, ou em diversas circunstâncias - ver-se-á tutelada, apenas, pelo caso julgado de natureza relativa”, inexistindo revisão da sentença *pro societate*.

No ordenamento português, a revisão criminal, em regra, é um direito do condenado, mantendo em relevância o *ne bis in idem*, pois o artigo 29º, nº 06 da Constituição da República portuguesa é um recurso deliberado *pro reo*. Por esta razão a doutrina e a

⁷⁰⁵ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 225.

⁷⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 257.

⁷⁰⁷ TUCCI, Rogério Laurita. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal: estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

jurisprudência portuguesas, conforme já relatado, em vários posicionamentos deste estudo, vêm consubstanciando que a revisão da sentença *pro societate* admitida excepcionalmente, encontra-se fortemente limitada, aliás, conforme jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional, que no aresto declarou à inconstitucionalidade das normas dos artigos 2º, 3º e 4º do Decreto-Lei nº 272/75, de 02 de junho, que permitiam a revisão obrigatória dos casos julgados absolutórios.

Uma conclusão é certa, de que o direito democrático nos países civilizados, incluídos, dentre outros, o Brasil e Portugal, consagram o direito à revisão de sentenças condenatórias injustas. Quem defende os valores da justiça e da verdade material, que deve prevalecer sobre o princípio da imutabilidade do caso julgado. Aliás, o referido princípio e direitos que antes era discutível a sua extensão, atualmente há um movimento liberal, com forte consolidação doutrinária e jurisprudencial que sustenta a relativização do caso julgado penal, dando melhor compreensão a tutela do *ne bis in idem*, levando o cidadão a renunciar ao referido princípio em nome de outro valor constitucional garantidor e de direitos fundamentais, que é a revisão da sentença com base na injustiça da condenação.

Deve ainda ter-se presente, que dependendo do caso concreto é possível relativizar o caso julgado de sentença penal absolutória, se a revisão for para beneficiar o acusado, quando, mesmo absolvido no âmbito penal, permanece responsável na esfera civil, num exame da ratio lógica, de ser uma decisão mais favorável ao arguido condenado.

O sistema jurídico português expressa que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não têm poder e força para atingir o caso julgado, exceto em casos especialíssimos, em que a própria decisão de inconstitucionalidade assim determinar. É o que dispõe o parágrafo 3º, do artigo 282, da Constituição da República portuguesa a saber:

Artigo 282 (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade): 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. [...] (Constituição da República portuguesa, sétima revisão constitucional, 2005).

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁰⁸ depois de definir o caso julgado em sentido estrito como “toda a decisão jurisdicional que põe termo, de forma

⁷⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 1013-1014.

definitiva e irrevogável, a relações ou situações a que foi concretamente aplicada à norma declarada inconstitucional”, explica que:

Quando a Constituição da República portuguesa (parágrafo 3º, do artigo 282) estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a imperturbabilidade das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são nulas nem reversíveis em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram força de caso julgado. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem efeito constitutivo da intangibilidade do caso julgado, [...] em sede do Estado de Direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito. Estes princípios estão presentes em qualquer tipo [...] de caso julgado - seja ele caso julgado material seja ele caso julgado formal - pelo que, em regra, também o princípio da ressalva dos casos julgados valerá para ambos os tipos⁷⁰⁹.

Para José Joaquim Gomes Canotilho⁷¹⁰ o parágrafo 3º, do artigo 282, da Constituição da República portuguesa, é uma espécie de “exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado”, autorizando ao arguido condenado ou ao próprio Ministério Público, no direito português, a impugnação por meio da revisão criminal do julgado no caso de condenação injusta e prejudicial ao arguido e à sociedade, admitindo-se, destarte, medidas judiciais para rever uma decisão condenatória. Nas suas palavras:

Nas hipóteses de casos julgados em matérias de ilícito penal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social, a exceção à ressalva do caso julgado pode justificar-se em nome do tratamento mais favorável aos indivíduos que foram sujeitos a medidas sancionatórias penais, disciplinares ou contra-ordenacionais. A exceção à regra consistiria, portanto, no seguinte: a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos mesmo em relação aos casos julgados se da revisão retroativa das decisões transitadas em julgado resultar um regime mais favorável aos cidadãos condenados por ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito contra-ordenacional. Note-se que esta exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado não opera automaticamente como mero corolário lógico da declaração de inconstitucionalidade. A revisão de sentenças transitadas em julgado deve ser

⁷⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 1014.

⁷¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 1015-1016.

expressamente decidida pelo Tribunal em que se declare a inconstitucionalidade da norma.

Na constatação de José Joaquim Gomes Canotilho⁷¹¹ não é possível prever, em abstrato, todos os casos em que o Tribunal recorrerá, presumivelmente, ao expediente do parágrafo 3º, do artigo 282, da Constituição da República portuguesa, contudo, identifica como “hipóteses mais frequentes de revisão de casos julgados” as seguintes:

1) repriminção de normas que não configurassem como ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito de mera ordenação social, atos ou comportamentos considerados como ilícitos (criminal, disciplinar ou contra-ordenacional) pela norma declarada inconstitucional; 2) aplicação de leis supervenientes à norma ou normas declaradas inconstitucionais nas quais se estabelece um regime mais favorável ao arguido (redução substancial da medida da pena, descriminalização, redução dos prazos de prescrição do procedimento criminal).

E conclui afirmando que o parágrafo 3º, do artigo 282, da Constituição da República portuguesa “parece incluir no seu âmbito normativo as hipóteses mais relevantes, sob o ponto de vista prático, em sede de sentenças penais”⁷¹².

A temática que envolve o princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado segue controvertida e mesmo quem o defende adota como ponto de partida a excepcionalidade da medida. Entretanto, não se pode banalizar o instituto do caso julgado, pois a segurança jurídica, em regra, deve prevalecer sobre a busca de “uma decisão mais justa”, a não ser no caso de razoável fundamentação injusta⁷¹³. Cândido Rangel Dinamarco e Jorge Miranda⁷¹⁴ desenvolvem uma visão sistemática da relativização do caso julgado, a partir de critérios que entende ser em primeiro plano objetivos, “despontando, sobretudo o da prevalência de certos valores, constitucionalmente resguardados tanto quanto ao caso julgado, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas”. Sua posição se baseia no equilíbrio entre duas exigências opostas, mas conciliáveis, vale dizer, “a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade do caso

⁷¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 1016.

⁷¹² *Idem, ibidem*, p. 1016.

⁷¹³ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 04.

⁷¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2001. *Op. cit.*, p. 38.

julgado prestígio, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha não radicalizar essa autoridade”. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal de 1988 e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral⁷¹⁵.

O constitucionalista Jorge Miranda⁷¹⁶ admite que a revisão *pro societate* é válida excepcionalmente, pois limitada pelo princípio *ne bis in idem*, pois a revisão das sentenças absolutórias no direito português, não é inconstitucional, porque é “inevitável admitir a necessidade de restrições a direitos, liberdades e garantias que, todavia, não são expressamente autorizadas pelos preceitos constitucionais que os consagram”.

Cândido Dinamarco conclui que embora o princípio da segurança jurídica seja um dos valores mais caros do direito, “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”⁷¹⁷. Outro ponto interessante a registrar é a assertiva de que o caso julgado material refere-se ao mérito da lide⁷¹⁸.

Essa problemática inegavelmente se coloca no centro da tensão entre segurança jurídica e justiça. Nesse contexto a possibilidade de relativização do caso julgado produz um estado de grande incerteza e injustiça. Nas palavras do jurista brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni⁷¹⁹:

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário [...] de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema,

⁷¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2001. *Op. cit.*, p. 38.

⁷¹⁶ MIRANDA, Jorge; *et alli*. *Op. cit.*, p. 366.

⁷¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. 2001. *Op. cit.*, p. 38.

⁷¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. 1931. *Op. cit.*, p. 405.

⁷¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 01.

não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada.

Seguindo-se esse raciocínio, “não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, possa ser considerada um adequado fundamento para o que se pretende ver como relativização do caso julgado”⁷²⁰. O problema é que:

[...] a tese da relativização contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por justiça e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio, o que o torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência⁷²¹.

Entretanto, há divergência entre à injustiça da sentença absolutória e a injustiça da sentença condenatória, pois como deixou salientado o jurista Jorge Alberto Romeiro⁷²² “não há termo de comparação, em frente da opinião pública, entre a condenação de um inocente e uma absolvição injusta, ainda que motivada esta por uma ação criminosa do próprio réu”.

De fato, o ideal seria a construção de uma teoria que conseguisse garantir que todos os processos fossem concluídos com julgamento justo. Aliás, esta é a proposta desta investigação, diminuir os riscos da sentença injusta e logicamente, em consequência do Instituto da Revisão Criminal. Na argumentação jurídica e dentro da reflexão lógica filosófica e da prática jurídica, o princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado só poder ser aplicado apenas a casos de injustiça intolerável ou por gravidade excessiva e de caso julgado inconstitucional. Como já se disse, o princípio da intangibilidade da *res judicata* não tem o condão de absolutismo e sim de relatividade, mesmo porque admite-se à rescisão da sentença cível, quanto mais se tratar de sentença penal, portanto é secular regular uma decisão condenatória injusta, muito embora historicamente dependia de ato discricionário do poder soberano, e no domínio germânico-barbárico já existia conotação de introdução do instituto da revisão criminal, porém havia forte resistência à revisão criminal, sendo que o *Code*

⁷²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 01.

⁷²¹ *Idem, ibidem*, p. 01.

⁷²² ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da revisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p. 81.

d'Instruccion Criminelle (França) foi a primeira consolidação legal que passou a regular, com primazia, o instituto da revisão criminal, como direito do arguido.

No entendimento efendido nesse estudo, a tese a favor da relativização do caso julgado é sedutora, na medida em que se põe evidente o choque de valores entre o ideal de justiça, que o direito como um todo persegue e a segurança jurídica representada pela autoridade do caso julgado. As duas correntes apresentam fortes e convincentes argumentos, contudo, não se pode negar que não existem verdades eternas, como se fosse uma razão apartada de seu tempo. Assim, a teoria da flexibilização do caso julgado emerge com base em outras teorias e ideias já formuladas, ao mesmo passo em que se choca com algumas dessas mesmas teorias já existentes, insurgindo uma tensão inevitável que só é quebrada, quando é formulada uma nova teoria capaz de acomodar que se extrai de melhor de cada pensamento já existente, mesmo que contrapostos.

Verifica-se, portanto, a existência de uma tese, que é a da desconsideração do caso julgado e a antítese da imutabilidade das sentenças transitadas em julgado. A síntese do conflito é a aceitação da possibilidade de relativizar o caso julgado quando a prevalência do valor segurança jurídica causar forte indignação, capaz de tornar insuportável, diante do senso comum do valor justiça, eis que até mesmo a segurança jurídica sucumbe se não existir um mínimo de justiça.

O problema no tema é a busca na decisão justa, o que leva os doutrinadores pátrios e estrangeiros a revelar a teoria da relativização da sentença penal transitada em julgado, como exceção à regra da imutabilidade da sentença e decisão justa hipoteticamente, mero subjetivismo, e assim prefere-se trabalhar com a terminologia objetiva doutrinária da “decisão jurídica legitimada”. A doutrina e as jurisprudências dos Tribunais pátrios e estrangeiros, com fundamento na teoria do jurista Hans Kelsen⁷²³ vêm admitindo a tese do caso julgado inconstitucional. Nas suas palavras:

Se um Tribunal decide um caso concreto, e assim permanece decidida enquanto esta decisão não for anulada pela decisão de um Tribunal superior. Com efeito, a decisão do Tribunal de primeira instância e a norma individual criada por esta decisão, portanto, não é, segundo o direito vigente, nula, mesmo que seja considerada como “antijurídica” pelo Tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada através de um processo fixado pela ordem jurídica (grifos do original).

⁷²³ Kelsen, Hans. 2009. *Op. cit.*, p. 297.

O citado jurista sustenta que no caso da decisão judicial afrontar à ordem jurídica, não é hipótese de nulidade, mas sim de anulação pelo Tribunal hierarquicamente superior, valendo provisoriamente, podendo ser impugnada a referida decisão com os recursos cabíveis até formar o caso julgado, então a decisão judicial se torna definitiva⁷²⁴.

Então, a decisão justa para Hans Kelsen⁷²⁵ é a decisão exarada pelas instâncias do Judiciário, até a sua definitividade em caso julgado, enquadrando-se a decisão, como uma moldura, em conformidade com a ordem jurídica vigente e legalidade interpretativa e o caso julgado é uma consequência natural, com o pronunciamento definitivo do Tribunal sobre a questão submetida.

No direito comparado, encontram-se diversos juristas portugueses, brasileiros e italianos, entre outros, com citações exemplificativas, sem exaurimento,⁷²⁶ que admitem à intangibilidade do caso julgado, com fundamento na certeza e segurança jurídica, com a admissão da análise do recurso de revisão e a sua compatibilização com o caso julgado, flexibilizando à sentença transitada em julgado, diante de uma sentença condenatória injusta, motivo pelo qual a referida relativização merece consagração constitucional, diante de decisões injustas.

O estudo do direito comparado, luso-brasileiro, na tese proposta, é de fundamental importância, conforme vem registrando em todos os capítulos da presente tese investigatórias sobre caso julgado, com relevância doutrinária e jurisprudencial e importantes reflexões sobre o referido instituto, em confronto com o Instituto da Revisão Criminal.

Não se pode deixar de salientar a similitude do caso julgado brasileiro com o caso julgado português, que refletem a salvaguarda da paz social e jurídica, evitando-se as repetições de ações, que em regra criam soluções contraditórias, afrontando o *ne bis in idem*, procurando a solução definitiva dos litígios com segurança e certeza jurídica, registrando que no direito lusitano e brasileiro, as decisões judiciais têm natureza de soberania, tornando

⁷²⁴ Kelsen, Hans. 2009. *Op. cit.*, p. 298.

⁷²⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 299.

⁷²⁶ Dentre os juristas portugueses destacam-se: Eduardo Correia, Alvaro Vilella, Jorge de Figueiredo Dias, Germano Marques da Silva, José Manuel Damião da Cunha, Jorge Miranda, José Joaquim Gomes Canotilho, Vital Moreira, Paulo Pinto de Albuquerque, Manuel Cavaleiro de Ferreira, Paulo Otero, dentre muitos outros. Entre os juristas italianos destacam-se: Enrico Tullio Liebman, Giuseppe Chiovenda, Arturo Rocco, Ranieri, Francesco Carnelutti, e Francesco Callari. No direito francês pode-se destacar Lelieur-Fischer, Brière Del'Isle, Cogniart, Debove, Falletti e Gassin. No direito germânico destacam-se Anette Grunewald e Hans Kelsen. No direito americano Bas Van Bockel. No direito espanhol Barja de Quiroga. No direito brasileiro Araken de Assis, José Carlos Barbosa Moreira, Leonardo de Faria Beraldp, Carlos Valder Nascimento, Ronaldo Cunha Campos e Cândido Rangel Dinamarco. No direito do Mercosul Eduardo J. Couture.

indiscutível a solução do direito ao caso concreto, ocasionando o trânsito em julgado da decisão, em recurso legal.

Por exceção, no direito comparado, de acordo com o artigo 282, nº 03, da Constituição da República portuguesa e artigo 5º, inciso XL, combinado com artigo 52, inciso X da Constituição da República brasileira⁷²⁷, em matéria penal, é possível à retroatividade em decisões que acolherem à inconstitucionalidade de normas aplicadas em casos julgados. Obviamente, não havendo suporte legal para desconstituição do caso julgado, matéria que já tenha decisão transitada em julgado pode, *ex officio*, ser objeto de “exceção peremptória do caso julgado”, porquanto prevalece o consenso de que em regra, após o encerramento da atividade jurisdicional, com os efeitos de caso julgado formal e material, não é mais possível que o Tribunal possa reapreciar matéria judicial, já examinada. Nas palavras de Frederico Marques⁷²⁸:

[...] se o *status libertatis* é fundamental para a pessoa humana, constituiria um atentado, sem justificativa, aos princípios que tutelam e garantem a dignidade e os direitos do ser humano, colocar, em termos absolutos, a proeminência da segurança jurídica, na realização da Justiça, a ponto de sacrificar-se um bem jurídico, tão relevante como a liberdade.

Em matéria penal, mais restrita que em tema civil, em regra, o caso julgado vincula apenas as partes da ação, não atingindo terceiros que não participaram da lide, em homenagem ao princípio absoluto da individualização da pena, tendo eficácia *inter partes*, sendo estranho à relação penal à “eficácia reflexa”, porém em certas circunstanciais processuais, admite-se a “extensão do caso julgado a terceiros”, em regra em direitos mandamentais, como o instituto do *habeas corpus*, quando à decisão pode ser estendida em situações similares, como a liberdade provisória, no curso processual.

Claro que no direito português e no direito brasileiro há previsão de revisão de suas decisões, através de “recursos ordinários”. Entretanto, após o trânsito em julgado da decisão jurisdicional, somente é possível a revisão das decisões judiciais através dos “recursos extraordinários”, que em tema penal é concebido no instituto da revisão criminal, com a

⁷²⁷ “Artigo 282 (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade). [...]. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. [...]” (Constituição da República portuguesa). Artigos 5º, inciso XL combinado com o artigo 52, inciso X da Constituição brasileira.

⁷²⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 75.

impugnação de decisões contaminadas, justificando que se prevaleça “o justo nas decisões” em detrimento excepcional da “segurança jurídica”, nas hipóteses consagradas dos vícios *in judicando* ou *in procedendo*.

O direito constitucional português e o direito constitucional brasileiro consagram à intangibilidade do caso julgado, porém em matéria criminal, citando, como exemplo, o já citado artigo 29, nº 06 da Constituição da República portuguesa, que assegura o direito à revisão criminal do “cidadão injustamente condenado” com direito de pleitear a modificação do caso julgado, assegurando à tutela constitucional.

Em matéria penal, no direito brasileiro, é impossível à revisão criminal *pro societate*, sendo um meio recursal privativo do réu. No direito português, embora à regra à revisão criminal seja *pro reo*, admite-se excepcionalmente *pro societate*. Entretanto, é pacífico que o caso julgado visa proteger duplamente à liberdade individual e manutenção da paz social.

Em regra, nos primórdios, o caso julgado penal tinha natureza absolutista, porém na evolução mais moderna, admite-se a sua relativização, onde se procura o equilíbrio da autoridade do caso julgado e os direitos fundamentais da cidadania com o direito subjetivo de um julgamento justo. À regra se sustenta no princípio *ne bis in idem*, ensina, Rogerio Machado da Cruz⁷²⁹, como aliás estabelece o artigo 29, nº 05, da Constituição da República portuguesa, que conforme Ireneu Cabral Barreto⁷³⁰ proíbe o duplo julgamento pelo mesmo crime, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional português e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. No dizer de Cavaleiro de Ferreira⁷³¹:

Claro que o princípio do caso julgado exige à segurança jurídica, onde se busca o fim do processo com a definitividade da sentença penal, que possibilite à definição jurídica do arguido, cercado de todas as garantias legais visando, inclusive à execução da pena, dentro de um sistema penal alcançar justo, visando o restabelecimento da harmonia social e paz jurídica, proporcionando o princípio da necessidade de atribuir a verdade à decisão penal.

Portanto, à repetição do processo penal, com o mesmo fundamento jurídico é vedado na ordem jurídica. Entretanto, permite-se à vulneração do caso julgado, em situações

⁷²⁹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado da. *Op. cit.*, p. 21.

⁷³⁰ BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010. p. 497-498.

⁷³¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. 1986a. *Op. cit.*, p. 25.

excepcionais, de flagrante injustiça, abrindo caminho à revisão da sentença com fundamento na injustiça da condenação ou de afronta à Constituição.

Não existem mais dúvidas sobre o funcionamento da regra *ne bis in idem*, no sentido de que nas perseguições penais havidas, se confirme uma identidade de causa, ou seja, pode perseguir-se penalmente mais de uma vez uma mesma pessoa e com o objetivo de imputar um mesmo evento histórico, desde que tais processos possuam distintas pretensões punitivas.

No sistema jurídico português em que se admite à revisão *pro societate* é mais nítida a limitação ao princípio *ne bis in idem*. No direito português há revisão da sentença penal *pro societate*, abrangendo, portanto, tanto os casos de revisão de sentenças absolutórias, como condenatórias.

No sistema jurídico brasileiro, onde não se admite à revisão da sentença penal *pro societate*, apenas *pro reo*, em regra existem condições de admissibilidade da revisão da sentença penal, porém reduzida à limitação do princípio *ne bis in idem*. Importante salientar que atualmente, no sentido globalizado, notadamente, o caso julgado penal, em regra, é violentado e vulnerado, quando em colidência com uma sentença condenatória manifestamente injusta, sendo que o instituto da revisão criminal é o meio jurídico-processual para reabrir o processo contestado e impugnado como selo da intangibilidade.

5.2 A SEGURANÇA JURÍDICA E SUA PONDERAÇÃO, EM FACE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONEXOS

A segurança jurídica, como elemento do Estado de Direito, é um conceito, que tem encontrado um lugar fixo na teoria do direito, em especial na teoria do direito constitucional e do Estado. Porém, a segurança jurídica também é um fundamento de extraordinária importância para decisões empreendedoras e, por isso, para o desenvolvimento econômico e social de um país.

A segurança jurídica é tarefa do Estado, mas não é só isso. Na realidade, funciona como um motivo à formação do próprio Estado de Direito. A finalidade da segurança do Estado moderno reside na proteção das liberdades dos cidadãos e do direito de cidadania. Neste particular, o reconhecimento dos direitos fundamentais exige a garantia da segurança jurídica.

O jurista Norbert Lósing⁷³² informa que, “segundo a interpretação recorrente do Tribunal Constitucional Federal alemão, a segurança jurídica é um elemento básico do Estado de Direito, significando confiabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico. Informa, ainda, que a mesma interpretação é realizada pelo Tribunal Constitucional Espanhol. Neste contexto, a segurança jurídica funciona e se justifica pela expectativa do cidadão, baseada em motivos razoáveis de conhecer e poder prever a atuação do poder público na aplicação do direito. No mundo civilizado, a segurança jurídica constitui garantia de cidadania. Prestigiando, referida conclusão, cita-se o jurista Luiz Guilherme Marinoni⁷³³.

É por isso que para Norbert Lósing⁷³⁴ a segurança jurídica é garantia da liberdade, dentro de uma sociedade. Mas a realização da liberdade exige, também, a confiança no ordenamento jurídico. A liberdade significa principalmente a possibilidade de conformar a vida segundo os próprios projetos. A liberdade pertence aos valores dos direitos fundamentais, como direito internacionalmente reconhecido com referência à uma ideia, que são a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. A rigor, a segurança jurídica, só existe, quando se complementa a confiabilidade no ordenamento jurídico, pela agregação dos conceitos de executabilidade, previsibilidade e aceitação das decisões. Entendida nesses termos, a segurança jurídica é fundamento de todo desenvolvimento comunitário, seja social, econômico ou o político. É, por isso, tarefa do Estado criar e manter um ordenamento, no qual se possa confiar, que encontre aceitação na ampla maioria dos cidadãos, para ser aplicado de forma eficaz.

A seguridade jurídica é tarefa do Poder Legislativo, na prática começa com o Poder Legislativo, que analisa problemas que podem resolver conflitos e constrói uma solução legislativa para que o cidadão possa, de conformidade com a lei, ajustar sua conduta de modo a evitar um conflito, além de confiar que determinado conflito será resolvido de certo modo, com resultado previsto. A tarefa do legislador na análise de problemas que podem resolver conflitos consiste em dar uma solução justa, igualmente vinculante para todos.

O executivo, ao seu turno, cria, mantém e resguarda à segurança jurídica, quando adere cuidadosamente ao ordenamento jurídico, vale dizer, quando se esforça em respeitar o princípio de legalidade, em sentido formal e material. Por fim, a segurança jurídica é tarefa

⁷³² LÓISING, Norbert. **Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico**. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 06, p. 273-297. Traducción del alemán de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - CEPC, enero/diciembre 2002. p. 281.

⁷³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal - STF sobre a coisa julgada - a questão da relativização da coisa julgada. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2010. p. 64.

⁷³⁴ LÓISING, Norbert. *Op. cit.*, p. 281; 282.

também do Poder Judiciário, que deve proporcionar rapidamente a paz jurídica onde surge uma controvérsia. Para isso, deve decidir sobre a correspondente disputa jurídica, com eficácia para todas as partes. De um modo especial, os procedimentos judiciais estão ao serviço da segurança jurídica.

A segurança jurídica é uma condição essencial ao desenvolvimento das nações e dos indivíduos que a integram, já que representa a garantia da aplicação objetiva da lei. Deste modo, os indivíduos sabem a cada momento, quais seus direitos e suas obrigações, sem que o capricho, a torpeza ou a má vontade dos governantes possam lhes causar prejuízos. De tal forma, a segurança jurídica também determina e limita as faculdades e os direitos dos poderes públicos.

Então, é possível afirmar que a segurança jurídica é aquela situação baseada no direito na qual se encontra resguardada a liberdade, a vida, e o patrimônio dos habitantes, seus direitos e garantias.

Para Norbert Lósing⁷³⁵ um ponto chave da discussão científica sobre o tema da segurança jurídica reside precisamente em destacar as relações tensas entre a segurança jurídica criada por meio do trânsito em julgado de uma sentença e a justiça material. Buscar solução para esse impasse, não é apenas tarefa do Poder Judiciário, mas também do Poder Legislativo. Prossegue explicando que ao legislador corresponde uma ampla liberdade de conformação, em especial para ponderar prioridades entre as exigências da segurança jurídica e as mesmas possibilidades em oportunidades para fazer justiça material, “com uma política criminal comum e não dar cobertura a uma política criminal securitária, em detrimento de uma política criminal de liberdade. histórico confronto entre os Institutos do caso julgado e da revisão criminal”⁷³⁶.

Por uma questão de segurança jurídica, o ordenamento jurídico pode, por exemplo, decidir, a respeito do caso julgado, no sentido de que mesmo decisões judiciais incorretas sejam vinculantes em determinado caso, citando as palavras Leonardo Greco⁷³⁷:

Por outro lado, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança [...] também dos demais cidadãos, e não apenas das partes

⁷³⁵ LÓISING, Norbert. *Op. cit.*, p. 290.

⁷³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 290. No mesmo sentido: RODRIGUES, Anabela Miranda. **Política criminal: novos desafios, velhos rumos.** *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 221.

⁷³⁷ GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 225.

no processo em que ela se formou, pois, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.

Em geral, o caso julgado significa a irrevogabilidade que adquirem os efeitos da sentença, quando contra ela não procede nenhum recurso que permita sua modificação, ou que a impugnação não tenha sido realizada a tempo. O caso julgado material leva a impossibilidade de que, em qualquer outro processo, se julgue o que foi decidido na sentença. O caso julgado material não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que se agrega a ela para aumentar sua estabilidade no mundo jurídico e que igualmente vale para todos os possíveis efeitos que venha a produzir.

O mandamento básico do Estado de Direito de realizar a justiça material não está, por isso, vinculado apenas ao caso particular decididomas, também, aos efeitos no sistema jurídico e ao cumprimento em seu conjunto.

O objetivo da segurança jurídica é proporcionar estabilidade jurídica e certeza na sentença que decidiu o caso concreto com força de caso julgado, aliás requisito essencial dos actos jurisdicionais, mesmo porque as sentenças transitadas em julgado materialmente incorretas e, por isso, injustas, produzem seus efeitos jurídicos caso ideal.

A tarefa do Poder Judiciário é o rápido estabelecimento da paz jurídica, exatamente onde surgiu uma controvérsia. Porém a paz jurídica só é produzida quando o litigante obtém, em um procedimento rápido, uma decisão que compreende e que pode executar. Para a criação ou a garantia da paz jurídica se necessita, por isso, tanto da segurança jurídica como, também, da justiça material. Somente assim são garantidos o cumprimento e a aceitação da ordem jurídica e somente desta forma, o cidadão terá confiança para buscar o direito e o Poder Judiciário para solucionar uma controvérsia.

A segurança jurídica é também proteção frente à arbitrariedade dos governantes. As decisões não são mais previsíveis, posto que em nome da justiça, há afronta aos direitos fundamentais e vulneração do direito legal vigente. Não se pode descurar que o conceito de “justo” e de “justiça” é muito subjetivo. Se a decisão fica ao livre arbítrio dos governantes, então os cidadãos estão a um passo do absolutismo, que leva ao desprezo do caso julgado e da

segurança jurídica⁷³⁸, caso julgado definido por Arturo Rocco⁷³⁹ pela justificação” de corresponder à verdade, tal como foi judicialmente definida”.

O referido conceito de segurança jurídica tem como destinatários os juízes, legisladores e administradores, visto que a observância ao caso julgado é indispensável no Estado de Direito, não se admitindo qualquer violação legal de agentes públicos, inclusive juízes, na regra do caso julgado⁷⁴⁰.

A proteção frente à detenção e a perseguição penal arbitrárias é o pressuposto para que um cidadão goze da proteção da lei, na construção da dignidade humana, evitando-se que se desmorona o Estado de Direito. A garantia da segurança jurídica, porém, não depende exclusivamente do caso julgado. A imutabilidade das decisões judiciais não precisa ser absoluta para garantir a segurança jurídica. A segurança jurídica é inerente ao trânsito em julgado da sentença.

Do exposto até agora, parece desprender que existem situações e pressupostos que justificam penetrar a barreira do caso julgado. Os preceitos normativos, incluindo as sentenças, são por natureza derogáveis e modificáveis, já que o direito traduz e se relaciona com a vida humana, a liberdade e suas constantes transformações no seio social. Contida a imutabilidade das decisões judiciais, ou seja, a vocação de eternidade dada às sentenças transitadas em julgado, pelo princípio da segurança jurídica, quesó pode ser quebrada nos casos em que se opera uma mudança das circunstâncias, que deram origem ao processo ou quando são detectados certos vícios que o fazem intoleravelmente injusto. Essas duas situações são bem diferentes entre si. No primeiro caso não existe um defeito na construção da sentença, pois a causa que enseja a alteração decorre de uma mudança cronológica das circunstâncias posteriores à data do trânsito em julgado da sentença (modificações das circunstâncias jurídicas, como à *abolitio criminis* ou prescrição, descoberta de novos métodos científicos; e mudanças de valores políticos e morais). Na segunda hipótese o motivo justificante da revisão dimana de um erro judiciário anterior à data da sentença, mas detectado depois do trânsito em julgado. Pode ser um erro decorrente das atividades do juiz, das partes ou relacionado às provas.

No que se refere à problemática da tensão entre segurança jurídica e justiça, é preciso analisar se se trata de dois termos antagônicos ou, ao contrário, são complementares.

⁷³⁸ LÓISING, Norbert. *Op. cit.*, p. 291.

⁷³⁹ ROCCO, Arturo. **Trattato della cosa giudicata**. Vol. II. Roma: Foro Italiano, 1932. p. 238.

⁷⁴⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. 2009. *Op. cit.*, p. 50.

Desde logo se pode dizer que o conflito axiológico que se desnuda não está entre os conceitos de segurança jurídica e de justiça, mas em seus desvalores: insegurança e injustiça. Sobre essa celeuma assim se manifesta Juan Carlos Hitters⁷⁴¹:

[...] uma das motivações radicais que impulsiona o ser humano a estabelecer regras jurídicas é a iminente necessidade de criar uma ordem certa e de seguro cumprimento, e mesmo quando o direito está aparelhado à realização de valores de natureza superior, deve criar em primeiro lugar uma situação de relativa certeza. Porém, é inegável que a escala axiológica da segurança é inferir a valores como a justiça [...] a revisão da coisa julgada não atenta em si contra o valor segurança desde que seja regulada de forma orgânica e seja exercida por um órgão jurisdicional com atribuições suficientes [...] não obstante, se algo lhe toca seria para cristalizar a justiça [...] a temática deve emergir e ser resolvida num ponto médio, nem um caso julgado com toques de divindade, de caráter infalível e indiscutível; nem uma total possibilidade de revisão sem limites de tempo e motivos [...] para a efetiva realização do direito [...] ambas as figuras da axiologia jurídica tem que se conjugar harmoniosamente e subordinadamente, mas invariavelmente com a meta final de afiançar a justiça.

Portanto, em certas e determinadas situações a segurança jurídica das sentenças transitadas em julgado precisam se render à concretização do valor justiça e que o caso julgado penal rende-se diante de uma sentença condenatória manifestamente injusta e o instituto da revisão criminal é o meio processual adequado de vulnerabilidade da intangibilidade do caso julgado, registrando que algumas legislações acolhem o cabimento da revisão criminal quando ocorre sentenças absolutórias injustas, citando os Códigos de Processo Penal alemão, suíço, austríaco, russo e português. Interessante adicionar que na Itália cabe a revisão *pro societate*, como na hipótese de extinção da punibilidade pela morte do agente e após, comprova-se estar ele vivo, como previsto no parágrafo 2º, do artigo 69, do *Codice di Procedura Penale* italiano, *in verbis*: “la sentenza non impedisce l’esercizio Dell’azione penale per Il medesimo fatto e contro la medesima persona, qualora successivamente si accerti che la morte dell’imputato è stata erroneamente dichiarata”.

O reconhecimento do caráter imutável de uma decisão judicial requer a existência de um devido processo legal, no qual tenham sido respeitado substancialmente as exigências da

⁷⁴¹ HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la cosa juzgada**. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2001. p. 175 (tradução livre).

garantia da defesa em juízo e de um processo contraditório, no qual o vencido tenha recebido adequada e substancial oportunidade de defesa no devido processo legal.

A garantia de segurança individual, configurada pelos postulados do caso julgado e do princípio de inadmissibilidade de persecução penal múltipla, não apenas impede uma dupla imposição de castigo Estatal por um mesmo fato, como também obsta a submissão duplicada de contingências dolorosas de julgamento criminal por um mesmo fato.

A garantia do *non bis in idem* veda ao Estado a possibilidade de provocar um novo juízo, no qual o arguido seja posto novamente frente ao risco de ser condenado, dado que a instância contraditória importa inexoravelmente tal risco.

Este aspecto, porém, gera dúvidas quando se verifica algum tipo de vício durante os procedimentos precedentes à sentença. Existem entendimentos de que também nesse caso, aplica-se a regra do *non bis in idem*, pois apesar de eventuais vícios ou defeitos, o arguido já foi submetido a um processo e já se submeteu a todos os riscos inerentes, não podendo se ver submetido a eles novamente. De outro lado, tendo em vista, que desde o início de todo processo penal existe um risco de condenação, pelos fatos que são investigados, seria preciso estabelecer quando, em que momento processual começa a funcionar esta garantia contra duplo ajuizamento.

A garantia *ne bis in idem* está prevista na 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte⁷⁴², segundo o qual “ninguém poderá ser acusado duas vezes pelo mesmo crime com risco de perder a vida ou parte do corpo”. Dessa forma o *common law* não apenas proibiu uma segunda pena pelo mesmo delito, mas foi mais além, proibindo um segundo processo pelo mesmo delito, quer tenha o acusado sofrido pena ou não, tenha sido condenado ou absolvido. No direito comprado luso-brasileiro, há similitude na proibição inerente ao *ne bis in idem* incidente com a sentença transitada em julgado e no ato que corresponde o exercício da acção penal e o limite objetivo da responsabilidade do arguido pelo fato penal, fixando os limites objetivos.

A ideia fundamental é a de que não se pode permitir ao Estado que, com todos seus recursos e poder, faça repetidos intentos para condenar um indivíduo por um suposto delito, submetendo o acusado a perturbações, gastos e sofrimentos e obrigando-o a viver em um contínuo estado de ansiedade e insegurança, aumentando também a possibilidade de que, mesmo sendo inocente, seja considerado culpado.

⁷⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição (1788). **Constituição dos Estados Unidos da América**. Assinada em 17 de setembro de 1787. Efetivada em 21 de junho de 1788. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

A efetividade da aplicação dessa garantia depende, contudo, da determinação normativa do momento processual, a partir do qual um indivíduo se encontra submetido ao risco de ser condenado. Muitas podem ser as respostas, ou seja, pode-se dizer que uma pessoa se encontra em risco de ser condenada quando é denunciada, quando é interrogada pela primeira vez por um agente do Estado, quando é acusada formalmente, ou quando já recebeu uma sentença ainda não transitada em julgado. Porém, existe convicção de que a segurança jurídica do cidadão é mais inerente ao princípio *ne bis in idem* do que ao instituto do caso julgado, que visa proteger a segurança jurídica da sociedade e autoridade do Estado, porém, quando inflexível impede ou dificulta que o injustamente condenado por sentença transitada possa a fazer prova de sua inocência e o instituto do *ne bis in idem* é uma garantia individual absoluta do cidadão que o protege da punição estatal duplamente, portanto garantia do cidadão e jamais do Estado.

A elaboração de um critério depende do conteúdo que se adjudique à garantia *ne bis in idem*. O que não pode acontecer é deixar ao poder discricionário do juiz, ou seja, dito limite não pode surgir de uma valoração fática ou ontológica, mas ser prevista em lei ou decorrer de uma interpretação do texto constitucional.

A jurisprudência da Corte dos Estados Unidos elaborou um critério muito preciso: no caso de Tribunal do Júri, considera que existe risco, desde o momento em que os membros do Júri prestam juramento; e se se trata de um delito que não precisa da intervenção do Tribunal do Júri, considera que o risco surge a partir da oitiva da primeira testemunha. A doutrina, via de regra, entende que um sujeito corre o risco de ser condenado a partir do momento em que é acusado, já que antes deste não pode dizer que existe uma imputação⁷⁴³.

Porém absolvido, citando como exemplo uma revisão *pro societate*, em regra é vulnerável, pois afronta diretamente o princípio *ne bis in idem* pois conforme Frederico Marques⁷⁴⁴ “melhor atende aos interesses do bem comum a manutenção da sentença errada

⁷⁴³ “The most sensible approach, I suggest, is as follows. The Double Jeopardy Clause in effect says that for any given offense, the government may play the adjudication game only once: No person shall be “twice put in jeopardy”. The adjudication game - highlighted by the richly poetic word “jeopardy” - begins when a person is indicted. Before this event, of course, there is simply no criminal charge on the table, and thus no way to decide whether an offense is *la meme felonie* as the offense for which a person was *autrefois* convict or acquit. What's more, once an indictment does issue, a person's “life or limb”, in the poetic sense, is very much at risk and in jeopardy. But indictment is only the moment when adjudication game begins', and the adjudication game does not end until there is a final winner. Until there is a final winner, the first jeopardy has not ended, and further proceedings do not place a person in jeopardy a second time - twice. [...]” (AMAR, Akhil Reed. **Double jeopardy law made simple**. In: *Yale Law Journal*, nº 106, abr. 1997. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1894&context=fss_papers>. Acesso em: 20 set. 2018. p. 1840 e ss.).

⁷⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 328.

proferida em *prol* do réu do que a instabilidade e insegurança a que iria ficar sujeito o réu absolvido, se o pronunciamento absolutório pudesse ser objeto de revisão”.

Portanto, existem há elementos necessários à determinação normativa do momento, a partir do qual começa o risco de condenação, que a garantia *ne bis in idem* impede que se ocorra em mais de uma oportunidade.

No contexto, para a Constituição da República brasileira e a Constituição da República portuguesa, o risco de condenação existe a partir da formalização da acusação com o desenvolvimento de um julgamento que garanta o contraditório. Devido a isso, a todo indivíduo ao qual se atribua alguma participação em fatos, pelos quais se dá início a uma discussão, é garantido a ele que não reviverá essa mesma circunstância com idêntica pretensão punitiva, portanto há proteção do *ne bis in idem*, que se distancia do instituto do caso julgado, com função jurisdicional, de certeza e segurança jurídica do Estado.

Com a solução dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Barrios Altos, de 14 de março de 2001⁷⁴⁵, ficaram estabelecidas restrições significativas, quanto a possibilidade de alegar, a defesa do caso julgado, para evitar a persecução penal, pois constituem violações graves aos direitos fundamentais do processo. Por isso, e em conformidade com o que foi resolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve-se rejeitar toda interpretação extensiva do alcance do caso julgado, que impeça a persecução penal do imputado, por fatos que constituem graves violações aos direitos humanos.

Outro exemplo é Caso Castillo Petruzzi, precedente da Corte Interamericana de Derechos Humanos, no qual foi declarado que “todo processo está integrado por atos jurídicos que guardam entre si relação cronológica, lógica e teleológica”, razão pela qual “se os atos que sustentam uma sentença estão afetados por vícios graves, que os privam da eficácia que deviam ter em condições normais, a sentença não subsistirá. Carecerá de um suporte necessário: um processo realizado conforme a direito”⁷⁴⁶.

Seguindo a ordem de ideias propostas, entende-se conveniente analisar em relação à problemática que envolve a prática do princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado. Em relação às garantias do caso julgado e *ne bis in idem*, cabe recordar que a

⁷⁴⁵ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁷⁴⁶ “218 - todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. [...]”; “219 - si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho. [...]” (CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). *Op. cit.*

garantia tem sido reconhecida pelos Tribunais como uma derivação implícita de diferentes cláusulas da Constituição Federal portuguesa e brasileira, já citadas no contexto da presente investigação. Hoje, ademais, está expressamente prevista no parágrafo 4º, do artigo 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no parágrafo 7º, do artigo 14, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O caso julgado se dirige a lograr a plena efetividade da proibição da dupla persecução penal. Ademais, independentemente dos contornos precisos da garantia que proíbe o duplo julgamento em relação aos delitos comuns, no direito humanitário internacional os princípios de interpretação axiológicos adquirem plena relevância, ao definir a garantia do *ne bis in idem* e do caso julgado.

Toda sociedade contemporânea tem condições de criar tanto o Estado de Direito como a Segurança Jurídica. Os limites objectivos do *ne bis in idem* corresponde à delimitação originária do objeto do processo, vedando a instauração de novo processo idêntico ao processo já anteriormente julgado ou decisão que terminou o processo, impedindo que o arguido seja submetido a novo processo, que tenha por objecto a imputação do mesmo crime do anterior processo.

Uma jurisdição que respeita os valores dos direitos fundamentais em sua jurisprudência colabora para a estabilidade do sistema jurídico assegurando paz e harmonia na sociedade.

Do exposto pode-se dizer que não é possível argumentar que uma sentença não pode ser revista, mesmo depois de transitada em julgado. Não existe impedimento para, no caso de mudança de valores ou das circunstâncias que lhe deram origem, uma sentença firme venha a ser revisada.

A segurança jurídica e o caso julgado são institutos necessários num Estado de Direito, porém há necessidade que se harmonize com a justa decisão. Caso contrário, poderia dotar-se de perpetuidade as arbitrariedades de quem eventualmente detém o poder. Num Estado de Direito não se tolera arbitrariedades, na medida em que afrontaria fortemente as razões da própria existência do Estado de Direito, mesmo porque, quando o cidadão busca o Poder judiciário, dentro de uma normalidade institucional, tem garantias constitucionais processuais, verdadeiros princípios processuais, onde está inserido o caso julgado e sua flexibilidade é restrita, pois se trata de uma garantia constitucional jurídico-social do cidadão, garantia fundamental da própria segurança jurídica.

O carácter relativo do caso julgado não afeta a segurança jurídica. A segurança e a justiça são conceitos complementares, não opostos. Ainda, que o instituto de revisão criminal seja o meio hábil adequado para impugnar o caso julgado, em regra não é um recurso e sim

uma ação penal de natureza constitutiva, pois no recurso se pretende substituir uma decisão por nova decisão e a revisão criminal visa invalidar anterior entrega da prestação jurisdicional, tratando-se de verdadeira nova ação contra sentença, já transitada em julgado, perfazendo uma nova relação jurídico-processual necessário no Estado de Direito para reexame de sentenças com o manto do caso julgado, contaminada por violação constitucional, erro ou injustiça na decisão, válvula viável processual constante no direito comparado português e brasileiro e nos Estados democráticos.

No processo penal português e brasileiro há proibição de renovação do mesmo processo contra a mesma pessoa diante do consagrado princípio *ne bis in idem*, como garantia individual e de cidadania, vedando dupla acusação num mesmo objecto processual, delimitando o objecto processual e fixação dos limites objectivos, com as garantias do término do processo por sentença transitada em julgado, evitando-se duplo processo pelo mesmo objecto do primeiro processo, de efeitos negativo ou preclusivo, observando os direitos fundamentais com uma resposta perfeita a tese que se propõe a tratar.

A questão que permanece em aberto diz respeito à tensão existente entre a segurança jurídica e a justiça na aplicação do princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado. Conforme Luiz Guilherme Marinoni, Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷⁴⁷ “trata-se precisamente da tensão existente entre a facticidade (*Faktizitat*) e a validade (*Geltung*) do direito; a tensão entre a justiça e a segurança”, sem desprezar que “um dos valores constitucionais que podem prevalecer sobre o princípio da intangibilidade do caso julgado é a garantia da revisão de sentenças criminais”, de natureza injustas.

Esta tensão, inerente ao próprio conflito humano, que antes era solucionada pela força bruta, acabou sendo atribuição estatal, através da tutela jurisdicional ao cidadão e, nesse contexto, todo conflito de lide deve terminar, surgindo o caso julgado com a definição da lide, em regra com os atributos da intangibilidade e imodificabilidade, gerando a segurança jurídica, conforme muito bem sustentam os juristas, Adriane Donadel, Sergio Gilberto Porto e Paulo de Albuquerque⁷⁴⁸.

Portanto, o caso julgado tem como fundamento criar aos cidadãos a tranquilidade e segurança jurídica de que a lide decidida pelo Poder Judiciário será definitiva e que, em regra, com excepcionalidade, não mais será revisitada, dentro do conceito histórico do conflito

⁷⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 01; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 1993. *Op. cit.*, p. 531.

⁷⁴⁸ DONADEL, Adriane; PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre Constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 228-229. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 271.

aduzido por Francesco Carnelutti⁷⁴⁹, no qual, a lide é “*conflitto di interessi tra due persone qualificato della pretesa dell’uma e della resistenza dell’altra*”.

Entretanto a revisitação da decisão definitiva com a sua ressuscitação é uma realidade, gerando insegurança na *res judicata*, pois uma lide não pode ser permanente, lembrando que a parte que litigou e está com pronunciamento de mérito tem a solidez constitucional legislativa de que a lide não deve se eternizar dentro de um convívio social pacífico, sendo uma proteção inerente ao caso julgado para à estabilidade da demanda e segurança jurídica.

Para tanto se apresenta uma proposta político-criminal sobre a revisão da sentença penal e sua relatividade para resolver o problema constatado, visando à contribuição científica ao tema e para tanto a presente investigação para dessa premissa de reflexão e compreensão do aparente conflito do instituto do caso julgado e do direito do condenado à revisão criminal da sentença transitada em julgado, porém contaminada por vícios nocivos constitucionais ou decisão injusta.

Os constitucionalistas defendem o liame de que a norma jurídica, sua validade e eficácia, são efeitos decorrentes da presunção do poder estatal. Mais uma vez socorre-se do ensinamento do jurista Luiz Guilherme Marinoni⁷⁵⁰:

Tal noção de direito tem claras raízes na concepção de validade do direito de Thomas Hobbes, que por sua vez fundamenta a conhecida posição de Hans Kelsen. Tal noção manteve-se praticamente inalterada, mesmo com bases teóricas tão diversas quanto as de Thomas Hobbes e Hans Kelsen.

Lembrando as palavras de Jorge Miranda⁷⁵¹, “o direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si”, mas se trata de um “ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea”, ademais, “é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra”, sendo que “esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos”.

Portanto, a proteção ao caso julgado no texto constitucional português e brasileiro tem natureza jurídica de regra de proteção, em nome da segurança jurídica. Dentro desse contexto

⁷⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960. p. 93.

⁷⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 01.

⁷⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 431.

de princípios, a propósito Pontes de Miranda⁷⁵², jurista brasileiro, considera que “a revisão criminal não é recurso, por ser ato impugnativo em outra relação jurídico-processual, considerando uma nova ação, de natureza autônoma”, dirigida contra caso julgado. Em resumo, mesmo no sistema europeu, ainda que se trate a revisão, na qualidade de recurso extraordinário, se trata de verdadeira ação autônoma.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁵³, as diferenças qualitativas devem ser traduzidas, fundamentalmente nos seguintes aspectos:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dwoekin: *applicable in all-or-nothing fashion*) (sic).

Cesar Roberto Bittencourt⁷⁵⁴ lembra que os princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, na Constituição da República brasileira vigente, artigo 5º, têm a função de orientar a criação de leis, “motivo pelo qual o legislador, ao elaborar uma lei nova, deve respeitar os princípios que norteiam um Estado Democrático de Direito, garantindo aos cidadãos os direitos conquistados, sob pena de afrontar a Constituição da República”.

Dentro, da linha desses princípios, alcançou-se a conclusão de que no processo penal brasileiro, a revisão não tem a natureza primária de recurso, por ser verdadeira ação autônoma com fins de desfazimento do resultado de uma lide transitada em julgado, em regra, sentença, uma sentença condenatória ou absolutória, por exceção, a princípio intangível, registrando que requisitos para legitimar a revisão é a presença de processo penal, com natureza condenatória, transitada em julgado, a princípio insuscetível de reexame, condição de admissibilidade na instância revisional.

José Joaquim Gomes Canotilho e Jorge Miranda, citando Emílio Orbaneja e Vicente Quemada⁷⁵⁵ expõem o tema sobre o princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado, a partir da seguinte reflexão:

⁷⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações rescisórias e das sentenças e outras decisões**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 115.

⁷⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 1161.

⁷⁵⁴ BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Lições de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 30.

⁷⁵⁵ Emílio Orbaneja e Vicente Quemada *apud* CANOTILHO, Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 317.

Entre o interesse de dotar de firmeza e segurança o ato jurisdicional e o interesse contraposto de que não prevaleça às sentenças que contradigam ostensivamente a verdade, e através dela, a justiça, o legislador tem que escolher. O grau em que se sobrepõe um ao outro é questão de política criminal. Variam as soluções nas diferentes legislações. Mas o que pode afirmar-se resolutamente é que em nenhuma se adotou o dogma absoluto do caso julgado frente à injustiça patente, nem a revisão incondicional de toda a sentença frente ao caso julgado. Se aceitarmos, pois, como postulado, que a possibilidade de rever as sentenças penais deve limitar-se, a questão que doutrinalmente se nos coloca é onde colocar o limite.

Para Ada Pellegrini Grinover⁷⁵⁶, em ângulo diferente, mas conexo:

[...] se a sentença condenatória baseou-se numa lei que o Juiz aplicou por considerá-la constitucional, e posteriormente, no exercício do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal brasileiro declara a inconstitucionalidade da lei, a decisão do Supremo Tribunal Federal incide imediatamente sobre a sentença transitada em julgado, tornando inválida o caso julgado. [...] a segurança não impede que institutos, como o do recurso de revisão contenham na sua própria razão de ser um atentado frontal àquele valor, em nome das exigências da justiça.

Contudo, comenta Ada Pellegrini Grinover⁷⁵⁷ que, na hipótese contrária de sentença que absolveu o réu por considerar a lei inconstitucional, “a coisa julgada prevalece em face do princípio do favor rei e do *favor libertatis*, tornando-se a sentença de absolvição imutável”. A colisão entre bens é combatida por Luís Osório⁷⁵⁸ e adequando por Eduardo Correia⁷⁵⁹:

O princípio da *res judicata pro veritate habetur* é um princípio de utilidade e não de justiça e assim não pode impedir a revisão da sentença, quando haja fortes elementos de convicção de que a decisão proferida não corresponde em matéria de fato a verdade histórica que o processo penal quer e precisa em todos os casos alcançar. Se o processo civil admite a revisão do caso julgado, com mais razão a deve admitir o processo penal. Mas isto é hoje um ponto sobre que quase todos estão de acordo.

A questão da ponderação entre a segurança jurídica e o processo justo, tem liame com

⁷⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Coisa julgada penal**. In: ANDRADE, Manuel da Costa de; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (orgs). 2010. *Op. cit.*, p. 863.

⁷⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Coisa julgada penal**. In: ANDRADE, Manuel da Costa de; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (orgs). 2010. *Op. cit.*, p. 863.

⁷⁵⁸ Luís Osório *apud* SANTOS, Manuel Simas; HENRIQUES, Manuel Leal. *Op. cit.*, p. 217-221.

⁷⁵⁹ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. 1948. *Op. cit.*, p. 418.

o ideal de acesso à justiça fundamentado no direito ao processo com a estrutura do devido processo legal, tido como ponto central da moderna processualística, como fruto de exigência do Estado de Direito, como ensina o José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁶⁰:

Do princípio do Estado de Direito, deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e do processo.

Na doutrina prevalece o entendimento de que o pronunciamento judicial criando no caso concreto o direito deve prevalecer num Estado de Direito com validade jurídica, até que seja desconstituído pelo próprio poder que exarou a decisão, colocando a validade acima do justo e nesse aspecto, a revisão se caracteriza primordialmente por corrigir uma injustiça, rescindindo o caso julgado.

Para o filósofo alemão Gustav Radbruch⁷⁶¹, a relativização do caso julgado material pode estabelecer um estado de grande incerteza e injustiça. Entretanto, este estudo, depois de abordar a atraente segurança dos atos jurisdicionais, demonstrou a problematização da questão da relativização do caso julgado criminal, no âmbito penal infraconstitucional e constitucional penal, demonstrando vícios que podem padecer e vulnerar um ato jurisdicional, não sendo possível aceitar a idéia de que o trânsito em julgado de uma sentença que contraria a legalidade e o Estado de Direito, seja capaz de sanar tal vício que é a toda evidência insanável.

Essencialmente no estado da arte doutrinária contemporânea prevalece o entendimento de que “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto do caso julgado, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania”⁷⁶², mesmo porque existem os limites objetivos do caso julgado que tem o objetivo de estabelecer o conteúdo sentencial revestido da imutabilidade, ou seja, a qualidade de caso julgado, no qual grande e considerável parte da doutrina afasta a grave injustiça⁷⁶³.

⁷⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 274.

⁷⁶¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Armado Editor, 1979. p. 184.

⁷⁶² DELGADO, José Augusto. 1999. *Op. cit.*, p. 01.

⁷⁶³ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição a teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 30.

No Brasil, sobre duplo julgamento pelo mesmo *fato bis in idem* e caso julgado, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Lusitano respectivamente, em decisões conexas decidiram que “os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam a insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado”⁷⁶⁴ e que “a restrição aos direitos fundamentais será admissível se encontrar fundamento na necessidade de se atingirem as finalidades próprias do processo penal, como a descoberta da verdade e a realização da justiça no caso concreto”⁷⁶⁵. Interessante a ementa da decisão da Suprema Corte brasileira nos seguintes termos:

Ementa: Processual penal. *Habeas Corpus*. Roubo circunstanciado (artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal). Recurso especial. Duplo julgamento pelo mesmo fato. Segunda decisão mais favorável ao réu. Impossibilidade de revisão *pro societate*. Coisa soberanamente julgada mais benéfica. *In dubio pro reo*. Falta de instrumento legal ou constitucional para rescindir julgado favorável ao demandado. 1. A violação da coisa julgada é matéria cognoscível de ofício, por isso que, mercê de não apreciada na instância inferior, a supressão de instância inocorre, porquanto a Corte Maior pode deferir a ordem de ofício. 2. Deveras, a existência de duplo julgamento pelo mesmo fato, comprovada por prova pré-constituída, torna admissível o seu conhecimento de ofício na via estreita do *Habeas Corpus*. 3. A Revisão, no Direito Processual Penal, é instrumento exclusivamente em favor do réu, sendo inadmissível a revisão *pro societate*. 4. Quando o Estado exerce a *persecutio criminis*, a decisão sobre os fatos pelos quais o réu fora condenado só pode ser revista para abrandar a situação do sujeito passivo. 6. *In casu*, o paciente fora processado e condenado duas vezes pelo mesmo fato. Com efeito, foi recebida, em 07 de junho de 2005, denúncia no Processo nº 2005.01.1.003315-4 imputando ao paciente a prática do crime de roubo circunstanciado (artigo 157, parágrafo, inciso I, do Código Penal), ocorrido no dia 28 de novembro de 2004, às nove horas, em ferro velho entre a Divineia e a Metropolitana, na cidade satélite do Núcleo Bandeirante/DF. 7. Consoante a denúncia, o paciente teria subtraído da vítima, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, uma bolsa preta

⁷⁶⁴ STF, Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus - HC nº 101131/DF***. Primeira Turma. Relator Luiz Fux. Red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio. Julgado em: 25 de outubro de 2011. Publicado no DJe de 10 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2018. STF, Supremo Tribunal Federal. **Informativo 622 do STF**. Brasília, 04 a 08 de abril de 2011 - nº 622. Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo622.htm>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁷⁶⁵ TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 11/2007**. Acórdão de 02 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 02 out. 2018.

contendo R\$ 4,00 (quatro reais) e alguns objetos de uso pessoal. Posteriormente, em 07 de julho de 2006, foi ajuizada contra o paciente outra ação penal (nº 2005.01.1.023628-0), por fato idêntico ao descrito na Ação Penal nº 2005.01.1.003315-4. 7. A sentença, apesar de divergências doutrinárias, deve ser enxergada como norma jurídica, e, nessa categorização, como é sabido, no conflito entre duas normas de igual hierarquia e especialidade prevalece a mais recente sobre a mais antiga. 8. A sentença posterior prevalece no Processo Penal, desde que mais favorável ao réu, em obediência à vedação da Revisão Criminal *pro societate*. 9. O caso *sub judice* não reclama a solução de se considerar anulada a primeira sentença, visto que não incidiu em qualquer vício de juridicidade, e sim de revogá-la. 10. Deveras, o pedido mediato merece concessão, qual seja a declaração da prevalência da segunda coisa julgada. 10. Ordem Concedida⁷⁶⁶.

Nesse mesmo sentido, em tema da relevância do instituto do recurso extraordinário da revisão criminal, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça português⁷⁶⁷.

Como se vê, há exceção ao caso julgado, embora continue predominando, nos sistemas jurídicos português e brasileiro, o princípio do caso julgado com a possibilidade de mitigação e ponderação relativa, diante das circunstâncias do caso concreto, conforme à opinião do Ministro aposentado da Corte Suprema brasileira, Eros Roberto Grau⁷⁶⁸.

No direito comparado as causas, em regra que autorizam a revisão criminal, no direito brasileiro está com previsão no artigo 621 do Código de Processo Penal e no direito português no artigo 449.º do Código de Processo Penal, como se verifica nos referidos sistemas jurídicos⁷⁶⁹, e em situações opostas, no direito comparado não é admitida no direito brasileiro a revisão criminal *pro societate*, muito embora, deixa-se registrado, que em muitas legislações se admite, também, a revisão, nas hipóteses de sentenças absolutórias injustas, citando como exemplos os Códigos de Processo Penais, português, alemão e suíço, conforme relata Fernando da Costa Tourinho Filho⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 101131/DF**. *Op. cit.*

⁷⁶⁷ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 08P1004**. Relator Santos Carvalho. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁷⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 188.

⁷⁶⁹ “Artigo 621: a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” (Código de Processo Penal). Artigo 449, do Código de Processo Penal português, referência em maior amplitude.

⁷⁷⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 14. ed., vol 04. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 479-482.

Surge então um conflito entre decisões. Analisando tal situação, Jorge Alberto Romeiro⁷⁷¹ citou o jurista italiano Carlo Antonio Manzini para manifestar seu ponto de vista:

Carlo Antonio Manzini, considerando esse caso de inconciliabilidade de julgados, determinante da revisão no direito positivo italiano, o qual figura, também, no de muitos Estados, notou que nem sempre tem o instituto em estudo o fim de reparar um erro judiciário, pois a dita inconciliabilidade deve ser sempre resolvida pela prevalência do julgado mais favorável ao condenado. A revisão, escreveu o insigne professor da Universidade de Roma, *nel caso dell'inconciliabilità dei giudicati, se talora fornisce il mezzo per eliminare l'errore, talaltra può far prevalere l'errore sul giusto, perchè nel detto caso la legge mira sopra tutto a far cessare un intollerabile contrasto giurisprudenziale* (grigo do original).

Fernando da Costa Tourinho Filho sobre a revisão criminal “pro societate” explica que “a autoridade do caso julgado, necessária e indispensável para assegurar a estabilidade das relações jurídicas, impede um reexame contra o réu”⁷⁷². Como se vê, os referidos contornos de princípios com um juízo de ponderação dos princípios da segurança jurídica e estabilidade da ordem jurídica, não pode se afastar do regramento da decisão justa, outro princípio de ponderação e incorporado nos sistemas jurídicos português e brasileiro⁷⁷³.

Entende-se que diante da existência de decisões, de igual hierarquia e especialidade, impassíveis de impugnação, impõe-se, face à natureza normativa das decisões judiciais, a aplicação do princípio norteador do conflito aparente de normas penais no tempo, vale dizer, prevalece a norma posterior sobre a anterior”. Esse entendimento é partilhado por Cândido Rangel Dinamarco⁷⁷⁴ no processo civil, para quem a sentença posterior, por não ter sido rescindida no prazo legal, teria o condão de revogar a sentença anterior. Nas suas palavras:

[...] uma sentença proferida depois da outra tem a eficácia de cancelar os efeitos desta, como todo ato estatal revoga os anteriores. Assim como a lei revoga a lei e o decreto revoga o decreto, assim também a sentença passada em julgado revoga outra, anterior, também passada em julgado. Estamos, pois fora do campo específico do direito processual, em uma visão bastante ampla dos atos estatais de qualquer dos três Poderes e sempre segundo uma perspectiva racional e harmoniosa do exercício

⁷⁷¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 40-41.

⁷⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 2009a. *Op. cit.*, p. 427.

⁷⁷³ ÁVILA, Humberto. 2011. *Op. cit.*, p. 130.

⁷⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1135.

do poder. Na nova lei há uma nova vontade do legislador, que sobrepuja a vontade dele próprio, contida na lei velha. No novo decreto, nova vontade da Administração. Na nova sentença, nova vontade do Estado juiz.

Na doutrina italiana a conclusão é no mesmo sentido. Como exemplo tem-se a opinião de Giuseppe Chiovenda⁷⁷⁵:

Quanto alla contrarietà della sentenza ad un precedente giudicato, per diritto romano era questo un caso di nullità della sentenza, per cui il primo giudicato conservava il suo vigore. Nel nostro sistema la contrarietà dei giudicati può farsi valere come motivo di revocazione (quando una sentenza non abbia pronunciato su questa eccezione, artigo 494, n° 05) o come motivo di cassazione (quando pronunciò sulla eccezione relativa, artigo 517, n° 08): ma decorsi i termini senza che l'impugnativa sia proposta, questa nullità é sanata, onde il primo giudicato perde valore perchè il secondo giudicato implica negazione di ogni precedente giudicato contrario.

Também as ideias defendidas por Francesco Carnelutti⁷⁷⁶ são muitos similares às palavras de Giuseppe Chiovenda, a saber:

No puede excluirse la hipótesis del conflicto entre cosas juzgadas. No hay necesidad de agregar que el tal conflicto debe resolverse bajo pena de hacer incurable la litis, lo cual no se puede obtener de otro modo que admitiendo la extinción de la eficacia de la primera decisión por efecto de la segunda.

Essas lições podem ser transportadas do processo civil para o processo penal, mas para isso é preciso resguardar as peculiaridades da revisão criminal existente no processo penal:

[...] no processo penal é aberta em caráter perene a via da revisão criminal para o réu. Uma condenação injusta pode ser rediscutida a qualquer tempo (artigo 622 do Código de Processo Penal: “a revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”), e essa pode ser considerada uma garantia constitucional, implicitamente extraída do inciso LXXV, do artigo 5º (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”); e do artigo 102, inciso I, alínea j, da Constituição

⁷⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. 1925. *Op. cit.*, p. 900.

⁷⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Vol. 01. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1989. p. 146.

Federal de 1988 (“compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”)⁷⁷⁷ (grifos do original).

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, como se extrai do Acórdão de 08 de maio de 2008⁷⁷⁸.

Em relação ao tema, em complementação pronunciou a Corte Suprema brasileira⁷⁷⁹, favorável à excepcional flexibilização do caso julgado, dentro de uma concepção argumentativa do direito, linha de direito apoiado pelo jurista português Costa Andrade⁷⁸⁰. Ainda sobre o tema do caso julgado, medita Luiz Fux com questionamentos em similitude com o jurista português Paulo Albuquerque⁷⁸¹:

Agora, no meu modo de ver, por que essa é uma premissa que não está de acordo com o sistema atual? O que diz a lei? Há coisa julgada quando se repete uma ação que já foi definitivamente julgada, que é muito pior; há coisa julgada quando se repete uma ação que já foi definitivamente julgada. E o que diz a lei? Cabe ação rescisória por violação da coisa julgada. Ou seja, essa segunda ação julgada, repetindo a ação que já foi definitivamente julgada, é rescindível por violação da primeira coisa julgada. Isso significa dizer que, enquanto ela não for rescindível, ela está de pé. É o problema da existência de duas coisas julgadas: qual delas deve valer? Além desse raciocínio técnico, porque está na lei que ela é rescindível pela coisa julgada, nós estamos no campo penal. E a pena dessa segunda ação que transitou em julgado ainda é menor. Então, como é que nós vamos desconhecer um processo que transitou em julgado com uma pena menor? Dizer que estamos anulando a título de quê? *Querela nullitatis insanabilis*? Sem ação rescisória? Sem revisão criminal? Estamos desconsiderando a existência dele?

De qualquer modo, processualmente falando, a garantia *non bis in idem* funciona como substrato das exceções do caso julgado ou litispendência, remédios que poderão ser opostos por quem deva enfrentar uma segunda persecução penal, por um fato que foi ou está sendo objeto de outro processo.

⁷⁷⁷ Luiz Fux in STF, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* - HC nº 101131/DF. *Op. cit.*

⁷⁷⁸ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. *Processo* nº 08P1004. Relator Santos Carvalho. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁷⁷⁹ STF, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* - HC nº 101131/DF. *Op. cit.*

⁷⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa de. 2009. *Op. cit.*, p. 90 e ss.

⁷⁸¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Op. cit.*, p. 1212-1213.

Na ordem jurídica brasileira não existe a possibilidade de revisão de sentença penal transitada em julgado sob o argumento do interesse da sociedade (*pro societate*), conforme jurisprudência pacífica, admitida à revisão *pro societate*, no sistema jurídico português:

Ementa: Recurso Especial. Processual penal. Revisão criminal. Sentença absolutória. Artigo 621. Impossibilidade. Errônea capitulação no dispositivo. Erro material. Correção a qualquer tempo. Possibilidade. 1. Com efeito, o artigo 621 do Código de Processo Penal só permite a revisão de sentença condenatória, sendo, portanto, condição indispensável, para o seu conhecimento, a decisão definitiva de mérito acolhendo a pretensão condenatória, ou seja, impondo ao réu a sanção penal correspondente. 2. Tanto a doutrina como a jurisprudência não admitem o conhecimento de revisão criminal de sentença absolutória, salvo em caso de absolutória com aplicação de medida de segurança. 3. A questão, tratada como se fora de alteração do fundamento da sentença, é na verdade de correção de erro material de que se revestiu o decreto, ao concluir pela aplicação do artigo 386, inciso VI, quando toda a fundamentação do *decisum* foi no sentido da inexistência de prova da materialidade e da autoria do crime. 4. O erro material, sempre perceptível *primo icto oculi*, pode e deve ser corrigido a qualquer tempo, ainda que tenha havido trânsito em julgado, já que sua correção não implica em alterar o conteúdo da decisão. 5. Recurso provido para reformar o acórdão da revisão e, em seguida, de ofício, para conceder habeas corpus, determinando a correção do erro material, na parte dispositiva da sentença absolutória⁷⁸².

Recorde-se que em quase todos os momentos no desenvolvimento do processo penal, à luz do princípio do *in dubio pro reo*, no caso de dúvida, a presunção deve ser direcionada em benefício do réu.

O dogma da autoridade do caso julgado encontra-se, na atualidade, seriamente comprometido. Embora a doutrina e a jurisprudência sigam adotando a tese de que a intangibilidade do caso julgado consistente num princípio constitucional implicitamente consagrado, com fundamento nas imposições decorrentes dos conceitos de certeza e segurança jurídica, no princípio constitucional da separação dos poderes do Estado e na própria natureza da função jurisdicional, eis que o Poder Judiciário não pode se esquivar de emitir decisões sobre os casos que lhes são apresentados, dentro da lei, isso não significa que

⁷⁸² STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 329346/RS (2001/0070094-6)**. Sexta Turma. Relator Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 31 de maio de 2005. Publicado n DJ de 29 de agosto de 2005, p. 443. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

a intangibilidade do caso julgado, embora com respaldo constitucional, não seja um princípio absoluto⁷⁸³.

Importante salientar no referido aspecto, a natureza instrumental do processo, no sentido de dirimir o dogma da autoridade do caso julgado, diante do resultado da actividade jurisdicional culminando na sentença transitada em julgado. Nesse sentido é a expressão de Manuel Costa de Andrade⁷⁸⁴, de que “as leis de processo não provêem sobre o teu e o meu; não dizem o que pertence a cada um; não estatuem acerca de quais sejam os bens de cada um, mas só quanto ao modo de os defender em juízo”. Portanto, é muito restrito somente falar sobre a instrumentalidade do processo diante do direito material, considerando que o processo é um meio jurisdicional para a aplicação do direito, no qual o conflito pode ser solucionado.

Embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja previsto, *expressis verbis*, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional (Constituição da República portuguesa, artigos 29.74, 282.73) e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica. As exceções ao caso julgado deverão ter, por isso, um fundamento material inequívoco (exemplos: “revisão de sentença”, no caso de condenação injusta ou “erro judiciário”; aplicabilidade retroativa de sentença do Tribunal Constitucional declarativa da inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral)⁷⁸⁵.

O aprofundamento da questão do valor do caso julgado tem lugar por meio de recurso de revisão criminal porque o direito a revisão da sentença condenatória injusta, embora no Brasil não tenha recebido expressa consagração constitucional, como acontece em Portugal, foi amparada implicitamente pelo Texto Constitucional brasileiro.

Como é sabido no mundo jurídico, “a paz social exige a estabilidade dos direitos, e isso não seria conseguido se, por acaso, os litígios não tivessem fim”⁷⁸⁶. A sentença de mérito exige uma solução do direito substantivo concretamente, com efeito preclusivo, com natureza de caso julgado. O cidadão carece de segurança para criar uma planificação em sua vida, segurança jurídica com garantia da certeza jurídica, evitando-se a perpetuidade das situações, essencial no Estado de Direito, consolidando-se no instituto do caso julgado que, segundo

⁷⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 265.

⁷⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa de. **Aspectos metodológicos e didácticos do direito processual civil**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano XXXV, nº 02. Lisboa: RFDUL, 1994. p. 343.

⁷⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 265.

⁷⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 2004. *Op. cit.*, p. 604.

Enrico Tullio Liebman⁷⁸⁷ “não constitui um dos efeitos da sentença, mas uma qualidade de imutabilidade da sentença (caso julgado formal) e dos seus efeitos (caso julgado substancial ou autoridade do caso julgado, este no plano da eficácia da sentença)”, sem abandonar à ideia essencial de José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁸⁸ “da garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito visando propiciar à cidadania à previsibilidade dos efeitos jurídicos decorrentes dos actos públicos e dos seus próprios actos”.

Contudo, em consequência, o prestígio do caso julgado não pode prevalecer diante de eventuais injustiças cometidas no julgamento de um litígio. Se na esfera civil é permitida a ação rescisória para desconstituir o caso julgado, mais motivos existem para autorizar a revisão de sentença na esfera criminal, que gira no entorno de direitos indisponíveis. Nessa linha de raciocínio, deve-se examinar sempre a importância dos direitos fundamentais atípicos, nesse caso, o direito de resistência. A certeza e segurança busca o fim do direito, levando os cidadãos exercer a sua cidadania, onde está inserida a própria liberdade, dentro dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. O direito de resistência envolve em tese, direito político, cível e penal, e esta resistência, dentro dos modelos jurídico-políticos clássicos (jusnaturalismo e positivismo), na defesa do Estado de Direito, onde estão inseridos os direitos fundamentais, entre os quais a segurança jurídica pela autoridade do caso julgado e o direito de cidadania da revisão extraordinária criminal.

O instituto da revisão criminal é uma conquista da cidadania nos estados democráticos de direito e o destino da revisão criminal é:

[...] permitir que a decisão condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização da interpretação do direito pelos Tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição⁷⁸⁹.

Regista-se, o cabimento do recurso extraordinário de revisão criminal, no direito brasileiro e português, em tema de decisão do Júri, pelo menos não há norma proibitiva, mesmo porque a rescisão do julgado não conflita com a soberania da instituição do Júri, pois não há como manter a intangibilidade do Tribunal do Júri, em erro judicial, pois conflita com o *jus libertatis*, mantendo uma sentença condenatória discrepante. A única restrição é que o *judicium rescindens* apenas anulará a sessão do júri ou determinará substancialmente um novo

⁷⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. 2005. *Op. cit.*, p. 175 a 179.

⁷⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003a. *Op. cit.*, p. 250.

⁷⁸⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 721.

júri meritório, por decisão manifestamente contrária a prova dos autos, ou seja, o *judicium rescisorium* deve ser examinado por legitimidade e competência pelo próprio Tribunal do Júri. No mesmo sentido é a opinião de Hermínio Marques Porto⁷⁹⁰.

No direito constitucional português, artigo 29º, nº 06 e também no direito brasileiro, implicitamente no artigo 5º, inciso LXXV, a revisão criminal é definida e tratada como direito e garantia fundamental à liberdade individual, aliás como transcrição jurisprudencial, que se segue:

Ementa: Agravo em execução. Saídas temporárias. Requisito objetivo. Data-base para cálculo da fração exigida para o benefício. Falta grave homologada. Alteração da data-base que deve operar efeitos apenas para fins de progressão, não alcançando demais benefícios. Relativização da coisa julgada. Conforme entendimento consolidado neste Órgão Fracionário, a alteração da data-base decorrente do reconhecimento da falta disciplinar de natureza grave somente deve operar efeitos para fins de futura progressão de regime, não alcançando demais benefícios. A coisa julgada, no âmbito da execução penal, pode ser relativizada, sobrevindo possibilidade de tratamento mais benéfico ao apenado, como no caso dos autos, e também por razões de isonomia. Precedentes. Agravo desprovido⁷⁹¹.

No plano infraconstitucional o artigo 621 do Código de Processo Penal brasileiro⁷⁹² dá suporte a jurisprudência sobre o tema, como se extrai da seguinte decisão, aliás, de igual suporte do Tribunal Constitucional português, conforme Acórdão nº 301/2006, de 09 de maio:

Ementa: Revisão criminal. Penal. Processo penal. Roubo. Artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal. Concurso formal. Artigo 70, do Código Penal. Autoria. Dolo. Menor participação. Artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal. Contrariedade à prova dos autos e a texto expresso de lei. Inocorrência. Fixação da pena em consonância com os ditames legais e provas dos autos. Revisão improcedente. [...]. 4. Ainda que se diga que o fenômeno da coisa julgada comporte maior relativização de sua imutabilidade no campo do direito processual penal, não se pode perder de vista que só se admite a sua rescisão nas hipóteses exaustivas

⁷⁹⁰ PORTO, Hermínio Marques. **Júri**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980. p. 41-42.

⁷⁹¹ TJ-RS, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo - AGV nº 70056884299/RS**. Terceira Câmara Criminal. Relator Jayme Weingartner Neto. Julgado em 13 de março de 2014. Publicado em 16 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁷⁹² “Artigo 621: a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” (Código de Processo Penal). Acórdão n.º 301/2006, de 9 de maio do Tribunal Constitucional português.

previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal, de cognição restrita, não se revestindo da mesma amplitude da apelação, que devolve à reapreciação do Tribunal toda a matéria de fato e de direito examinada em primeira instância. [...] ⁷⁹³.

Entretanto, torna-se necessário deixar registrado que no direito português, a revisão da sentença injusta encontra-se previsto no artigo 29º, nº 06 da Constituição portuguesa, direito fundamental de revisão, como ensina João Conde Correia ⁷⁹⁴, motivo pelo qual defendo o argumento, que por se tratar de direito fundamental, as hipóteses no direito brasileiro são exemplificativas e não exaustivas na busca da justiça material e a jurisprudência portuguesa ⁷⁹⁵ e brasileira ⁷⁹⁶ vem prestigiando o instituto da revisão criminal para reapreciar decisão penal, sob o manto do caso julgado.

Nesse aspecto, importante dizer que o *ne bis in idem* penal deve ser sempre observado, sob pena de reabertura do processo, na hipótese, revisão *pro reo* ⁷⁹⁷.

Em Portugal, a consagração constitucional expressa do direito fundamental a revisão da sentença penal condenatória injusta (artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa), tem papel decisivo na densificação do conceito do caso julgado ⁷⁹⁸.

Mesmo que se diga que a revisão criminal afronta o princípio da segurança jurídica, que é o efeito do caso julgado, o que de fato acontece, encontra respaldo, especialmente em processo penal para impedir que sentenças injustas venham a ser cumpridas. Nas palavras de João Conde Correia ⁷⁹⁹ “nenhuma razão de Estado, nem mesmo as emergentes necessidades de segurança coletiva, justificam a manutenção e a execução de uma sanção injusta”.

Em Portugal o artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa tratou de consagrar de modo expresse o direito do injustamente condenado à revisão da sentença, definindo-a como uma espécie de garantia fundamental que deve prevalecer sobre o princípio da segurança jurídica baseada na intangibilidade do caso julgado.

⁷⁹³ TRF 3ª T., Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Revisão Criminal - RVC nº 18207/SP (0018207-42.2011.4.03.0000)**. Primeira Seção. Relator Paulo Fontes. Julgado em 06 de junho de 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁷⁹⁴ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 558-559.

⁷⁹⁵ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 69/04.9**. Acórdão de 01 de julho de 2009. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁷⁹⁶ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 297482/CE (2014/0151624-2)**. Quinta Turma. Relator Felix Fischer. Julgado em 12 de maio de 2015. Publicado no DJe de 21 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁷⁹⁷ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 490-491.

⁷⁹⁸ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 626.

⁷⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 559.

Nos dias de hoje os sistemas jurídicos contemporâneos já não suportam conceitos absolutos como o que está entranhado na clássica justificação do caso julgado, com base no princípio da segurança jurídica, principalmente quanto se está diante de uma condenação penal injusta, na medida em que as exigências de justiça se sobrepõe o valor de certeza que sempre foi atribuída ao direito consubstanciado no caso julgado. Contudo, se o direito à segurança jurídica decorrente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não tem natureza absoluta, e isso é fato, o legislador também não pode indiscriminadamente afetar o núcleo essencial do princípio da segurança jurídica assegurado pelo caso julgado, especialmente diante da imposição de limites rigorosos ao seu exercício que são capazes de lhe retirar utilidade prática⁸⁰⁰.

Decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal sobre revisão de sentença penal condenatória para corrigir erro de julgamento:

Ementa: Revisão de sentença. Novos fatos. Carta de Condução. Condução sem habilitação legal. I - O recurso de revisão é um recurso extraordinário cuja tramitação obedece aos precisos termos legais processualmente previstos e é abrangido pelas garantias de defesa de consagração constitucional, conforme artigo 29, n° 06, da Constituição da República portuguesa - CRP, ao dispor que os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e indenização pelos danos sofridos. II - A revisão incide sobre uma sentença transitada em julgado, em que as dúvidas que se impõem têm de recair sobre a condenação enquanto tal, a ponto de colocar fundadamente o problema de o arguido dever ser absolvido, determinando que o erro de julgamento tenha de ser corrigido pela revisão da decisão. III - É de autorizar a revisão da sentença, nos termos do artigo 449, alínea “d”, do Código de Processo Penal português, que condenou a arguida por fatos ocorridos em 26 de fevereiro de 2004 na prática de um crime de condução sem habilitação legal, p. e p. pelo artigo 3º, nºs. 01 e 02, do Decreto Legislativo nº 03/98, de 03 de janeiro de 1998, se o Tribunal da Condenação não tomou em consideração que a arguida era titular de carta de condução na data dos fatos perspectivados na decisão revidenda⁸⁰¹.

Não se pode desconhecer que em Portugal a revisão de sentença penal é um tipo de recurso extraordinário, estabelecido pelo Código de Processo Penal, como modo de rever

⁸⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 229-230.

⁸⁰¹ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 69/04.9 GTBJA**. 3ª Secção. Relator Pires da Graça. Julgado por unanimidade em 01 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ea466b14a267a7fa80257634005926ad?OpenDocument>>. Acesso em: 10 set. 2018.

decisões injustas, para fazer prevalecer o princípio da decisão justa sobre a certeza e segurança do direito. Para tanto, tem em sua base “uma adesão à segurança com eventual detrimento da verdade”, haja vista que “os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indenização pelos danos sofridos”⁸⁰², mesmo porque a circunstância descrita dá relevância garantística do caso julgado penal⁸⁰³.

Como recurso extraordinário, a tramitação deve obedecer aos precisos termos previstos na legislação processual, abrangido, naturalmente, pelas garantias constitucionais de defesa, que asseguram ao cidadão injustamente condenado o direito à revisão de sentença e à indenização pelos danos sofridos (artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa).

A possibilidade da relativização da sentença penal transitada em julgado se baseia no entendimento contemporâneo de que as injustiças notórias não podem se tornar perenes em razão do instituto do caso julgado, do mesmo modo que a segurança jurídica que comportam os atos jurisdicionais transitados em julgado:

[...] uma solução de compromisso entre o interesse de dotar de firmeza e segurança o ato jurisdicional e o interesse de que não prevaleçam as sentenças que contradigam ostensivamente a verdade, e através dela, a justiça, solução que se revê na consagrada possibilidade limitada de revisão de sentenças penais⁸⁰⁴.

O recurso de revisão português em matéria penal se assenta num compromisso entre a salvaguarda do caso julgado, que é condição essencial da manutenção da paz jurídica, e as exigências da justiça. O legislador criou um mecanismo que, com a pretensão de operar a concordância possível entre esses interesses contraditórios, admite a modificação de sentença transitada em julgado para casos muito específicos e limitados. Dito de outro modo é um “remédio a aplicar a situações em que seria chocante e intolerável, em nome da paz jurídica, manter uma decisão de tal forma injusta ou aparentemente injusta”⁸⁰⁵. Por isso o pedido de revisão deve trazer de forma clara e detalhada seus fundamentos, muito embora Damião da

⁸⁰² Eduardo Henriques da Silva Correia *apud* STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 104/02.5TACTB - A.S1.** 5ª Secção. Relator Rodrigues da Costa. Julgado por unanimidade em 23 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d1b215125a9dcbd802575a5004b650f?OpenDocument>>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁸⁰³ BELEZA, Teresa Pizarro; COSTA PINTO, Frederico. **Objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado.** Lisboa: FDUNL, 2001. p. 21.

⁸⁰⁴ Maia Gonçalves *apud* STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 69/04.9.** *Op. cit.*; CARVALHO, Taipa de. *Op. cit.*, p. 284.

⁸⁰⁵ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 69/04.9.** *Op. cit.*

Cunha⁸⁰⁶ “sempre defendeu que o Código de Processo Penal português sempre constituiu o mais natural fundamento da revisão, uma vez que deriva de uma garantia constitucional do processo criminal”.

Com efeito, trata-se de um recurso, de carácter excepcional, só sendo aceito em situações especiais e legalmente previstas, em que é possível conciliar os direitos fundamentais com a necessidade de certeza e segurança do direito.

Na interpretação portuguesa e brasileira a revisão de sentença penal pode ser concedida apenas e tão somente em situações previstas em texto normativo, pelas quais se evidencie ou pelo menos se indície com uma probabilidade muito séria, a injustiça da condenação, dando origem, não a uma reapreciação do anterior julgado, mas a um novo julgamento da causa, com base em algum dos fundamentos previstos nos respectivos Códigos Processuais Penais

Ainda na interpretação do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, se tanto no processo civil como no processo penal a certeza e a segurança do direito cedem, em certos casos, ao triunfo da justiça material, deve-se convir que no processo penal esta se impõe com muito mais pujança, em razão do realce diferente e mais exigente de certos princípios que constituem a própria raiz dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, fazendo-se expressa invocação do artigo 29, nº 06, da Constituição da República portuguesa:

Ementa: Revisão de Sentença. Difamação. Liberdade de expressão. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH. Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH. Inconciliabilidade de decisões concedida a revisão. Direito Penal. I - o recorrente foi condenado pela prática de um crime de difamação, na pena de 100 dias de multa, à taxa diária de € 10 ou 66 dias de prisão subsidiária, sendo certo que, com base no mesmo quadro factual, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH concluiu que a condenação do requerente “resultaria num entrave substancial da liberdade de que devem beneficiar os investigadores no âmbito do seu trabalho científico”, pelo que, no caso concreto, foi violado o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH, assim sendo condenado Portugal, na sua qualidade de subscritor dessa Convenção - Acórdão de 27 de março de 2008. II - Esta decisão, proferida por uma instância internacional e que vincula o Estado português, está frontalmente em oposição com a decisão condenatória proferida pelos Tribunais portugueses. III - O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH, na esteira, aliás, de jurisprudência abundante, onde se contam várias decisões condenando o Estado português, considerou que, estando em causa a

⁸⁰⁶ CUNHA, José Manuel Damião da. 2001. *Op. cit.*, p. 771.

liberdade de expressão em matéria científica e em matéria de relevante interesse público, a liberdade de expressão goza de uma ampla latitude, só se justificando uma ingerência restritiva do Estado, mesmo por meio dos Tribunais, desde que a restrição constitua uma providência necessária, numa sociedade democrática, entre outros objetivos, para garantir a proteção da honra ou dos direitos de outrem, em conformidade com o nº 02 do artigo 10º da Convenção, sendo que essa exceção tem de corresponder a uma “necessidade social imperiosa. IV - No caso *sub judice*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH teve como não verificada essa condição, afirmando a primazia da liberdade de expressão, considerando que a condenação do requerente não representou um meio razoavelmente proporcional, com vista ao cumprimento do objetivo legítimo visado, tendo em conta o interesse da sociedade democrática em assegurar e manter a liberdade de expressão. V - Verifica-se inconciliabilidade de decisões e, mais do que isso, oposição de julgados, visto que, enquanto que os Tribunais portugueses consideraram violado o direito à honra da assistente e condenaram ao recorrente com esse fundamento, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH considerou que aquela violação se continha dentro dos limites do artigo 10 da Convenção, sendo a sua condenação desproporcionada e não justificada como meio de defesa do direito à honra, em face do direito à liberdade de expressão. V - A Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH foi acolhida pela Constituição da República portuguesa - CRP (artigo 16º) e o Estado português ratificou-a pela Lei nº 65/78, de 13 de outubro de 1978; tendo sido depositada em 09 de novembro de 1978, entrou em vigor nessa data, passando a vincular o Estado português; assim sendo e dada a inconciliabilidade de decisões, há fundamento para a pretendida revisão de sentença⁸⁰⁷.

Importante salientar que muito embora o caso julgado venha mantendo o seu prestígio, de forma perene há uma grande evolução na doutrina e legislação, no sentido de admissão da revisão transitada em julgado que, no dizer de Giovanni Leone⁸⁰⁸ é “de vulneração e cedência da intangibilidade do caso julgado”.

Ademais, na filosofia da revisão criminal o trânsito em julgado não cobre a injustiça da condenação penal, como afirma o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, a saber:

Ementa: Decisão que põe termo ao processo. Revogação da suspensão da execução da pena. Decisão que não põe termo à causa. Novos fatos. Conhecimento superveniente. I - A revisão da sentença ou despacho é a relativização, ainda dentro

⁸⁰⁷ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 104/02.5**. *Op. cit.*

⁸⁰⁸ LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale Penale**. 13. ed. Napoli: Jovene, 1988. p. 750.

de limites apertados, do valor do caso julgado penal, e realiza o formato da concordância prática entre a segurança e a estabilidade e o ideal de justiça, que, em situações de clamorosa ofensa, de ostensiva lesividade do sentimento de justiça reinante no tecido social, reclama atenuação da eficácia da decisão a coberto do trânsito em julgado. II - O trânsito em julgado não cobre, na filosofia deste recurso extraordinário, a injustiça da condenação penal. III - Qualquer sentença ou despacho pondo fim ao processo pode ser objeto de recurso extraordinário de revisão, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 449 do Código de Processo Penal - CPP, que, na sua revisão operada pela Lei nº 48/2007, de 29 de agosto de 2008, nas suas alíneas “e”, “f” e “g” alargou o leque das causas taxativas de revisão, deixando intocado o fundamento de revisão previsto na al. d) do preceito. IV - O despacho, fundamento da revisão, há de ser um despacho que ponha termo ao processo. Despacho que põe fim ao processo é aquele que, segundo jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal de Justiça - STJ, conhece da relação substantiva, pondo-lhe termo ou, não a conhecendo, tem como consequência o arquivamento ou encerramento do processo. É aquele que determina o fim da relação jurídico-processual, ou seja, que importa o *terminus* da relação entre o Estado e o cidadão, sujeito processual, no âmbito de um concreto objeto processual. V - A decisão que põe termo à causa nem sempre é uma decisão final, mas a decisão final é sempre uma decisão que põe termo à causa, definindo a existência ou inexistência de responsabilidade criminal e, quando for o caso, a culpa e a ilicitude, no sentido expresso no Ac. deste Supremo Tribunal de Justiça - STJ de 25 de maio de 2005, Processo nº 1254 de 2005 - 3ª. VI - A decisão que conhece de contingências sobre a relação processual ou sobre uma questão avulsa, sobre incidências meramente processuais, próprias do desenvolvimento da relação processual, escapa ao conceito de decisão final e poderá, quando muito, constituir decisão que ponha termo ao processo. VII - Na doutrina, decisão que põe termo à causa significa que a questão substantiva fica definitivamente decidida, que o processo não prosseguirá para a sua apreciação - [...]. VIII - Como se escreveu no Acórdão deste Superior Tribunal de Justiça - STJ de 27 de fevereiro de 2008, Processo nº 4823 de 2007 - 3ª, na esteira de outros, num caso em que estava em causa a revisão de um despacho que revogou por incumprimento das condições de suspensão esta pena de substituição, o despacho com o alcance explanado comporta uma dimensão contrária àquela que lhe empresta o finalizar do processo, pois que se intenta com ele (despacho) agilizar o andamento daquele pela decisão do incidente de revogação da suspensão da execução da pena, previsto nos artigos 55 e 56 do Código Penal, promover, em consequência, a prossecução do processo de modo a que o condenado, imérito da suspensão, rebelde à ordem do Tribunal ínsita na condenação, colocado em comprovadas condições capazes de observância, nos termos dos artigos 51º a 54º do Código Penal - CP, cumpra a pena, realizando a dinâmica do processo, longe de o condenar a um imobilismo definitivo. IX - O

recurso extraordinário de revisão, que impõe a quebra de caso julgado e é permitido nos artigos 29º, nº 06, da Constituição da República portuguesa e 4º, nº 02, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH, supõe a ocorrência de fatos novos, que são aqueles que eram desconhecidos do recorrente na data da decisão revidenda ou só posteriormente vieram ao seu conhecimento. É essa novidade que há-de suportar grave dúvida, não qualquer dúvida, mas uma dúvida tal que quase atinja a certeza, sobre a justiça da decisão. X - Numa situação em que: - o despacho revidendo, que revogou a suspensão da execução da pena de prisão imposta ao arguido e determinou, após trânsito em julgado, a emissão de mandados de detenção para cumprimento da pena, constatou que o arguido, para além de incumprir de forma total o plano individual de readaptação social, tornou a incumprir todas as regras de conduta, desatendendo os intuitos de inserção social com o tratamento médico com que desejava favorecer-se, não estando reunidas condições que levem a concluir que não volte a delinquir, atenta a sua personalidade de feição de alheamento, desobediência e indisciplina, considerando “falidas as razões que determinaram a suspensão da pena”; - previamente, e apesar do incumprimento do regime de prova, dando notícia de estar à procura de emprego, apostando-se no intuito da sua reinserção, determinou-se-lhe uma solene advertência no sentido de cumprir o plano individual de readaptação, concedeu-se-lhe um prazo de três meses para efectivar os exames médicos em falta - novamente o IRS informando de que o arguido se abstivera de a eles se submeter -, agravando-se as condições de alheamento social, caindo em desemprego, subsistindo no arrumo de carros e no consumo de álcool; - o esforço de recuperação e cumprimento das condições da suspensão só foi posto em marcha quando se viu privado da liberdade; é de concluir que o despacho revogatório, alicerçado no contexto disponível na data da sua prolação, procedeu a uma correta análise dos fatos. XI - Se o arguido entendia que injustamente lhe foi revogada a suspensão deveria ter interposto o correspondente recurso ordinário, e não, indevidamente, lançar mão do recurso extraordinário de revisão, com fundamento em fatos supervenientes. XII - De qualquer forma, porque a decisão revidenda não se enquadra no conceito de decisão que põe termo ao processo, falece um dos pressupostos processuais do recurso, sendo de denegar a revisão⁸⁰⁹ (grifos do original).

No corpo desse acórdão extrai-se que o recurso extraordinário de revisão impõe a quebra do caso julgado, quando ocorrerem fatos novos, que são aqueles que eram desconhecidos do recorrente na data da decisão revidenda ou só posteriormente vieram ao seu conhecimento. A dúvida suscitada tem que ser tão grave sobre a justiça da decisão, que acabe

⁸⁰⁹ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 104/02.5.** *Op. cit.*

atingindo sua certeza, lembrando que estas posições críticas baseiam-se numa concepção do caso julgado como “garantia da segurança jurídica”, na forma destacada por João Conde Correia⁸¹⁰.

Se de um lado deve-se garantir a prática do princípio da segurança jurídico-processual, mormente em matéria penal, também não é menos correto que este não pode se sobrepor ao princípio da justiça das decisões. Mesmo nas concepções mais rígidas sobre o valor do caso julgado, quando se via na sentença a expressão da verdade, mesmo que presumida, não deixou de admitir a hipótese do erro judiciário e a consequente revisão da decisão final transitada em julgado. De qualquer modo, a medida da admissibilidade da relatividade da sentença penal transitada em julgado depende das particularidades de cada concepção.

Por se tratar de uma exceção à regra, a relativização da sentença penal transitada em julgado deve ficar sujeita a um rigoroso controle quanto à verificação fática dos seus pressupostos.

Destaca-se que o princípio da justiça material, que autoriza em alguns casos a revisão de sentença penal transitada em julgado, de utilidade reconhecida pela estabilidade e certeza que proporciona tanto em relação às necessidades práticas da vida como do ponto de vista do próprio direito, que, “de contrário, perderia credibilidade com a possibilidade de julgados contraditórios, refletindo-se na estruturação da própria organização social, e do ponto de vista da paz jurídica, que é um objetivo a que almejam os cidadãos”⁸¹¹, precisa ser usado com muita parcimônia para que seus efeitos não sejam justamente o contrário do pretendido, como descreve com precisão o notável jurista Roberto Dengler Gassin⁸¹²:

[...] não se pode levar longe de mais a homenagem tributada ao princípio da justiça material, de reconhecida utilidade pela estabilidade e certeza que proporciona do ponto de vista das necessidades práticas da vida, do ponto de vista do próprio direito, que, de contrário, perderia credibilidade com a possibilidade de julgados contraditórios, refletindo-se na estruturação da própria organização social, e do ponto de vista da paz jurídica, que é um objetivo a que almejam os cidadãos. Mas nem tudo se alcança só com a estabilidade e a segurança, mormente se o sacrifício da justiça material - esse princípio estruturante de qualquer sociedade e pedra-de-toque de um Estado de direito democrático, que tem a dignidade humana como valor supremo em que assenta todo o edifício social e político - fosse levado a extremos que deitassem por terra os sentimentos de justiça dos cidadãos, pondo-se, assim, em

⁸¹⁰ CORREIA, João Conde. *Op. cit.*, p. 490-491.

⁸¹¹ STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 104/02.5**. *Op. cit.*

⁸¹² *Idem, ibidem*.

causa, por essa via, a própria estabilidade e a segurança, que se confundiriam com a tirania.

Dentro dessa linha de raciocínio, assinala-se, em relação ao *ne bis in idem*, as lições trazidas pelo conceituado jurista francês Roberto Dengler Gassin⁸¹³ de que “a autoridade do caso julgado visa a protecção da liberdade individual e também da manutenção da paz social”.

Como visto, a perspectiva do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ao apreciar a legitimidade das soluções adotadas pelo legislador ordinário, em sede de recurso de revisão, é no sentido de que o preceito concretiza um direito fundamental do cidadão injustamente condenado, que, ao seu turno se assenta num princípio de justiça material.

A doutrina também parece ter evoluído do abandono do discurso da força intransponível do caso julgado para a admissão da revisão da sentença transitada em julgado, com natureza excepcional, como se constata na evolução da presente tese de doutoramento.

Como propostas políticos-criminais sobre a revisão da sentença penal e sua relatividade, tem-se como exemplo a otimização de ações preventivas ao *error in judicando*, que se traduz no erro cometido pelo julgador, em relação ao direito material ou processual, induzindo à reforma do julgado, e isso leva, inclusive, mudanças nos currículos dos cursos de direito, visando maior eficiência na administração da justiça.

A diminuição dos erros relacionados ao julgamento reduz a probabilidade de revisão penal e, como decorrência, do uso excessivo do princípio da relativização do caso julgado penal, que segue como exceção especialíssima, contribuindo, destarte, com a efetiva estabilidade das relações jurídicas e com a garantia prática da dignidade humana.

O *error in judicando* é aquele erro judiciário que “atinge o próprio conteúdo do processo, seja positivamente, aplicando mal uma lei que não poderia; seja negativamente, não aplicando ou aplicando mal a lei apropriada”. Conforme Márcia Borges Faria⁸¹⁴:

O *error in Judicando* é aquele que pode existir numa decisão que julgou o mérito da causa, quer se trate de erro de fato (o juiz dá como verdadeiro um fato, de modo disforme da realidade) ou erro de direito (o juiz erra ao valorar juridicamente um fato ou ao aplicar o direito aos fatos). A sentença contaminada por um vício dessa natureza diz-se sentença injusta.

⁸¹³ GASSIN, Roberto Dengler. **Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1963. p. 240.

⁸¹⁴ FARIA, Márcia Borges. **Entenda melhor o Error In Judicando e o Error In Procedendo, rotinas no judiciário da Bahia**. In: *Jusbrasil*, p. 01-06. Salvador, jan. 2013. p. 01.

Entretanto, mesmo no caso do *error in iudicando*, tem-se limitado os casos da revisão *pro societate*, diante de sentenças absolutórias, muito embora não seja inconstitucional, admitidas excepcionalmente no direito português, na restrita hipótese nas alíneas “a” e “b”, do nº 01 do artigo 449 do Código de Processo Penal português. No caso da legislação brasileira, em nenhuma hipótese cabe revisão penal *pro societate*, como ensina Damiano da Cunha e Fernanda Palma, mesmo porque cresce e se aperfeiçoa como política criminal a transição de uma justiça penal punitiva para uma justiça penal restaurativa.⁸¹⁵

O erro de julgamento decorre da falha do juiz, que pode ser resultado da má aplicação da lei, da não observação dos critérios de interpretação dos fatos ou de equívocos na interpretação da norma.

Embora o erro de julgamento produza efeitos nefastos, que vão desde traumas psicológicos das vítimas até insegurança jurídica em razão da necessidade da aplicação do princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado para desconstituir sentenças injustas, não é possível erradicá-lo, porque as sentenças são emitidas por seres humanos, falível pela própria natureza. No entanto, é possível reduzir sua incidência, de modo significativo, por meio de políticas educacionais e por ações voltadas à conscientização e melhor preparo e capacitação dos operadores do direito.

Os próprios cursos de direito podem funcionar como importantes instrumentos de segurança jurídica, pela redução dos erros de julgamento e, conseqüentemente, pela diminuição da necessidade de quebra do trânsito em julgado para revisar sentença penal condenatória, com decisão injusta ou equivocada. Infelizmente ainda é cultuado no mundo acadêmico o preconceito de que todo acusado é culpado e, normalmente, esse entendimento surge entre aqueles estudantes que fazem seus estágios com promotores e juizes. Os defensores normamente partem do princípio inverso de que todo acusado é inocente até sentença penal condenatória transitada em julgado.

Não se pode perder de vista, que o principal objetivo dos cursos de direito, é o desenvolvimento da capacidade de entendimento, interpretação e reflexão crítica dos acadêmicos, para que sua formação o permita atuar com imparcialidade, com apurado senso de justiça, na sua forma de interpretar os fatos, meditando sobre todas as situações e levando em conta todas as possibilidades do acusado inocente ou culpado, para só desse modo produzir uma decisão justa, com o menor risco possível de erros de julgamento.

⁸¹⁵ CUNHA, José Manuel Damiano da. 2001. *Op. cit.*, p. 776; PALMA, Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 133, nota 121. MONTE, Mário. **O processo penal português: prolemas e prospectivas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 815.

Diante de todo o exposto nesse estudo, é possível concluir que existe um movimento progressivo, doutrinário e jurisprudencial, em andamento que se caracteriza pela progressiva e excepcional relativização do valor do caso julgado. A configuração da revisão, como direito do condenado, busca reforço na tutela do *ne bis in idem*, pois nenhum argumento favorável à relativização do caso julgado em processo penal pode ser invocado, para justificar a revisão da sentença transitada em julgado *pro societate*, em prejuízo do cidadão. Por esta razão é que revisão de sentença *pro societate* em Portugal encontra-se fortemente limitada e no Brasil sequer encontra respaldo normativo.

De qualquer modo, apesar de se reconhecer o primado e a importância da prática do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do sistema do direito, o desenvolvimento teórico dos argumentos que justificam a possibilidade de se obter decisões justas ainda está longe de poderem ser convertidos numa realidade concreta.

O que se quer ressaltar é que os problemas jurídicos devem ser resolvidos com o princípio da razoabilidade dos direitos, a ponderação entre princípios fundamentais com reflexão sobre o conceito da possibilidade de convivência no sistema jurídico dos institutos do caso julgado e da revisão criminal, levando argumentos sólidos jurídicos que resulta numa proposta inovadora para diminuir no processo criminal a incidência revisional da decisão transitada em julgado, propondo soluções que resultem em maior otimização dos feitos criminais, com a relativização flexibilizada do caso julgado material, sem vulnerar desastrosamente o princípio da segurança jurídica, que ocasionaria um estado de caos, incertezas e injustiças.

CAPÍTULO 6 - DIREITO CONSTITUCIONAL DE RESISTÊNCIA

Evidentemente que, diante da sua dimensão jurídica, não cabe nesse estudo escrever uma obra literária sobre o *jus resistendi*, mas somente o aspecto investigativo um mero capítulo no tema, pois relacionado com a tese doutoral, notadamente no aspecto do direito constitucional, na linha constitucional alemã, na questão democrática e dos direitos fundamentais do jurista alemão Peter Haberle⁸¹⁶.

No caso, o direito de resistência dá um perfil à tese, de modo inovador, notadamente a respeito dos direitos fundamentais já cultivados na ordem jurídica internacional. O direito de resistência é um instrumento inibidor ao desprezo a ordem democrática, constituindo no direito do cidadão e de grupos constituídos de proceder oposição e resistência ao exercício arbitrário, pois deve prevalecer, em qualquer situação, a justiça da decisão.

No presente capítulo examina-se o direito de resistência (*jus resistendi*), no aspecto da dimensão jurídica dentro do constitucionalismo, com reflexo no campo político e jurídico-constitucional.

Nesta tese doutoral, o direito de resistência é examinado como questão constitucional problematizando a estabilidade das decisões judiciais, dentro dos institutos do caso julgado e trânsito em julgado e a necessidade do rompimento diante de uma flagrante decisão injusta, perniciosa ao Estado de Direito.

Nesse capítulo propõe-se uma saída ponderada e razoável aos pontos extremos do caso julgado e da decisão justa, sugerindo a institucionalização do direito de resistência, que se entende não estar vedado nas Constituições portuguesa e brasileira, diante da necessidade de consolidação dos direitos fundamentais.

Entretanto não será uma tese, apenas um capítulo ilustrativo na tese e teoria concebida, considerando o direito da resistência como garantidor das regras democráticas vulneradas, normas sustentadoras da ordem democrática, pois visa afastar o injusto, notadamente numa decisão deliberada, foco no ângulo judicial, embora possa ser aplicado em várias especificações do poder estatal visando a restauração da decisão justa, em nome de direitos fundamentais e garantidores.

Daí o elo com o direito constitucional, muito embora seja uma teoria que possa ser aplicada contra qualquer desmando do poder público, em qualquer dos poderes constituídos,

⁸¹⁶ HABERLE, Peter. **Expounds the reform requirements of constitutional state**. In: *Ratio Juris*, vol. 13, number 01, p. 77-91. March 2000. p. 77-91.

no campo jurídico abrange o direito cível e penal, notadamente no aspecto da justiça da decisão e da dignidade humana.

Portanto, o tema não se exaure no aspecto pertinente à tese deste estudo, diante da abrangência do fascinante tema, que exige uma grande reflexão no direito constitucional, de forma sistematizada, sempre em defesa da democracia e dos direitos fundamentais de cidadania, requisitos para a “solução pacífica dos conflitos”, nas palavras do saudoso jurista Norberto Bobbio⁸¹⁷.

O direito de resistência visa com grande realce na proteção dos direitos fundamentais, onde está inserido uma decisão justa, portanto, justificador para rompimento e vulneração excepcional do caso julgado, visando alcançar uma efetividade jurídica, na luta pela justiça, na palavra excepcional de Rudolf Von Ihering⁸¹⁸.

O direito de resistência, no aspecto da tese desenvolvida, é decorrente da problemática muitas vezes conflitantes entre a segurança jurídica e a deliberação injusta, que exige uma revisão do caso julgado, sob pena de afronta ao princípio da justiça na aplicação do direito, objectivando um rumo na idealização de um sistema penal moderno, que inclui a sentença ideal, a qual deve incluir a justiça restaurativa.

Portanto, no caso, vulnerando o Estado de Direito, razão também dos direitos fundamentais, a resistência procura restaurar o direito vulnerado dentro do ordenamento jurídico, avaliando os conceitos do justo e do injusto, sempre questionado no elo entre o Estado, em sua missão jurisdicional, e a sociedade.

Entretanto, forçosamente reconhece-se que a resistência contorna limites numa ordem jurídica organizada, especialmente na colisão de direitos fundamentais, como na hipótese entre a segurança jurídica do caso julgado e sua flexibilização, em nome da restauração do justo, visando a pacificação dos conflitos sociais e da ordem democrática.

O tema impõe uma solução razoável e ponderada, exigindo uma reflexão, considerando a teoria do direito. O direito de resistência não tem adeptos consolidados no direito português e brasileiro, não havendo uma literatura jurídica sobre o tema, de forma sistematizada, muito embora, porém, de forma aleatória, despontam nomes, como Hermes Lima e Goffredo Telles Junior.

A matéria indica desafios dentro do princípio teórico de hermenêutica empírica e da Constituição, sempre observando o critério dedutivo. Porém no direito constitucional

⁸¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 01.

⁸¹⁸ VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 08.

comparado, Brasil e Portugal, há um sistema constitucional que não veda o direito de resistência.

Este capítulo aborda o fenómeno da resistência, de forma resumida, numa hermenêutica experimental e social, sempre observando os direitos fundamentais, o qual está inserido a justiça da decisão, como verdadeira consagração e promoção da justiça, considerando o cidadão, agente fundamental nas relações sociais, portanto, justiça e direitos humanos têm efusiva conexão, diante da imposição permanente dentro de um sistema universal que defende uma decisão justa, observando os princípios do contraditório e da ampla defesa, dentro de um Estado de Regulação Social, afastando o fundamentalismo étnico-religioso⁸¹⁹.

Foi Elder Patrick Maia Alves⁸²⁰ quem introduziu o sistema abordado, debatendo o modelo de Estado Soberano, que pode ser flexibilizado, sem desconhecer a possibilidade de uma sociedade mundial de valores que consolide a globalização dos direitos humanos, que prestigie seres humanos, consubstanciando a dignidade da pessoa, inserida numa proposta de base livre e facultativa de cidadania relacionada aos direitos humanos.

Na mesma linha de raciocínio, Boaventura de Sousa Santos⁸²¹ reconhece que realmente alguns direitos são considerados transconstitucionalistas, dentro do conceito de sociedade mundial, com institutos jurídicos que transcendem ordens jurídicas diversas, como o princípio da jurisdição de uma sentença justa, de unidade globalizada, que inspira essa tese de flexibilidade e relatividade do caso julgado.

Marcelo Dias Varella⁸²² considera o transconstitucionalismo com a citação entre ordens jurídicas supranacionais, embasando e legitimando o direito de resistência, que fundamenta o presente capítulo, com grande reflexo no sistema jurídico, presente no direito comunitário, exemplificado na Comunidade Européia que, conforme Pierre-MarieDupuy⁸²³, é uma nova ordem jurídica mundial, que legitima e autoriza a reação constitucional, um verdadeiro direito de resistência explícita ou implícita, para restabelecimento de uma ordem jurídica vulnerada, que sobrepõe, inclusive, quando em colisão a segurança jurídica, como

⁸¹⁹ ALVES, Elder Patrick Maia. **Diversidade cultural, patrimônio cultural material e cultural popular: a unesco e a construção de um universalismo global.** In: *Revista Sociedade e Estado*, vol. 25, nº 03, p. 539-560. Brasília: RSE, set./dez. 2010. p. 539-560.

⁸²⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 539-560.

⁸²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção intercultural dos direitos humanos.** In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 03-46.

⁸²² VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: direito internacional - globalização e complexidade.** São Paulo: USP, 2012. p. 551.

⁸²³ DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de L'ordre Juridique International.** Paris: Cours General de Droit International Public, 2000. p. 438.

ocorre na hipótese de uma decisão injusta, com fundamentos nos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático, inseridos nos ordenamentos constitucionais de direitos e garantias, verdadeiro configuração do direito colectivo de reação da cidadania, já defendido na teoria da resistência Hobbesiana, que defendeu que:

[...] na monarquia, embora as ordens do soberano nunca fossem injustas, havia não obstante circunstâncias nas quais o súdito poderia desobedecer com justiça e mesmo tentar se opor ativamente, àquelas ordens, baseado que os súditos possuíam o direito natural de resistência, em nome da proteção de suas próprias vidas⁸²⁴.

Mais adiante, expressa que “a obrigação dos súditos para com o soberano, não era absoluta e não além da permanência do poder pelo qual ele é capaz de protegê-los” e que “nessa hipótese os súditos tinha liberdade para desobedecer em circunstâncias”⁸²⁵.

Portanto, não se trata no presente capítulo de desenvolvimento de uma tese ampla do direito de resistência constitucional, pois só inserido para ilustrar os fundamentos da tese sobre a relatividade do caso julgado, sendo um tema controverso, porém um instrumento alternativo de cidadania, dentro de uma doutrina jurídica do direito. Certos conceitos consolidados, dentro de uma ordem jurídica internacional, como uma sentença justa em contraposição a uma sentença injusta, não podem ser vulnerados em seus efeitos, ainda que em colisão com outros direitos constitucionais, como o princípio da segurança jurídica, impondo o povo aos governantes através de uma legítima resistência o integral respeito à ordem jurídica e uma legítima reação, em caso de desrespeito, tendo como fonte o jusnaturalismo como defesa da própria liberdade, autêntico direito de defesa, em face do Estado, como tema de direito público, reação ao Estado absoluto e injusto, defendido numa posição mais liberal por Thomas Hobbes e John Locke, na explicação do surgimento do Estado e a reação na luta contra a tirania, justificando o Estado absoluto hobbesiano num estado liberal lockiano, inclusive o direito de resistência para garantir a dignidade humana⁸²⁶.

Embora em conclusões diversas, Thomas Hobbes e John Locke admitem o direito de reação dos súditos, em certas circunstâncias, muito embora Thomas Hobbes defendesse a princípio o Estado absoluto e John Locke o Estado limitado, divisível e resistível. A princípio Thomas Hobbes via o Estado como garantia da paz e defesa da vida e John Locke a defesa

⁸²⁴ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Cambridge: Cambridge University Press, Ed. R. Tuck, 1991. p. 130.

⁸²⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 151 e 153.

⁸²⁶ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 75.

dos direitos individuais, porém em razão do direito de resistência, mesmo quando não expressamente previsto, verifica-se de forma mais discreta no modelo hobbesiano e mais expansiva no modelo lockiano, não como direito natural, mas um direito com proteção na ordem jurídica da sociedade⁸²⁷.

Interessante citar que no direito brasileiro e português, em suas respectivas Constituições, o direito à resistência é uma realidade. A Declaração Francesa de Direitos de 1789 proclamou expressamente o direito de resistência à opressão, da mesma forma que a Constituição Francesa de 1791 o fundamento jurídico e moral. Esse direito de resistência é o direito legítimo da sociedade se defender contra ofensas das autoridades constituídas, pois a lei expressa a vontade popular, no dizer de Paulo Bonavides⁸²⁸, no qual defende o direito à resistência, como integrado na ordem constitucional no alcance a justiça social, a dignidade humana e a democracia, considerado a teoria geral do Estado e a Construção constitucionalista, que tem como fonte a sociedade, que se inspira em Jurgen Habermas⁸²⁹.

O direito à resistência é uma problemática inserida modernamente no campo constitucional e que merece ser objeto de tese, porém nesta investigação tem o seu posicionamento como capítulo relacionado e conexo, se for considerado que a resistência à perpetuação de uma decisão injusta, notadamente no direito criminal, deve ser afastada a qualquer tempo, ainda que excepcionalmente desafie outro valor constitucional, que é a segurança jurídica, limitando o poder público, em defesa da sociedade e nas supremas garantias jurídicas e políticas, pois se trata de uma flexibilização do sistema constitucional em favor da democracia e garantia dos direitos fundamentais.

Evidente que forças conservadoras e positivistas, preferem manter o conservadorismo da invulnerabilidade absoluta do caso julgado, não mais aceitável no contexto globalizado jurídico moderno e estas forças conversadoras, levam a legítima reação do povo no direito de resistência ponderada, adotando a segurança jurídica, como relevante valor constitucional, mas admitindo-se excepcionalmente, em casos restritos e limitados a sua flexibilização e relatividade. Porém, sabe-se que o conservadorismo com obstaculização ao dinamismo e evolução social do direito é natural, pois são novos valores, como os institutos da relatividade do caso julgado e da teoria da justiça restaurativa, novo modelo de resposta ao crime,

⁸²⁷ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Op. cit.*, p. 75.

⁸²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 232.

⁸²⁹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 145.

diferenciado da tradicional justiça penal, exemplos clássicos, que enfrentam o conservadorismo do direito.

Como exemplo do direito de resistência na ordem constitucional portuguesa no artigo 21, por força da Lei Constitucional nº 01/2001 de 12 de dezembro de 2001 e artigo 5º, na ordem constitucional brasileira, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos. Portanto, o direito de resistência tem justificativa forte na tese investigativa deste tema de trabalho, recebendo relevante registro constitucional, dentro dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 7 - PROPOSIÇÕES JURÍDICAS SOBRE A REVISÃO DA SENTENÇA PENAL: REDUÇÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS CONSOLIDANDO O CASO JULGADO E A SEGURANÇA JURÍDICA - TESE

Depois do desenvolvimento do estudo sobre o princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado, são identificadas e destacadas algumas propostas jurídico-acadêmicas para fortalecimento do sistema de justiça, garantindo que a população tenha efetiva capacidade de acesso aos Tribunais, visando garantir seus direitos fundamentais, diminuindo a exclusão social em garantia da cidadania, pois se constata, na presente investigação, que o Poder Judiciário deixa a desejar quanto à garantia do acesso efetivo da cidadania aos Tribunais, e propiciando melhor estabilidade de suas decisões, com solidez, afastando ou reduzindo o grande índice de revisões das decisões judiciais, notadamente da sentença penal.

Essa linha norteadora da investigação contribui para eliminar ou reduzir os erros judiciais ou a fragilidade das decisões exaradas pelo Poder Judicial, demonstrado atualmente pelo grande índice de recurso extraordinário de revisão criminal e atribuindo forte capacidade de acesso da sociedade aos Tribunais que, com atuação eficiente, oferece melhor prestação jurisdicional efetiva e célere com estrutura para solução das lides, incentivando a conciliação e os meios alternativos para solucionar os conflitos, notadamente na área criminal, visto o número excessivo, por exemplo, de sessões criminais e violência contra a mulher.

Este número excessivo de processos tem péssima repercussão, essencialmente no campo penal, por excessos de processos e deficiente qualidade nos julgamentos, provocando erros fundamentais, expondo a sua vulnerabilidade e, portanto, aumentando as demandas revisionais. Uma das questões com que a investigação encontrou visando resposta para reduzir as demandas de revisão criminal foi refletir em aperfeiçoar à capacidade de maior perfeição de julgamento dos magistrados para que a sentença alcance a mais próxima versão da verdade, e portanto o justo da decisão, evitando-se impugnações ao caso julgado e fortalecendo à segurança jurídica. A teoria da justiça da sentença responde a um dos grandes questionamentos da humanidade: O que é um processo verdade e uma sentença justa? Com grande contribuição da doutrina e jurisprudência no decorrer destes estudos de tese, chega-se à conclusão que a sentença justa é aquela que reflete melhor a verdade dos fatos apurados através de um processo justo e garantidor. A decisão justa decorre da escolha das normas jurídicas adequadas e interpretação do direito aplicado com maior razoabilidade.

Evidente que o excessivo aumento de processos tem relacionamento com a cidadania e os cidadãos procuram em quantidade maior os Tribunais, ajuizando medidas judiciais, na área criminal diretamente (natureza privada) ou através do Ministério Público (natureza pública).

Num campo mais largo e extensivo, pode-se dizer que os interesses difusos e colectivos contribuem para o crescimento do número de processos. O número deficientes de juízes de primeira instância causa lentidão da justiça e deficiente qualidade das sentenças e os feitos penais, como exemplo, quando chega a Segunda Instância no Tribunal de Justiça ou Tribunal da Relação, vêm com falhas e nulidades e são examinados de forma deficiente pela Segunda Instância diante do número excessivo e posteriormente após o trânsito em julgado. Diante da fragilidade das decisões grande parte dos processos voltam a ser rediscutidos através do recurso extraordinário penal ou ação rescisória cível. Esta tese tem como finalidade demonstrar que a solução judicial ou pacífica é possível no sistema democrático.

Como exemplo cita-se que a relação juiz/habitantes, no Brasil, é deficiente, pois, tem-se em média um cargo de juiz para cerca de 19.200 habitantes, enquanto que na Alemanha a proporção mediana aponta um cargo de juiz para cerca de 3.863 habitantes e em Portugal atribuí dezessete juízes para cerca de cem mil habitantes. Aumentando o número de juízes em proporção aos habitantes, será possível conseguir melhor qualidade das sentenças judiciais, reduzindo o risco de impugnação da decisão através de recursos criminais, pois a margem de erros judiciais serão mínimos. Então como proposta inovadora entende-se que o aumento no recrutamento de magistrados, com curso de formação na área penal, certamente levará melhor qualidade de magistrados, com extensão maior em proporção aos habitantes, com queda sensível em erros judiciais e na qualidade das sentenças, contribuindo também para queda frontal de recursos extraordinários revisionais criminais.

Portanto, a especialização de juízes penais no recrutamento da magistratura contribuirá para melhor eficiência da prestação jurisdicional, pois com Magistrados especializados existirá evidentemente menor probabilidade de erros judiciais nas decisões, pois com a atual extensão do âmbito do recurso de revisão criminal e relativização do caso julgado enfrenta-se maior prudência para se evitar o *ne bis in idem*, como princípio de garantia da cidadania, em relação ao instituto do caso julgado, consagrado globalmente nos Estados democráticos, com natureza constitucional, com relevância no caso julgado penal contribuindo para a certeza e segurança jurídica, levando a uma redução considerável de recursos de revisão criminal, pois a definitividade do processo penal visa a segurança jurídica, com harmonia social e a tutela justa do arguido, revertendo a situação, pois com a provável queda das revisões criminais será alcançado melhor equilíbrio e balanceamento entre a segurança jurídica e a justiça, que estarão

próximos, reduzindo em consequência sensivelmente às sentenças injustas e logo à relatividade da definitividade das decisões transitadas em julgado. Acredita-se que, com as proposições inovadoras teóricas, é possível alcançar uma solução para o conflito entre os institutos da segurança jurídica decorrente do caso julgado e o instituto da revisão criminal, dois relevantes valores constitucionais de relevância para a cidadania.

Para reflexão, partimos do seguinte caminho e linhas orientadoras inéditas e inovadoras teóricas. A definitividade da decisão é essencial e necessário, pois o processo tem que ter um fim, notadamente no processo penal, observado o direito à revisão, em caso de condenação injusta, revisão que nos sistemas jurídicos português e brasileiros tem índices altíssimos de demandas e propõe-se reduzir sensivelmente, criando:

1) Desembargadores com formação criminal na carreira, para proceder o julgamento dos recursos ordinários de apelação, em face de decisões de primeira instância, reduzindo também, a probabilidade de erros judiciais, inconstitucionais ou sentenças injustas e portanto, contribuindo para queda sensível de revisão criminal, criando também a adoção de parâmetros processuais penais, como à eficácia *erga omnes e efeito vinculante*, eis que decisões uniformes estabelecem menor possibilidade de erro judicial, já que estabelecido o princípio, será aplicado aos casos futuros, mesmo porque nos fatos substancialmente iguais deve existir efeito vinculante, pois diminui essencialmente a margem de erro e, portanto, reduz a quantidade de revisões criminais e mantém a estabilidade dos casos julgados e, como consequência, à segurança jurídica. Para tanto, destaca-se o artigo doutrinário do professor da Universidade Complutense de Madrid, Eduardo Garcia de Enterría⁸³⁰, no qual demonstra “*la fuerza general ‘erga omnes’ de las sentencias anulatorias de las leyes*”, princípio adotado pelos Tribunais Constitucionais Europeus.

2) A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões, como fatores importantes e essenciais na prestação jurisdicional, porque impedem a perpetuação das ações judiciais e contribuem para redução dos erros judiciais e, portanto, é um freio nas aventuras judiciais das revisões criminais.

Importante registrar que no direito alemão a decisão do Tribunal Constitucional é vinculante para as instâncias, abrangendo inclusive à Administração Pública. Decisões vinculantes, com simplificação das leis processuais são medidas necessárias, pois como leciona Humberto Theodoro Junior⁸³¹ “o processo civil em nossos tempos reclama

⁸³⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **O controle de constitucionalidade na Europa**. In: RDP, 1989. p. 84-85.

⁸³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 62.

flexibilidade e concentração, mediante supressão de trâmites desnecessários para que se atenda o clamor universal de uma justiça mais rápida e eficaz possível”, pregando a eliminação de formalismos desnecessários, sustentando que a lentidão da justiça é causada pelo formalismo exagerado violando a garantia de jurisdição. Essa tese é referendada pelo jurista internacional Eduardo J. Couture⁸³². Defendem o mesmo entendimento Héctor Fix-Zamúdio, Mauro Cappelletti e Denis Tallon⁸³³.

O objeto do processo é a fixação de seus limites com o abandono do confronto entre naturalistas e normativistas, prevalecendo a segurança jurídica com uma sentença justa, de acordo com os factos imputados ao arguido, nos leva à convicção que as medidas inovadoras propostas, continuára salvaguardando o direito à revisão criminal em face de sentenças inconstitucionais, com erros substanciais e injustas, porém haverá uma redução extrema no números de demandas de revisão criminal.

Nesse diapasão há uma necessidade de revisão dos sistemas jurídicos português e brasileiro, com a finalidade de alcançar e assegurar os objetivos instrumentais adjetivos do processo com racionalização, para se evitar vulneração e erros nos processos decididos, de grande valia para redução dos recursos revisionais extraordinários criminais, assegurando elogiável economia processual, pois afina-se com o velho adágio que consideram o “processo como instrumento de realização de justiça”. No presente trabalho investigatório, partindo do marco teórico, pretende-se analisar abordagens do clássico e histórico confronto da segurança jurídica e da revisão criminal, diante de uma crítica com as análises pragmáticas, diante da complexidade dos temas, que levam discussões a respeito da justiça., cujo ponto nodal dessa tese é à antítese entre o caso julgado que tem efeito no estabelecimento da segurança jurídica e o debate acerca do direito ao justo, que é legítimo, diante dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Ressalta-se que à especialização da Magistratura Criminal, na hipótese brasileira, data de 1808, quando por Alvará Régio de D. João VI foram criados cargos de Juízes Privativos do Crime, registrando que em razão do Código Penal Lusitano, à especialização é considerada

⁸³² COUTURE, Eduardo. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**. Montevideo: Imp. Uruguay, 1945. p. 38.

⁸³³ FIX-ZAMÚDIO, Héctor. **Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amérique Latine**. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.). *Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil*. Paris: Dalloz, 1973. p. 114-115.

salutar para o exercício profissional, sendo, portanto, uma exigência de lógica e razoabilidade⁸³⁴.

3) Diante dos requisitos essenciais para a Judicatura Penal, sugere-se a formação de magistrados com conhecimentos sobre psicologia, antropologia, estatística e da disciplina carcerária, visando distinguir os delinquentes, contribuindo para a ausência de erros judiciais, conforme harmonização doutrinária na ciência criminal, diferenciando o estudo do crime na biblioteca da rotina judicial, onde se conclui que o criminoso é o autor do fato punível, capaz do bem e do mal⁸³⁵.

Sobre o assunto, o jurista argentino Hugo Conti⁸³⁶ afirmou no Congresso de Direito Penal de Buenos Aires em 1929, que para a justa aplicação da lei o Juiz Penal deve ser um jurista, psicólogo e sociólogo, “não bastando conhecer o direito penal substantivo, porém deter vasto conhecimento da antropologia, da biologia, da psicologia criminal e judiciária” para análise do temperamento, índole do acusado, periculosidade, contribuindo, desse modo, com a formação moderna de Juiz na individualização da pena.

Para tanto, sugerimos, inclusive, à introdução de curso de especialização ao exercício da psicologia, sociologia, antropologia, biiologia, psicologia criminal e judiciária, para o candidato à Magistratura Criminal, capacitando os Juízes, desse modo, às suas atribuições, no dever de examinar na sentença os precedentes do criminoso, anomalias biopsíquicas, intuição psicológica, biológica e sociológica, analisando o temperamento, a índole e a periculosidade do acusado, evitando ou diminuindo sensivelmente o *error in judicando* e preparando técnico-cientificamente o magistrado criminal com maior eficiência, assegurando maior segurança e justiça nas decisões judiciais, conhecendo melhor às práticas do humanismo e da dignidade humana, colaborando para compreender com mais clareza os conflitos das relações humanas, contribuindo para decisões judiciais com maior clareza e certeza jurídica.

A segurança e a paz jurídicas, com a redução substancial de se voltar a discutir o objecto, admitindo-se excepcionalmente à flexibilização do caso julgado, nos casos já comentados no decorrer da presente investigação, de natureza inédita e inovadora, no sentido, de que à essencialidade e convicção do caso julgado deve ser à regra necessária de uma decisão meritória de um processo penal, como pressuposto necessário do trânsito em julgado

⁸³⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 157.

⁸³⁵ GARÓFALO, Raffaele. **Criminologia**. Universidade de Nápoles. Traduzido por Júlio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão Editores, 1889. p. 470.

⁸³⁶ CONTI, Hugo. **Direito penal**. Congresso de Direito Penal de Buenos Aires em 1929. In: *Revista de Criminologia, Psiquiatria e Medicina*, nº 101. Buenos Aires, 1929. p. 608.

com a finalidade de justiça da decisão, relevando os efeitos da sentença criminal no processo civil, diante da força do caso julgado, porém preservando à autonomia das jurisdições, sem afastar a força do caso julgado penal ou seja o primado da decisão penal no processo civil, muito embora defenda-se que os fatos apurados perante o Juiz penal têm forte relevância civil, relembrando que o caso julgado material exige o trânsito em julgado.

Nesta linha de entendimento, também se entende que são distintos teoricamente, o ilícito penal e o ilícito civil, mas reconhece-se, também, que os sistemas jurídicos português e brasileiro reconhecem o primado da justiça penal em relação a justiça civil, reservando aos Tribunais Superiores às questões relevantes de relevância nacional ou constitucional, como em Portugal, onde o Tribunal Constitucional deve analisar questões relevantes que afetem a Constituição da República, no interesse da segurança jurídica e interesse público (artigo 282, item 04) e no Brasil o Supremo Tribunal Federal, em grau de similitude⁸³⁷.

4) Propõe-se, ainda, uma identidade de pensamento dos operadores do direito, em relação à importância de um sistema jurídico. A simetria das carreiras jurídicas com uma paridade *interna corporis* é salutar, aplicando à igualdade e isonomia, remuneração condigna e autonomia administrativa e financeira no sistema judicial, evitando-se à evasão funcional dos membros das respectivas carreiras, com consolidação e unificação funcional administrativa dos respectivos cargos criando um equilíbrio e estabilidade funcional, a partir da leitura sociopolítica e constitucional dentro de uma simetria constitucional, de equiparação e igualdade, entre as Magistraturas Judicial, do Ministério Público e Defensoria Pública no sistema jurídico português e a ampliação no sistema jurídico brasileiro, pois profissionais selecionados e recrutados com curso de formação, diminuirão sensivelmente os erros judiciais, e portanto, em consequência às demandas revisionais, contribuindo para à estabilidade do caso julgado e da segurança jurídica.⁸³⁸

Para tanto, sugere-se que o Centro Judiciário de Estudos - CEJ seja composto das três carreiras citadas, transformando o advogado oficial em Defensor Público, em carreira e recrutado em rigorosa seleção pública, aperfeiçoando os membros das referidas carreiras na questão do humanismo e dignidade humana, como matérias obrigatórias e forte especialização, contribuindo para melhor acerto nas decisões judiciais e diminuindo sensivelmente o *error in judicando* e, portanto, o próprio fluxo dos recursos de revisão

⁸³⁷ José Manuel M. Cardoso da Costa *apud* VELLOSO, Carlos Mario. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional**. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 192. Rio de Janeiro, abr./jun., 1993. p. 119.

⁸³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado Defensor, enquanto Magistratura Postulante e Custos Vulnerabilis**. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XVIII, vol. 425. Brasília, out. 2014. p. 48-56.

criminal com controle de qualidade, pois todos os operadores do direito estarão capacitados para o exercício de suas funções com decisões mais eficazes, sem incidência do erro judiciário e, portanto, garantindo maior segurança jurídica e estabilidade nas decisões judiciais, reduzindo, em consequência as revisões judiciais criminais.

5) Composição e manutenção na primeira instância do coletivo de três juízes, já adotado em Portugal, porém, ainda inexistente no sistema jurídico penal brasileiro, que deve ser implantado, extinguindo os Juízes monocráticos penais, sob o argumento de que a causa sendo examinada por no mínimo três magistrados judiciais diminuirá a probabilidade de *error in judicando*. Trata-se de um Tribunal Coletivo, com um mínimo de três Juízes em matéria penal e regido de acordo com a Lei da Organização Judiciária, obedecendo a alguns pressupostos e requisitos legais, notadamente em tema de fato penal, na Justiça de Primeira Instância, contribuindo significativamente para a redução da revisão da sentença criminal, observando os princípios da legalidade, especialidade e segurança jurídica. Muito embora, o tema das Carreiras Judiciais e Tribunal Coletivo seja de natureza de organização judiciária, entende-se ser essenciais na linha de compreensão, visando reduzir sensivelmente erros judiciais, e em consequência as demandas de revisão criminal, pois com melhor qualidade dos magistrados, haverá grande contribuição para o aperfeiçoamento do caso julgado e logicamente da segurança jurídica⁸³⁹. O resultado será um processo penal mais justo, de duração razoável e com menos sensibilidade a erros nos julgamentos dos processos judiciais.

Claro que a melhor qualidade das sentenças com reformas estruturais e comportamentais refletirá na estabilidade e segurança jurídica do sistema jurídico, notadamente português e brasileiro, criando filtros à admissibilidade das revisões criminais que, na maioria dos casos, é um recurso ordinário de apelação repetitivo.

6) Como condição de legitimação social do sistema jurídico sugerimos a criação de Ouvidorias de controle dos processos penais, pois o inconformismo permanente do arguido é sequência da demora injustificada da prestação jurisdicional, na efetividade do processo para um Poder Judiciário mais eficiente, contribuindo para a efetiva redução da demanda revisional criminal, afastando do jurisdicionado a natural desconfiança do sistema judicial, evitando-se em regra, o recurso temerário de revisão criminal.

7) Outra questão a ser considerada para o aperfeiçoamento da estabilidade das decisões judiciais, portanto, do caso julgado, é a “utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos”, com soluções conciliatórias, mediação e arbitragem notadamente em

⁸³⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de. **Manual de Processo Administrativo**. Reimpresão. Coimbra: Almedina, março de 2013.

matéria criminal de menor potencialidade com pacificação compositiva. Claro que deve-se usar à racionalidade, pois há muito se critica em Portugal e no Brasil, reformas parciais no Código de Processo Penal, pois arremendar um sistema jurídico pode ser um desastre fatal contribuindo para a falibilidade do sistema jurídico português e brasileiro, dentro das origens do sistema inquisitório, que consagra o devido processo legal e o contraditório, elementos típicos do sistema acusatório, pois no sistema penal tradicional, o juiz deve ficar distante da iniciativa da prova, pois terá que decidir, sendo vedado ao juiz referida atitude, como já decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de Strasbourg, a começar pelo caso Christian Piersack em face da Bélgica (Autos nº 8.692/1979), sentença publicada em 01 de outubro de 1982, que deliberou que o juiz não tem função de investigar porque viola o direito à imparcialidade, conforme o artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950.

Pode-se meditar sobre o drama do sistema jurídico penal, que merece uma melhor estrutura, pois em regra, a maioria esmagadora do sistema prisional português e brasileiro são das classes menos favorecidas, onde à assistência judiciária é feita por esforçados advogados, mal remunerados por peças de processos, quando a solução será uma Defensoria Pública devidamente implantada e recrutada com qualidade similar à Magistratura Judicial e do Ministério Público, que refletira pela qualidade em processos melhor assistidos, contribuindo para a redução dos erros judiciais e em consequência na demanda de revisão criminal, lembrando também que um corpo técnico usando métodos alternativos, em causas de menor potencial criminal, evitando-se a tradicional justiça penal, notadamente em crise, estimulando aos jurisdicionados cidadãos com conscientização na solução de conflitos.

Diante dessa ótica propõe-se um novo modelo diverso para tratar problemas sentencias penais, diverso da tradicional Justiça Penal, como a Justiça Restaurativa, como nova forma de enfrentar os princípios do fenômeno criminal, criminologia e político-criminal, resolvendo o conflito criminal com a reparação dos danos ao ofendido(a) responsabilizando o agente infrator, alcançando à pacificação dos atritos criminais, diante do fracasso e crise da justiça penal.

Leva à auto-responsabilização do agente infrator, com natureza voluntária visando à solução do conflito, que tem como meta à ideia de alcançar justiça, onde o princípio da solidariedade é uma realidade, inexistindo valores da tradicional justiça penal, como, julgamento, culpa e sanção, porém presentes os princípios da verdade do fato e na proporcionalidade da responsabilização limitado dentro de uma razoabilidade, conduzido o processo por um agente público com autoridade na solução do conflito usando o método

alternativo da mediação penal na gestão dos conflitos penais de pequena e média gravidade, procedendo-se o encontro restaurativo, aliás, conforme previsão do artigo 47 do Código de Execução das Penas e das Medidas de Segurança, conforme o sistema jurídico penal português e no sistema brasileiro, a justiça restaurativa, ainda nos primórdios, já é feito na composição de danos em processos penais de delitos de pequena e média gravidade com previsão na Lei dos Juizados Penas (Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995). Conforme, bem assinala a notável Jurista e Professora da universidade de Coimbra, Cláudia da Cruz Santos, “o sentido que se atribuiu à justiça restaurativa e aos modos pelos quais se pode relacionar com a solução dada ao conflito pela justiça penal aconselharia o alargamento da possibilidade de aplicação da mediação penal, enquanto mecanismo de diversão, a outros crimes, nomeadamente a crimes públicos de pequena e média gravidade”. No mesmo sentido Jorge de Figueiredo⁸⁴⁰ expressa que:

A contribuição da justiça restaurativa, como novo modelo diferenciado de composição de conflitos para a nossa tese é que havendo a solução, muitos casos sairão da esfera da tradicional justiça penal, reduzindo sensivelmente o inconformismo do Arguido e do Ministério Público e em consequência às demandas revisionais criminais, contribuindo para a solidez do caso julgado e consequentemente da segurança jurídica.

8) Diante dos relevantes índices pertinentes aos recursos revisionais criminais propõe-se a criação de Grupo de Câmaras Criminais no sistema jurídico português e brasileiro, que dariam maior celeridade procesual, que seriam responsáveis pelo julgamento dos recursos extraordinários de revisão criminal visando examinar à admissibilidade recursal, procedendo o reexame dos casos julgados com prudência e cautela, quando houver inconstitucionalidade, nulidade ou manifesta injustiça da decisão, contribuindo para a segurança jurídica e estabilidade dos casos julgados.

A Justiça Restaurativa do conflito criminal para delitos menores, grande maioria dos feitos penais, com o sistema útil de reparação e outros sistemas de pacificação social, como a mediação, certamente derrubarão a grande demanda de revisão criminal, pois em regra havendo composição pacífica, não haverá insurgência recursas ordinária ou extraordinária,

⁸⁴⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 762. FIGUEIREDO, Jorge Dias de. **Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal**. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, estudos *in memoriam* do Professor Doutor José Beleza dos Santos. Coimbra: BFDC, 1966. p. 87-138.

muito comum nas sentenças litigiosas forçadas, contribuindo para à estabilidade do caso julgado, e em consequência para o instituto da segurança jurídica.

9) Por último propõe-se melhores estruturas no Poder Judiciário, implantando e ampliando o serviço da Defensoria Pública, com Defensores Públicos recrutados em igualdade com a magistratura judicial e do ministério público, com igualdade de remuneração, pois daria maior qualidade com dedicação integral à assistência aos carentes, criando maior qualidade na defesa das pessoas e reduzindo consideravelmente os erros judiciais e consequentemente, às demandas revisionais, consolidando à segurança jurídica e o caso julgado, conforme item, anteriormente, já comentado.

O direito penal, em seu dinamismo, tem suas etapas que se originam na Primeira Instância, caminha pela via recursal e após o trânsito em julgado se consolida na execução da pena. Apesar das etapas, não se pode desvincular da finalidade da pena e sua eficácia, no modelo penal tradicional, na qual em última análise busca ressocializar o condenado para reintegrá-lo à sociedade.

Portanto, para buscar uma pena justa, finalidade do processo penal, entende-se como necessária a especialização do grau recursal, com relevâncias nas soluções alternativas, como mediação e justiça restaurativa, porquanto diante da aquisição e acumulação de conhecimentos sociais, é preciso expertise no campo penal, que é dinâmico e com grande relevância no sistema judicial diminuindo o *error in judicando* e o *error in procedendo*, no processo originário do recurso ordinário, contribuindo com a estabilidade do caso julgado e, por conseguinte, reduzindo o fluxo da excepcionalidade da revisão criminal.

Acredita-se que estas proposições diminuirão sensivelmente a probabilidade de *error in judicando* e *in procedendo*, restringindo o fluxo do instituto da revisão criminal e da própria flexibilização da sentença penal transitada em julgado, contribuindo definitivamente com a estabilidade das relações jurídicas, criando um equilíbrio entre à imutabilidade da sentença penal transitada em julgado e o direito de revisão penal, em caráter excepcional, quando à decisão afrontar os princípios de direitos fundamentais e da dignidade humana.

Importante salientar que o princípio do caso julgado, em relação à restrição da lei penal retroactiva mais favorável, encontra colisão no artigo 29º, nº 05, da Constituição da República portuguesa, em homenagem ao princípio *ne bis in idem*, que protegem direitos fundamentais, não podendo prevalecer, na hipótese, o princípio da intangibilidade do caso

julgado, aliás como expõe Jorge de Figueiredo Dias⁸⁴¹ de que na situação penal prevalece a segurança e estabilidade do arguido.

Entende-se que a revisão em favor do condenado é admitida, comungando com Jorge de Figueiredo Dias⁸⁴², com a ressalva de que o princípio não pode ser sustentado em favor da revisão da sentença transitada *pro societate*, em prejuízo do cidadão.

Entretanto, deve em regra prevalecer a necessidade de definição da situação do arguido com uma decisão final definitiva, porém, sem valor absoluto e irrevogável, admitindo-se a execução da pena condenatória visando a realização da justiça com a descoberta da verdade material, criando, neste ponto, a distância entre o direito penal que busca uma resposta criminal rápida do Estado e o direito processual penal garantidor, demonstrando problemas dogmáticos concretos⁸⁴³.

Este conflito entre o direito substantivo penal e o direito adjetivo processual penal, encontra-se consubstanciado na tese de Alfredo Castanheira Neves⁸⁴⁴ que considera a execução da pena decretada, de natureza inteiramente administrativa, denominado direito penitenciário, porquanto o direito penal tem mantido à execução da pena com características jurídico-substantivas com o poder de império estatal.

Eduardo Henriques da Silva Correia⁸⁴⁵ informa que desde as posturas de D. Afonso II, que o processo assumiu carácter público, no sentido de representar em primeira linha o interesse da sociedade na punição do criminoso.

A revisão de sentença penal condenatória e absolutória tem natureza excepcional, que exige muita cautela e prudência do Magistrado.

Em tema revisional, quando pertinente à *abolitio criminis*, ainda que apagada a sanção penal, tem-se em instância independente civil exigido à reparação do dano, no âmbito civil, pela nocividade institucional, que atualmente assola o Brasil e que outrora já foi combatido com ênfase em Portugal através do chamado “pacote anti- corrupção ” de 2010 através das Leis nºs 32/2010 e 41/2010, aditadas pela Lei nº 04/2011 e pela Lei nº 04/2013. Com a razão a jurista portuguesa Cláudia Cruz Santos⁸⁴⁶ expõe que “é comum apontar-se para a corrupção,

⁸⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007. *Op. cit.*, p. 202, nota 55.

⁸⁴² *Idem, ibidem*, p. 21.

⁸⁴³ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **Processo criminal**. Prelecções. Curso do 5º Ano Jurídico de 1954-1955. Coimbra: Livraria Almedina, 1956. p. 99-101.

⁸⁴⁴ NEVES, Alfredo Castanheira. **O princípio da legalidade criminal**: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, vol. I, número especial do BDF. Coimbra: Coimbra Editores, 1984. p. 307 a 469.

⁸⁴⁵ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. 1948. *Op. cit.*, p. 304.

⁸⁴⁶ CLAUDIA, Cruz Santos; *et. alli*. **Considerações introdutórias ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre a corrupção**. In: A Corrupção-Reflexões a Partir da Lei, da Doutrina e

na sua acepção ativa, como expressão da criminalidade organizada e, na sua vertente passiva, como emanção do crime de colarinho branco, enquanto afloramento da criminalidade econômica- financeira”.

Importante debate na questão da intangibilidade da sentença penal transitada em julgado é a questão da retroatividade da lei de natureza penal mais favorável, rescindindo julgado com previsão no artigo 371º-A, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 45/2007, de 29 de agosto, no qual o condenado pode requerer à reabertura da audiência, mesmo após o trânsito em julgado, cessando a execução da pena de imediato, se o condenado já tiver cumprido pena igual ou superior ao limite máximo previsto na nova lei, ou em outras hipóteses, desde que o condenado requeira à reabertura da audiência, conforme o artigo 371º-A do Código de Processo Penal português, cuja constitucionalidade foi decidida pelo Tribunal Constitucional, pelo acórdão nº 164/2008, de 05 de março, confirmando decisão da primeira instância da 8ª Vara Criminal de Lisboa. Manuel da Costa Andrade⁸⁴⁷ aceita a questão com reservas ou criticamente, porém no todo admite as mudanças introduzidas pela Lei nº 45/2007. No mesmo sentido, Maria João Antunes⁸⁴⁸, Germano Marques da Silva⁸⁴⁹ e José Faria Costa⁸⁵⁰.

Entende-se que, com merecedoras críticas à Lei nº 45/2007, o artigo 371º-A do Código de Processo Penal português é um avanço no sentido de se evitar a eternidade da injustiça, diante de uma nova normatividade, que a sociedade através do Poder Legislativo entendeu melhor no ordenamento jurídico, com aplicação sómente em revisão, em favor do arguido condenado.

O importante é o recenseamento dos problemas jurídico-conceituais, de que respeitando aos desafios modernos e contemporâneos pela realidade excepcional da revisão da sentença condenatória penal transitada em julgado, como uma necessidade essencial, sendo um ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica da sentença penal transitada em julgado, que é a regra, com a sua estabilidade no ordenamento jurídico e a exceção da sua flexibilização em casos excepcionais já enfrentado com reflexão, visando reparar *error in judicando* e *in procedendo*, inconstitucionalidade, nulidade ou lei nova que não considera mais crime a

da Jurisprudência, sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 26.

⁸⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa de. 2009. *Op. cit.*, p. 134 a 150, 220 a 238 e ss.

⁸⁴⁸ ANTUNES, Maria João. 2008. *Op. cit.*, p. 333-346.

⁸⁴⁹ SILVA, Germano Marques da. 2010. *Op. cit.*, p. 305-307.

⁸⁵⁰ COSTA, José de Faria. **Os códigos e a mesmidade**: o Código de Processo Penal de 1987. In: *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 441 a 459.

sentença, objeto de revisão criminal (*abolitis criminis*) e também em perpetuação de injustiças clarividentes judiciais, que são incompatíveis com a convivência e a harmonia social, mantendo à segurança jurídica no sistema legal, como princípio inafastável.

Como já se deixou salientado as proposições inéditas e inovadoras apresentadas, em observações, necessitam ser testadas com comprovações concretas, mas que certamente contribuirão para o fortalecimento da autoridade do caso julgado, diante da consequente redução das demandas recursais extraordinárias de revisão criminal e certamente comprovarão, nestas hipóteses, que é possível delimitar o instituto da revisão criminal, contribuindo para maior solidez do caso julgado e preservação da segurança jurídica.

CAPÍTULO 8 - EPÍLOGO CONCLUSIVO

O tema proposto para este estudo é de relevância ímpar no sistema constitucional, mesmo porque o caso julgado possui *status* constitucional, como expressão do princípio da segurança jurídica, visando à estabilização das relações sociais, havendo, por isso, a necessidade de uma constante interpretação sistemática entre preceitos constitucionais e legais. No decorrer investigativo, dedica-se a examinar os conflitos permanentes entre a segurança jurídica do caso julgado e da revisão criminal excepcionalmente e no final dos trabalhos apresenta-se uma solução inovadora visando reduzir drasticamente as demandas revisionais, com varias medidas propostas, prestigiando a segurança jurídica e o caso julgado, dentro da colocação do problema.

Dos juristas portugueses contemporâneos, José Joaquim Gomes Canotilho e Paulo Otero, inquestionavelmente, têm levado grande contribuição para o tema proposto na presente tese, notadamente porquanto suas investigações abrangem com profunda intensidade a Teoria do Direito e da Constituição, somente comparável ao notável jurista e filósofo alemão, Gustav Radbruch, cuja cátedra positivista, acabou adotando aos ideais do jusnaturalismo.

A interpretação constitucional é a preservação das decisões já consolidadas, uma vez que a garantia constitucional é consequência do princípio da segurança jurídica, porém admite temperamentos, em nome de outros interesses e direitos dignos de proteção, havendo necessidade de harmonizar os comandos constitucionais a fim de manter sua unidade normativa, exigindo uma ponderação entre a estabilidade das relações sociais, assegurada pela intangibilidade da decisão transitada em julgado e a necessidade de garantir o devido processo legal, através de uma prestação jurisdicional isenta de nulidades e vicissitudes, que autorizam a revisão da sentença penal protegida pela *res judicata*, além de outros fatores autorizativos de revisão da sentença penal com natureza de caso julgado, como a lei penal mais favorável ou o instituto da *abolitis criminis*.

Procuou-se, no decorrer da investigação, concentrar nos dois sistemas jurídicos, de forma comparada, ou seja, o português e o brasileiro, dando ênfase as duas variáveis importantíssimas, no sistema constitucional de um Estado democrático e aparentemente em conflito, ou seja, os princípios da segurança jurídica, em face do caso julgado e da revisão criminal da sentença injusta, com as conclusões prévias e finais, a respeito do fascinante tema escolhido.

O princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado constitui uma

formulação sensível do sistema constitucional penal e processual penal, de concepções várias, refletindo as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, levando uma diretriz teórica, com grande inspiração e reflexão dos doutrinadores e juristas. A doutrina vem debatendo o tema da relativização da sentença penal, em face do caso julgado material, sob o aspecto constitucional e infraconstitucional.

A questão vem causando divergências e debates na literatura jurídica, sem uniformidade e consenso, vulnerando a certeza dos atos jurisdicionais, que se apresenta intimamente ligado ao princípio da segurança dos atos jurisdicionais, com destaque na sentença que conflita drasticamente com a verdade material, não havendo o processo justo.

Para dar início à resolução do impasse, na busca do equilíbrio entre a estabilidade jurídica e a justiça da decisão, afastando a injustiça por meio da ponderação de bens em conflito, o tema foi examinado sob a abordagem do direito legislativo constitucional e infraconstitucional, sem a exclusão do passado histórico, pois o sistema de recurso de revisão já existia no direito romano, dentro de uma epistemologia difusa, mesmo porque, atualmente, dentro da ordem jurídica cosmopolita, há uma nova concepção paradigma de constitucionalismo, pois a Constituição dentro do sistema jurídico tem poder normativo, inclusive no tema dos direitos fundamentais, que teve como marco histórico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, com destaque no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado, a princípio, está em colisão com o instituto do caso julgado, blindado com a estabilidade da decisão e da segurança jurídica, embora com mais justificativas no âmbito do direito processual penal, do que no direito privado, diante da atual concepção de que as sentenças de condenação penal com trânsito em julgado não podem e nem devem ser mantidas, à custa da postergação de direitos fundamentais, entre os quais o postulado da dignidade humana, que se entende tem um *status* absoluto, que tem ascendência e pode contrapor aos princípios do caso julgado e da segurança jurídica, excepcionalmente, mas com argumentos válidos, nas soluções normativas do “problema”, dentro da “práxis” e da realidade.

Significa dizer, que a superioridade abstrata do Estado na relação punitiva, não pode prevalecer à custa do sacrifício do indivíduo injustamente condenado, vítima de um erro judiciário, que afronte o princípio da dignidade da pessoa humana, com caráter absoluto, notadamente quando à Constituição, em norma jurídica constitucional defina o referido *status*, em homenagem a cidadania e a sociedade não tolerando afronta aos direitos fundamentais.

Este raciocínio, leva à uma dedução lógica da investigação, ora apresentada, de nível

reflexionante, de natureza constitucional, com hermenêutica sistemática de valores constitucionais.

Isto significa dizer, que defender o valor da certeza e da segurança jurídica, como únicos ideais do direito penal, colocaria a sociedade, diante de uma aparente segurança do injusto, uma segurança tirana e ilusória, sacrificando em decorrência direitos fundamentais, contrariando princípios e regras constitucionais, tema que pode ser enfrentado judicialmente pelo controle difuso incidental ou concentrado, perante a Corte Constitucional, afastando os efeitos do Poder Legiferante, com o controle da compatibilidade das normas, diante da Constituição, notadamente com ofensa aos direitos fundamentais, entre os quais a dignidade humana.

Na reconstrução filosófica do direito, o Professor emérito da Universidade de Heidelberg, Friedrich Muller, antigo decano da Faculdade de Direito contribuiu com muita eficiência com a sua obra “Teoria Estruturante do Direito”. A originalidade de sua contribuição foi a criação de uma unidade do direito dentro de uma compreensão integrativa da norma do direito, fato que nos leva a conclusão, de que valores constitucionais nas modalidades da segurança jurídica, caso julgado e da revisão criminal têm em conjunto um salutar convívio constitucional de perspectiva unitária na ordem jurídica.

A revisão da sentença criminal transitada em julgado significa a relativização excepcional do caso julgado, mesmo que dentro de limites bem restritos, valorando o caso julgado penal e tornando real o formato da harmonização fática entre a segurança e a estabilidade jurídica de um lado, e o ideal de justiça de outro, que diante de situações de ofensa e de lesividade do sentimento de justiça reinante no tecido social, reclama minimização da eficácia da decisão protegida pelo princípio do caso julgado que, na verdade, acaba vulnerando o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

O caso julgado não é um dogma absoluto ou questão fechada, em face de injustiça de uma decisão e outros fatores de duvidosa legalidade, devendo haver um equilíbrio entre o ato jurisdicional com segurança e a justiça verdadeira e próxima da verdade real, possibilitando a revisão limitada das sentenças penais, no caso de vícios nocivos no processo e consequente sentenças injustas que não pode prevalecer no Estado de Direito.

Quando uma decisão, ainda que sob o manto do caso julgado, viole princípios fundamentais, como a dignidade humana e haja arbítrio do poder público, atentando contra os princípios constitucionais, é preciso defender a revisão do caso julgado penal, como medida excepcional, visto que uma decisão, em tese, deve ser mantida na sua imutabilidade, para se evitar a eternização das controvérsias judiciais, criando uma instabilidade jurídica, pois

segundo Giuseppe Chiovenda⁸⁵¹ “como a mesma lide, não pode ser decidida mais de uma vez (*exceptio rei judicatae*), assim também não pode manter simultaneamente mais de uma relação processual sobre o mesmo objeto entre as mesmas pessoas”.

Porém, na hipótese de colisão da decisão sob o manto do caso julgado, com os direitos fundamentais inseridos na Constituição, entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana, protegido constitucionalmente, deve haver uma valoração com equilíbrio, ponderação e racionalidade. No curso da investigação, chega-se à conclusão que os dois sistemas jurídicos, português e brasileiro, se assemelham, em termos da *res judicata*, segurança jurídica e a revisão extraordinária criminal, com diferenças pontuais, citando, por exemplo, que enquanto o sistema jurídico português permite a revisão *pro societate*, negado pelo sistema jurídico brasileiro, que somente permite a revisão *pro reo*.

Conclui-se que a Constituição e a lei adjetiva penal lusitana (Código de Processo Penal) é mais garantista que a Constituição e o Código de Processo Penal brasileiro, muito embora o sistema brasileiro suplemente com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica.

Entretanto, pode-se afirmar que os dois sistemas jurídicos têm um processo penal, dentro do Estado de Direito, com observância do contraditório e devido processo legal, muito embora a Lei Fundamental brasileira prevê à Defensoria Pública, num estágio bem avançado, cujos membros são recrutados pelo sistema do mérito, em igualdade com a Magistratura Judicial e do Ministério Público, enquanto o sistema jurídico português, a defesa dos carentes é efetivada por advogados dativos.

As deficiências na qualidade das sentenças, em regra por erro judiciário, tem implusionado os dois sistemas em manter à revisão criminal da sentença injusta, em confronto com à intangibilidade do caso julgado, e apresentam-se proposições inovadoras e inéditas, visando reduzir à demanda de revisão criminal, consolidando o caso julgado e melhorando o serviço judiciário, visto que nos dois países a vulnerabilidade do caso julgado é uma decorrência de erros judiciais, diante de falhas do sistema jurídico na atividade persecutória, abalando à ordem legal, diante do conflito, com efeitos positivos do caso julgado com à revisão criminal

⁸⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Elementos de direito processual penal**. Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. vol. 02. Campinas, SP: Millennium Editora, 2009. p. 320. No mesmo sentido: MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 44-45.

Diante dessa ótica, medita-se nas palavras do jurista alemão Konrad Hesse⁸⁵² de que “a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”.

Como já se disse, o princípio da dignidade humana, com grande supremacia no direito lusitano e brasileiro tem forte fundamento essencial com proteção constitucional, citando como exemplo no direito português, a manifestação do jurista Virgílio Afonso da Silva⁸⁵³, ao perquerir a tese do Vieira de Andrade, da Universidade de Coimbra, sobre à essencialidade dos direitos fundamentais, com relevância constitucional consagrada, na Constituição portuguesa, no artigo 18, item 03 e revela à consolidação dos direitos fundamentais e da cidadania, com a proibição inerente ao princípio *ne bis in idem*, como consequência natural de sentença transitada em julgado.

Entretanto, diante dos princípios pertinentes aos direitos fundamentais e da cidadania, não se pode defender, em tema de direito penal, que um condenado permaneça cumprindo pena, mesmo sabendo de sua inocência, colocando o direito processual penal, com primazia sobre o direito material penal, com a eternização da injustiça e violação do princípio da dignidade humana, admitindo-se também a flexibilização, quando se atenta contra norma constitucional fundamental.

Entretanto, o princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado só pode ser admitido excepcionalmente, em casos restritos, quando demonstrado cabalmente a insustentabilidade da decisão judicial penal com res judicata, porque a regra é a não flexibilização em nome da segurança jurídica, eis que nada adiantaria a garantia do acesso à justiça, se o cidadão não tivesse seu conflito solucionado definitivamente.

Simples injustiça da decisão, de caráter subjetivo, portanto, não autoriza a relativização do caso julgado, porque se o Estado Juiz errou no primeiro julgamento, poderá errar no segundo também. A injustiça deve ter efeitos fortes no direito subjetivo do arguido condenado e na ordem jurídica.

Nestes termos, defende-se, com este estudo, a vulnerabilidade do caso julgado, em caráter excepcional, quando demonstrado cabalmente a violação de direitos fundamentais ou perplexidade da decisão impugnada, em relação aos princípios constitucionais. Esse é o

⁸⁵² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 24-25.

⁸⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 192.

entendimento adotado pela legislação, doutrina e interpretação dos Tribunais portugueses e igualmente no âmbito da jurisprudência brasileira.

Entretanto, para reduzir o grande problema de enxurradas de impugnações contra sentenças penais transitadas em julgado, propõe-se melhor qualificação da jurisdição penal, conforme as proposições sugeridas e examinadas, de forma inovadora, na conclusão do presente trabalho.

No Brasil os casos envolvendo *error in judicando* são maiores em decisões que envolvem pessoas carentes, que não possuem condição mínimas para custear gastos com advogados, ficando na dependência do trabalho dos defensores públicos, em número deficitário no Poder Judiciário e, portanto a maior parte dos carentes são defendidos por advogados dativos, sem a qualificação necessária e dedicação ao processo. Isso demonstra ainda mais a necessidade de uma ampla e forte Defensoria Pública para assistência as pessoas carentes e de preparo especializados de Magistrados Penais para evitar que decisões penais já nasçam injustas, além das medidas propostas na presente investigação, que contribuirão substancialmente para melhor estabilidade da decisão judicial, no âmbito do caso julgado, reduzindo eventuais *error in judicando*, em consequência às próprias demandas de recurso extraordinário de revisão criminal.

Como visto no desenvolvimento deste estudo, não existem empecilhos mortais à realização do princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado, contudo, trata-se de uma exceção para casos especiais. O problema é quando a exceção passa a virar regra, devido ao grande número de decisões judiciais compreendidas como “injustas”.

As decisões injustas são aquelas que comportam *error in judicando*, cujo vício atinge o próprio conteúdo do processo, por erro de fato, quando o Juiz dá como verdadeiro um fato que, na realidade, é falso; ou por erro de direito, quando o Magistrado erra ao valorar juridicamente um fato ou ao aplicar o direito aos fatos⁸⁵⁴.

Para evitar que os julgadores errem ao proferir suas decisões, com consequência futuras, na relativização do caso julgado, provocado por recurso extraordinário de revisão criminal, como já salientado, a sugestão é o investimento em especialização de juízes penais, além das demais medidas propostas no presente trabalho de investigação.

Essa experiência especializada mínima ajudaria no combate ao *errores in judicando*, contribuindo na formação do Magistrado que, certamente, levaria ao ativismo judicial, com atuação pró-ativa e criativa jurisdicional no exercício de suas atividades, conhecendo melhor

⁸⁵⁴ FARIA, Marcia Borges. *Op. cit.*, p. 03.

as questões de cidadania, humanismo e dignidade humana, além dos conflitos da relação humana, dentre outras medidas essenciais já defendidas no desenvolvimento e conteúdo desta tese doutoral, que causariam imediatamente um impacto em decisões, reduzindo drasticamente o *error in judicando* e sentenças injustas e, portanto, em consequência às demandas pertinentes à revisão criminal.

Na prática, estas proposições já descritas e examinadas na presente dissertação de tese doutoral diminuirão a probabilidade de revisão penal (*error in judicando*) e da flexibilidade do caso julgado penal, contribuindo definitivamente para a estabilidade das relações jurídicas e segurança jurídica, criando um equilíbrio entre a imutabilidade da sentença penal transitada em julgado e o direito de revisão penal em caráter excepcional, quando a decisão afrontar princípios de direitos fundamentais e da dignidade humana, lembrando que a postura ativista jurisdicional, de natureza progressista, é essencial, especialmente para preservar e relevar direitos fundamentais, notadamente das minorias, notadamente decorrente da dignidade humana e cidadania, dentro de um novo modelo de jurisdição, para dar relevância e efetividade aos princípios essenciais fundamentais previstos nas constituições das repúblicas portuguesa e brasileira e, nesse particular, é essencial um Poder Judiciário progressista, como atenção essencial à efetivação dos direitos fundamentais e da cidadania.

Estas proposições são inéditas, dentro da ótica examinada, e diminuirão sensivelmente a probabilidade do erro no julgamento e da própria flexibilização da sentença penal transitada em julgado.

A par disso, o recurso de revisão de sentença penal transitada em julgado, embora possível por autorização do princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado, deve funcionar como um meio extraordinário de reapreciação de decisão penal, com o manto de caso julgado, cujo fundamento principal é a imperiosidade de se evitar uma sentença injusta, inconstitucional ou injusta, de se reparar um erro judiciário, com a finalidade de dar primazia à justiça material, em detrimento da justiça formal, na verdade um novo modelo de Poder Judiciário, essencialmente num momento de forte internacionalização dos direitos, como uma adequada resposta harmoniosa, no ângulo do princípio do transconstitucionalismo uniforme, de ordens jurídicas diversas, dentro dos direitos fundamentais e de cidadania, com destaque no princípio da dignidade humana.

A investigação desenvolvida permite sugerir várias medidas fundamentais descritas no campo de trabalho pesquisado, regras essenciais para a solução da questão objecto do presente estudo, porém destaca-se o *ne bis in idem*, em realce quando a sentença ficar transitada em julgado e a justiça restaurativa, como modelo essencial de se fazer justiça diverso da

tradicional Justiça Criminal e que certamente em aplicação para delitos de menor relevância, evitará os erros judiciários e portanto reduzir´ às demandas de revisão criminal.

De outro lado, para que ocorram os pressupostos que fundamentam a revisão de sentença transitada em julgado em matéria penal, é preciso que ocorra a verificação cumulativa de dois pressupostos, em relação à justiça da decisão. Em primeiro lugar à descoberta de fatos ou meios de provas novas, no sentido de não terem sido apresentados e apreciados durante o processo que levou à condenação, embora não fossem ignorados pelo arguido quando o aconteceu o julgamento. Fatos novos são aqueles sobre os quais a existência era ignorada ao tempo do julgamento e que, por isso, não foram valorados no julgamento porque o Tribunal não os conhecia, embora pudessem ser conhecidos do arguido no momento do julgamento; e b) que tais situações novas levarem dúvidas graves sobre a justiça da condenação.

Porém não se pode admitir o recurso de revisão de sentença penal transitada em julgado com o único fim de criar uma nova instância penal ordinária. Destaca-se, que a estabilidade do caso julgado se sobrepõe à existência de mera dúvida sobre a justiça da condenação, pois podem existir dúvidas, sem que essa seja suficiente para impor a revisão da sentença. A dúvida deve ser relevante e grave para autorizar a revisão de sentença penal transitada em julgado, com o manto de caso julgado, que é condição essencial à manutenção da paz jurídica e a harmonia social.

A diretriz teórica consubstanciada no positivismo normativista, parte do princípio de que uma decisão judicial com manto de caso julgado material é definitiva. Com o passar do tempo, passou-se a admitir a reforma de sentenças transitadas em julgado, no caso de erros de julgamento. Nesse novo pensar, as decisões judiciais, ainda que protegidas pela garantia do caso julgado, não poderiam subsistir quando fosse afrontosa à justiça, admitindo-se um forte antagonismo entre, de um lado, a segurança jurídica, representada pela manutenção do caso julgado, e à decisão justa.

Entende-se que não há racionalidade em manter uma condenação com fundamento único na segurança e intangibilidade das decisões judiciais, sacrificando os direitos fundamentais dos cidadãos, entre os quais, o direito a uma sentença justa. Entretanto, a desconstituição do caso julgado não deve ser simplificada ou rotineira, pois a intangibilidade do caso julgado, diante da segurança jurídica, é uma das conquistas do sistema processual democrático, devendo existir ponderação no conflito entre a necessidade de um novo processo revisional para se alcançar um julgamento justo e a intangibilidade e estabilidade do caso julgado, em nome da segurança jurídica.

Na colocação deste problema, metódicas jurídicas são colocadas, na tentativa de uma conscientização da sociedade em relação ao tema, numa concepção global reflexionante e metodologia de interpretação e hermenêutica equilibrada e ponderável dos valores constitucionais, do caso julgado e segurança jurídica e da sentença justa, observando à teoria da estrutura da normatividade jurídica e epistemológicos e portanto a presente dissertação foi concebido diante, em linhas gerais da expansão dessa problemática.

Destarte, deve prevalecer um novo julgamento, se esta for a melhor solução no equilíbrio da ponderação de bens protegidos constitucionalmente, sendo uma viabilidade excepcional, pois não é salutar no sistema jurídico, à perpetuação das discussões judiciais, com o inevitável aniquilamento da garantia constitucional do caso julgado e o esvaziamento normativo da garantia constitucional da estabilidade das decisões judiciais e da segurança jurídica.

Acredita-se que a estabilidade decorrente do caso julgado deve ser sacrificada, com a alteração da decisão judicial, diante de uma clarividente e constatada injustiça.

No cenário jurídico, o recurso de revisão criminal, está no *rol* da consagração constitucional do direito recursal, que tem como objetivo a reapreciação da decisão judicial transitada em julgado, em face de uma ilegalidade decisória que cause perplexidade jurídica, pois se justifica lembrar que uma das importantes atribuições do Estado é a garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

Para tanto, esta pesquisa deu os primeiros passos no caminho analítico da dimensão epistemológica do aparente conflito entre a res judicata e o instituto da revisão criminal, relevando a função legítima dos respectivos valores na Lei Fundamental, pois no plano jurídico-constitucional aborda-se a possibilidade de sustentar o convívio legal do princípio geral da intangibilidade do caso julgado, com o direito à revisão da sentença injusta na função de verdadeira saída de segurança, diante do absolutismo do efeito preclusivo do caso julgado, nas sentenças condenatórias injustas, como já estabelecido no corpo da presente dissertação, autorizado pelo artigo 29º, nº 06, da Constituição da República Lusitana, portanto, reconhecendo a relevância dos dois princípios constitucionais no equilíbrio, ponderação e racionalidade do sistema jurídico. Este é o caminho seguido nas ordens jurídicas democráticas globalizadas, como se sucede no sistema jurídico português e brasileiro.

A investigação procedida permite procedervárias sugestões no capítulo 7 com o objecto de delimitação e natureza excepcional das demandas revisionais criminais, entre os quais se destaca a justiça restaurativa e a mediação penal na solução dos conflitos criminais, como relevantes na solução do problema penal, pois muito embora à justiça penal e a justiça

restaurativa, como de igual modelo a solução da mediação atuem com objetivos de pacificação, evidente que o modelo conservador da justiça penal visa exclusivamente à eliminação futura preventiva do crime, de modo exemplar, na forma de resposta de sanção, entende-se que o meio consensual da pacificação, evita à insurgência de revisão penal de casos julgados, reduzindo extremamente às demandas judiciais e, em consequência, dando solidez à autoridade do caso julgado e o princípio da segurança jurídica, ponto nodal da tese aqui proposta.

Enfim, a justiça restaurativa e a mediação são formas de solução pacífica dos conflitos criminais que visam uma resposta presente e imediata por um crime, favorecendo às vítimas com a composição e que foram atingidos pela ofensa penal, pondo fim ao conflito, não abrindo possibilidade para a rescisão criminal da sentença, evitando-se o inconformismo e consequentemente à proposição de demanda de revisão criminal, consolidando o caso julgado e a segurança jurídica, diante da moderação e flexibilização da pena na solução do conflito.

Interessante, que ao longo da investigação enfrentou-se o aparente conflito de dois valores importantíssimos no ordenamento jurídico, ou seja, o valor da segurança jurídica sólida e o valor da revisão criminal, em face da sentença injusta, ilegal e inconstitucional e concluímos, que dentro de uma ponderação e racionalismo há essencialidade dos respectivos valores para a harmonia do sistema jurídico e as propostas apresentadas inovadoras no dinamismo teórico ao adentrarmos nas propostas, que se apresentadas concretamente, reduzirão as demandas rescisórias de revisões criminais, consolidando à autoridade do caso julgado e consequentemente à segurança jurídica, acredita-se que ao apresentar a conclusão, será possível alcançar uma resposta ao problema, objeto da tese, diante da argumentação, racionalidade e ponderação, diante da filosofia neokantiana, onde há espaço para a convivência da segurança jurídica e da justiça dos Tribunais, mesmo porque sempre defende-se que um processo tenha fim, não só em consequência de uma sentença transitada em julgado e com o predicado de caso julgado, mas também em decorrência de uma coerência e harmonia de pacificação social, onde as grandes relevâncias são os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a justiça restaurativa.

O princípio da relatividade da sentença penal transitada em julgado é uma das mais importantes dimensões das garantias de defesa do arguido, em processo penal. Caracteriza o direito de reapreciação dos atos jurisdicionais, tendo como base novos dados fáticos ou jurídicos que autorizam novo julgamento, visando alcançar a verdade material e justa.

Há de se registrar e lembrar que se está dentro de uma nova ordem mundial jurídica do transconstitucionalismo, onde os direitos fundamentais devem ser observados, onde muitas

vezes dá primazia ao direito comunitário, que sobrepõe o direito interno dos Estados membros, citando como exemplo a União Europeia, onde a relatividade será sempre uma assombração na solução definitiva da lide judicial e por este motivo defende-se os meios alternativos de direito, quando possíveis para a solução definitiva do conflito social penal, diante da incerteza e dubiedade na busca de serviços de justiça, diante das questões suscitadas, arguidos e vítimas, sendo indiscutível a necessidade de prestigiar as composições e acordos pertinentes à sentença, entre os quais a mediação, conciliação e justiça restaurativa, que certamente contribuirão para a definitividade do caso julgado e da segurança jurídica, no lugar da sentença forçada, cooperando para a realização da verdadeira justiça e da harmonia do sistema jurídico, visto que a sentença forçada em decisão judicial somente agrada uma das partes, sendo uma “ferida” que pode ser reaberta a qualquer momento através da ação revisional criminal.

Entretanto, as demais proposições apresentadas, na solução do conflito permanente da segurança jurídica e do recurso de revisão criminal, também são essenciais, como respostas à tese apresentada.

Portanto, conclui-se que a revisão criminal ou recurso de revisão tem natureza de recurso extraordinário, que visa reabrir e questionar certos vícios de sentença com o manto de caso julgado, valor absoluto contestado numa democracia, diante da expansão do recurso de revisão e a consequente relativização do caso julgado e a revisão de sentenças forçadas na solução da lide penal, que atualmente na doutrina e na jurisprudência é um direito absoluto do arguido condenado.

Quanto aos efeitos de natureza processual penal da revisão criminal, importante é o exame da questão da rescisão da sentença penal, fazendo uma análise doutrinária e jurisprudencial, a luz do Estado Democrático, como importante instrumento processual penal, a disposição da cidadania, para o exercício e respeito à dignidade humana, pois não se pode conceber uma decisão injusta vigente no ordenamento jurídico e social.

A questão se apresenta de suma importância para o presente trabalho investigativo, porquanto os atos judiciais opostos à ordem jurídica não podem prevalecer, devendo ser desconstituídos. Portanto, há uma conclusão lógica estabelecida com premissas que reduzirão sensivelmente o conflito aparente entre a intangibilidade do caso julgado e o direito à revisão da decisão judicial injusta, levando à conclusão da convivência dos institutos do caso julgado e da revisão criminal.

Entretanto, a investigação propõe uma saída encantadora, ponderada e equilibrada, entre o respeito a segurança jurídica e sua relativa flexibilidade, produzindo reflexão para

solução e até propondo excepcionalmente a desconstituição da sentença penal com o manto de caso julgado, que deve ser desconstituída, quando em desconformidade com o sistema jurídico, quando não alcançando uma decisão justa, que afete a ordem pública, autorizando a sua revisão nas hipóteses legalmente previstas.

Defende-se, ao final, a tese de que nenhuma sentença penal é perpétua, quando fatos novos ou jurídicos demonstrarem que a sua eficácia e soberania atenta contra o sistema jurídico, no âmbito constitucional e infraconstitucional, podendo ser revista e rescindida, dentro do processo legal, ainda que em caráter excepcional, mantendo o equilíbrio dos valores segurança jurídica e processo justo, admitindo-se, portanto, excepcionalmente, a relativização da sentença penal transitada em julgado, em hipóteses restritas, como defendido na presente investigação, contribuindo cientificamente para a harmonia jurídica e social universal, dentro de um paradigma metodológico interdisciplinar e crítico, porém fascinante e encantador na construção jurídica de princípios constitucionais de direitos fundamentais, como a estabilidade e segurança jurídica e o direito de cidadania de uma sentença justa, acompanhando tendência constitucional e processual penal de países democráticos da Europa Ocidental, incorporando os princípios essenciais numa democracia, muito embora aparentemente conflitantes da segurança jurídica e intangibilidade do caso julgado e da revisão criminal, na busca final da harmonia e paz social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

AGUILAR, Francisco. **Direito ao recurso, grau de jurisdição e celeridade processual**. In: *O Direito*. Ano 138, nº II, Coimbra: Almedina, 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa**. Lisboa: Almedina, 2003.

_____. **Comentário do Código de Processo Penal**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALEXY, Robert. **Justicia como corrección**. In: *Doxa*, nº 26. Universidad de Alicante: Área de Filosofía del Derecho, 2003.

ALLORIO, Enrico. **La cosa giudicata rispetto ai terzi**. Milano: Dott A Giuffrè Editore, 1992.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALMEIDA, Mário Aroso de. **Manual de Processo Administrativo**. Reimpresão. Coimbra: Almedina, março de 2013.

ALVES, Elder Patrick Maia. **Diversidade cultural, patrimônio cultural material e cultural popular: a unesco e a construção de um universalismo global**. In: *Revista Sociedade e Estado*, vol. 25, nº 03, p. 539-560. Brasília: RSE, set./dez. 2010.

AMAR, Akhil Reed. **Double jeopardy law made simple**. In: *Yale Law Journal*, nº 106, abr. 1997. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1894&context=fss_papers>. Acesso em: 20 set. 2018.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa: lições**. 11.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra - IUC, 2011.

_____. **Estudo e projecto de revisão da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

_____. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. In: *Documentação e Direito Comparado*, Sep. do BMJ, nº 05 de 1981.

ANDRADE, Manuel da Costa de. **“Bruscamente no verão passado”**: a reforma do Código de Processo Penal - observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência - RLJ*, ano 137, p. 269-332. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. **Aspectos metodológicos e didáticos do direito processual civil**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano XXXV, nº 02. Lisboa: RFDUL, 1994.

ANTUNES, Carlos Henggeler. **Decisão, perspectivas interdisciplinares**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007.

ANTUNES, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contribuindo para o estudo da actividade de direito da Administração Pública. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Abertura da audiência para aplicação retroactiva da lei penal mais favorável**. In: *Revista Portuguesa de Ciencias Criminais - RPCC*, nºs 02 e 03, p. 333-346. Coimbra: Coimbra Editora, abr./set. 2008.

ANTUNES, Maria João. **Direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2016.

ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal**. 3. ed. Madrid: Recueil Sirey, 1924.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARJA, De Quiroga. **Tratado de derecho procesal penal**. 4. ed. Madrif: Civitas, 2010.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro**. Vol. 01. São Paulo: Sugestões literárias, 1969.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 14. ed. Col. Sinopses Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. **Breves lições de direito penal**. Vol. 02. Bahia: Litho-Typographia Almeida, 1911.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Título Original: *Liquid Modernity*. Tradução: Plínio Dentzien, autorizada da edição inglesa publicada em 2000 por Polity Press, Oxford, Inglaterra. Jorge Zahar Editor, 2001.

BELEZA, Teresa Pizarro. **Objeto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado**. Lisboa: Faculdade de Direito, 2001.

_____; COSTA PINTO, Frederico. **Objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado**. Lisboa: FDUNL, 2001.

BERTAULD, Alfred. **Cours de code penal et leçons de législation criminelle**. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1864.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Lições de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: denúncia, queixa e aditamento**. São Paulo: Aide, 2001/2002.

BUENO, Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro, 1922.

BULOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones processuales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noese, 2012.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

CALHEIROS, Maria Clara. **A construção retórica do processo penal**. In: *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed., rev. e atual. pela reforma do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANAS, Vitalino. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 2ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003a.

_____. **Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias**. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - BFDC*, Direito Constitucional, vol. comemorativo do 75º Tomo. Almedina: FDUC, 2003b.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPELO, Maria José. **A sentença, entre a autoridade e a prova**. Coimbra: Almedina, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPONI, Remo. **L'efficácia del giudicato civile nel tempo**. Milão: Giuffrè, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Líder, 2001.

_____. **Instituciones del proceso civil**. Vol. 01. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1989.

_____. **Lezioni del diritto processuale civile**. Vol. 04. Pádua: Universitária, 1926.

_____. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960.

_____. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CDHOA, Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados. **Direitos humanos: cidadania e igualdade**. Estoril-Portugal: Principia Editora, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Elementos de direito processual penal**. Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. vol. 02. Campinas, SP: Millennium Editora, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed., vol. 01. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Tradução do original italiano por Paolo Cafitan, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas/SP: Bookseller, 1998.

_____. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. José Casáis y Santalo. Madrid: Reus, 1925.

_____. **Sulla cosa giudicata: saggi di Diritto Processuale Civile**. Vol. 02. Roma: Società Editrice, 1931.

CLAUDIA, Cruz Santos; *et. alli.* **Considerações introdutórias ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre a corrupção.** In: *A Corrupção-Reflexões a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência, sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Unión Europea:** las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del derecho de la Unión Europea. In: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 25, p. 75-80. Barcelona: Departamento de Gestión del Conocimiento, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONJUR, **Supremo julgará relativização da coisa julgada.** Notícia publicada em 12 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-12/plenario-stf-julgara-relativizacao-decisao-transitada-julgado>>. Acesso em: 16 set. 2018.

CONSTANT, Benjamim. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes.** In: *Cours de Politique Constitutionnelle.* 2. ed., Tomo II, 1872.

CONTI, Hugo. **Direito penal.** Congresso de Direito Penal de Buenos Aires em 1929. In: *Revista de Criminologia, Psiquiatria e Medicina*, nº 101. Buenos Aires, 1929.

COPPI, Franco. **Reato continuato e cosa giudicata.** Napoli: Ed. Eugenio Jovene, 1969.

CORDEIRO, Franco. **Guida alla procedura penale.** Milano: Giufreè, 1966.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **Caso julgado e poderes de cognição do juiz:** a teoria do concurso em direito criminal. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948.

_____. **Processo criminal.** Prelecções. Curso do 5º Ano Jurídico de 1954-1955. Coimbra: Livraria Almedina, 1956.

_____. **Unidade e pluralidade de infracções.** Coimbra: Almedina, 1983.

CORREIA, Fernando Alves. **Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva.** BFDUC, 2003.

CORREIA, João Conde. **O mito do caso julgado e a revisão propter nova.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.** Reimpressão da edição de 1987. Coimbra: Almedina, 2003.

CORTÊS, António. **Jurisprudência dos princípios.** Lisboa: UCE, 2010.

CORTES, Dominguez V. **La cosa juzgada penal.** Bolonia: Real Colegio España, 1975.

COSTA, José de Faria. **Acórdão do TEDH, de 28 de setembro de 2000.** In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 11. Coimbra: RPCC, 2001.

_____. **Consenso, verdade e direito:** linhas de direito penal e filosofia. Coimbra: Coimbra Editora, 2005b.

_____. **Linhas de direito penal e de filosofia.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005a.

_____. **Noções Fundamentais de Direito Penal.** 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____. **Os códigos e a mesmidade:** o Código de Processo Penal de 1987. *In: Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COSTA, José Gonçalves da. **O sistema judiciário português.** *In: Boletim FDUC*, LXXIV. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998.

COSTA, José Manuel Cardoso da. **Estudos em homenagem ao conselheiro.** Coimbra: Ed. Limitada, 2003. p. 78 e ss. SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder:** ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____. **O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça da Comunidades Europeias.** 75 Anos da Coimbra Editora. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil.** Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.

_____. **Introdução ao Estudo do Processo Civil.** Tradução de Abranches Ferrao. Lisboa: Jornal do Foro, 1952.

_____. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil.** Montevideo: Imp. Uruguay, 1945.

CRUZ, Rogério Machado da. **A proibição de dupla persecução penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, José Manuel Damião da. **Algumas questões do atual regime de recursos em processo penal, integralmente e notadamente.** RPCC, ano 22, nº 02. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Ne bis in idem e exercício da acção penal.** *In: Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Portugal: Coimbra Editora, 2009.

_____. **O caso julgado parcial:** questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de natureza acusatória. Porto: Universidade Católica, 2002.

_____; BATISTA PINTO, Ronaldo. **Processo penal:** doutrina e prática. Salvador-BA: Editora Jus PODIVM, 2009.

D'ORAZI, Marco. **La revisione del giudicato penale.** Cedam. Padova, 2003.

DEGOIS, C. **Traité Élémentaire de droit criminel**. 2. ed., rev. e aum. Paris: Librairie Dalloz, 1922.

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. Texto básico da palestra proferida no dia 20 dezembro de 2000 no I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União - 5ª Região - Fortaleza-CE, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Fortaleza-CE: Centro de Estudos Victor Nunes Leal, 2000.

_____. **Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas**: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: *Painel IV*, do II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, realizado em São Paulo nos dias 23 e 24 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental3/painel4.htm>>. Acesso em: 16 set. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em processo Penal**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Breve consideração de um tema recorrente**: a independência judicial - Processo Penal - Constituição e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. **Direito penal I**: parte geral - questões fundamentais - a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Direito processual penal**. Lições coligidas por Maria João Antunes. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1988-1989.

DIAS, Luís Cândido (coord); SILVA, Henrique da. **Elementos da sociologia criminal e direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1905-1906.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Coisa julgada inconstitucional**. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Relativizar a coisa julgada material**. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Centro de estudos, nº 55-56, p. 31-78. São Paulo, RPGESP, jan./dez., 2001.

DINIZ, Monteiro. **A revisão constitucional**: as magistraturas e os tribunais. In: *Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*. A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais. Lisboa: Livros Horizonte, 1981.

DONADEL, Adriane; PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre Constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio de imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

DUARTE, Manso Luís; NEVES, Dias Erica. **Direito processual penal**. 2. ed., rev., vol. II. QUID JURIS. 2009.

DUARTE, Maria Luísa. **A União Europeia e os direitos fundamentais**. In: *Portugal-Brasil* Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de L'ordre Juridique Internacional**. Paris: Cours General de Droit Internacional Public, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **O controle de constitucionalidade na Europa**. In: *RDP*, 1989.

FARIA, Marcia Borges. **Entenda melhor o Error In Judicando e o Error In Procedendo, rotinas no judiciário da Bahia**. In: *Jusbrasil*, p. 01-06. Salvador, jan. 2013.

FAYET, Ney. **A Sentença criminal e suas nulidades**. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 6. ed. Trad. Eliana Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

_____. **O Estado Defensor, enquanto Magistratura Postulante e Custos Vulnerabilis**. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XVIII, vol. 425. Brasília, out. 2014.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Curso de processo penal**. Vol II. Lisboa: Danúbio, 1986a.

_____. **Lições de direito penal**: parte geral. Vol. I. Lisboa: Verbo Editora, 1992.

_____. **Revisão penal**. In: *Scientia Jurídica*, Tomo XIV, nº 75 e 76, 1986b.

FERREIRA, Pinto. **Da coisa julgada**. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, vol. 08, nº 05, p. 211-224. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, jan./jun., 1994.

FIGUEIREDO, Jorge Dias de. **Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal**. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, estudos in memoriam do Professor Doutor José Beleza dos Santos. Coimbra: BFDC, 1966.

FIX-ZAMÚDIO, Héctor. **Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amérique Latine**. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.). *Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil*. Paris: Dalloz, 1973.

FOSCHINI, Caetano. **Sistema del diritto processuale penale**. II. seconda edizione. Milano: Dott, A Giuggrè, 1968.

FRANÇA, Legislação. **Code de Procédure Pénale**. Version consolidée au 22 juillet 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

FREITAS, Pedro (Coord.); *et alli*. **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Coimbra: Almedina, 2009.

FRIEDRICH, Muller. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GARÓFALO, Raffaele. **Criminologia**. Universidade de Nápoles. Traduzido por Júlio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão Editores, 1889.

GASPAR, António Henriques. **Liberdade de expressão**: o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - uma leitura da jurisprudência do Tribunal Europeu dos direitos do Homem. In: ANDRADE, Manuel da Costa de; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (orgs). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 03, p. 859-873. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GASSIN, Roberto Dengler. **Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1963.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIOVANNI, Leone. **Manuale di diritto processuale penale**. Jovene, 1988.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Tomo I. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GONÇALVES, Cunha. **Tratado de direito civil**. Vol. XIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 6. ed., vol. 02. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Pedro. **Advertências da Administração Pública**. In: estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GONZÁLEZ, José Alberto. **Código Civil anotado**. Vol. I. Lisboa: Quid Juris, 2011.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O estado de exceção no direito constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____; PIÇARRA, Nuno. **A crise e o direito**. Coimbra: Coimbra Editores, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 188.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Coisa julgada penal**. In: ANDRADE, Manuel da Costa de; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (orgs). 2010. *Op. cit.*, p. 863.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

HABERLE, Peter. **Expounds the reform requirements of constitutional state**. In: *Ratio Juris*, vol. 13, number 01, p. 77-91. March 2000.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução de Flávio B, Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Verdade e justificação**. Ensaaios filosóficos. São Paulo: Ed. Loyola, 2004.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Algumas considerações sobre a coisa julgada no Direito Processo Penal**. In: *Temas Jurídicos*, 2002. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=82>>. Acesso em: 02 out. 2018.

HEIDEGGER, Martin. **Vom wesen der wahrheit**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, Coleção “Os pensadores”, vol. 45, 1973.

HESPANHA, António Manuel. **História das instituições-épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. **O caleidoscópio do direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la cosa juzgada**. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Cambridge: Cambridge University Press, Ed. R. Tuck, 1991.

ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos fatos**. 2. ed. Coimbra: Almedina. 1995.

ITO, Marina. **Ministros debatem a relativização da coisa julgada**. In: *Consultor Jurídico*, de 04 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-04/ministros-stj-dividem-relativizacao-coisa-julgada>>. Acesso em: 16 set. 2018.

JÓLLUSKIN, Glória. **O Tribunal do Júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia**. In: *Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais*, nº 6, p. 116-126. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009.

JORGE, Pereira da Silva. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

KANT, Immanuel. **Perpetual Peace**. In: Reiss, Kant Political Writings. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **A redação da sentença no direito romano**. Artigo publicado em 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2012/10/25/a-redacao-da-sentenca-no-direito-romano/>>. Acesso em: 22 set. 2018.

LEAL, Fabio Resende; SAPELI, Aline Mayara. **História da coisa julgada e de sua desconsideração**. In: *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, ano II, nº 03, Periódicos Semestral Revista. Garça-SP: Editora FAEF, jan. 2013.

LEITE, André Ribeiro. **O caso julgado inconstitucional no direito luso-brasileiro**. Portugal, Guimarães: Universidade do Minho, 2010.

LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale Penale**. 13. ed. Napoli: Jovene, 1988.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Efficacia ed Autorità della Sentenza**. Milão: Giuffrè, 1962.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 13. ed. Tradução Buzaid; Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição a teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LÓISING, Norbert. **Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico**. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 06, p. 273-297. Traducción del alemán de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - CEPC, enero/diciembre 2002.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. Oxford University Press, 2006.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. In: *Studia Iuridica*, nº 65. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

MADEIRA, Antônio Pereira; *et. alli*. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed., rev. Almedina, 2016.

MARCATO, Antônio Carlos. **Anotações de direito processual civil**. Londrina: Bird Gráfica, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal - STF sobre a coisa julgada - a questão da relativização da coisa julgada**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Edição nº 16. Porto Alegre; TRF4ªR, 23 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Luiz_Marinoni.htm> Acesso em: 10 set. 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., vol. II. Campinas: Millennium, 2000.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. **Elementos de direito processual penal**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. **Tratado de direito processual penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980.

MAXIMINIANO, Antônio Henriques Rodrigues. **Aplicação da lei penal no tempo e caso julgado**. In: *Revista do Ministério Público*, ano 11, nº 41, 1993.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Verbo, 1999.

MÉDICI, Sergio de Oliveira. **Revisão criminal**. São Paulo: Ed. RT, 1998.

MEDINA LIMA, Ignacio. **Teoría de la jurisdicción**. In: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, nº 07, México, jul./dec., 1940.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENCHINI, Sérgio. **I limite oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1987.

MENDES, João de Castro. **Direito processual civil**. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 1987.

_____. **Limites objectivos do caso julgado**. Lisboa: Ática, 1968.

MERCONE, Mario. **Diritto processuale penale**. 19. ed. Edizioni Giuridiche Simone, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. Ed . São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro Forense, 1997.

_____. **Tratado das ações rescisórias e das sentenças e outras decisões**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed., Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Manual de direito constitucional**. 5. ed., Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Manual de direito constitucional**. 6. ed., Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; *et alli*. **Constituição portuguesa anotada**. 2. ed., Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 02. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTE, Mário. **O processo penal português: proplemas e prospectivas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTELEONE, Girolamo. **Manuale di diritto processuale civile**. 4. ed., vol. I. Padova: Cedam, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 22, p. 91-111. São Paulo, jan. 2005.

_____. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. In: *AJURIS*, nº 28, Porto Alegre, jul. de 1983.

MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOTA PINTO, Paulo. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. In: Portugal-Brasil. Coimbra: Coimbra Editores, 2000.

_____. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina Editora, 2005.

MOUTINHO, José Lobo. **A aplicação da lei penal no tempo**. In: *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 02, 1994.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

MUNOZ, Clares. **Ne bis in idem y derecho penal**. Murcia: DM, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1997.

_____. **Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NETO, Alvim; ARRUDA, José Manoel de. **Tratado de direito processual**. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

NEVES, Alfredo Castanheira. **A Revolução e o direito**: a situação de crise e o sentido do direito no atual processo revolucionário. Separata da Ordem dos Advogados portugueses: Lisboa, 1976.

_____. **O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. **O princípio da legalidade criminal**: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, número especial do BDF. Coimbra: Coimbra Editores, 1984.

NEVES, António Castanheira: **A unidade do sistema jurídico**: o seu problema e seu sentido. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, 1979.

_____. **Sumários de processo criminal**. Coimbra (Policopiado): Sumários, 1968.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 1995.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 29. ed., vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1991.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Ascensão. **O direito, introdução e teoria geral**: uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

OLIVEIRA, Goulart de. **Sugestões oferecidas**. Primeiro Simpósio Brasileiro de Criminologia. Rio de Janeiro, 1937.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PALMA, Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direito penal**: parte geral. Lisboa: AAFDL, 1994.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA Teotônio. **Interpretação da lei criminal sua aplicação no tempo**. In: *RPM*, ano 03, vol. 12, 1983.

PEREIRA, Silva; MARTINS, Alves. **O princípio *ne bis in idem* e os conflitos internacionais de jurisdição**. In: *CEJ*, nº 07, 2007.

PEREIRA, Teotônio. **Interpretação da lei criminal sua aplicação no tempo**. In: *RMP*, ano 03, vol. 12, 1983.

PÉRES LUÑO, Antonio Henrique. **La seguridad jurídica**. 2. ed., rev. e atual. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 12. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.

PEYRANO, Jorge W. **El proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978.

PIMENTEL, Wellington Moreira. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982.

PINTO, Frederico Costa. **Direito processual penal**. AAFDL: Lisboa, 1998.

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Coimbra: Almedina, 2000. COSTA, José de Faria. 2005b.

PORTO, Hermínio Marques. **Júri**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação rescisória atípica**: instrumento de defesa da ordem jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual e ampl. com notas do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil - CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POTHIER, Robert Joseph. **Traité des obligations, selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur**. Tomo II. Paris: Letellier, 1813.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Armado Editor, 1979.

RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas. 2012.

REICHENBACK, Hans. **La filosofia científica**. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1953.

REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. 4. ed., vol. III. Coimbra Editora: Coimbra, 1985.

REIS, José Alberto dos. **Caso julgado**: jurisprudência crítica sobre processo civil. In: *Revista de Legislação e Jurisprudencia - RLJ*, ano 80, nº 3072, 1947.

RIBEIRO, Orlando. **Coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo: LTr, 1999.

ROBERT, Alexy. **Teoria de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ROCCO, Arturo. **Trattato della cosa giudicata**. Vol. II. Roma: Foro Italiano, 1932.

ROCHA, Manuel António Lopes. **Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço**. Lisboa: CEJ, 1993.

_____. **A motivação da sentença**. In: *Documentação e Direito Comparado*, nºs 75 e 76, p. 93-114. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1998.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A defesa do arguido**: uma garantia constitucional em perigo no admirável mundo novo. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, nº 04. Coimbra, out./dez. 2002.

_____. **Política criminal**: novos desafios, velhos rumos. *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROUX, Jean André. **Cours de droit criminel français**. 2. ed., vol. 02. Paris: Recueil Sirey, 1927.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 25. ed. Tradução de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Nom bis in idem**: limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006.

SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada em el proceso civil**. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção intercultural dos direitos humanos**. In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. **O crime de colarinho branco**: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, José Beleza dos Santos. **Anotação aos acórdãos jurisprudenciais do STJ**. In: *RLJ*, ano 65, 1932.

SANTOS, Manuel Simas. **Jornadas de processo penal**: recursos. In: *Revista do CEJ*; número especial, nº 09, p. 355-382. Lisboa, 2008.

SANTOS, Manuel Simas. **Revisão do processo penal**: direito procesual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____; HENRIQUES, Manuel Leal. **Recursos penais**. 8. ed. Rei Livros, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradución Jacinto Mesia y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Gongora, 1839.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador-BA: Editora Jus PODIVM, 2014.

SEGUEL, Alejandro Romero. **La sentencia judicial como medio de prueba.** In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, nº 02, p. 251-276. Santiago, ago. 2012.

SEIÇA, Alberto Medina de. **A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia.** Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SEVA, Antonio Pablo Rives. **La Intervención de las comunicaciones em el proceso penal:** análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia. Barcelona: Bosch, 2010.

SILVA, Almiro do Couto. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos.** In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 271-316. Rio de Janeiro, jul. 2004.

SILVA, Germano Marques Pereira da. **A fundamentação das decisões judiciais:** a questão da legitimidade democrática dos juízes. In: *Direito e Justiça*, vol. X, Tomo 2, 1996.

_____. **Curso de processo penal.** Vol. II. Lisboa: Verbo, 1986.

_____. **Direito penal português.** Vol. I. Lisboa: Verbo, 2010.

_____. **Curso de processo penal.** Vol. III. Lisboa: Verbo, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica.** In: *Forum Administrativo*, vol. 06, nº 59. Belo Horizonte: Direito Público. 2006.

SILVA, Maria Teresa Márfan. **La cosa juzgada administrativa.** Santiago de Chile: Andres Bello, 1972.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Coisa julgada relativa?** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico.* Salvador: JusPODIVM, 2004.

_____. **Curso de processo civil:** processo de conhecimento. 7. ed., vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Eficácia da sentença e coisa julgada:** sentença e coisa julgada - ensaios e pareceres. 4. ed, rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Os partidos políticos na Constituição.** In: *Estudos sobre a Constituição*, vol. 02. Braga: Livraria Cruz, 1983.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____. **Introdução ao processo civil,** 2. ed. Lisboa: Lex, 2000.

SOUZA, Constança Urbano de. **O espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia: desenvolvimentos recentes**. Lisboa: Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, 2014.

SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. **Os limites objetivos e temporais da coisa julgada em ação declaratória no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Salvador-BA: Editora *Jus PODIVM*, 2009.

TELES, Miguel Galvão. **Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa**. Lisboa: DGCJ-CEF, 1967.

TENREIRO, Mário. **Considerações sobre o objecto do processo penal**. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 47, nº III, ROA, dez. 1987.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. **Coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle**. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, vol. 04, nº 19, p. 37. Porto Alegre, set./out. 2002.

_____. **Jurisprudência como fonte do direito**. In: *Revista Jurídica*, vol. 90-91. p. 408-410. Porto Alegre, 1978.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. 2. ed., atual., vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1981.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12. ed., vol. 02. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. **Processo penal**. 14. ed., vol 04. São Paulo: Saraiva, 2004.

TRECHSEL, Stefan. **Human rights in criminal proceedings**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

TRINDADE, Elen Carla Mazzo. **Questão da relativização da coisa julgada material no processo civil brasileiro**. In: *Intertem@s*, ano X, vol. 18, nº 18, p. 44-58. Presidente Prudente-SP, ago./dez. 2009.

TUCCI, Rogério Laurita. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal: estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**: direito internacional - globalização e complexidade. São Paulo: USP, 2012.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei**: a causa da lei na Constituição da República portuguesa de 1976. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1992.

VELLOSO, Carlos Mario. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional**. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 192. Rio de Janeiro, abr./jun., 1993.

VELOSO, Francisco José. **A propósito da preclusão da acção penal e caso julgado**. SI, Tomo XXVII, 1978.

VERDU, Pablo Lucas. **Derechos individuales**. In: *Nueva Enciclopédia Jurídica*, vol. VII. Barcelona: Francisco Seix, 1955.

VIGONI, Daniela. **Relatività del giudicato ed esecuzione dela pena detentiva**. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

VILLELA, Álvaro. **A revisão no processo criminal**. Coimbra: Coimbra Editores, 1987.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

VON LISTZ, Franz. **Tratado de derecho penal**. 2. ed., vol. 03. Tradução de Quintiliano Saldaña. Madri: Editora Reus, 1929.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito**: civil law e common law. Vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELZEL, Hans. **Introduccion a la filosofia del derecho Derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar, 1974.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

JURISPRUDÊNCIA

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Fondo. Serie C, nº 33. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 101131/DF**. Primeira Turma. Relator Luiz Fux. Red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio. Julgado em: 25 de outubro de 2011. Publicado no DJe de 10 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 111207/ES**. Segunda Turma. Relatora Cármen Lúcia. Julgado em 04 de dezembro de 2012. Publicado no DJe-246 de 14 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 set. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 75633/SP**. Segunda Turma. Relator Marco Aurélio. Julgado em 17 de novembro de 1997. Publicado no DJ de 06 de fevereiro de 1998, p. 00005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 83545/SP**. Primeira Turma. Relator Cezar Peluso. Julgado em 29 de novembro de 2005. Publicado no DJ de 03 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC nº 94052/PR**. Segunda Turma. Relator Eros Grau. Julgado em 14 de abril de 2009. Publicado no DJe-152 de 13 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 out. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Informativo 622 do STF**. Brasília, 04 a 08 de abril de 2011 - nº 622. Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo622.htm>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **RE nº 592.912 AgR / RS**. Segunda Turma. Relator Celso de Mello. Julgado em 03 de abril de 2012. Publicado no DJe-229 de 21 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE nº 146.331/SP**. Relator Marco Aurélio. Julgado em 02 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo101.htm>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 160**. Enunciado: “é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”. Data da aprovação: 13 de dezembro de 1963. Fonte de publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STF/160.htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça brasileiro. **Habeas Corpus - HC nº 97672/SC (2007/0308658-0)**. Quinta Turma. Relator Felix Fischer. Julgado em 18 de agosto de 2008. Publicado no DJe de 18 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 12012/SP**. Quinta Turma. Relator Felix Fischer. Julgado em 07 de novembro de 2002. Publicado no DJ de 09 de dezembro de 2002, p. 367. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 171725/SP**. Quinta Turma. Relator Jorge Mussi. Julgado em 15 de agosto de 2013. Publicado no DJe de 15 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 234893/MT**. Quinta Turma. Relatora Regina Helena Costa. Julgado em 08 de outubro de 2013. Publicado no DJe de 04 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 24659/RS**. Quinta Turma. Relator José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 02 de março de 2004. Publicado no DJ de 29 de março de 2004, p. 257. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 03 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 27420/SP (2003/0036429-7)**. Sexta Turma. Relator Hamilton Carvalhido. Julgado em 19 de agosto de 2003. Publicado no DJ de 08 de março de 2003, p. 391. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 297482/CE (2014/0151624-2)**. Quinta Turma. Relator Felix Fischer. Julgado em 12 de maio de 2015. Publicado no DJe de 21 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 32209/SC**. Quinta Turma. Relatora Laurita Vaz. Julgado em 15 de fevereiro de 2005. Publicado no DJ de 14 de março de 2005, p. 390. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 91110/RS (2007/0223861-6)**. Quinta Turma. Relator Felix Fischer. Julgado em 28 de novembro de 2007. Publicado no DJ de 18 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus - HC nº 95509/MS (2007/0282785-8)**. Quinta Turma. Relatora Laurita Vaz. Julgado em 03 de fevereiro de 2009. Publicado no DJe de 09 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 08 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 240.712/SP (1999/0109732-0)**. Primeira Turma. Relator José Delgado. Julgada em 15 de fevereiro de 2000. Publicada no DJ de 24 de abril de 2000, p. 38. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 329346/RS (2001/0070094-6)**. Sexta Turma. Relator Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 29 de agosto de 2005. Publicado no DJ de 29 de agosto de 2005, p. 443. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 22 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 705.320 / MA (2004/0141454-0)**. Relator Nefi Cordeiro. Julgado em 14 de outubro de 2014. Publicado no DJe de 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp nº 964978/SP (2007/0149368-9)**. Quinta Turma. Relatora Laurita Vaz. Julgado em 14 de agosto de 2012. Publicado no DJe de 14 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recusro Especial - REsp nº 329346/RS (2001/0070094-6)**. Sexta Turma. Relator Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 31 de maio de 2005. Publicado no DJ de 29 de agosto de 2005, p. 443. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.046.060 / CE (2008/0071957-4)**. Segunda Turma. Relator Herman Benjamin. Julgado em 16 de dezembro de 2010. Publicado no DJe de 02 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 893.477 / PR (2006/0227512-4)**. Sexta Turma. Relator Nilson Naves. Julgado em 22 de setembro de 2009. Publicado no DJe de 19 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 04A4284**. Acórdão de 10 de fevereiro de outubro de 2004. Relator Moreira Camilo. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 05P4403**. Acórdão de 15 de março de 2006. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 06P2424**. Acórdão de 06 de julho de 2006. Relator Simas Santos. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 06S2703**. Acórdão de 18 de outubro de 2006. Relator Mario Pereira. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 076092**. Acórdão de 12 de fevereiro de 1998. Relator Miranda Gusmão. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 076092**. Acórdão de 15 de junho de 1988. Relator Joaquim Figueiredo. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 04B948**. Acórdão de 13 de maio de 2004. Relator Ferreira Girão. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 07A3739**. Acórdão de 13 de dezembro de 2007. Relator Magistrado Nuno Cameira. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 08P1004**. Acórdão de 08 de maio de 2008. Relator Santos Carvalho. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 09B0081**. Acórdão de 19 de fevereiro de 2009. Relatora Maria dos Prazeres Beleza. In: *Base de Dados do Ministério de Justiça*. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 09P0109**. Acórdão de 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018. TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Processo nº 376/00**. Acórdão de 13 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 02 out. 2018, entre vários, porém selecionados, como paradigmas.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 110/08**. Acórdão de 30 de abril de 2008. 5ª Secção. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 129/07**. Acórdão de 12 de julho de 2011. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 239/84**. Acórdão de 10 de julho de 1984. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 2423/06**. Acórdão de 13 de julho de 2006. 5ª Secção. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 339/84**. Acórdão de 10 de julho de 1984. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 44/74**. Acórdão de 10 de outubro de 2000. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 4459/07**. Acórdão de 23 de novembro de 2007. 5ª Secção. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 462/96**. Acórdão de 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018;.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 471/06**. Acórdão de 07 de fevereiro de 2006. 5ª Secção. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 490/00**. Acórdão de 10 de março de 2010. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 55/01**. Acórdão de 27 de maio de 2009. Relator Oliveira Mendes. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 607/2003**. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018; STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 416/2003**. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 611/07**. Acórdão de 07 de outubro de 2009. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 665/08**. Acórdão de 20 de outubro de 2011. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 69/04.9**. Acórdão de 01 de julho de 2009. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Processo nº 55/1985**. Acórdão de 25 de março 1985. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Queixa nº 15729/15 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Acórdão de 06 de fevereiro de 2002. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 02 out. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 69/04.9 GTBJA**. 3ª Secção. Relator Pires da Graça. Julgado por unanimidade em 01 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ea466b14a267a7fa80257634005926ad?OpenDocument>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STJ-PT, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. **Recurso de Revisão nº 104/02.5TACTB - A.S1**. 5ª Secção. Relator Rodrigues da Costa. Julgado por unanimidade em 23 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d1b215125a9dcbd802575a5004b650f?OpenDocument>>. Acesso em: 10 set. 2018.

TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 11/2007**. Acórdão de 02 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 02 out. 2018.

TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 155/2007**. Acórdão de 02 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 02 out. 2018.

TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 231/94**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 02 out. 2018.

TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 804/93**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 02 out. 2018.

TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Processo nº 376/00**. Acórdão de 13 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 02 out. 2018.

TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Processo nº 412/2015**. Disponível em: <www.tribunal.constitucional.pt/tc/acórdão>. Acesso em: 02 set. 2018.

TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **Processo nº 565/07**. Acórdão de 03 de janeiro de 2008. Disponível em: <www.tribunal.constitucional.pt/tc/acórdão>. Acesso em 02. out. 2018.

TC-PT, Tribunal Constitucional de Portugal. **TC nº 339/2005**. Acórdão do Tribunal Constitucional de 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 02 out. 2018.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Criminal - APR nº 20070910067530/DF (0000169-47.2007.8.07.0009)**. Primeira Turma Criminal. Relatora Sandra Santis. Julgado em 06 de fevereiro de 2014. Publicado no DJe de 10 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

TJMG, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível - AC nº 10517060006981001**. 15ª Câmara Cível. Relator Edison Feital Leite. Julgado em 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 22 set. 2018.

TJ-RS, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo - AGV nº 70056884299/RS**. Terceira Câmara Criminal. Relator Jayme Weingartner Neto. Julgado em 13 de março de 2014. Publicado em 16 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

TRF 3ª T., Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Revisão Criminal - RVC nº 18207/SP (0018207-42.2011.4.03.0000)**. Primeira Seção. Relator Paulo Fontes. Julgado em 06 de junho de 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

TRL, Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão nº 8/2007**. Publicado em 04 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.trl.mj.pt/inicio/home.php>>. Acesso em: 02 out. 2018.

TRT5ªR, Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. **Agravo de Petição - AP nº 00284005220085050463/BA (0028400-52.2008.5.05.0463)**. Terceira Turma. Relator: Humberto Jorge Lima Machado. Publicado em 14 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br/>>. Acesso em: 02 out. 2018.

LEGISLAÇÃO

ALEMANHA, Legislação. **Código de Processo Penal alemão (Strafprozeßordnung - StPO)**. Neugefasst durch Bek. vol. 7.4.1987 I 1074, 1319 / Zuletzt geändert durch Art. 151 V v. 31.8.2015 I 1474. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ALEMANHA, Legislação. **Código Processual Alemão - ZPO**. Zivilprozessordnung (ZPO). Zweites Buch 2. Verfahren im ersten Rechtszug. Stand: Neugefasst durch Bek. vol. 5.12.2005 I 3202; 2006 I 431; 2007 I 1781 Zuletzt geändert durch Art. 1 G vol. 8.7.2014 I 890.

Disponível em: <<http://www.zivilprozessordnung-zpo.de/zpo/325.html>>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.** Carta de Lei de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL, Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 02 out. 2018).

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

BRASIL, Legislação. **Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL, Legislação. **Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL, Legislação. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

BRASIL, Legislação. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850.** Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL, Legislação. **Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890.** Manda observar no processo das causas cíveis em geral o Regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850, com algumas exceções e outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D763.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL, Legislação. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.** Organiza a Justiça Federal. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL, Legislação. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL, Legislação. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL, Legislação. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

CE, Conselho da Europa. **Carta Social Europeia.** Adoptada em Turim, a 18 de outubro de 1961. Entrada em vigor na ordem internacional: 26 de fevereiro de 1965. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-18-10-961-ets-35.html>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

CEDH, Convenção Europeia dos Direitos do Homem. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950.** Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Em 04 de novembro de 1950, os ministros de quinze países europeus, reunidos em Roma, assinaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, com um alcance sem precedentes, constitui um marco na evolução do Direito Internacional. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo1/cesdh.html>. Acesso em: 05 det.. 2018.

CEDH, Convenção Europeia dos Direitos Humanos. **Protocolo nº 07 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.** Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1984-Protocolo07-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

CMCE, Comité de Ministros do Conselho da Europa. **Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa R(2000) 02, de 19 de janeiro de 2000.** Recomendação nº R (2000) 02 do Comité de Ministros dirigida aos Estados membros relativa ao reexame e reabertura de determinados processos ao nível interno na sequência de acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Adotada pelo Comité de Ministros em 19 de Janeiro de 2000, aquando da 694ª Reunião de Delegados dos Ministros Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/2_2/IIPAG2_2_1_6.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição (1788). **Constituição dos Estados Unidos da América.** Assinada em 17 de setembro de 1787. Efetivada em 21 de junho de 1788. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS, Legislação. **Declaração da independência.** Congresso, 04 de julho de 1776. Declaração dos Parlamentares dos Estados Unidos da América, no Congresso Geral Reunido. Disponível em: <<https://www.wdl.org/pt/item/109/>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

INGLATERRA, Legislação. **Magna Carta de 1215**. João Sem Terra, 1215. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

INTERNACIONAL, Legislação. **A Lei de Habeas Corpus de 1679**. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0612.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2018.

INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.coas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos 1689**. *Bill of Rights*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores/A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

ITÁLIA, Legislação. **Codice di Procedura Penale**. Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n° 447. Disponível em: <http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf>. Acesso em: 22 set. 2018.

ITÁLIA, Legislação. **Decreto n° 447 del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988**. Testo aggiornato al D.Lgs 30 gennaio 2015, n° 06 e alla sentenza della Corte Costituzionale n° 23 del 28 gennaio 2015 .depositata il 27 febbraio 2015. Edizione 2015. Disponível em: <<http://www.anpsvicenza.it/NORMATIVE/CPP.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República portuguesa de 1976**: sétima revisão constitucional - 2005. Aprovada em 02 de abril de 1975, em vigor desde 25 de abril de 1975. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 02 out. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei n° 34/08 de 26 de fevereiro de 2008**. Regulamento das Custas Processuais. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=967&tabela=leis>. Acesso em: 22 set. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei n° 387-A/87 de 29 de dezembro de 1987**. Tribunal do Júri. Disponível em: <http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/regime_juri.pdf>. Acesso em: 22 set. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 47.344/66 de 25 de novembro de 1966.** Disponível em: <http://www.igf.gov.pt/leggeraldocs/DL_47344_66_COD_CIVIL_INDICE.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 48/95 de 15 de março de 1995.** Código Penal português. Código Penal de 1982, versão consolidada posterior a 1995 (versão actualizada). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro de 1987.** Código de Processo Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 07 set. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de fevereiro de 1987.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 22 set. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 17/87 de 01 de junho de 1987.** Código de Processo Penal. Entrada em vigor em 01 de janeiro de 1988. Disponível em: <<http://www.use-of-force.info/images/un/use-of-force/western-europe-others/Portugal/Penal%20Code%20Portugal%202004.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 26/2010, de 30 de agosto de 2010.** Décima nona alteração ao Código de Processo Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1260&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>. Acesso em: 10 mar. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 30/96, de 14 de agosto de 1996.** Reforça as competências e independência do Provedor de Justiça. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=658&tabela=leis>. Acesso em: 02 ago. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 41/13 de 26 de junho de 2013.** Retificada pela Declaração de Retificação nº 36 de 12 de agosto de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Revoga o Decreto-Lei nº 44129, de 28 de dezembro de 1961 / em vigor a partir de 01 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 02 out. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 44.129/61, de 28 de dezembro de 1961.** Código de Processo Civil atualizado até ao Decreto-Lei nº 324 de 27 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.track.unodc.org/.../Portugal/.../Portugal%20Codigo%20de%20Proc>>. Acesso em: 02 out. 2018.

PORTUGAL, Legislação. **Lei nº 48/2007, de 29 de agosto de 2007.** 15ª alteração ao Código de Processo Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.tabela=leis&artigo_id=&nid=929&nversao=&tabela=leis>. Acesso em: 27 jul. 2018.

UC, Universidade de Coimbra. **Ordenações Afonsinas *on-line***. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas>>. Acesso em: 03 out. 2018.

UC, Universidade de Coimbra. **Ordenações Filipinas *on-line***. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 03 out. 2018.

UC, Universidade de Coimbra. **Ordenações Manuelinas *on-line***. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>>. Acesso em: 03 out. 2018.

UNIÃO EUROPEIA, Legislação. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

UNIÃO EUROPEIA, Legislação. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia**. Atualizado até janeiro de 2016. Versão consolidada do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-01/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201600259-05_00.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018.