

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

REVISÃO CRIMINAL E PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO

Leandro Santos Chaves

Presidente Prudente/SP
2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

REVISÃO CRIMINAL E PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO

Leandro Santos Chaves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2012

REVISÃO CRIMINAL E PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito

Rodrigo Lemos Arteiro

Silas Silva Santos

Francisco José Dias Gomes

Presidente Prudente, 26 de Outubro de 2012

Entrega o teu caminho ao Senhor; confia n'Ele, e o mais Ele fará.

Salmo 37, Versículo 5.

Aos meus pais, Maurício e Luzia, pela dignidade, carinho, respeito, incentivo e sabedoria de sempre, por me mostrarem diariamente o quanto a vida pode ser bela e por fazerem minha existência valer a pena simplesmente pelo fato de existirem, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar e acima de tudo, agradeço e louvo a Deus, Pai Todo Poderoso, pelo milagre do dom da vida, pelas copiosas bênçãos a todos os momentos concedidas e pelo privilégio de permitir, primeiramente, a realização de um curso de Graduação, e a também a realização deste trabalho.

Aos meus pais, Maurício e Luzia, pelo apoio, respeito, incentivo, presença, conversas, carinho, dedicação e hercúleo esforço durante todos estes anos de faculdade. Obrigado por me ensinarem sempre o que é correto e por comigo praticarem os mais íntegros valores cristãos e por terem possibilitado o alcance da realização de mais um sonho. Amo vocês.

À minha irmã, Isabella, pelo carinho, pela arte, pelas diferenças, pela alegria, pela dedicação àquilo que faz e por toda a preocupação com meu curso e com a realização deste trabalho. Também te amo demais.

Aos meus queridos avós Olavo da Silva Chaves e Nair Chaves, por terem ajudado, incentivado e possibilitado através dos mais variados meios e de maneira tão excepcional a minha jornada ao longo desta faculdade, por estarem sempre presentes e preocupados, acreditando em meu potencial.

Aos amigos Ricardo Zitelli de Oliveira, Bruno Rodrigues Bosso e Raphael Dias Pereira, pela força de sempre e amizade sincera desde períodos imemoriais, pelos churrascos e passeios, pela ajuda na formatação deste trabalho e pela descontração, bem como pela compreensão e presença durante as horas difíceis e tumultuados períodos de sabatina jurídica. Valeu mesmo “caras”.

De maneira bastante especial, agradeço ao caro professor, orientador, mestre e amigo Rodrigo Lemos Arteiro, por ter aceitado meu pedido, me instruído neste trabalho, pelo tempo dedicado a ele e por ter aceitado de maneira tão ímpar compartilhar seu vasto e inigualável conhecimento jurídico, lançando as raízes de meu interesse particular no processo penal. Simplesmente não há palavras

suficientes para expressar o quão grande é minha gratidão, respeito, consideração e admiração pelo senhor.

Ao magistrado e amigo Silas Silva Santos, pessoa e profissional que tanto admiro, ao lado de quem tomei pela primeira vez contato com o Direito, pelo apoio, pela força, pelo incentivo, pela torcida, por aceitar compartilhar comigo parte de seu titânico saber jurídico, pelos e-mails trocados e livros emprestados, por estar sempre próximo e fazer-se presente no momento da apresentação deste trabalho e, acima de tudo, por acreditar em mim e em minha capacidade. Minha profunda e sincera gratidão.

Ao professor e também magistrado Francisco José Dias Gomes, pelo encorajamento, suporte, compreensão e por ter aceitado fazer parte deste momento único da minha vida. Obrigado por ter me mostrado, durante suas incomparáveis aulas, o quão dinâmico é o mundo do Direito e por ter me dado a certeza de que estava no curso certo, bem como por ter sido a prova real de que a Magistratura, com toda a sua dinamicidade e responsabilidade, é realmente a carreira que quero seguir.

Como não poderia deixar de ser, agradeço imensamente à querida amiga e professora Maria Emília Coelho Ernane Cola, pela preciosa e absolutamente inestimável ajuda na correção e revisão ortográfica deste trabalho e por toda a cultura e saber partilhados ao longo de todos estes anos em que fazemos parte da vida um do outro, mas, principalmente, por ter, num período em que grandes dificuldades se faziam presentes, encontrar tempo para se dedicar àquele que um dia fora seu aluno e discípulo na cultura escrita brasileira.

Agradeço ainda, também de modo muito especial, à doutora Ana Cristina Marcondes João Ramos, Procuradora da Fazenda Pública de Presidente Venceslau, pela sabedoria que possui nas mais variadas vertentes, pela responsabilidade, pela humanidade, pela seriedade com que trata sua função, por ter me mostrado, na corrida do dia-a-dia, o quão nobre é a missão do advogado e por ter tornado meus dias melhores com os mais dignos conselhos e atitudes.

Meus sinceros agradecimentos ainda para a amiga Regina Célia Oliveira Vezetiv, minha “avó” Dirce e toda a sua linda família, por terem se preocupado tanto no decorrer deste curso, por terem feito com que o mesmo se tornasse menos difícil, pelo incentivo de sempre, pelo carinho sincero e por terem comigo praticado os mais dignos valores da verdadeira amizade. Adoro vocês.

E, finalmente, mas de modo algum menos importante, aos meus colegas de curso e todos os demais professores que por nossa vida passaram ao longo destes anos, e que junto comigo trilharam os caminhos do aprendizado por tantas vezes complexo, mas sempre fascinante, estimulante e empolgante, das ciências jurídicas. Tantas foram as experiências inesquecíveis que as palavras são insuficientes para expressar, e através delas somente é possível concluir que ganhamos o privilégio de sermos mais do que apenas colegas, e sim verdadeiros amigos. Desejo a vocês todo o sucesso pessoal e profissional possível e que Deus, na sua infinita misericórdia, os conceda a realização de todos os seus sonhos.

RESUMO

O presente trabalho, elaborado como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito e obtenção do Grau de Bacharel no mesmo perante as Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, analisa primeiramente o instituto jurídico da revisão criminal, instrumento previsto na legislação processual penal pátria para a mitigação ou relativização da coisa julgada em matéria penal, lançando especial enfoque acerca de seu surgimento e evolução histórica, seu funcionamento no Direito Brasileiro e nas legislações alienígenas, bem como as condições e peculiaridades de seu exercício, tudo com vistas ao correto entendimento do mecanismo legal de correção dos erros judiciais como mecanismo de evitar que os mesmos se perpetuem de maneira indefinida, lesando o ordenamento jurídico e que atualmente, como o foi desde seus primórdios no Brasil, somente existe na modalidade denominada *pro reo*, ou seja, em benefício de um condenado, não havendo nenhuma previsão de instrumento hábil à relativização da coisa julgada em benefício da sociedade. Num segundo momento, a presente monografia volta-se a uma análise do neoconstitucionalismo e da teoria geral das normas, onde se busca discorrer acerca da efetividade e da eficácia das disposições presentes nas Cartas Constitucionais, a diferenciação entre princípios e regras e como proceder diante dos casos em que se vislumbram contradições entre princípios, entre regras e entre aqueles e estas. Expostas tais premissas básicas, foi dado especial enfoque ao princípio da proporcionalidade, a começar pela sua correta nomenclatura e natureza jurídica, ambas controvertidas, assim como o meio pelo qual pode ele ser extraído do sobre os subprincípios que o integram e suas duas vertentes, ambas oriundas da doutrina e da jurisprudência alemã: a condizente ao garantismo negativo – *ubermassverbot* – e a que consubstancia o garantismo positivo – *untermassverbot* – em *terrae brasilis* denominadas respectivamente de proibição de excesso e proibição de proteção deficiente ou infraproteção. Enfoque maior foi lançado à vertente pró-acusatória do princípio da proporcionalidade, a proibição de proteção deficiente, infraproteção ou insuficiência, que, sumamente, prevê a impossibilidade de que o Estado deixe bens jurídicos fundamentais desguarnecidos, impondo uma atuação suficiente e necessária para a reprovação e prevenção às condutas lesivas de quaisquer naturezas, mormente as criminosas, que provenham de centros paralelos de poder, que não o estatal. Em sendo assim, uma vez analisados todos estes supedâneos doutrinários e jurisprudenciais, passa-se à conclusão, na qual há intenção de demonstrar que frente ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente garantista positiva, torna possível e compatível com os preceitos constitucionalmente vigentes no Brasil, a existência da revisão criminal *pro societate*, em benefício da sociedade, buscando lançar luzes à este delicado assunto, por certo, sem qualquer pretensão de esgotar tema tão complexo.

Palavras-chave: Revisão Criminal. Coisa Julgada. Neoconstitucionalismo. Princípio da Proporcionalidade. Teoria Geral das Normas. Proibição de Infraproteção ou Proteção Deficiente.

ABSTRACT

The present work, elaborated as a partisan requisite to conclude the course of law and obtention of the degree of bachelor in the same before the Integrated University "Antonio Eufrasio de Toledo" from Presidente Prudente, firstly analyzes the juristic institute of criminal revision, took previewed in the native country criminal processual code to mitigate or relativate of the judged thing in criminal discourse, casting an special focus about it's beginning and historic evolution, how it works in Brazilian Law and the aliens codes, just like the conditions and peculiarities about it's exercise, everything with views to the correctly understanding of the legal mechanism of correcting the judging mistakes as a tool to avoid that the same perpetuate indefinitely, injuring the juridical ordainment that actually, as since the beginning in Brazil, only exists in the modality named *pro reo*, that means in service of a criminal, with no preview of skillful tool to the relativity of the judged thing serving society. On a second thought, the present monograph makes an analysis of the neoconstitutionalism and the general theory of rules, searching to discourse about the reality and force of dispositions that are in the Constitutional Letters, the difference between principles and rules and to proceed facing the cases that conjecture contradictions between sources, rules and these and those. Explained this basic lines, an especial focus was given to the source of proportionateness, since it's correctly name and juridic nature, both contradicted, just like the way it can be extracted about the under principles that integrate it and it's two slopes, both derived from german jurisprudence and doctrine: the suitable to negative bail-Übermassverbot, in *terrae brasiliis* named excess prohibition and deficient protection prohibition or underprotection. The great focus was in the procharging slope from de source of proportionateness, the prohibition of deficient protection, underprotection or insufiencience, that, at all, preview the impossibility that the Estate let fundamentals juridic properties disfurnished, forcing an atuating sufficiently and necessary to reprove and preview the lesionating acts from any nature, over all the criminal, that came from the parallel centers of power, that isn't from the Estate. This way, once analyzes all this doctrine and jurisprudence stand, we endure to the conclusion, in which there's the intention to demonstrate that in face of the source of the proportionateness, in it's positive guarantee slope, makes possible and compatible with the constitutionally valid precepts in Brazil, the existence of the criminal review *pro societate*, in service of society, searching to give lights to this delicated topic, in certain, without any pretention of dry theme that is so complex.

Key words: Criminal Review. Judged Thing. Neoconstitutionalism. Source of Proportionateness. General Rules Theory. Underprotection or deficient protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A REVISÃO CRIMINAL	17
2.1 Conceitos	17
2.2 Evolução Histórica	21
2.2.1 Direito e legislações primitivas	22
2.2.2 Direito romano	28
2.2.3 O direito canônico e o direito medieval	33
2.2.4 Direito nas idades moderna e contemporânea	40
2.3 Os Fundamentos da Revisão Criminal	46
2.3.1 O erro judiciário	47
2.3.2 Favorecimento à justiça e à estabilidade social	50
2.3.3 Fundamento político	51
2.4 O Pressuposto ou Objeto da Revisão Criminal	53
2.5 A Natureza Jurídica da Revisão Criminal	56
2.6 As Modalidades de Revisão Criminal	61
2.6.1 Revisão criminal <i>pro reo</i> e a modificação das decisões condenatórias	61
2.6.2 Revisão criminal <i>pro societate</i> e a modificação das decisões absolutórias	64
2.7 O Funcionamento da Revisão Criminal no Brasil	68
2.7.1 Noções gerais	69
2.7.2 Notícia histórica da revisão criminal nacional	71
2.7.3 A legislação projetada	77
2.7.4 As condições da ação de revisão criminal	80
2.7.4.1 Legitimidade <i>ad causam</i>	81
2.7.4.2 Interesse de agir	87
2.7.4.3 Possibilidade jurídica do pedido	89
2.7.5 Hipóteses de cabimento da revisão criminal	91
2.7.5.1 Sentença contrária ao texto da lei	92
2.7.5.2 Sentença contrária à evidencia dos autos	94

2.7.5.3 Sentença fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos	95
2.7.5.4 Descoberta de novas provas de inocência do acusado	97
2.7.5.5 Descoberta de novas provas que levem à redução da pena	99
2.7.5.6 Nulidade do processo	100
2.7.6 Prazo para ajuizamento	102
2.7.7 Competência	103
2.7.8 Procedimento, decisão e conseqüências	106
2.7.9 Indenização pelo erro judiciário	111
3 REVISÃO CRIMINAL NO DIREITO ALIENÍGENA	114
3.1 Portugal	114
3.2 Itália	118
3.3 Argentina	122
3.3.1 Ditadura militar, leis de anistia e processos pela verdade	124
3.4 França	136
3.5 Alemanha	139
3.6 Tribunal Penal Internacional	141
4 NEOCONSTITUCIONALISMO E A CRISE DE LEGALIDADE	144
4.1 Notas Introdutórias	144
4.2 Os Marcos do Neoconstitucionalismo	148
4.2.1 O marco histórico	148
4.2.2 O marco filosófico	151
4.2.3 O marco teórico	152
4.3 A Constitucionalização do Direito	158
4.4 Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional, Instrumentalidade do Processo e à Construção de Técnicas Processuais Adequadas à Realização dos Direitos Materiais	162
5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	165
5.1 Direitos Fundamentais, Regras e Princípios	165
5.2 Definição e Aspectos Gerais dos Princípios	167
5.3 Distinção entre Regras e Princípios	174

5.4 Aspectos Gerais do Princípio da Proporcionalidade	181
5.4.1 A questão da correta natureza jurídica da proporcionalidade	187
5.5 Conceito, Origens e Evolução do Princípio	190
5.6 Fundamentos do Princípio da Proporcionalidade	196
5.7 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade	203
5.8 O Princípio da Proporcionalidade na Constituição Federal de 1988	207
5.9 Subprincípios da Proporcionalidade	211
5.10 O Garantismo e as Vertentes do Princípio da Proporcionalidade	217
5.10.1 A proibição de excesso	220
5.10.2 A proibição de infraproteção	223
5.10.2.1 A concretização da proibição de infraproteção	233
5.10.2.2 Os deveres estatais no exercício da proibição de infraproteção ...	238
5.10.2.3 Proibição de infraproteção na doutrina brasileira	241
6 A REVISÃO CRIMINAL <i>PRO SOCIETATE</i> E A PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO	245
6.1 Coisa Julgada e Segurança Jurídica <i>versus</i> Verdade Real e Justiça ...	245
6.2 <i>Habeas Corpus</i> STF nº 104.998-SP: Um Precedente?	257
7 CONCLUSÃO	265
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	268

1 INTRODUÇÃO

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário, de maneira geral, tendem a se tornar definitivas, fazendo com que se vislumbre o instituto jurídico da Coisa Julgada. Seria, talvez, mais correto denominar esta ocorrência de Pretensão Julgada, posto que o que o magistrado efetivamente aprecia, julga e lança seu parecer ao final de sua atividade cognitiva é a própria pretensão, junção da causa de pedir e do pedido formulados pelo autor da ação e que, em sede de processos penais, consubstancia-se na pretensão punitiva estatal.

A Coisa Julgada pode ser dividida em duas espécies, quais sejam, a formal e a material. A primeira delas é responsável por findar os processos pelo esgotamento das vias recursais, ou seja, a partir do momento em que não existirem mais recursos a serem interpostos no determinado caso concreto, o processo deverá findar-se. A segunda, por sua vez, é responsável por encerrar as demandas através da solução do conflito de interesses que nelas é suscitado, sendo que a partir do momento em que o Poder Judiciário resolve a lide pela apreciação do mérito do processo, dizendo a quem realmente pertence o direito material em jogo, estas decisões adquirem um caráter de imutabilidade e, em outras palavras, definitividade.

É desta maneira, primeiramente por uma questão de segurança jurídica. As decisões proferidas em sede de processos cíveis ou penais não podem ser revistas e alteradas a todo momento sob pena de trazerem insegurança jurídica nas pessoas e induzir ainda ao descrédito do Poder Judiciário, mesmo porque ele é o único dentre os Poderes do Estado que possui a característica de, regra geral, não alterar as decisões que ele mesmo proferiu no exercício de suas funções típicas. Tanto é assim que a Coisa Julgada figura no ordenamento jurídico nacional no patamar de direito fundamental, pelo artigo 5º, XXXVI da Carta Constitucional de 1988.

Mas o caráter de inalterabilidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário também existe porque ele é um poder contramajoritário e imparcial. O Judiciário não possui compromisso com a maior parcela da população nacional e não tem a obrigação de atender aos seus anseios, justamente porque os

magistrados, dentro da sistemática brasileira, não adquirem esta condição por meio da democracia, mas sim são alçados a seus postos pela meritocracia. Via de conseqüência, o compromisso do Poder Judiciário é com os direitos e garantias fundamentais, com a prevalência das normas constitucionais e infraconstitucionais em toda e qualquer situação que seja submetida à sua jurisdição. Daí, uma vez apreciada determinada ocorrência e aplicado o direito material na mesma, esgotadas todas as vias impugnativas da decisão, esta se torna imutável.

Contudo, esta definitividade, como a maioria dos institutos jurídicos e peculiaridade das ciências humanas e sociais em geral, não é absoluta. A Coisa Julgada não é, assim, sempre perpétua. E não é absoluta justamente porque os acertos dos julgadores não são absolutos, posto que, como seres humanos que são, estão sujeitos às falhas e influências externas de diversas naturezas. Com efeito, os erros judiciários são uma realidade inexorável, ainda que os ordenamentos processuais pátrios sejam estruturados com uma farta gama de recursos e expedientes que promovam uma apreciação cabal da situação que realmente ocorreu na prática.

Neste contexto, vale ressaltar que, ainda que seja um consenso na doutrina atual a impossibilidade de se alcançar realmente uma “verdade real”, não se pode deixar que erros grosseiros permaneçam e prevaleçam acobertados pelo manto da imutabilidade das decisões judiciais, protegidos pela Coisa Julgada, que não pode ser utilizada para legitimar um equívoco, principalmente quando a natureza do direito material envolvido no caso concreto for de indisponibilidade, como se vislumbra nos casos do processo penal, onde se discutem o direito à liberdade do réu e o direito da vítima, que por força das disposições do ordenamento jurídico penal, pode ser afetada em sua vida, integridade física, patrimônio, dignidade e em outras searas juridicamente relevantes e que se confundem com a própria essência de sua personalidade, merecendo tutela especial por parte do Poder Público.

Assim, na tentativa de corrigir estas falhas, existe, no Direito Processual Penal, a Revisão Criminal, que traz consigo a possibilidade de se rever e alterar as decisões proferidas em caráter definitivo nos processos penais, importando aqui trazer à lume a lição de Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 34):

Verifica-se, assim, que a possibilidade de revogação de atos decisórios firmes, tanto no âmbito penal como no extrapenal, revela a preocupação do legislador com a ocorrência de erro nas decisões, proporcionando o meio adequado de impugná-lo, em casos expressamente indicados na lei. Tal fato decorre do reconhecimento de que a estabilidade das decisões não pode prevalecer nos casos de notória injustiça, provocada por erro do legislador.

Interessante observar que o doutrinador destaca a finalidade do instituto da Revisão Criminal em sanar as falhas verificadas nos julgamentos, como medida de estabilidade das decisões, ou seja, de conforto à população e de manutenção da confiança que estas depositam no Poder Judiciário, que teria sua credibilidade e dignidade seriamente abalados se não houvesse um mecanismo que possibilitasse a correção de seus deslizes.

Contudo, a Revisão Criminal em nosso arcabouço normativo, historicamente, apenas existiu como meio de atacar as decisões condenatórias, ou seja, sempre houve a previsão de uma revisão criminal *pro reo*, em favor do réu, nunca se tendo admitido uma revisão criminal *pro societate*, ou seja, que fosse apta para corrigir um erro judiciário que favoreceu o criminoso e, conseqüentemente, desguarneceu a sociedade, o que sempre foi muito criticado por alguns setores doutrinários, em especial aqueles comandados pelo Ministério Público, especialmente por se tratar de uma medida de Justiça. Ora, se o intuito precípua da Revisão Criminal é corrigir os erros judiciários, por que não poderia ela ser utilizada para dar maior segurança à sociedade em geral através da revisão de uma decisão favorável ao réu, na hipótese de terem surgido elementos que indicam que ela foi falha, enganosa, e aquele indivíduo realmente violou bens jurídicos penais através de condutas que não merecem o amparo do Direito e às quais o Judiciário simplesmente não pode fechar os olhos?

Enfim, o legislador pátrio jamais previu a ocorrência de uma revisão criminal nestes moldes. Contudo, previu em nossa Carta Magna o Princípio da Proporcionalidade, fazendo-o em vários dispositivos, como no artigo 5º, XLVI, onde determina a ocorrência de individualização da pena; no artigo 5º, XLVII, no qual veda algumas espécies de reprimendas; e no artigo 5º, XLII, XLIII e XLIV, nos quais fez menção à necessidade de tratamentos mais rigorosos para crimes de gravidade mais elevada.

Durante muitos anos, contudo, este princípio permaneceu adormecido, até que recentemente alguns doutrinadores alemães, com especial destaque para

Robert Alexy, voltaram sua atenção para ele e criaram estudos realmente ímpares acerca desta tão importante norma constitucional. Em decorrência destes estudos, o princípio da proporcionalidade passou a ser entendido como sendo detentor de duas vertentes: a proibição de excesso, chamada pela doutrina alemã de *Übermassverbot*; e a proibição de proteção deficiente, tida pela mesma como *Untermassverbot*.

Basicamente, o princípio da proporcionalidade prevê uma atuação racional e proporcional do Estado tanto no seu dever de punir quanto em seu dever de conceder segurança à sociedade. Se de um lado não é possível aplicar sanções extremas para crimes que causam diminuta lesividade ao bem jurídico tutelado, de outro também não é possível deixar bens jurídicos penais desguarnecidos e desprovidos de proteção; o Estado tem o dever de conferir segurança jurídica aos seus cidadãos, não podendo de forma alguma compactuar com lesões a direitos fundamentais.

De maneira bastante pertinente, assim se pronunciou sobre este princípio o doutrinador Lênio Luiz Streck (2005, p. 180):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultado desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

Streck, nesta breve passagem, deixa claro os deveres do Estado em punir com razoabilidade e dar segurança jurídica a seus cidadãos através da tutela efetiva de direitos fundamentais e bens jurídicos penais, não sendo toleráveis as omissões do Estado em seu poder de punir; mais do que um poder, note-se, há um dever de punir as transgressões à lei. Esta vertente pró-acusação de referido princípio consubstancia aquilo que alguns denominam de princípio da proibição de infraproteção ou de proibição da proteção deficiente.

Diante desta breve exposição inicial, questiona-se: seria possível falar na existência de uma Revisão Criminal pro societate, que altere decisões definitivas de absolvição motivadas por erros judiciários, impulsionadas pela aplicação do

princípio da proporcionalidade, na sua vertente proibitiva da omissão estatal em punir violações de bens jurídicos penais?

Em síntese, a justificativa para este trabalho é analisar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro, com especial enfoque para o princípio da proibição de proteção deficiente, com a revisão criminal *pro societate*, instrumento que deve o mais breve possível ser incorporado ao arcabouço normativo pátrio. Finalmente, para a consecução de tal mister, utilizar-se-á os métodos dedutivo, histórico e comparativo.

2 A REVISÃO CRIMINAL

A primeira parte deste trabalho dedica-se a uma análise do instituto jurídico da revisão criminal, instrumento hábil para flexibilizar a imutabilidade da coisa julgada em matéria penal e, de início, necessário se faz estabelecer de maneira adequada, o conceito e a ideia geral do mesmo.

2.1 Conceitos

Antes de se iniciar uma análise da revisão criminal, de seu funcionamento e sua evolução histórica, bem como as faces que tal instituto apresenta no direito comparado, urge que se estabeleça uma conceituação do mesmo. E para tanto, uma digressão etimológica é a primeira a ser considerada.

O termo “revisão” deriva das expressões latinas *revisio*, *recognitio* e *revisionem*, que aludem à ação ou ato de rever alguma coisa consumada ou qualquer ocorrência verificada. De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1988, p. 571), a terminologia “revisão” possui os seguintes significados:

Revisão. S f. 1. Ato ou efeito de rever. 2. Novo exame. 3. Nova leitura. 4. Análise de uma lei ou decreto com o fim de o reformar, retificar ou anular. 5. Tip. Técnica, ato ou efeito de rever ou revisar.

Em sendo assim, aliando-se tal conceito à seara do Direito ao qual se aplica, qual seja, o Direito Processual Penal, é possível concluir que a revisão criminal consiste no novo exame, vista ou análise realizado em determinado caso concreto que já foi objeto de um julgamento definitivo, tendo por objetivo sua reforma e modificação, bem como a correção dos equívocos que o mesmo possui. Uma revisão criminal acarreta um reexame de ocorrência já analisada, ou seja, sobre a qual o Poder Judiciário já se pronunciou em todas as suas instâncias, almejando a correção dos erros verificados no pronunciamento final.

No que tange ao conceito propriamente dito de revisão criminal, necessário se faz trazer à lume o alerta e a constatação de Heráclito Antônio Mossin (1997, p. 49):

A revisão criminal apresenta uma aplicabilidade conceitual mais restrita, uma vez que incide ela precipuamente em sentença condenatória em algumas legislações e absolutórias noutras, com selo da *res iudicata*. Sua predominância versa sobre as decisões condenatórias.

De fato, conceituar revisão criminal, diante das peculiaridades que ela adquire em cada ordenamento jurídico específico, não é tarefa das mais fáceis. Na completa definição do magistrado italiano Guido Galli (1957, p. 1.204), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 27), símbolo da luta do Poder Judiciário contra o crime organizado, caracteriza-se a revisão criminal da seguinte forma:

A revisão é um meio de impugnação extraordinário, não suspensivo, parcialmente devolutivo e extensivo, tendente à eliminação da sentença condenatória passada em julgado, caracterizada por injustiça sucessivamente revelada por fatos ignorados pelo júízo que a pronunciou.

Com efeito, diante da prerrogativa trazida pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988, no curso do processo penal, possui o réu o direito ao contraditório e à ampla defesa, podendo arguir quaisquer matérias defensivas no intuito de obter uma sentença favorável a si. Quando esta não é verificada, outro direito constitucionalmente assegurado, ainda que não de maneira expressa, mas decorrente de uma análise sistemática do texto da Carta Magna, lhe afigura passível de utilização, qual seja, o duplo grau de jurisdição, responsável por permitir ao acusado que aquela decisão que não lhe satisfaz possa ser reapreciada pelo Poder Judiciário em suas instâncias superiores, até um momento em que todas as possibilidades de recurso se extinguam e surja a chamada coisa julgada, a decisão imodificável, objeto de maior análise em momento futuro. E é justamente para combater a coisa julgada que existe a revisão criminal, para que a última decisão proferida em determinada ação penal pelo Poder Judiciário seja objeto de uma avaliação e, eventualmente, alterada.

Contudo, ainda que se preste a revisão criminal para este importante propósito, ela não pode ser utilizada para discutir todo e qualquer assunto que foi objeto de análise no decorrer do processo, ou seja, na sua fase instrutória. É vital

que se demonstre o erro, o engano, o equívoco do magistrado julgador, para que ela seja admitida, não bastando que se constate na situação em análise a mera violação do senso de justiça do condenado ou da sociedade em geral, representada pelo sujeito de mediana clareza e diligência, o *homo medius*, tampouco uma violação das jurisprudências e doutrinas predominantes. Neste sentido, o alerta de Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 28):

Eventual injustiça cometida no julgamento não pode ser sanada pela revisão, instrumento processual adequado para rescindir sentença condenatória irrecorrível que contrariou a lei ou a prova, baseou-se em prova falsa; ou então, se surgiram provas demonstrando a inocência do acusado.

Desta forma, imprescindível se faz demonstrar a ocorrência de erro no julgamento e a configuração da coisa julgada para que se possa falar na possibilidade de ocorrência de uma revisão criminal.

No que diz respeito ao conceito do instituto especificamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, este é obtido a partir de uma análise do preceito constante no artigo 621 do Código de Processo Penal. O que é mais interessante analisar acerca deste dispositivo é que ele permite que esta revisão de decisões judiciais irrecorrível ocorra apenas em prol do condenado, jamais em benefício da sociedade, ainda que se reconheça que o caráter de definitividade dos julgamentos não pode ser sustentado diante de situações de injustiça decorrente de um engano do magistrado prolator da sentença, aqui entendida em seu sentido *latu*, abrangendo tanto as decisões de 1º grau como os acórdãos proferidos pelos tribunais superiores.

A doutrina traz definições da revisão criminal prevista no processo brasileiro, principalmente tendo por premissa o dispositivo legal supra mencionado. Para Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p.12):

É o meio que se vale o condenado para desfazer injustiças e erros judiciários, relativamente consolidados por decisão transitada em julgado, ou então, é um remédio jurídico-processual-último que dispõe o condenado para que seja reexaminada, a seu favor, a sentença condenatória definitiva e injusta.

André Eduardo de Carvalho Zacarias, Rodrigo Cambará Arantes Garcia de Paiva e Sara Beatriz de Freitas Barbosa Paiva (2008, p. 106), da seguinte

maneira conceituam a revisão, já traçando uma observação acerca de sua natureza jurídica:

A revisão criminal é o elemento exclusivo da defesa que visa rescindir uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Tecnicamente, a revisão não é um recurso, mas ação de impugnação autônoma, destinada a atacar uma decisão penal condenatória transitada em julgado.

O magistrado e doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 926), por sua vez, faz, acerca da revisão criminal prevista no Código de Processo Penal brasileiro, sua competência e legitimidade, a seguinte observação:

Uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever, como regra, decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal, indevidamente colocada como recurso no Código de Processo Penal. É ação *sui generis* porque não possui pólo passivo, mas somente o autor, questionando um erro judiciário que o vitimou.

Vale ainda mencionar a definição trazida pelo sempre lembrado e saudoso mestre E. Magalhães Noronha (1990, p. 381), para quem “é ela o remédio de que a lei dispõe contra a coisa julgada no crime. Tem o fim de reparar injustiças ou erros judiciários, livrando o réu da decisão injusta”.

De todo o exposto, pode-se concluir que a revisão criminal é a última *ratio* e o último mecanismo para se atingir a reforma das decisões judiciais, proposta num momento em que estas já foram objeto do trânsito em julgado e, pela regra, tornaram-se imutáveis. Utilizada nas situações onde houve uma falha do julgador, a revisão criminal, no ordenamento jurídico processual penal brasileiro somente permite a modificação da coisa julgada em benefício do condenado, para converter uma condenação em absolvição, tudo através de uma verdadeira ação penal e não uma espécie de recurso.

Insta salientar que, neste aspecto, muito se assemelha a revisão criminal da revisão das decisões proferidas em processos administrativos, segundo o disposto nos artigos 174 e 182, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990. Tais normas preveem a possibilidade de que decisões definitivas proferidas na seara administrativa sejam revistas em prol do servidor público que sofreu alguma punição, não sendo possível verificar-se uma reanálise das deliberações finais em benefício da Administração Pública, ou seja, em desfavor do inocentado.

2.2 Evolução Histórica

Muitos doutrinadores já afirmaram ser o conhecimento acerca dos primórdios e da evolução histórica da revisão criminal um tanto quanto parco. Tal assertiva foi em muito construída sobre a opinião manifestada sobre o assunto pelo renomado jurista alemão Karl Eduard Zachariae von Lingenthal, mas deve ser analisada tendo como premissa o fato de que, realmente, apenas não existem registros históricos de revisões criminais da maneira como elas se encontram atualmente, justamente porque a gama de institutos ancestrais que possibilitavam uma reapreciação e modificação de decisões condenatórias, aptos para corrigir um erro do julgador de pobre ou parca nada tinha; ao contrário, eram até mesmo deveras peculiares, sendo que somente não se assemelhavam ao que hoje se verifica, mas sempre eram utilizados quando se verificava a definitividade do julgamento e o erro do julgador.

Esta divergência entre os institutos atuais e passados da revisão criminal encontra uma importante justificativa nas palavras de Francisco Castillo González (1980, p. 15), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 36). Diz o doutrinador:

A pobreza na história da revisão não se explica porque no passado não haja ocorrido erro judiciário, senão porque a mesma, como todos os meios impugnativos, supõe uma diferenciação de órgãos e funções estatais, que somente o Estado de época recente apresenta.

A observação é importante e pertinente porque, efetivamente, a moderna revisão criminal surgiu com a evolução do próprio Estado e do Direito, sendo incorreto, porém, dizer que a humanidade não conheceu outros mecanismos para alterar a coisa julgada antes do advento da dialética jurídica e mesmo da discussão acerca dos direitos humanos, até porque, notoriamente, o Direito sempre acompanha a sociedade e com ela progride e se transforma à medida que as inovações da mesma ensejam a necessidade de um reflexo no arcabouço normativo.

Pacífico que a revisão criminal não é nem de longe um instituto tão moderno, sendo que sempre o homem sábio buscou corrigir suas falhas, analise-se sua presença ao longo da História.

2.2.1 Direito e legislações primitivas

As raízes do instituto jurídico da revisão criminal encontram-se na China antiga, que contava com mecanismos assemelhados a ela antes mesmos do advento da era romana. Como em vários aspectos da vida em sociedade, os chineses encontravam-se à frente de seu tempo nos primórdios das discussões jurídicas, de sorte que o Direito então aplicável contava com regras e disposições normativas que, no mundo ocidental, apenas recentemente e após a ocorrência de inúmeras lutas e discussões, vieram a consolidar-se, como um elevado respeito ao direito de liberdade, extremamente protegido; atenuantes de pena; recursos em matéria penal; e a possibilidade de comutação das penas e concessões de graças por parte do imperador.

Isto se deve, em parte, ao fato de que, diferentemente do Direito e da organização social vigentes em outros povos primitivos, a exemplo dos hebreus, os soberanos e juízes chineses não eram vistos como encarnações terrenas de entidades divinas, conseqüentemente impedidos de incorrerem em erros, mas sim como autoridades públicas a quem competia zelar pela correta aplicação da justiça e solução dos litígios levados a seus conhecimentos. Nesta seara, o Direito em voga na China de então era uma mescla de normas jurídicas e de preceitos do Confucionismo, doutrina criada pelo filósofo Confúcio e propagada por seus discípulos, principalmente Mêncio, e caracterizada especialmente pela necessidade de severo comportamento moral das pessoas e pela busca da justiça.

Em meio a toda esta engrenagem judicial, havia um tribunal localizado na capital do império, Pequim, semelhante às atuais Cortes Constitucionais ou Supremas, encarregada de reapreciar processos findos e, vislumbrando a necessidade, decorrente de equívocos nos julgamentos, cassar as decisões proferidas pelos juízes.

O Direito Hebraico ou Mosaico, por sua vez, como dito acima, tinha por preceito fundamental a teocracia, mas, neste aspecto, os hebreus diferiam de outras sociedades antigas, como os egípcios, babilônios, fenícios, gregos e romanos, porque eram monoteístas e não politeístas, ou seja, sua crença religiosa voltava-se para a existência de um único Deus, Javé, responsável por conceder o poder de julgar àquele que elaborou, sob Sua orientação, o código de normas aplicado e por eles seguido, Moisés. Por esta razão, no sistema então observado e denominado de Mosaísmo, convertiam-se os magistrados em autênticas divindades, o que fazia com que a possibilidade de modificação de suas decisões não fosse uma constante ou ocorrência comumente verificada, tampouco existindo autoridades encarregadas especificamente para proceder a tal análise; contudo, ainda assim ela era uma possibilidade consagrada.

A legislação que orientava o Direito Hebreu era o chamado Pentateuco, ou ainda Lei Mosaica, em virtude de seu instituidor, e consistia nos cinco primeiros livros que compõem o Antigo Testamento bíblico: Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, responsáveis, basicamente, por narrar os primeiros passos da história do povo de Israel. Estes cinco livros são ainda chamados pelos judeus de Torá, termo que significa, simples e literalmente, Lei.

Como bem observa Élcio Arruda (2009, p. 41):

O Mosaísmo enfoca a preponderância da humanidade, do amor a Deus e ao próximo, da benevolência, da complacência, da solicitude em relação aos fracos e oprimidos (“ser”), sem distinção no tratamento entre homens, porque todos – mesmo os escravos – eram sujeitos de direitos e deveres, com possibilidade de libertação (Êxodo XXI, 26-27; Levítico XIX, 20). Enfim, a lei mosaica ostentava feição humanitária, permeava-lhe cultura científica inédita à época, circunstância corroborante de sua inspiração divina e determinante, por certo, de sua consagração universal.

Contudo, em contrapartida às teses espirituais benéficas propagadas por tal doutrina, previam-se penas extremamente rigorosas que iam de encontro às reprimendas severas aplicadas por outros povos, inclusive com a consagração da *Lex Talionis*, no livro do Êxodo, capítulo 21, versículo 24, e da pena de morte, que apenas foram amainadas com o advento do Cristianismo.

Mas em que pesem as dificuldades em se estabelecer a existência de qualquer instituto semelhante à revisão criminal neste peculiar sistema jurídico, dominado pela religiosidade, há uma passagem no capítulo 13 do livro de Daniel,

pertencente ao antigo testamento bíblico, ainda que não pertencente ao Pentateuco, que revela uma prática que pode ser considerada como revisão de sentença contrária ao acusado. Tal é o chamado Julgamento de Susana.

Segundo narra a história, ocorrida provavelmente logo depois de ter sido o Reino de Judá destruído por Nabucodonosor, Susana era uma jovem virtuosa, educada segundo as leis de Deus e a Ele temente, moradora da Babilônia e casada com Joaquim, homem bastante importante, em casa de quem reuniam-se periodicamente cidadãos influentes, dentre os quais, dois anciãos que exerciam a magistratura. Referidos juízes rapidamente apaixonaram-se por Susana, sendo que em determinada ocasião esconderam-se no jardim de sua casa para vê-la tomar banho; depois de vislumbrá-la, deixaram o esconderijo e propuseram à moça que ela mantivesse relações sexuais com eles e, diante da veemente recusa, passaram a ameaçá-la afirmando que, se ela insistisse na negativa, iriam afirmar terem-na presenciado cometendo adultério com um jovem que fugira sem ser identificado. Pugnando pela verdade, como mandava sua formação, Susana não cedeu às ameaças, acabando por ser condenada, com fulcro nas alegações feitas pelos dois importantes e respeitados magistrados, à morte por lapidação ou apedrejamento, sanção comum às esposas acusadas de adultério. No momento da execução da sentença, porém, Deus atendeu aos clamores de Susana e inspirou o jovem Daniel que, dirigindo-se ao local de execução da sanção, bradou alto a inocência da condenada. E acrescentou ainda: “Como vocês são idiotas, israelitas! Sem julgamento e sem uma idéia clara, vocês acabaram de condenar à morte uma israelita! Voltem para o tribunal, porque foi falso o testemunho desses homens contra ela”.

Atendendo às alegações de Daniel, o conselho dos cidadãos permitiu que o jovem interrogasse os dois juízes separadamente, sendo que, diante das numerosas contradições surgidas nos depoimentos de ambos, ficou provada pela boca dos próprios acusadores a inverdade daquilo que diziam, de sorte que Susana acabou inocentada das falsas acusações contra ela proferidas, vindo os dois magistrados a receber a mesma sanção antes imposta à jovem, sendo mortos por apedrejamento, como estipulava a Lei de Moisés.

Este caso é de suma importância para a compreensão das raras hipóteses de revisão criminal no Direito Hebreu, e a partir dele algumas

considerações devem ser feitas. Nos dizeres muito pertinentes de Emeric Levai (1967, p. 93).

O temor de causar um mal injusto a alguém e cair no desagrado divino, levou os magistrados hebreus a observar rigorosamente os preceitos informadores de uma justiça imparcial, justa e humanitária, recomendada em numerosas passagens das escrituras (...) surgindo com o tempo uma forma empírica de defesa popular, cujo exercício, somado a outras cautelas judiciárias, compensava a grave hipertrofia (...) referente ao controle da prova.

Forte exemplo desta forma de defesa exercida pelo próprio condenado ou terceiro é fielmente retratada no Julgamento de Susana quando Daniel clamou por sua inocência pouco antes da execução de sua reprimenda. Com efeito, qualquer pessoa que tivesse conhecimento do equívoco presente numa determinada condenação poderia declará-la perante o povo e evitar a causação de um mal maior.

Disposição bastante importante, que revela a preocupação dos hebreus com a correção dos eventuais erros judiciários é também relatada por Emeric Levai (1967, p. 94), da seguinte forma:

Não se podia executar a pena no mesmo dia de sua prolação, mas somente no dia imediato, na esperança de que, nesse prazo, aparecesse alguém para invocar um argumento favorável ao condenado. Por conseguinte, não se realizava o julgamento na véspera do sábado, nem de festas (...). Estas disposições assecuratórias da liberdade individual, bem como outras, relacionadas com a exigência de um veredicto majoritário (maioria de dois para condenar, e de um apenas para absolver o réu acusado do crime), não figuram expressamente na Bíblia, mas provenientes da Lei Oral, foram recolhidas pelos doutores rabínicos e consolidadas na legislação talmúdica.

A observação permite concluir que, ainda que de forma um tanto quanto velada, tinham os hebreus noção da falibilidade de seus magistrados, preparando um corpo de normas apto para reverter os erros por eles cometidos. Interessante ressaltar, ainda, que os julgamentos ocorriam de forma colegiada, sempre com um número ímpar de juizes, bem como a existência de normas orais, baseadas nos costumes que, ao lado do Pentateuco, permitiam a aplicação da justiça na sociedade hebraica.

Vale consignar, finalmente, que, sob a égide da lei mosaica, era possível ao condenado arguir a revisão de sua sentença pelo máximo de cinco vezes, caso a pena ainda não tivesse sido executada.

Já na antiga Grécia, encontram-se institutos jurídicos que provocam disposições e entendimentos ambíguos por parte da doutrina, dividida entre os que entendem nela encontrar-se os primeiros mecanismos que realmente se assemelham a uma revisão criminal, e os que, como Élcio Arruda (2009, p. 44) acreditam que “o legado deixado pelos gregos se situa mais no campo político, especialmente através das vozes abalizadas de Sócrates, Platão e Aristóteles”. Realmente, no Direito Grego ocorreram progressos e regressos quando o comparamos com as legislações anteriores e mesmo aquelas que existiam concomitantemente a ele.

Na organização político-administrativa das cidades-estado gregas, Atenas era a mais evoluída do ponto de vista cultural e filosófico, sendo a que aqui se considerará. Mas a pesada carga da religiosidade verificada em todos os organismos públicos atenienses ainda se fazia presente nos julgamentos e, da mesma forma que no Direito Hebreu, os juízes eram entendidos como representantes das várias divindades então cultuadas. Via de conseqüência, o entendimento de que sua infalibilidade era inquestionável culminava no fato de que as decisões proferidas deveriam ser colocadas em prática de maneira imediata, ou seja, não havia o lapso temporal mínimo que se verificava no, também impregnado de teologia, Direito de Moisés. Ora, se os deuses não estavam sujeitos às falhas, os juízes, que somente o eram pela permissão concedida por tais divindades, também não se sujeitavam a equívocos.

Era desta maneira que se processavam as decisões proferidas pelo Areópago, o mais importante e notório dos antigos tribunais gregos, composto por nada menos do que quinhentos magistrados populares, onde de plano verificava-se a coisa julgada. Dentre as competências de tal tribunal, estava o julgamento dos crimes premeditados de homicídio, incêndio e envenenamento.

Estas disposições extremamente rígidas e ensejadoras de graves erros judiciários sofreram importantes mitigações com o avanço do pensamento filosófico, principalmente a partir das tentativas de Platão, discípulo de Aristóteles, em criar uma definição válida e precisa de justiça, um modelo ideal de Estado e uma forma válida e efetiva de buscar conhecimento, qual seja, a dialética, evitando-se ao máximo a ocorrência de falhas que lesassem direitos dos cidadãos. Desta forma, a evolução de referidas teses fez com que os gregos acabassem por originar o peculiar instituto da querela.

A querela possibilitava que o indivíduo, que injustamente havia sido alvo de uma sentença condenatória, pudesse solicitar a revisão da mesma como medida apta para combater o erro dos magistrados quando este encontrava sua origem em falso testemunho sobre o qual a decisão proferida encontrava supedâneo. O advento deste instituto foi embasado principalmente pela equidade, fazendo-se importante aqui a menção aos ensinamentos de Giorgio Del Vecchio (1979, p. 47) sobre o assunto:

A equidade, critério de aplicação das leis (...) permite adaptá-las a cada caso particular e temperar-lhes o rigor com a adequação (...). Ora, as leis são formais, abstratas, esquemáticas; a justa aplicação delas exige uma adaptação, e esta adaptação é indicada pela equidade – a qual, segundo Aristóteles, pode ir ao ponto de se manifestar mesmo nas situações ainda não disciplinadas pelo legislador e sugerir novas normas jurídicas.

De conformidade com estes valorosos preceitos propostos pelos aclamados filósofos, os gregos modernizaram seu arcabouço normativo e deram origem à mencionada querela, possibilitando um instrumento que pode ser considerado como um equivalente da revisão criminal naquela que foi o berço de toda a cultura do hemisfério ocidental.

Finalmente, no que tange às primitivas legislações, vale mencionar uma importante disposição trazida pelas Leis de Manu, um compêndio de doze livros em vigor na Índia, redigido por volta do século II a.C. e que, embora não tendo alcançado uma notoriedade semelhante à do Código de Hamurábi, estendeu suas influências sobre vários outros territórios, como a Judéia e a Assíria. Discorrendo sobre o tema, Eudoro Magalhães (1936, p. 22), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 39) diz que:

As leis de Manu estabeleciam taxativamente: “O rei deve reexaminar ele mesmo toda questão que seja apontada como uma sentença injusta dos juízes e condená-los, em caso positivo, à multa de mil panas”. Era uma verdadeira revisão dos processos penais, feita com o intuito de sanar os erros judiciários.

Inteligentemente, porém, a legislação previa que o referido reexame dos processos não seria uma atividade exclusiva do soberano, de sorte que o mesmo deveria ser assessorado por um grupo de três magistrados detentores de alto conhecimento na legislação pertinente para que pudesse proferir sua decisão final acerca da manutenção ou reforma da sentença prolatada.

A título de conclusão, vale mencionar a lição de Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 45), para quem:

No exame da legislação dos povos mais antigos da humanidade (...) a reabertura de um processo punitivo estava fundada essencialmente na equidade, critério de direito natural (...) que modera ou modifica a aplicação da lei, quando se evidencia de excessivo rigor, e impede a configuração da notória injustiça.

Com efeito, uma análise dos institutos historicamente previstos para reverter uma decisão judicial definitiva permite que se conclua que desde sempre eles foram movidos por um impulso realmente oriundo do direito natural, que é a ânsia de corrigir um equívoco e de honrar a aplicação da justiça e do Direito que determinada sociedade resolveu, para o bem comum, adotar como fonte reguladora de conduta e das ações praticadas para privilegiar a equidade, tão defendida já no Direito Grego, como alhures mencionado.

2.2.2 Direito romano

O Direito Romano pode ser entendido como o arcabouço normativo vigente e aplicado no Império Romano desde a criação da cidade de Roma até o falecimento do imperador Justiniano I, o Grande, abarcando um período de aproximadamente 1.300 anos. Por força de ser ele um conjunto de atos normativos que surgiu e se desenvolveu com o próprio Império de Roma, é comum que o estudo do Direito Romano seja dividido em quatro etapas ou fases, da mesma forma que a própria história daquele colossal Estado, quais sejam, a Monarquia, a República, o Principado e, por fim, o Império. Este, aliás, é o conceito principal trazido por José Cretella Júnior (1998, p. 2), responsável por apontar ainda outra importante acepção:

A expressão direito romano é empregada ainda para designar o *Corpus Juris Civilis*, conjunto ordenado das regras e princípios jurídicos, reduzidos a um corpo único, sistemático, harmônico, mas formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por parte do imperador Justiniano, de Constantinopla, monumento jurídico da maior importância, que atravessou os séculos e chegou até nossos dias.

Com efeito, o *Corpus Juris Civilis* constituiu-se no apogeu da legislação romana, acabando por confundir-se com o próprio Direito Romano, na visão do ilustre doutrinador. Élcio Arruda (2009, p. 46), discorrendo sobre o Direito Romano, menciona a seguinte e importante passagem:

Na órbita penal e judiciária penal, o direito romano careceu de elaboração científica e de coordenação sistemática. A constatação, contudo, não empana seu irrefugável valor histórico, sua primazia sobre os velhos sistemas e sua relevância na estruturação dos sistemas jurídicos modernos.

Com bastante razão, o Direito, que durante muitos séculos orientou a vida social e política do extenso Império Romano, foi um marco na história universal desta magna ciência. Roma é o grande berço das modernas instituições jurídicas, existindo atualmente vários instrumentos que se assemelham ou correspondem fielmente a outros que se verificavam na época áurea do mundo romano, com especial destaque para a seara do Direito Privado – conceito que, aliás, foi estabelecido pelos próprios romanos, em contrapartida ao Direito Público – a exemplo do excessivo formalismo legalmente previsto para que um casamento se reputasse válido, da complexa organização político-administrativa de seu território, da valorização da jurisprudência e das leis escritas em supremacia aos sistemas orais e, em seus estágios finais, a laicização do Direito. O Direito Romano representou, assim, uma incalculável evolução em relação a todas os demais sistemas jurídicos até então verificados, sendo que seus efeitos, como não poderia deixar de ser, acabaram por refletir-se na possibilidade de alteração de uma decisão definitivamente proferida pelos órgãos julgadores. Neste diapasão, aliás, é o ensinamento de José Cretella Júnior (1998, p. 3), com especial destaque para o já mencionado *Corpus Juris Civilis*, elaborado por ordem do imperador Justiniano:

O direito de Justiniano estudado em toda a Europa, desde o século XII e aceito oficialmente na Alemanha em fins do século XV, teve grande influência na formação do direito atual, refletindo-se na redação dos modernos códigos e, em especial, no *Código Civil francês* de 21 de março de 1804 e no *Código Civil alemão*, de 1900.

Dito isto, deve-se frisar que o Direito Romano tanto influenciou como foi influenciado. De fato, cuida-se de normas extremamente ditadas pelos costumes e, de início, o Direito Romano sofreu a interferência das demais regras existentes em outros povos da época, refletida em legislações bastante severas e totalmente

desproporcionais, das quais a Lei das XII Tábuas, formulada pelos próprios juízes romanos, denominados de pretores, é a maior expoente. Neste contexto, é a lição de Ana Clélia Couto Horta (2009, s.p.):

De início, em Roma, a religião e o direito estavam intimamente ligados, o *Pater Famílias* consistia no poder de exercitar o direito de vida e de morte (*jus vitae et necis*) sobre todos os seus dependentes, inclusive mulheres e escravos.

De fato, a sociedade romana sempre teve a família como um conceito fundamental e digno de toda a tutela, sendo ela estruturada sob a égide de um *pater famílias*, quase um chefe de clã, um líder familiar, político e espiritual que gozava de poderes extremamente amplos. Em sendo assim, foi apenas com o encerramento das guerras púnicas, denominação dada a três conflitos armados que envolveram as Repúblicas de Roma e Cartago durante o terceiro século antes de Cristo, que o Direito Romano veio a adquirir as características que fizeram dele um marco na história jurídica.

Nas origens do Direito Romano, não existem registros de mecanismos aptos para promover a reanálise de um processo findo, mesmo porque, nesta fase inicial, os romanos desconheciam institutos jurídicos fundamentais que somente em momento posterior eles incorporariam às suas normas, a exemplo dos recursos e da própria *res judicata*, instituto mais recente, ainda que presente no Direito Romano, como mais adiante se verá, sendo que as sentenças eram de plano executadas. Note-se que os romanos também denominavam o instituto da coisa julgada de *quaestio perpetuae*, questão perpétua, aquela que, a princípio, é imodificável. Na evolução dos conceitos e dos institutos jurídicos, por volta do ano 450 a. C., surgiram três institutos capazes de provocar o novo exame de um dado caso concreto: a *infinitio* e a *revocatio in duplum*, aplicadas aos processos cíveis; e a *provocatio ad populum*, aplicada aos processos criminais.

A expressão latina *provocatio ad populum* pode ser literalmente traduzida como sendo a “provocação do povo”, sendo justamente isto o que este instrumento possibilitava. Através dele, um condenado podia protestar a uma assembleia de populares para que ela realizasse um novo julgamento em determinadas situações, como nas imposições de penas de morte e elevadas sanções pecuniárias.

Porém, como afirma Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 49):

O instrumento jurídico do direito romano que mais se aproxima da moderna revisão criminal, entretanto, é o da *restitutio in integrum*, por pressupor inexistência de recurso ou esgotamento da via recursal (coisa julgada). Destinava-se, portanto, a rescindir uma sentença que fez coisa julgada.

A *restitutio in integrum* representou, assim, o surgimento dos debates acerca da relativização da coisa julgada, nesta altura já presente no Direito Romano como medida necessária para a preservação da segurança jurídica. Ora, uma vez esgotadas todas as possibilidades de se reformar um determinado julgamento, deveria a decisão permanecer imutável. Basicamente, este instrumento do ordenamento jurídico romano foi responsável por promover a busca do *status quo ante*, restituir a alguém o seu estado anterior na tentativa de elidir quaisquer prejuízos que tenham sido por ele suportados, preceito este que cabe tanto para o Direito Civil quanto para o Direito Penal, tudo mediante a anulação ou completa rescisão de uma decisão judicial falha e violadora da equidade. Com efeito, foi a *restitutio in integrum* idealizada pelos romanos para ser aplicada ao âmbito dos processos cíveis, mas acabou sendo estendida para os casos criminais, podendo os condenados provocar os pretores para que estes realizassem a revisão de decisões definitivas em determinadas circunstâncias.

No que diz respeito a um conceito do instituto, Valdemar César da Silveira (1957, p. 591) afirma que:

A *restitutio in integrum* não é senão a aplicação, ao processo, de uma instituição geral que significa a anulação plena e inteira das conseqüências de um fato jurídico, remetendo as coisas a seu estado primitivo, como se o fato jurídico não houvera existido. Na esfera do Processo Romano, trata-se de um remédio contra a sentença, que a atinge nos casos de condenação excessiva (*plus petitio*), ou de uma condenação inferior à pleiteada. É preciso, todavia, que ocorra uma *justa causa restitutionis*, uma lesão mais importante que o prejuízo causado à outra parte. Trata-se de um remédio extraordinário, à falta de outro meio jurídico. A *restitutio in integrum* é concedida pelo Magistrado, por via de um decreto, mesmo contra terceiros, anulando juridicamente o fato. Portanto, procede-se a uma nova instância, na qual as pretensões do *restitutus* poderão ser baseadas em novos motivos.

Cabe aqui ressaltar, de acordo com a completa definição, que a *restitutio in integrum* não podia ser utilizada para toda e qualquer situação na qual um condenado estivesse insatisfeito com sua sanção. Isto porque as leis romanas

também previam que em se verificando apenas equívocos ou omissões dos pretores que não acarretassem grandes prejuízos, era possível provocar o magistrado para que ele apreciasse a alegação da falha verificada, podendo o mesmo, através de um decreto, promover o retorno da parte lesada ao *status quo ante*, quase como os modernos embargos de declaração.

Nas preciosas lições de Arturo Rocco (1899, pp. 06-07), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 53):

A restitutio não podia ocorrer senão por lei; e como era in integrum, não só remitia a pena, como extinguiu o crime e todos os efeitos da condenação: valia, segundo expressão de Quintiliano, ac si iudicium non fuisset: restabelecia a qualidade de cidadão e todos os direitos e dignidade precedente, como aquela de cavaleiro e de senador. Era cabível em face da pena já definitivamente pronunciada e passada em julgado, e não limitava sua eficácia às condenações capitais, como expressamente previsto na provocatio, mas se estendia a qualquer espécie de pena, como exílio etc.

Analisando o texto transcrito, deve-se ter em mente que a lei a que o nobre doutrinador se refere não deve ser confundida com uma norma editada pelo Poder Legislativo, que em Roma era exercido pelo Senado, tratando-se de verdadeira decisão do magistrado, pretor, proferida através de seu poder de império e não de jurisdição. Com efeito, as decisões dos juízes romanos, dotados de grandes prerrogativas no momento da solução dos conflitos de interesse ocorridos, eram parte importante do corpo normativo vigente, consubstanciando aquilo que os doutrinadores chamam de *jus praetorium*. Porém, a partir do momento em que não apenas tornava a pena extinta como também apagava todos os efeitos do crime, assemelhava-se muito ao atual instituto penal brasileiro da anistia, lei federal editada pelo Congresso Nacional, dotada de efeitos retroativos, responsável por retirar as consequências de determinados crimes praticados, de modo a promover seu esquecimento jurídico e caracterizando uma causa de extinção da punibilidade por força do artigo 107, II, 1ª figura, do Código Penal.

As hipóteses nas quais era possível ao condenado requerer a revisão das decisões através deste mecanismo resumiam-se à presença do dolo no pretor que realizou o julgamento; à existência de intimidação de alguma testemunha ou parte do processo para que esta viesse a proferir um falso depoimento; à existência de erro ou falha das decisões; à constatação de incapacidade civil absoluta ou relativa do autor ou do réu da demanda; à abstenção do indivíduo ocupante de um

dos polos da ação ao julgamento; e às situações nas quais a decisão resultasse em prejuízo ao indivíduo com menos de 25 anos de idade em contratos firmados pessoalmente pelos mesmos ou por representantes. Muitas destas situações estão afetas à seara do Direito Civil, o que apenas reforça a afirmação de que a *restitutio in integrum* é mesmo um instituto voltado ao Direito Privado, sendo sua aplicação aos processos penais decorrência de uma analogia eficazmente alcançada pelos romanos de maneira favorável ao condenado.

A *restitutio in integrum* era apreciada pelo próprio tribunal prolator da sentença combatida, o que conseqüentemente acabava por gerar uma questão, *quaestio*, ocorrendo apenas o afastamento dos magistrados de qualquer modo responsáveis ou implicados na prolação da decisão guerreada.

Finalmente, vale ressaltar que este importante instituto jurídico prevaleceu durante a decadência e desmembramento do Império Romano, até o definitivo desmantelamento do mesmo em decorrências das múltiplas e sucessivas invasões dos povos bárbaros e também de dissidências internas, fazendo com que a afirmação de Élcio Arruda (2009, p. 49) de terem sido os romanos “gigantes em direito civil e pigmeus em direito penal”, ainda que um tanto quanto peculiar, não possa ser considerada uma verdade absoluta, pois, voltados ao direito civil, criaram um instituto que de forma bastante eficaz pôde, dentro do próprio Direito Romano, ser utilizado na seara criminal para combater decisões errôneas e viciadas, prejudiciais ao acusado.

2.2.3. O direito canônico e o direito medieval

Quando o Império Romano caiu, o mundo adentrou na Idade Média, era das trevas, que perduraria até a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, em 1453. Neste período, a influência que a Igreja Católica exerceu sobre a vida das pessoas e a política no mundo então conhecido foi assustadoramente grande. Felipe Rinaldo Queiroz de Aquino (2009, p. 41) explica que:

Quando os bárbaros atacaram o edifício romano ele estava podre e só tinha aparência. Caiu por conta de seus erros e imoralidade. Mas, no meio do caos gerado no Ocidente havia a Igreja Católica, capaz de organizar a

desordem instalada e de integrar os bárbaros na civilização. Firme em torno do Bispo de Roma, o Papa, a Igreja Católica era o único ponto estável num mundo em que tudo estremecia.

Estas circunstâncias, somadas aos fatos de que o pouco conhecimento científico da época estava restrito aos mosteiros e abadias e que, no momento em que cessou a era romana, a Igreja Católica era a única instituição suficientemente organizada para manter-se de maneira autônoma, já que ainda não se conhecia o Estado da maneira como ele atualmente é entendido, explicam a hegemonia do Cristianismo no medievo e fazem com que não se possa perder de vista uma análise do Direito presente no seio desta instituição milenar.

Neste contexto, a primeira observação a ser feita é que a Igreja Católica incorporou a suas normas jurídicas, que compõe o Direito Canônico – em razão do fato de ser baseado nos denominados cânones – a *restitutio in integrum* que antes prevalecia no extinto Império Romano. Desde os primeiros passos do direito dos cânones, preocuparam-se os religiosos em corrigir os erros nos julgamentos, fossem eles realizados pelos tribunais estatais europeus em geral, fossem eles proferidos pelas próprias cortes da Igreja, chamadas de Tribunais do Santo Ofício, exteriorizadores da temível Inquisição, intenção esta expressamente propagada pelas normas redigidas por ordens dos chefes do catolicismo, primeiro nos Concílios, como os de Nicéia, Constantinopla e Latrão, e depois em Decretais, a exemplo daqueles formulados em 1234 por Gregório IX e em 1324 por João XXII.

Ensina Moacyr Lobo da Costa (1995, p. 120) que:

O fundamento invocado era o mesmo do Direito Romano: “*Restituir Ecclesia laesa propter negligentiam Procuratorii qui iura Ecclesiae non produxit*” (...). Tal como no direito imperial em que, em circunstâncias excepcionais, o Imperador concedia a restituição contra sua própria sentença (...), no Direito Canônico, também, a restituição podia ser concedida contra sentença proferida pelo Papa.

Vale ressaltar que as semelhanças entre a restituição romana e a canônica devem-se ainda ao fato de que outros conceitos do Direito Romano foram incorporados pela Igreja Católica, como a própria coisa julgada, detentora de extrema força. Além disso, conservou-se o caráter de excepcionalidade deste instituto, posto que havia previsão legal expressa de recursos apelativos a serem interpostos perante as instâncias superiores dos tribunais eclesiásticos, com vistas à reforma de uma decisão que não satisfizesse o condenado.

Da mesma forma que o Julgamento de Susana representa uma aplicação emblemática de revisão criminal no Direito Hebraico, o Direito Canônico também possuiu uma situação emblemática que exteriorizou o instituto da *restitutio in integrum* em sede de decisões religiosas: cuida-se da condenação de Joana D'Arc. Líder do exército francês durante a Guerra dos Cem Anos, Joana foi acusada de bruxaria, heresia e de várias outras condutas ensejadoras de traição a Deus e à fé cristã e submetida a julgamento em 1431. Cerca de dez sessões do julgamento foram verificadas na ausência de Joana, até que, finalmente condenada, ela foi queimada viva no dia 30 de Maio daquele mesmo ano, apenas um dia após a prolação da sentença. Análises posteriores da instrução do processo, porém, revelaram vários erros e abusos cometidos pelas autoridades persecutórias, de sorte que o clamor suscitado pelos vícios levou o Papa Calisto III a determinar a revisão do mesmo em 1456, através de um rescrito pontifical. O arcebispo de Reims, responsável pela revisão, acabou por declarar o processo ao cabo do qual Joana D'Arc foi condenada, nulo, absolvendo-a, postumamente, de todas as acusações contra ela lançadas. E mais: em 1909, o Papa Pio X declarou-a beata, sendo finalmente canonizada, em 1920, por Bento XV, tornando-se até mesmo padroeira da França. Em suma, a *restitutio in integrum* foi responsável por levar Joana D'Arc da condição de bruxa para a de santa, ainda que de maneira extremamente tardia.

Ocorre que, enquanto o Direito pregado pela Igreja florescia com a herança dos romanos, o restante da Europa, regida pelo Direito Germânico, assim nominado por decorrer das instituições elaboradas pelos bárbaros germânicos invasores do continente, sofria com a ausência de normas eficazes que pudessem acarretar julgamentos seguros e possibilidades de revisão da coisa julgada. Neste contexto, é interessante observar que, enquanto o próprio Direito Canônico era dotado de uma elevada carga de racionalidade, o Direito empregado nos julgamentos feudais era extremamente arcaico, consubstanciado em sua maioria nos chamados Juízos de Deus, utilizados nas situações em que não havia elementos suficientes para proferir julgamento claro, e apegado às teses de divindades que se personificavam nos juízes infalíveis. É o que ensina Élcio Arruda (2009, p. 50):

Acreditava-se estar a administração da justiça entre os homens dirigida por Deus, presente em todos os seus atos e a demonstrar a qual das partes litigantes assistiria razão. Os Juízos de Deus estavam à moda de um

oráculo, apontando o inocente e o culpado. Em última análise, tinham o escopo de viabilizar o julgamento, de sorte a obviar o *non liquet*, situação em que dúvida insolúvel o obstaria.

Não se quer com isto afirmar que a Igreja Católica, atuando como verdadeiro Estado, exercendo jurisdição, adquiria características laicas, pelo contrário, mas sim que ela conseguia de uma maneira aprimorada e invejável, mesclar a religiosidade e os mandamentos divinos à evoluída ciência jurídica oriunda dos romanos, o que é digno de reconhecimento. E nestes mesmos moldes, o Direito utilizado pela Igreja Católica permaneceu, ao longo dos séculos, até 1917, quando foi editado o primeiro Código de Direito Canônico. Referido diploma legal possibilitava a revisão das sentenças de maneira favorável aos condenados em casos nos quais se verificasse evidente injustiça, configurada nas situações expressamente previstas no cânone de nº 1905, principalmente quando o erro no julgamento resultava de decisões proferidas em desconformidade com as disposições legais ou então se baseavam em documentos ou testemunhos falsos. As hipóteses de modificação da *res judicata* eram taxativas e não admitiam qualquer análise extensiva por parte da autoridade revisionária. Da mesma forma, sempre se verificavam apenas em benefício do condenado.

Atualmente, encontra-se em vigor o Código datado de 1983, basicamente uma reformulação da legislação anterior, estando os preceitos relativos à *restitutio in integrum* disciplinados pelo cânone de nº 1645, que traz as mesmas situações anteriores, favorecendo o acusado, com uma modificação, presente no parágrafo 5º do dispositivo e responsável por prever a anulação de sentença posterior proferida contrariamente à decisão anterior já transitada em julgado, ou seja, traz uma modificação da coisa julgada para a preservação da própria coisa julgada, verificada em processo anterior já encerrado e definitivamente julgado.

Além disso, importante destacar que há um prazo preclusivo para a formulação do pedido de *restitutio in integrum*. Na explicação de Sérgio de Oliveira Médici (2000, pp. 68-69) acerca do tema, vale ainda destacar as autoridades competentes para a apreciação da revisão:

Se o condenado sustentar a ocorrência do erro na decisão pelos casos referidos no cânone 1.654, § 2º, ns. 1 a 3 (provas falsas, descoberta de outros documentos e sentença proferida por dolo de uma parte em prejuízo da outra) o prazo é de três meses, contados a partir do dia em que se teve conhecimento dos referidos motivos (pedido dirigido ao juiz que proferiu a

sentença); a restituição fundada nos ns. 4 e 5 (violação à lei e ofensa à coisa julgada), deve ser pedida ao tribunal de apelação, também em até três meses, contados da data da ciência da publicação da sentença; mas se, no último caso, o conhecimento da decisão precedente se deu mais tarde, o prazo só decorre a partir de tal conhecimento.

A fixação deste lapso temporal, cujo termo inicial é dotado de caráter subjetivo, ou seja, o conhecimento do motivo apto a embasar a *restitutio*, enseja a possibilidade de ocorrência da revisão da sentença condenatória, em sede de Direito Canônico, em período extremamente posterior à data em que a decisão transitou em julgado.

Finalmente, no que tange ao Direito Canônico, é interessante ressaltar que o pedido de *restitutio in integrum* possui o interessante poder de suspender ou obstar a execução da sanção, salvo a existência de manifesta intenção protelatória do pedido formulado, o que se reveste de importância considerável a partir do momento em que ela evita a ocorrência de danos ainda maiores ao indivíduo condenado e futuramente inocentado em sede de reexame do processo ao fim do qual foi-lhe imposta uma reprimenda.

Feitas tais considerações ao Direito Canônico, que na Idade Média afigurou-se como de suma importância, mantendo-se em pleno século XXI atual e com apenas algumas modificações, merecem também destaque o Direito Francês e o Direito Português. Inicialmente, na França do medievo, a única forma de apelação de uma decisão judicial desfavorável era através dos duelos, expoentes dos já mencionados Juízos de Deus e responsáveis por definir a parte vitoriosa e o vencido através das armas. Ora, quando havia uma discussão extremamente dúbia e não dirimida de maneira eficaz pelos órgãos oficiais do soberano representante do Estado, acreditava-se firmemente, segundo ensina Élcio Arruda (2009, p. 52), que “Deus, justo e vingador, outorgaria a vitória a quem dispusesse de razão” em sede da instituta então conhecida como *duellum*, que, em síntese, pode ser considerada como o voluntário combate entre os litigantes.

A contenda que se estabelecia revestia-se de grande cerimonial, sendo interessante perceber que os conflitantes tanto podiam lutar por si mesmos quanto indicar representantes para defender seus interesses no duelo. Tal mecanismo chegou a ser legitimizado pelo Direito Francês através da *lex burgundionum*, ou lei da Borgonha.

Com o decurso do tempo, a influência da Igreja Católica sobre os monarcas fez com que estes passassem a legislar no sentido de proibir estas formas bárbaras de dirimir os conflitos de interesses, atitude que culminou na decisão de Luís IX em proibir terminantemente os duelos na França, no ano de 1260. A ele seguiu-se um mecanismo interessante chamado de *proposition d'erreur*, instituído por Filipe IV em 1302 e apto para apontar quaisquer falhas ou erros nas decisões judiciais.

A *proposition d'erreur* podia ser utilizada para rever as condenações definitivas, mas era dotada somente de efeito devolutivo e não suspensivo, ou seja, não impunha a interrupção da execução da sanção imposta ao condenado, havendo previsão de sanções pecuniárias à parte que sucumbisse no procedimento, medida que evitava a provocação da atuação do Estado com objetivos meramente procrastinatórios. Tal instrumento perdurou durante toda a Idade Média.

De outra banda, no que tange ao Direito medieval português, este inicialmente tomou contato com a possibilidade de revisão dos processos já definitivamente julgados como uma espécie de graça concedida pelo soberano ao indivíduo que erroneamente havia sido alvo de uma sanção penal, ou seja, de uma maneira muito semelhante aos originais institutos romanos revisionais.

O primeiro instrumento utilizado neste sentido pautava-se na chamada Lei das Sete Partidas, norma originalmente editada pelo rei Alfonso X de Leão. Tal legislação previa ser uma determinada decisão judicial válida apenas e tão somente se não fosse descoberto qualquer motivo posterior que pudesse acarretar sua anulação, ou seja, as sentenças eram válidas até provado o contrário. Referida norma aplicou-se a Portugal em decorrência do fato de que o território português era, antes de adquirir autonomia, um condado do Reino de Leão. Moacyr Lobo da Costa (1995, p. 106), afirma sobre a Lei das Sete Partidas:

O esmero na escolha do vocabulário, na correção dos períodos e no estilo das frases fazem desse código, também pela forma, o maior monumento literário da Espanha medieval. O direito contido em seus dispositivos e traduzido em suas normas é quase todo copiado de fontes alienígenas, porém a linguagem de seus textos, é castiça, do mais puro castelhano.

Assaz avançada para o medievo, a Lei das Sete Partidas realmente possibilitava, de maneira eficaz, uma modificação dos julgados definitivos nas situações de falsos testemunhos ou provas e corrupção dos magistrados.

Originalmente portuguesa, a primeira legislação noticiada é o denominado Livro das Leis e Posturas, editado no reinado de D. Afonso II, no qual duas normas específicas versavam sobre a possibilidade de alteração da coisa julgada. A primeira destas referidas normas visava manter o grande poder detido pelo soberano, justamente porque previa que somente decisões transitadas em julgado proferidas pelos magistrados regionais poderiam ser revistas; no que tange aos julgamentos proferidos pelos altos tribunais componentes da Cúria Régia, estas não eram passíveis de revisão, ainda que fosse possível ao sancionado pleitear o perdão real, mas não através desta revisão. Ao lado destes preceitos, cumulavam-se sanções aos requerentes que demandassem a revisão dos processos desprovidos de um embasamento razoável.

A segunda norma existente no Livro das Leis e Posturas que tratava da possibilidade de revisão das sentenças definitivas consistia numa modalidade bastante interessante e necessária para a época. Nos dizeres de Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 78):

Trata-se de uma espécie de revogação *ex officio* da sentença que condenava uma pessoa à morte ou mutilação, imposta num momento de *sanha* (raiva, ódio, rancor) do soberano. Por isso, aguardava-se pelo prazo de vinte dias a apresentação de um pedido de revisão ou sua concessão, de ofício.

Pertinente a referida disposição, justamente porque o poder real de então permitia aos soberanos a imposição de referidas sanções violentas sem as prerrogativas atualmente existentes para a atuação de um julgador, principalmente a imparcialidade. E permitia-se a ele, neste contexto, atuar por vingança ou dominado pela cólera. Prudente era a disposição de que se deveria aguardar certo lapso temporal para a execução destas decisões, ainda que bastante reduzido, prazo no qual era possível interpor o pedido de revisão das decisões, disposição esta que não se verificava nem mesmo no Direito Canônico; tome-se por exemplo, a própria sentença proferida contra Joana D'Arc, executada no dia seguinte à prolação.

Em seqüência ao Livro das Leis e Posturas estão as Ordenações do Reino de Portugal. As ordenações eram compilações de normas que versavam sobre todos os ramos do Direito, trazendo em seu bojo também a possibilidade de modificação eventual da *res judicata*. A primeira destas ordenações foi aquela elaborada por ordem de D. Afonso V em 1446, motivo pelo qual se denominavam

Ordenações Afonsinas. Referido compêndio previa duas situações nas quais a revisão criminal era possível, mas cabe aqui o alerta de Álvaro Machado da Costa Villela (1897, p. 98), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 82), de que “a revisão das sentenças que contivessem erros dependia do puro arbítrio do soberano, limitando, simultaneamente, o seu número, com a ameaça de penas aos que, sem êxito, as solicitassem”.

A primeira das modalidades de revisão criminal era possível quando viesse à lume o suborno do magistrado julgador ou a prova fraudulenta sobre a qual a condenação do réu encontrava fundamento e denominava-se *revisio de justitia*. A segunda dependia ainda mais do arbítrio do monarca que a primeira, podendo ser concedida por provocação ou de ofício, numa espécie de graça ou simples perdão real, um ato de benevolência do monarca para com os condenados, sendo denominada de *revisio ex speciali gratia principis*.

As Ordenações Manuelinas, datadas de 1514 e construídas no reinado de D. Manuel I, seguiram-se às Afonsinas e mantiveram praticamente todas as suas disposições, de sorte que as alterações foram mais formais do que materiais. Ainda existiam dois instrumentos de impugnação à sentença definitiva, sendo que os mesmos mantiveram suas nomenclaturas e o lapso temporal para seu requerimento pelo indivíduo injustamente condenado foi aumentado para até dois meses contados da data de publicação do decreto condenatório. Com tais legislações, encerra-se a legislação medieval portuguesa.

2.2.4 Direito nas idades moderna e contemporânea

É no Direito Francês que se encontram os mais notáveis expoentes de instrumentos que podem ser considerados equivalentes da revisão criminal durante a Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea. No que tange à *proposition d'erreur*, esta continuou sendo o mecanismo utilizado pelo Judiciário francês para promover a revisão da coisa julgada, sanando erros dos magistrados. Ocorre que nestes períodos mais recentes, a competência para apreciar esta espécie de *revisio*, que até então pertencia aos parlamentos, foi transferida para o Conselho do Rei. Note-se que na concepção original do moderno Estado Francês, os parlamentos

eram tribunais dotados de ampla soberania e competência, e não órgãos legislativos, ainda que coubesse a eles uma espécie de referendo da norma criada pelo legislador, aprovação esta que vinculava a existência de eficácia da legislação. O rei, por sua vez, atuava diretamente na esfera das revisões criminais conforme a promulgação de Ordenanças, espécies de decretos pelos quais ele podia reformular as disposições do instituto jurídico.

Quando da suso mencionada modificação, estipulou-se que o monarca deveria fazer-se presente a todas as sessões de julgamento de *propositions d'erreur*. Entretanto, Luís XIV, símbolo do absolutismo monárquico, veio a extinguir este notável instrumento jurídico em 1667, sob o frágil argumento de que ele era ofensivo à classe dos juízes, a partir do momento em que possibilitava novas discussões acerca de crimes já definitivamente esclarecidos e julgados, impondo falhas e ausência de isenção do órgão julgador. Três anos depois, em 1670, as necessidades do Judiciário francês impuseram uma espécie de reprimenda destas revisões, agora denominadas simplesmente de *révision*. Com efeito, a França conta com vários erros judiciais em sua história que acabaram por gerar consequências extremamente danosas tendo em mente as sanções cominadas pelas legislações penais da época. Um deles, motivado por intolerâncias religiosas, chocou não apenas a França, mas também os demais países da Europa, que dele se inteiraram em decorrência da intervenção do próprio filósofo Voltaire.

Cuida-se do chamado “Caso Calas”. Juan Calas, de aproximadamente 64 anos, era um bem sucedido comerciante de fé protestante, residente na cidade de Toulouse com a esposa e seis filhos. O primogênito Marc Antoine, de 29 anos, era um jovem dominado pela depressão, especialmente pelo fato de ser bacharel em Direito, conhecido pelo seu amplo saber e amor à ciência, mas impedido de exercer a advocacia por não ser católico. Em 1761, Marc Antoine suicidou-se, vindo os rumores de sua morte a espalharem-se pela cidade de maneira assaz depressa, reunindo-se grande número de pessoas curiosas defronte à residência dos Calas. Isto porque o costume católico da época condenava terrivelmente os suicidas, que deveriam ser arrastados nus, por carroças, pelas ruas da cidade, em decorrência da desonra de terem cometido um crime contra si mesmos. Dominados pela dor e estarecidos com a possibilidade do corpo de seu filho ser exposto a tal situação, os Calas negaram o suicídio e rapidamente foram acusados, tese esta impulsionada

fortemente pelo clero e imediatamente acatada pelas classes mais simples da sociedade local, de terem assassinado o próprio filho.

A perseguição aos protestantes ganhava proporções absurdas na França do século XVIII, o que contradiz com seu evoluído aspecto cultural e filosófico. O fato é que contra a família toda foi aberto um processo e o patriarca Juan condenado pelo parlamento de Toulouse à morte pelo chamado suplício de roda, no ano de 1762. Conforme relata René Ariel Dotti (2003, p. 102), a execução da sentença proferida contra Calas revestiu-se de horrores dignos do medievo:

A execução da pena capital foi marcada com lances de extraordinária violência. O carrasco quebrou os membros e o peito do condenado com golpes de uma barra de ferro, para, em seguida, amarrá-lo na roda. A morte veio após lenta agonia. Completando o sinistro ritual, o corpo foi queimado.

Os demais membros da família foram absolvidos pouco após a execução da sentença de Juan. Alguns anos depois, quando tomou conhecimento íntegro do ocorrido, um inconformado Voltaire resolveu auxiliar a viúva Calas a provar a inocência de seu marido, ainda que *post mortem*. Para tanto, usou todo o seu saber filosófico e jurídico para provocar a revisão do processo, que foi admitida em 1764. Um ano depois, a sentença condenatória de Juan Calas foi declarada nula e o parlamento de Paris reabilitou o executado. Atualmente, existe em Toulouse um monumento erigido no local em que Juan Calas sofreu seu suplício e veio à morte em decorrência da preservação da dignidade de seu infeliz filho.

Interessante observar que o novo mecanismo da *révision* era mais amplo que o anterior, segundo ensina Robert Fazy (1889, p. 13), apud Élcio Arruda (2009, p. 57), para quem ela:

Era admitida quando se tratasse de erro de fato, sem limitações de casos e, inclusive, os herdeiros do condenado falecido poderiam empunhá-la. Circunscrevia-se a agraciar o réu e, por conseguinte, era insusceptível de uso pela acusação.

Vê-se, assim, que da mesma forma que nos casos das primitivas legislações, como nos casos dos Direitos Romano e Hebreu, a tradição francesa sempre foi impulsionada por uma concepção *pro reo*, ou seja, em benefício do réu, para reger as revisões criminais.

A Revolução Francesa, contudo, mais uma vez banuiu do ordenamento jurídico francês qualquer possibilidade de revisão das sentenças, principalmente por que as alterações legislativas verificadas, mormente na Constituição de 1791, instituíram os julgamentos públicos e ressuscitaram o Tribunal do Júri como meio de participação do povo nas decisões judiciais.

Somente sob a égide do governo do imperador Napoleão I e a promulgação do Código de Instrução Criminal, no ano de 1808, a revisão criminal voltou ao arcabouço normativo francês, sendo possível nas seguintes situações: nos casos de violação da *res judicata* – outro exemplo de alteração da coisa julgada para a preservação deste mesmo instituto, verificado anteriormente em outro processo; nos casos de litispendência; nos casos em que suposta vítima de homicídio era encontrada viva; e nos casos de descoberta de falsidade no depoimento de testemunha sobre o qual a sentença condenatória encontrava seu supedâneo. Assim, permaneceu a revisão criminal francesa no decorrer do século XIX. Heráclito Antônio Mossim (1997, p. 29), assinala que:

Uma lei de 29 de junho de 1867 aumentou seu campo de atuação, permitindo em matéria correcional seu emprego contra as condenações que exigem prisões ou que importem em privação parcial ou total dos direitos cívicos, civis e de família e admitida a revisão para aqueles que já faleceram.

Até que se verificou outro erro judiciário francês, desta vez o “Caso Dreyfus”, que faz menção à equivocada condenação do militar Alfred Dreyfus, ocorrida em 1894.

Segundo René Ariel Dotti (2003, p. 398):

Capitão de artilharia junto em função junto ao Estado-Maior, Dreyfus, descendente de judeus alsacianos foi acusado, aos 35 anos de idade, de ser o autor de uma carta (o famoso *borderaux*), pelo qual eram transmitidas ao adido militar alemão em Paris, Major Schwartzkoppen, informações sobre recursos e planos estratégicos do exército francês. Submetido a um Conselho de Guerra integrado por sete oficiais, seus colegas de farda, acabou sendo condenado, por unanimidade de votos e em sessão secreta (*a huis clos*), à destituição das honras militares e ao degredo perpétuo na Ilha do Diabo (Guiana Francesa). Segundo registros confiáveis, o Conselho proferiu seu veredicto louvando-se em meras presunções extraídas de um tipo de prova da qual não tiveram conhecimento o acusado e seu defensor.

Como se vê, a ausência de um contraditório efetivo foi uma das causas da precipitada condenação de Dreyfus. Anos depois o verdadeiro autor do

documento foi descoberto, outro oficial ligado ao Estado-Maior francês, comandante Esterházy, e, em 1906, um Tribunal de Cassação reabilitou Alfred. Na defesa do condenado, existem até mesmo magníficos textos de autoria do brasileiro Rui Barbosa. Em decorrência do ocorrido, uma lei foi editada no sentido de permitir a revisão criminal em qualquer situação, pouco importando a reprimenda imposta ao réu, bastando a demonstração de provas até então desconhecidas, capazes de corroborar a alegação de inocência do sancionado.

Acerca deste levantamento histórico, e até mesmo como justificativa ao especial enfoque dado ao ordenamento francês, insta trazer à lume, mais uma vez, a lição de Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 97) para quem “o modelo francês de revisão dos julgados criminais findos influenciou a legislação de diversos países europeus, como Espanha, Bélgica, Itália, Suíça, Portugal, bem como de nações latino-americanas”. Tais países refutam as chamadas revisões criminais de origem tudesca, aquelas que se dirigem tanto ao benefício de um condenado quanto da sociedade. Completando e já antecipando uma discussão futura, os dizeres de Adelino da Palma Carlos (1927, p. 83), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 97):

Do direito francês irradiou a revisão das sentenças condenatórias, que representassem erros judiciários, para as várias legislações; mas apenas firmados seus princípios reguladores, logo surgiu a questão de saber se o mesmo espírito de justiça, que permitia a revisão a fim de que continuasse a sofrer um condenado inocente, não levaria a aplicá-la às absolvições injustas, isto é, paralelamente ao instituto da revisão *pro reo* não deveria estabelecer-se a revisão *pro societate*.

Também o Direito Português merece destaque neste período, posto que ele é o berço do próprio ordenamento jurídico brasileiro. Quando do advento da Idade Moderna, ainda se encontravam vigentes as Ordenações, tendo-se destacado as Filipinas, construídas por determinação de D. Filipe I em 1603. Contudo, tal legislação trouxe um retrocesso a partir do momento em que foram proibidas as revisões nos processos criminais, salvo se as condenações fizessem menção às penas pecuniárias, o que contrariou todo o ordenamento jurídico aplicado em Portugal desde que ele se tornou Estado soberano.

Tal disposição é, no mínimo, estranha, desproporcional e incongruente, a partir do momento em que se elevam as sanções de multas a um patamar superior ao das sanções corporais, tão comuns à época, sendo que um ponto positivo decorrente desta vedação foi que, por um critério de justiça e equidade, toda uma

construção filosófica e doutrinária baseada na exegese foi realizada em sentido oposto à legislação, tão intensa que acabou por originar uma modalidade inédita de revisão, possível por determinação expressa do rei e somente de acordo com sua vontade, naqueles tempos de absolutismo monárquico, suficientemente poderosa para chocar-se contra o texto da lei e sobre ele prevalecer, dando-se a tal revisão o nome de *revisio principis ex gratia specialíssima*. Este mecanismo constitui um exemplo assaz importante do critério de equidade sendo utilizado em contrapartida a uma legislação severa e absurda, sendo os pensadores de então louvados por terem possibilitado um instrumento apto a fazer valer a retidão e exatidão da aplicação dos princípios gerais do Direito a despeito das absurdas normas que a falha mente humana pode elaborar.

A revisão criminal voltou a ser admitida no Direito Português nos ulteriores anos do século XVII, para todos os processos criminais, sob o nome de revista. Contudo, certa discussão foi criada pelo fato de ter a legislação responsável por discipliná-la, datada de 1768 ter-se utilizado do termo “odiosa” para caracterizar o instituto, ensejando entendimentos de que os legisladores entenderam por bem ressuscitá-la de maneira mais abrangente em Portugal do que as Ordenações Filipinas haviam feito por medida de correção dos erros judiciários, mas deveria ela ser utilizada apenas de maneira extremamente excepcional, preferindo-se sempre os recursos ordinários contra as decisões jurídicas. No que tange a este inadequado termo legal, parece correto exercer uma simples interpretação terminológica para que se atinja seu real significado. Isto porque o termo ódio deriva da expressão latina *odium*, que possui dois significados, quais sejam, aquele de repulsa, raiva, ira e aversão e aquele que faz menção a algo enfadonho, cansativo e tedioso. Por esta razão, a correta interpretação da legislação portuguesa do período iluminista é que a revisão criminal de caráter meramente protelatório é que deve ser combatida, sendo o instrumento dotado de caráter extraordinário.

Acerca do recém alterado instrumento português e suas tratativas na legislação, assim se pronuncia Joaquim José Caetano Pereira de Sousa (1831, p. 189), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 93):

A revista é também uma provocação feita da sentença, mas difere da apelação em que ela é um *remédio extraordinário*. Regularmente a revista não se concede nas causas criminais senão por uma graça especialíssima de imediata concessão régia (...) e só pode ter lugar a respeito do interesse por causa do crime, quando excede a alçada.

A afirmação denota o caráter prevalente desde as interpretações doutrinárias que levaram a possibilitar as revisões criminais sob a égide das Ordenações Filipinas em abarcá-las com o manto da graça real, exteriorização da magnanimidade e benevolência do monarca em corrigir pessoalmente as falhas de seus magistrados. Esta imagem somente se dissipou em meados do século XIX, quando as revoluções liberais impuseram em Portugal o fim do absolutismo e o advento da monarquia constitucional. Desde então, o que era apenas um ato misericordioso do monarca passou a ser absoluto direito dos injustamente condenados, momento em que a competência para sua apreciação foi estipulada como adstrita ao Poder Judiciário, exclusivamente, através da mais alta corte judiciária portuguesa, o Supremo Tribunal de Justiça, retirando-se do rei o poder de apreciação e julgamento dos pedidos de *revisio*.

As hipóteses de admissão desta revisão, segundo as alterações processuais penais de 1837, pautavam-se no Direito Francês e diziam respeito aos casos de contradições entre julgamentos de casos semelhantes; depoentes definitivamente condenados por falso testemunho; e jurados definitivamente condenados por peita ou suborno, ou seja, corrupção.

Proclamada a República Portuguesa em 1910, a Constituição promulgada no ano seguinte assegurou a possibilidade de revisão de todas as sentenças proferidas em processos criminais aos réus que, na verdade, eram inocentes, cabendo asseverar, em finalização a toda esta digressão histórica, que, conforme será analisado mais à frente, o ordenamento jurídico português, base e origem de toda a construção jurídica brasileira, tornou-se extremamente inovador, proporcional, justo e social a partir do momento em que passou a possibilitar, desde 1929, a revisão criminal em prol da sociedade, *pro societate*, sempre como medida de correção dos erros judiciários.

2.3 Os Fundamentos da Revisão Criminal

Por que falar na existência de um instituto jurídico, desde os primórdios da vida em sociedade, como a revisão criminal, que permite que sentenças já

definitivas sejam modificadas? Ora, atualmente, não apenas a legislação processual brasileira, mas também as alienígenas, prezam em elevado grau pela manutenção e cabal observância de princípios como o do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, dentre outros, o que possibilita ao acusado de um crime exercer uma defesa plena e efetiva contra as imputações a ele lançadas ora pelo Ministério Público, ora pela própria vítima de sua conduta.

Não bastasse isto, há a possibilidade de interposição de recursos nos processos penais, de sorte que, somente se o réu acatar a decisão do magistrado que primeiro tomou conhecimento do feito e não atacá-la, ela será definitiva e deverá ser por ele observada e cumprida. Do contrário, é possível instar os tribunais superiores para que estes realizem um reexame do mérito versado na demanda, bem como da forma que o processo reveste, analisando sua pertinência e procedência para veicular uma decisão judicial válida. Tais tribunais são integrados por juízes mais experientes ou de reconhecido saber jurídico, sendo que tais circunstâncias, aliadas ao fato de que os julgamentos ali ocorrem de maneira colegiada, ou seja, não são conduzidos por um único magistrado, servem para dar uma segurança maior ao condenado e à sociedade, nos casos de absolvição, de que o Direito realmente foi aplicado com exatidão no fato verificado.

Contudo, sem jamais se esquecer de que os juízes são, antes de tudo, seres humanos, a doutrina, de modo geral, aponta alguns fundamentos para a existência e possibilidade da *revisio criminis* na seara jurídica, com vistas à alteração de uma decisão definitivamente prolatada em determinado processo. Ei-las a seguir.

2.3.1 O erro judiciário

No que tange ao erro judiciário, o equívoco do Poder Jurisdicional, este consiste no maior fundamento que embasa a defesa da existência da ação de revisão criminal. Em notável obra destinada ao estudo de tal instituto, Jacques de Camargo Penteadó (1995, p. 367) afirma que:

A falibilidade humana não impede a dinâmica da vida. Acertamos, erramos e corrigimos. A evolução vincula-se mais à emenda do que à exatidão. Se no plano moral é vital a preocupação em conhecer o bem e o concretizar,

retificando sempre que dele nos afastemos, no campo jurídico a aplicação das normas deve realizar o justo e, da intimidade com o próprio sistema legal, exsurgir mecanismos de ajuste e correção. O ser humano lesiona bens jurídicos essenciais à convivência social e se lhe impõem sanções rigorosas visando expiação e readaptação que, intensamente afetando sua natureza, estimulam os demais à conduta adequada. A dramática tarefa de acusação, defesa e julgamento, marcada por nossa evidente fraqueza, pode provocar injustiças. Culpados são absolvidos e inocentes condenados. É preciso que aqueles sejam punidos e estes absolvidos (...). Erige-se a revisão criminal para correção do erro judiciário.

Pouco resta a analisar acerca deste sensível e preciso discurso que, mais do que Direito, versa sobre a natureza da raça humana. A falibilidade das pessoas é algo notável desde os primórdios da vida, presente até mesmo no velho brocardo romano *errare humanum est*, ou seja, errar é humano, mormente quando se considera que a realização de um julgamento não é, nem de longe, uma tarefa fácil, podendo as injustiças, assim entendidas como a violação daquilo que a norma legal dispõe ou ainda do senso e conceito de justiça e retidão trazidos pelo sujeito de mediana clareza e diligência, ou seja, o *homo medius*, serem verificadas a qualquer momento, ainda que exista, como acima mencionado, um enorme arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional que busque evitar e reduzir a ocorrência de falhas nas decisões emanadas do Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional, originando situações em que o Direito se encontra cindido ou separado da realidade fática levada a efeito. Vale aqui também a precisa lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 668):

A atividade jurisdicional, como outra de qualquer setor da atividade humana, está sujeita a erros. Quantos veículos não saem das fábricas com defeito! Quantas decisões não evertem, invertem e subvertem o bom Direito! A justiça é feita pelos homens, simples criaturas humanas, sem o dom da infalibilidade.

Por esta razão, os juízes devem agir com uma diligência acima da média, sempre buscando alcançar uma efetiva verdade fática e não apenas a verdade formal trazida pelas provas presentes nos autos, no que consiste até mesmo num dos mais fortes preceitos do processo penal brasileiro, qual seja, a busca pela verdade real.

O erro judiciário pode ocorrer em qualquer ramo do Direito, como civil, penal, trabalhista e tributário, de sorte que aqui cabe uma menção maior ao erro verificado quando da aplicação do Direito Material Penal aos casos concretos, No

que tange a ele, Michelle de Freitas Bagli Figueiredo de Medeiros (2003, p. 39) assevera, com base principalmente nos preceitos mandamentais presentes no Código de Processo Penal, que:

A doutrina moderna quando fala em *erro judiciário penal*, pretende nele incluir todos os atos injustos praticados no exercício da jurisdição, incluindo: a) o erro propriamente dito, no caso da sentença condenatória injusta, b) os atos ilícitos, como as prisões indevidas, e c) os atos originalmente lícitos, como a prisão cautelar regularmente decretada, mas tida, posteriormente, como injusta, em razão da absolvição do acusado. Essa corrente doutrinária é adotada por autores como Luiz Antônio Soares Henz, Maria Sylvia Zanella di Pietro, os quais adotam um conceito amplo de erro judiciário.

Em sendo assim, quaisquer falhas verificadas durante a persecução penal, desde a fase inquisitorial ou extrajudicial, onde a atuação da autoridade policial é mais evidente, até o julgamento, quando se verifica a imposição do Direito ao caso concreto, consubstanciando a resposta do Poder Judiciário à ocorrência criminosa que foi levada à sua apreciação, podem ser consideradas erros judiciários penais. Logo, existem *errors in procedendo*, que são aqueles verificados na condução do procedimento, ou seja, os erros no procedimento, e os *errors in iudicando*, que são aqueles verificados na aplicação da norma legal, ou seja, os erros nos julgamentos. Quanto ao conceito propriamente dito do que consistiria um erro judiciário, vale mencionar, uma vez mais, a lição de Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 216):

O erro é um juízo explícito ou implícito, no qual quem o formula se equivoca, sem o saber, quanto ao objeto da apreciação. Difere da falsidade lógica, em que esta concerne meramente à relação objetiva de um juízo com o objetivo, enquanto o erro inclui também a tomada de posição subjetiva.

Para o doutrinador Giovanni Ettore Nanni (1999, p. 122), a definição de erro judiciário é a seguinte:

O erro judiciário é aquele oriundo do Poder Judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo inerente a possibilidade de cometer equívocos.

À vista de tais magistérios, é possível asseverar que o erro judiciário é uma percepção falsa ou equivocada da realidade pelo magistrado, que implica um

posicionamento equivocado por parte do Poder Judiciário em sua atuação concreta. O referido erro pode ser uma decorrência do emprego de dolo ou culpa por parte do juiz, esta última verificada quando ele age motivado por imprudência ou negligência que o levam a prolatar uma sentença divergente daquela que seria adequada considerando as provas dos autos; da conduta de testemunhas, vítimas, réus e, de maneira geral, quaisquer terceiros que forneçam provas falsas ao processo, dolosamente ou culposamente; e da superveniente descoberta ou aparecimento de fatos ou elementos probatórios que possam conduzir à modificação ou desconstituição da sentença anteriormente prolatada pelo juízo. Sobre os vários motivos que ensejam o erro judiciário, assim se pronuncia Heráclito Antônio Mossin (1997, p. 24):

Como se vislumbra, à sociedade, inúmeras e várias causas podem dar nascimento ao erro judiciário, infelicitando não só o juiz que o ocasiona, como também toda uma coletividade, posto que a Justiça para ser justa não pode laborar em engano, principalmente quando este pode ser evitado e quando incidir sobre a liberdade individual.

Pertinente a afirmação do autor em considerar que o erro judiciário não afeta apenas as partes de um processo, mas sim toda a coletividade. Isto porque no momento em que o Poder Judiciário erra, sua credibilidade perante os cidadãos fica comprometida, a crença que estes depositam na justiça fica abalada e seu senso comum daquilo que é correto fica desvirtuado. E à luz destas constatações, se faz necessário ressaltar que a revisão criminal é o mecanismo adequado para a correção de referidos equívocos, infelizes, possíveis e comuns na prática, promovendo a correta aplicação do Direito Penal aos casos concretos e devolvendo às partes e à sociedade a segurança jurídica que deve ser externada por todo e qualquer órgão público.

2.3.2 Favorecimento à justiça e à estabilidade social

Uma das finalidades pelas quais o Poder Judiciário profere decisões em caráter definitivo, originando a coisa julgada, é a promoção da estabilidade nas relações verificadas entre as pessoas, sejam elas jurídicas ou apenas sociais. Neste

contexto, a revisão criminal atua como remédio necessário para que um pronunciamento indefinido por parte do Poder Judiciário não provoque a discórdia nos jurisdicionados. Daí serem ambos os institutos imprescindíveis para a manutenção da estabilidade jurídica e social, de sorte que nas situações onde a harmonia entre ambos é destoada pela presença de uma falha do competente julgador, impõe-se a imediata correção do mesmo para que a discórdia e a descrença na aplicação da justiça não sejam verificadas.

Vale mencionar que um país que reconhece a possibilidade de que seu poder originalmente destinado a julgar e decidir os conflitos de interesses venha a incorrer em falhas e que cria meios e garantias para que as mesmas sejam corrigidas é um Estado sábio e magnânimo, cômico de suas obrigações para com aqueles que nele desenvolvem sua existência pública e privada, evitando que estes desconfiem das próprias instituições às quais se sujeitam. Se a possibilidade de erro é real e sabida, também o deve ser a possibilidade de correção do mesmo.

Note-se que os instrumentos que o Judiciário de um determinado Estado pode possuir para que os erros judiciais sejam coibidos podem ser tanto preventivos quanto reparatórios; aqueles voltados a evitar a ocorrência de referidas falhas e estes à correção que se impõem quando eles são verificados, apesar da aplicação das medidas de prevenção. A revisão criminal, enquadrada nestes últimos, possui, em sede de favorecimento à justiça e à estabilidade social, a função de reforçar a crença popular no emprego da justiça e no cumprimento das leis, na prevalência daquilo que se convencionou considerar correto sobre o que é errôneo, restando aqui outro importante fundamento para a existência deste instrumento legal.

2.3.3 Fundamento político

A existência de um fundamento político para a verificação de revisões criminais é trazida pela doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2011, p. 240). Referidos doutrinadores ensinam que:

Dois valores, que podem ser antagônicos, são levados em consideração para resolver situações críticas: de um lado, o valor segurança, representado pela coisa julgada; do outro, o valor justiça, defendido pelo sistema recursal. Porém, às vezes, o sistema recursal pode não ser suficiente para estabelecer a justiça material, e é por isso que surgem remédios como a revisão criminal e a rescisória cível.

O fundamento político a que os magísteres se referem, encerrada esta exposição inicial que corrobora todo o afirmado até aqui, volta-se especificamente para os países que adotam apenas e tão somente a revisão criminal *pro reo*, ou seja, em favor, benesse ou benefício do acusado injustamente condenado, dentre os quais o Brasil. Funciona este argumento, na verdade, mais como uma forma de embasar a opinião de que os Estados devem filiar-se à revisão criminal *pro reo* e repudiar a *revisio* em prol da sociedade do que um fundamento para a própria existência do instituto, mas por ser ele tratado como “fundamento” da revisão criminal e amoldar-se às regras deste instrumento jurídico previstas na legislação processual penal nacional, aqui ele será considerado. Referido argumento assevera que todo processo penal, por maior que seja o seu respeito às regras procedimentais e de direito material, causa constrangimento, vergonha e violação de direitos do acusado ao qual se imputa a prática de um delito. A própria persecução penal já seria uma reprimenda por si mesma, afirmando eles que:

O fundamento da linha que advoga a utilização da revisão exclusivamente *pro reo* também é político: o drama do processo penal, que já é um castigo, os direitos da personalidade e da intimidade, o princípio do *favor revisionis* (desdobramento daquele do *favor rei*) – tudo leva a concluir que o réu absolvido não pode ser submetido a novo julgamento.

E concluem seus ensinamentos nos seguintes termos conclusivos:

Melhor atende aos interesses do bem comum a manutenção de uma sentença injusta, proferida em prol do réu, do que a instabilidade e insegurança que ficaria submetido o acusado absolvido, se o pronunciamento absolutório pudesse ser objeto de revisão.

Data vênia, enorme respeito merecem os doutrinadores em questão, grandes expoentes da doutrina processual brasileira, mas a afirmação não parece ser a mais correta quando se fala em revisão criminal, ainda que, historicamente, o Brasil tenha sempre se filiado à corrente principiológica e normativa que, de conformidade com o exposto, adota a possibilidade de alteração das decisões

judiciais irrecorríveis em benefício, apenas e tão somente, do réu. Este ponto é bastante delicado e suscita ferrenhas discussões, mas, em síntese, não parece crível afirmar que a correção de um erro judiciário pudesse trazer uma insegurança jurídica intolerável, mesmo porque é a sociedade, como um todo, a maior interessada na repressão ao crime e no acerto das sentenças prolatadas pelos magistrados..

2.4 O Pressuposto ou Objeto da Revisão Criminal

O pressuposto ou objeto da revisão criminal é responsável por analisar a que situação ela é voltada, ou seja, o que este instrumento visa atacar, combater e modificar. Nesta seara, por todo o exposto até aqui, está claro que a revisão criminal visa modificar uma decisão jurisdicional definitiva, ou seja, que já foi objeto de trânsito em julgado, sendo que tal decisão, a última palavra proferida pelo Poder Judiciário num determinado processo penal acerca de dada ocorrência concreta, é o objeto ou pressuposto da revisão criminal.

Segundo os ensinamentos de Vicente Greco Filho (2009, p. 429), que é taxativo em suas conclusões:

É pressuposto do pedido de revisão ter a sentença transitado em julgado. Enquanto couber recurso há carência de revisão. Mas não há necessidade de que tenham sido esgotados todos os recursos cabíveis. O réu pode abandoná-los e propor revisão.

Denota-se, diante do exposto, que ainda que seja absolutamente necessário que a decisão proferida pelo Poder Judiciário seja irrecorrível para que se possa falar em possibilidade de revisão criminal, nem sempre esta decisão terá sido proferida pela máxima instância jurisdicional, posto que o réu pode optar por não apresentar qualquer recurso contra a sentença monocrática prolatada pelo magistrado de primeira instância e, verificando-se o trânsito em julgado da mesma, ajuizar uma revisão criminal. Em síntese, diante do fato de que o objeto da revisão criminal é a sentença judicial transitada em julgado, seu pressuposto é a própria coisa julgada.

Em sede de processo penal brasileiro, a sentença judicial transitada em julgado necessariamente deverá ser condenatória, impositora de sanção ao réu, para que possa ser objeto de uma revisão criminal. Note-se que, de consonância com o alhures mencionado, o Brasil admite apenas e tão somente a ocorrência da revisão criminal *pro reo*. Cabe aqui ressaltar que as sentenças absolutórias podem ser categóricas ou dubitativas: as primeiras são aquelas nas quais existe um juízo de certeza por parte do magistrado julgador de que o imputado é realmente inocente do crime ocorrido e apurado nos autos, enquanto que nas segundas o que existe é justamente o oposto, ou seja, há a presença de dúvida surgida dos autos, e tendo em mente o fato de que o ordenamento jurídico penal brasileiro somente admite condenações pautadas na certeza da culpabilidade do agente, referidas incertezas conduzem à absolvição imprópria do acusado. E, neste contexto, quer seja a decisão judicial definitiva absolutória categórica ou dubitativa, ela não poderá ser objeto de revisão criminal.

De outra banda, também é possível classificar as sentenças absolutórias em próprias e impróprias. As sentenças absolutórias próprias são aquelas que pronunciam a ausência de responsabilidade penal do acusado sem impor-lhe absolutamente qualquer ônus que eventualmente se encontre legalmente previsto. Já as sentenças absolutórias impróprias, por suas vezes, são aquelas que, muito embora classificadas como absolutórias, impõe ao acusado uma medida de segurança, de modo a trazer-lhe um ônus em decorrência da própria absolvição. Neste contexto, assevera Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1096):

A doutrina é pacífica no sentido de também se admitir o ajuizamento da revisão criminal em face de sentença absolutória imprópria com trânsito em julgado. Afinal, tal decisão, conquanto classificada como absolutória, tem inegável carga condenatória, já que se submete o acusado ao cumprimento de medida de segurança (CPP, art. 386, § único, III), verdadeira espécie de sanção penal.

Logo, por submeter o réu a uma medida de segurança que poderá, dependendo do caso, ser restritiva ou detentiva, as sentenças absolutórias impróprias também poderão ser objeto de revisão criminal. Para tal afirmação, considera-se não apenas a classificação da sentença, mas também sua essência e substância, bem como os efeitos que produz na vida do jurisdicionado, justamente porque as sentenças absolutórias impróprias possuem conotação e caráter

repressor do Estado a partir do momento em que impõe ao acusado uma medida de segurança. Neste sentido, também é a lição de Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Malluly (1999, p. 490), para quem “a revisão criminal somente é cabível para desconstituir sentença penal condenatória com trânsito em julgado ou a chamada sentença absolutória imprópria, que tem caráter sancionatório”. Assim, conclui-se que a decisão judicial que denote uma resposta repreensiva do Estado diante do réu pode ser objeto de uma *revisio* em prol do sancionado.

Vale ainda mencionar que, tendo por premissa os preceitos contidos no Código de Processo Penal pátrio, também não podem ser alvo de revisão criminal, as decisões interlocutórias, assim entendidas como aquelas que julgam incidentes processuais e preparam a demanda para o julgamento de mérito, qual seja, a decisão final; os despachos de mero expediente, que impulsionam o processo ao julgamento; e as sentenças que extinguem o processo sem resolução do mérito, como aquelas que reconhecem a prescrição, por fim, também não podem ser objeto de revisão criminal.

Cabe aqui ressaltar que a coisa julgada, que surge quando da prolação da decisão definitiva nos autos do processo, pode ser tanto de natureza formal, quando de natureza material, sendo estas as suas duas modalidades. A coisa julgada formal é verificada no momento em que não mais é possível interpor recursos nos autos, fato que leva à conclusão de que em algum momento, ela será verificada num processo. A coisa julgada material, por seu turno, é aquela que se verifica quando a demanda é encerrada com a aplicação do direito material ao caso concreto, ou seja, quando se verifica uma evidente decisão de mérito, que soluciona a lide e dirime o conflito de interesses. Ambas conduzem à imutabilidade da decisão e possuem, entre as partes envolvidas no conflito, força equivalente à de uma lei. Neste diapasão, Heráclito Antônio Mossin (1997, p. 53) explica as duas modalidades de coisa julgada:

Da eficácia da sentença surge a coisa julgada material. Nesta hipótese, preclusas as vias recursais, o comando emergente da sentença adquire autoridade de coisa julgada. Tem força de lei entre as partes, impedindo que a relação de direito material decidida seja reexaminada pelo mesmo ou outro juiz. Assim, a coisa julgada material, além de estar vinculada à matéria de direito substancial, que constitui a *res iudicium deducta*, o conteúdo do processo, não só atinge as partes da relação jurídico-processual, como também terceiros (*erga omnes*). Da autoridade da coisa julgada aparece a coisa julgada formal. Aqui, ocorrendo a preclusão das vias recursais (máxima preclusão), a sentença definitiva de mérito torna-se imutável entre

as partes, no mesmo processo onde o *decisium* foi proferido. Daí, a coisa julgada formal é a qualidade da sentença, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo. Portanto, atente-se que a coisa julgada aqui considerada é chamada formal porque está vinculada ao processo como forma de composição dos litígios.

Neste contexto, a imutabilidade dos julgados destina-se à manutenção, em última instância, da credibilidade do Poder Judiciário, da segurança jurídica e da soberania estatal como mecanismos para preservar a convivência pacífica entre os cidadãos, também em decorrência do contramajoritarismo do Poder Judiciário, como alhures se fez verificar. Logo, a título de pressuposto da revisão criminal, o doutrinador supra mencionado defende que se fala em coisa julgada formal no momento em que se atenta à possibilidade de utilização deste instrumento, justamente porque só se fala em *revisio* no momento em que não for mais possível interpor qualquer recurso no processo. Contudo, como quase todos os institutos jurídicos, a coisa julgada não é absoluta e pode ser relativizada, como ensina o ilustre Germano Marques da Silva (1994, p. 359):

Com o trânsito em julgado da decisão a ordem jurídica considera em regra sanados os vícios que porventura nela existirem. Há, porém, certos casos em que o vício assume tal gravidade que faz com que a lei entenda ser insuportável a manutenção da decisão. O princípio da Justiça exige que a verificação de determinadas circunstâncias anormais permita sacrificar a segurança que a intangibilidade do caso julgado exprime, quando dessas circunstâncias pode resultar um prejuízo maior do que aquele que resulta da preterição do caso julgado.

Havendo, então, os vícios de excessiva monta mencionados, advindos do erro judiciário e da necessidade de manutenção da estabilidade social e da justiça, afigura-se a revisão criminal como medida eficaz para promover a relativização da coisa julgada em sede de processo penal, já que em situações como esta, a preservação da imutabilidade das decisões judiciais acarretaria maiores danos do que sua própria mitigação, de sorte que não se pode conceder beneplácito a uma regra absoluta que implica na violação de preceitos fundamentais básicos definidos na Carta Constitucional.

2.5 A Natureza Jurídica da Revisão Criminal

Existem divergentes opiniões doutrinárias acerca da natureza jurídica da revisão criminal, sendo importante que seja ela estabelecida de maneira correta, justamente porque somente desta maneira se alcançará a correta estruturação e inserção do instituto dentro da própria teoria geral do processo.

Há doutrinadores que entendem ser a revisão criminal revestida de caráter recursal, ou seja, seria ela uma modalidade especial de recurso interposto contra uma sentença definitiva. Diante desta verdadeira peculiaridade, os defensores de referida tese, prevalente nos direitos lusitano e italiano até a atualidade, dentre os quais estão João Mendes de Almeida Júnior, João Vieira de Araújo, Hélio Tornaghi, E. Magalhães Noronha e José Antônio Pimenta Bueno, elencam-na ora como recurso misto, bastante *sui generis* ou extraordinário, tendo sempre em mente que a decisão por ela combatida não é qualquer uma e sim uma decisão, a princípio, definitiva. De acordo com Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p. 17), atentando-se para vários ensinamentos doutrinários e também para diretrizes presentes na revisão criminal brasileira:

Alguns entendem que a revisão é revestida da forma de um *recurso* (especial, peculiar, misto ou *sui generis*) pelos seguintes motivos: a) destina-se a desfazer os efeitos produzidos pela sentença transitada em julgado; b) é freqüentemente submetida à apreciação do mesmo órgão judiciário, de que emana a decisão cujo reexame solicita, numa verdadeira reabertura do processo, conforme a terminologia alemã (*Wiederaufnahme des Verfahrens*); c) ela tolhe a possibilidade de exasperar a situação do réu, ou seja, como somente a defesa pode requerer a revisão, o tribunal não pode aumentar a pena que lhe pareça insuficiente, ficando, por conseguinte, na situação de apenas solucionar a questão no sentido do benefício da parte que lhe submete o caso, vendo-se na contingência de manter uma decisão errada e injusta; d) ela se volta contra a coisa julgada no crime; e, e) é recurso por imposição legal.

Eis aqui uma síntese dos argumentos elencados pelos defensores da natureza jurídica substancialmente recursal da revisão criminal, posto que ela é responsável por guerrear uma sentença, reveste-se de caráter devolutivo a partir do momento em que devolve ao Poder Judiciário a apreciação de uma mesma situação concreta, no direito brasileiro e, em algumas legislações alienígenas, é incompatível com a modificação de decisões judiciais absolutórias, além do que, a legislação processual penal brasileira sempre a inseriu nas disposições legais voltadas aos recursos, sendo esta última assertiva resultado de uma análise topográfica realizada

do próprio corpo normativo da legislação. Fez ainda o doutrinador menção ao direito alemão, no qual a terminologia mencionada literalmente significa reabertura do processo, embasando a tese do recurso, uma vez que está condicionada até mesmo aos autos da ação original.

De seu turno, há uma maioria da doutrina que se inclina a acreditar que a revisão criminal se reveste de uma natureza jurídica de ação, sendo esta a tese prevalente no Direito Brasileiro. O entendimento encontra-se em consonância com a afirmação do próprio Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1998, p. 681):

A revisão criminal é ação, e é remédio jurídico processual, e não recurso. Não se confundia com a revista, no direito anterior; há ação do réu – ação, no Brasil, de direito constitucional, para a revisão do processo findo. E há o remédio processual específico, a ‘ação’ de revisão criminal. Não se trata, pois, de simples recurso. A ação rescisória contra sentenças não se aplica a decisões criminais. Mas a revisão faz-lhe as vezes. Já alhures mencionamos dissemos nós: ‘A revisão criminal é remédio jurídico processual da mesma natureza, *mutatis mutantis*, que a ação rescisória; todavia, em seus pressupostos, prazo e conseqüências, é inconfundível com essa.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2011, p. 241):

Erroneamente rotulada entre os recursos pelo Código, que seguiu a tradição, a revisão criminal, entre nós, é indubitavelmente ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado, de competência originária dos tribunais. A relação processual atinente à ação condenatória já se encerrou e pela via da revisão instaura-se nova relação processual, visando desconstituir a sentença (juízo rescindente ou revidente) e a substituí-la por outra (juízo rescisório ou revisório).

Também o saudoso Júlio Fabbrini Mirabete (2008, p. 701) filia-se a referido entendimento:

A opinião mais aceita, realmente, é a de que a revisão deve ser considerada como ação penal já que ela instaura uma relação jurídico-processual contra a sentença transitada em julgado. É, pois, uma ação de conhecimento de caráter constitutivo, destinada a corrigir a decisão judicial da qual já não caiba recurso.

De fato, em sede especificamente de legislações brasileiras, estas sempre optaram por elencar a revisão criminal entre os dispositivos que discorrem acerca dos recursos, embora esta seja uma medida bastante equivocada e que não

deve ser levada em consideração porque a interpretação topográfica de uma norma não é nem de longe a mais adequada e recomendada ao jurista. Ademais, é possível justificar o equívoco legislativo tendo em mente que nos primórdios do processo penal brasileiro, o instituto responsável por fazer as vezes da atual revisão criminal era o então chamado recurso de revista.

A revisão criminal é uma ação e não um recurso porque cria uma nova relação jurídica de direito processual, na qual o réu da ação penal inicialmente verificada e na qual houve prolação de sentença condenatória ou absolutória imprópria, bem como qualquer outro legitimado assume o polo ativo da demanda em face do Estado e postula a desconstituição daquela, ou seja, é uma autêntica ação penal de natureza constitutiva negativa, o que prevalece no processo penal brasileiro, ainda que também não se deva perder de vista que o fato que embasa o chamamento do Poder Judiciário para que este atue distribuindo jurisdição seja o mesmo, ou seja, o mesmo delito que ensejou a primeira ação penal, na qual foi proferido um decreto sancionatório. Ora, os recursos nada mais são do que procedimentos que ampliam uma relação jurídica de direito processual já pré-existente, basicamente meios de impugnação de um pronunciamento judicial manejados no mesmo processo em que o mesmo foi prolatado, o que não é verificado em momento algum na revisão criminal.

Frise-se que este é o entendimento adotado também pelo Poder Judiciário, conforme demonstra o seguinte recente julgado, responsável ainda por demonstrar importantes características da *revisio*:

REVISÃO CRIMINAL. FURTO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA RECONHECIDA EM SENTENÇA. PRETENDE O REVISIONANDO QUE SEJA DECLARADA A NULIDADE DA R. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO EM 1º DE NOVEMBRO DE 1.983 PARA QUE OUTRA SEJA PROLATADA EM SEU LUGAR, RECONHECENDO-SE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DE PLANO, SEM A ANÁLISE DO MÉRITO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIA A ANÁLISE DO MÉRITO, PARA QUE, COM A FIXAÇÃO DA PENA EM CONCRETO, SER RECONHECIDA OU NÃO SUA OCORRÊNCIA E, AO CONTRÁRIO DO SUSTENTADO PELO REVISIONANDO, NÃO PODE SER RECONHECIDA EM QUALQUER FASE DO PROCESSO, COMO OCORRE COM A PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO. NÃO PROSPERA A ALEGAÇÃO DO REVISIONANDO DE QUE FOI CONDENADO POR CRIME PRESCRITO. NO ENTANTO, NÃO PODERIA O REVISIONANDO SER COMPELIDO AO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA OU CUSTAS PROCESSUAIS, OU TER TIDO SEU NOME LANÇADO NO ROL DOS CULPADOS CONTUDO, CONSTATA-SE QUE TODOS ESSES ATOS

FORAM REALIZADOS APÓS A PROLAÇÃO DA R. SENTENÇA QUE SE PRETENDE VER ANULADA. O ERRO SURGE EM MOMENTO POSTERIOR À DECISÃO, POIS, COM O TRÂNSITO EM JULGADO OS AUTOS NÃO RETORNARAM CONCLUSOS AO JUÍZO PARA A DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, CONFORME DETERMINAÇÃO EXPRESSA NA PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO, SALIENTANDO-SE QUE NÃO HOUVE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NESSE SENTIDO. TRANSCORRIDOS MAIS DE 20 (VINTE) ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO, INVIÁVEL DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARA QUE OUTRA SEJA PROLATADA EM SEU LUGAR, MAS TÃO SOMENTE A DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO REVISIONANDO. PEDIDO DEFERIDO EM PARTE, PARA DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DO REVISIONANDO EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA MODALIDADE RETROATIVA. “A revisão criminal é ação penal, originária de segundo grau, de caráter constitutivo e complementar, que pode ser pedida pelo réu a qualquer tempo, com a finalidade de corrigir erros de fato ou de direito ocorridos em absolutórias impróprias ou condenatórias, transitadas em julgado, se a sentença for contrária ao texto exposto de lei, oposta à evidência dos autos ou fundada em provas comprovadamente falsas, ou, ainda, quando se descobrirem novas provas de inocência ou de circunstância que determine ou autorize diminuição da reprimenda”. (TJSP – 3º Grupo de Direito Criminal – Revisão Criminal nº 9024050-93.2007.8.26.0000 – Votuporanga. Rel. Des. Sérgio Ribas. J. em 15.12.2011).

Finalmente, insta salientar que a revisão criminal tem adquirido contemporaneamente um caráter de garantia constitucional concomitante à sua natureza clássica de ação autônoma. Os fundamentos deste parecer são trazidos por Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 261):

Justiça e liberdade são valores supremos da sociedade, conforme consigna o Preâmbulo da Constituição vigente. Além disso, ao enumerar os direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna assegura o respeito à *liberdade* e à *lei*. E, nos princípios fundamentais, há expressa proteção à *dignidade da pessoa humana*. Conseqüentemente, a condenação contra a lei ou contra a prova atenta, também, contra a dignidade da pessoa humana, obrigada a suportar uma pena decorrente de um erro judiciário.

Em sendo assim, bastante claro está que a revisão criminal é uma decorrência lógica de vários princípios trazidos pela Carta Política de 1988 e pelo moderno pensamento constitucional, focando-se, em última *ratio*, na própria manutenção da dignidade da pessoa humana, princípio magno que orienta toda a atuação do Estado brasileiro. Daí ser possível atribuir à revisão criminal, além da

natureza jurídica de ação, a característica de verdadeira garantia constitucional contra as falhas dos órgãos julgadores.

2.6 As Modalidades de Revisão Criminal

Historicamente verificadas e previstas nos ordenamentos jurídicos dos países em geral, estão duas modalidades de revisão criminal. Uma delas volta-se à correção dos erros judiciários quando estes prejudicarem a pessoa do réu, voltando-se apenas e tão somente às condenações injustas, ou seja, destinam-se a reverter uma decisão negativa proferida pelo órgão jurisdicional em decisão positiva e benéfica ao acusado. De outra banda, há a revisão criminal *pro societate*, que volta-se à correção do erro judiciário em toda e qualquer situação na qual ele seja verificado, pouco importando seja ela favorável ou prejudicial ao réu, ou seja, permite que seja imposta uma reprimenda ao acusado absolvido nos casos em que a falha do órgão julgador resultou numa absolvição indevida.

Quando um determinado ordenamento processual penal colima as duas espécies possíveis de revisão criminal, a exemplo do que se verifica em Portugal, Áustria e Alemanha, diz-se que existe revisão criminal ampla; já quando comina-se apenas a revisão criminal *pro reo*, diz-se que há uma revisão criminal restrita. Aquela deriva do direito germânico, enquanto que esta, do direito latino ou francês, de conformidade com os recortes históricos já efetuados.

2.6.1 Revisão criminal *pro reo* e a modificação das decisões condenatórias

A notícia histórica das revisões criminais acena com a conclusão de que ela é um remédio originalmente concebido para a correção dos erros judiciários que implicam a condenação de um inocente, isto é, na imposição de reprimenda a alguém que não é o autor do delito verificado, até mesmo por força do fundamento político das revisões criminais alhures mencionado. Cuida-se da espécie de revisão

criminal consagrada no processo penal brasileiro desde a sua origem, sendo ainda encontrada em países como Argentina, Espanha, Itália, França e vários outros.

O doutrinador Heráclito Antônio Mossin (1997, p. 78) define a revisão criminal *pro reo* da seguinte maneira:

Ocorre a revisão *pro reo*, quando esta ação penal (...) tem por objeto precípua a correção de erro judiciário proveniente de sentença condenatória prolatada em processo findo. É esta a orientação de nossa legislação processual penal e de quase todas as nações.

De fato, o Brasil encontra-se abrangido por este sistema, tanto por previsões constitucionais quanto infraconstitucionais, sendo que alguns argumentos responsáveis por justificar a existência da revisão criminal *pro reo*, que combate uma sentença penal condenatória, são trazidos por Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 230):

Os principais argumentos em defesa da existência de revisão criminal somente em favor do condenado são os seguintes:

1.^o - A garantia constitucional da liberdade pessoal não pode ser sobrepujada pelos interesses ligados à segurança pública;

2.^o - O erro na condenação de uma pessoa provoca repercussão negativa, na coletividade, muito superior à causada pela absolvição fundada em equívoco do julgador.

3.^o - A revisão *pro reo*, ainda que requerida inúmeras vezes pelo mesmo condenado não produz efeitos negativos para a Justiça, ou para a sociedade; já a revisão *pro societate* pode transformar-se em instrumento de perseguição ou de indesejável constrangimento para a pessoa absolvida por decisão com trânsito em julgado.

Referidos argumentos, aos quais deve ser acrescida uma verdadeira motivação de política criminal, são aceitos também pela doutrina defensora da existência única e exclusiva desta modalidade de revisão criminal não parecem, ainda que pertinentes e dotados de grande importância para a manutenção da segurança jurídica dos cidadãos, suficientes para defenderem sozinhos uma vedação à *revisio pro societate*, o que será objeto de maiores considerações futuras. Podem ser justificadores de uma revisão criminal que traga benesses ao condenado, mas não para negar a verificação de *revisio criminis* em prol da sociedade. Por ora, basta ter em mente que a revisão criminal *pro reo* é aquela supedaneada em princípios constitucionais e que visa reverter o quadro extremamente prejudicial, sob qualquer ponto de vista do qual a análise parta, no qual um inocente é definitivamente condenado pelo Poder Judiciário.

E. Magalhães Noronha (1990, p. 381), discorre sobre a revisão criminal *pro reo* da seguinte maneira:

Sob o ponto de vista de lógica rigorosa, não há negar que a revisão devia também caber contra os interesses do acusado. Se, depois de transitar em julgado sentença absolutória, descobrirem-se provas de culpa (em sentido amplo) do réu, não seria de acordo com os interesses da Justiça que o afortunado delinqüente fosse punido? Todavia, por outro lado, há a considerar a segurança da coisa julgada. Esta não pode estar sujeita a toda hora a reexames. Os interesses da Justiça periclitariam, ante a instabilidade de suas decisões, uma vez que fosse permitido a todo instante reabrir-se a *persecutio criminis*. De considerar também que a paz social e o sossego das pessoas necessitam da segurança do julgado. Considere-se ainda que os elementos para a reabertura do processo, como para seu início anterior, são eventuais e aleatórios, pois muito longe está a pretensão punitiva, mesmo no caso de flagrante, de trazer em si a certeza condenatória.

Magalhães Noronha, assim, entende que a manutenção exclusivamente da revisão criminal *pro reo* é uma eficaz medida de manutenção e promoção da paz social. Interessante constatar ainda, em algumas doutrinas, o argumento histórico favorável à revisão criminal *pro reo*, que faz menção ao fato de que ela sempre foi vista como uma medida de graça do poder soberano e, em alguns casos, até mesmo, como medida de anistia dos condenados e perdão pelos crimes cometidos, o que, a princípio, a tornaria compatível apenas com as decisões judiciais condenatórias.

Além disso, aventa-se que o Estado dispõe de inúmeros meios e instrumentos aptos para impulsionar a persecução penal e apurar com exatidão a materialidade delitiva e a autoria de um crime, não restando porque prejudicar o absolvido nos casos em que o Estado falhou no seu dever de repressão ao crime, ainda que o absolvido seja realmente o autor da infração penal; a alteração da coisa julgada em prejuízo do absolvido caracteriza intolerável abuso do poder acusatório.

A revisão criminal *pro reo* prevalece ainda à revisão criminal *pro societate* como decorrência lógica e natural do princípio do *non bis in idem*. Referida norma-princípio é bastante ampla em matéria penal e, especificamente no que concerne ao contexto das ações de revisões criminais, prega que um mesmo indivíduo não pode ser submetido a julgamentos múltiplos em decorrência de um fato delituoso único, máxima esta que é reconhecida desde a época dos romanos e gregos.

Vale aqui mencionar, até mesmo a título de peculiaridade, que as sentenças que absolvem os réus são, no direito processual penal pátrio, chamadas de absolutórias e não de “absolutórias”, como mandam literalmente as regras gramaticais tendo em mente ser um substantivo derivado de absolvição, justamente porque, uma vez transitadas em julgado, tornam-se absolutas e não mais podem ser alteradas para prejudicar o acusado que delas se beneficia. O reconhecimento de uma absolvição pelo Poder Judiciário enseja uma decisão de cunho absolutamente imutável, contrária aos próprios preceitos gerais responsáveis por orientar a coisa julgada, que é, a princípio, relativa e não absoluta.

Uma revisão criminal *pro reo* não admite interposição contra decreto judicial absolutório, salvo se impróprio, nem mesmo para guerrear os fundamentos do mesmo. Não importa qual foi o motivo da absolvição própria: se o réu não se contenta com ele, deve buscar sua alteração através da via recursal e não através da ação de revisão criminal. Porém, insta salientar que as decisões tomadas em sede de Tribunal do Júri também podem ser objeto de revisão criminal *pro reo*. Tal é a lição de Vicente Greco Filho (2009, p. 429):

São revisíveis, também, sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri, porque o direito de liberdade e a necessidade de correção de erro judiciário prevalecem sobre a soberania. Entre dois princípios constitucionais, prevalece o de maior valor, no caso a liberdade.

Desta feita, no sopesamento dos preceitos constitucionais, deve a liberdade do acusado e a busca pela verdade real ser prevalente, conseqüentemente em detrimento à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.

Finalmente, note-se que, como visto, a revisão criminal *pro reo* abarca não apenas as sentenças condenatórias, mas também as absolutórias impróprias, em decorrência da carga notoriamente sancionatória que as mesmas possuem em sua essência.

2.6.2 Revisão criminal *pro societate* e a modificação das decisões absolutórias

No dizer de Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p. 20):

A revisão criminal *pro societate* (em favor da sociedade) é aquela que tem cabimento quando os *errores in iudicando* ou *in procedendo* ocorrerem em decisão de mérito absolutória transitada formalmente em julgado. Ela tem por objeto a desconstituição da sentença favorável ao acusado, proferida em desacordo com a lei e/ou com a verdade material dos fatos – a verdade proveniente das provas coligadas lícitamente nos autos –, em prejuízo da sociedade e da própria Justiça.

Com efeito, a revisão criminal em prol da sociedade permite que decisões definitivas e ensejadoras de coisas julgadas com natureza absolutória, ou seja, que beneficiaram os acusados e os isentaram de responsabilidade penal, sejam revistas e, eventualmente, alteradas, em algumas situações. Esta espécie de revisão criminal corrobora e consubstancia a chamada teoria *pro societate* dos atos processuais, responsável por propalar que, em sede de *revisio*, a partir do momento em que se aceita ser ela o remédio processual hábil para corrigir os erros judiciários e proporcionar o alcance da justiça, tanto as sentenças condenatórias quanto as absolutórias deveriam ser objeto de *revisio criminis*. Neste sentido, a inesquecível e suprema lição de João Barbalho Uchôa Cavalcanti (1924, p. 476), verdadeiro fundamento da revisão criminal *pro societate*.

Justiça é, sim, mandar em paz o inocente perseguido, mas também é castigar o culpado reconhecido como tal. E se este, em dados casos, previstos por lei, poderá ser isento de pena, não o deve, entretanto, ficar, se iludiu a justiça ou se ela enganou-se em absolvê-lo. A punição dos criminosos é condição de segurança geral e a autoridade pública trai a sua missão e compromete os mais altos interesses e deveres da sociedade, quando tem contemplações com o crime. Num caso, proclamado inocente o injustamente condenado, a sociedade o reabilita e paga-lhe uma dívida; no outro, fazendo recair a pena legal sobre o criminoso considerado falsamente inocente, a sociedade desafronta a justiça, defende outros inocentes, os demais membros da comunhão, que nela descansam, na confiança de serem protegidos contra os criminosos.

Pouco resta a dizer diante de tamanha elucidação. De fato, a equidade demanda a correção do erro judiciário em qualquer que seja sua vertente, já que grande violação à segurança jurídica da sociedade de maneira ampla e geral seria verificada se um crime fosse deixado sem punição diante de uma falha do Judiciário, o que é tão grave quanto punir um inocente. Atentos a tais diretrizes norteadoras, países como Alemanha, Portugal, Áustria, Suécia, Colômbia, Hungria, República Tcheca, Noruega, Dinamarca, Rússia e os demais países do leste Europeu, como a Bulgária, além da Suíça, Bósnia-Herzegovina, Cuba e China, dentre outros,

albergam a revisão criminal *pro societate* em casos específicos e taxativos definidos em suas legislações processuais. Na Itália, a revisão criminal *pro societate* é vedada pelo ordenamento jurídico, mas ali é reconhecida a possibilidade de declaração judicial de inexistência da coisa julgada nos casos em que se verificar extinção da punibilidade do agente em virtude do falecimento do mesmo, tendo sido esta embasada por certidão de óbito falsificada.

Em geral, isto ocorre quando a decisão absolutória proferida no processo adveio de falsas provas, de corrupção dos magistrados julgadores ou jurados e quando surgem provas até então desconhecidas que levam à demonstração da culpabilidade do acusado absolvido.

O pensamento *pro societate* das revisões criminais não é tão recente quanto alguns doutrinadores asseveram. Amellino Giovanni (1899, p. 12), apud Élcio Arruda (2009, p. 231) aponta que já no Egito antigo:

O condenado absolvido tinha o nome assinalado num registro (*antihm*), publicado extrato da decisão. Tanto, nada obstante, servia a bem pouco, porquanto as absolvições eram sempre pronunciadas sob o signo da transitoriedade e efemeridade: sempre era possível a reabertura do processo.

Tamanha insegurança jurídica, porém, não era vislumbrada nos ordenamentos jurídicos romano e grego, sendo que o advento do medievo e do cristianismo fez com que a tese da revisão criminal unicamente em benefício do injustamente condenado viesse a prevalecer. O advento do movimento positivista em sede do Direito, porém, fez com que, a partir de certo momento nos séculos XVII e XVIII, a revisão criminal em benefício da sociedade fosse vista como uma possibilidade de forma alguma absurda e que deveria ser observada por medida de justiça e equidade. Pensamentos muito semelhantes àquele transcrito e oriundo de João Barbalho passaram a ser verificados, principalmente por parte de Enrico Ferri (1905, pp. 497-498), apud Florêncio de Abreu (1945, pp. 397-398):

A recusa da revisão em detrimento dos réus já definitivamente julgados, é exatamente a consequência de um sistema que nós faríamos votos para ver desaparecer; que consiste em considerar os acusados, mesmo depois do plenário e da condenação, como vítimas perseguidas, cuja salvação é preciso assegurar a custo de qualquer preço; ora, se isto pode ser verdade em relação aos processos políticos, não tem nenhuma razão de ser em processos contra delinquentes por atavismo. É precisamente por este motivo que a revisão das sentenças favoráveis aos acusados é, para nós, o correlativo lógico e necessário de igual remédio concedido aos réus

condenados. Não poderíamos compreender porque, surgindo contra uma sentença favorável ao acusado suspeitas análogas às que induzem a revisão das sentenças condenatórias, deva a sociedade ser constrangida a sofrer tranquilamente as absolvições injustas e as imerecidas mitigações da responsabilidade penal (...). O réu pode ter se aproveitado de um falso testemunho, de uma falsa perícia, de documentos falsos, da intimidação ou da corrupção do juiz, ou de outro crime. Não é possível tolerar que êle continue tranquilamente fruindo os resultados obtidos de sua ação criminosa. Pode também acontecer tenha sido êle absolvido, por isso que a acusação, que não tem o dom da onisciência e somente pode servir-se do que foi fornecido pela instrução, não tenha tido o conhecimento de um documento decisivo que não se encontrava junto aos autos. Pode ainda o réu injustamente absolvido declarar cinicamente, em face mesmo dos jurados ou dos magistrados que julgaram a apelação, a sua culpabilidade, sem temor de ser com isto molestado.

Isto posto, já no século das luzes admitiam os evoluídos pensadores a necessidade de se estabelecer nos ordenamentos jurídicos uma modalidade de revisão criminal em prol da sociedade em geral, para que os conceitos de justiça e equidade pudessem ser melhor aplicados e verificados na prática. É de consonância com o pensamento de Enrico Ferri que se percebe que os mesmos erros judiciários que podem ocasionar uma injusta condenação podem ser verificados de modo benéfico ao réu, de sorte que não se pode admitir que a impunidade seja acobertada com o manto da segurança jurídica. E com supedâneo nos mesmos, os mencionados países que acatam este acertado entendimento passaram a prever a revisão das absolvições, principalmente quando do advento da Revolução Industrial, o crescimento muitas vezes exacerbado e desordenado das cidades e o aumento do número de crimes cometidos, como medida de corrigir a resposta do Estado diante da violação de um bem jurídico fundamental.

Argumento muito interessante e pertinente que os defensores da teoria *pro societate* apontam em defesa daquilo em que acreditam é o fato de que uma inadequada absolvição estimularia os autores do delito a cometê-los novamente. Ora, se o Estado é omissivo o suficiente para deixar de aplicar pena ao indivíduo que foi alvo de uma persecução penal defeituosa, quer por motivos internos, externos ou provocados pelo próprio réu, fica ele estimulado a novamente incorrer nas ocorrências delitivas. Com efeito, este é o brilhante ponto de vista do doutrinador português Álvaro Villela (1897, p. 239), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 228):

As absolvições indevidas trazem consigo o perigo da reincidência, que é muitas vezes o destino daqueles mesmos que foram condenados e

cumpriram a pena: provocam o alarme social, pondo em liberdade um indivíduo que atrai sobre si a desconfiança pública, tornam impaciente o estado dos efetivamente condenados, mostrando-lhes que a lei, que foi para eles uma dura realidade, se transformou para os outros numa escandalosa mentira; em suma, premeiam com a impunidade um inimigo da sociedade. A sua intangibilidade constitui evidentemente uma flagrante injustiça. Depois da injustiça vem a incoerência. A revisão *pro societate* é um correlativo lógico, necessário, da revisão *pro reo*, quase universalmente reconhecida pelas legislações dos povos cultos. A opressão no inocente e a liberdade do criminoso pesam igualmente na balança da justiça social. Só um sentimentalismo doentio poderia ver diferenças onde elas realmente não existem. Por fim, a injustiça e a incoerência volvem-se no descrédito e imortalidade pelo escândalo das confissões feitas com absoluta segurança da impunidade pelos delinquentes que gozam do privilégio duma sentença absolutória.

Conforme acertadamente notado pelo doutrinador, tanto as injustas condenações como as absolvições indevidas maculam a autoridade do Estado perante a sociedade. E mais: como muito bem elencado, a inexistência de revisões criminais *pro societate* implica no cometimento de uma injustiça de monta ainda maior por parte do poder público, que é tratar de maneira desigual e diferenciada autores dos mesmos crimes; referido tratamento violador da isonomia está bastante evidente no momento em que o Estado pune o autor de determinado delito, mas recusa-se a impor reprimenda a determinado agente que incorreu no mesmo tipo penal incriminador unicamente porque este já obteve uma decisão judicial favorável a si, muitas vezes decorrentes de manipulações de provas ou corrupção dos agentes e, ainda que decorram exclusivamente de uma falha do poder persecutório estatal, certo é que a sociedade não pode ser obrigada a conviver com a impunidade e com um criminoso unicamente em decorrência disto. Se, diante da menor dúvida acerca da culpabilidade do réu, deve ele ser absolvido, é certo que o Estado deve contar com mecanismos suficientes para impor pena àqueles que sem sombra de dúvida sabe serem culpados dos delitos imputados.

Eis, em síntese, a opinião, os argumentos e a evolução dos defensores da revisão criminal *pro societate* ao lado da *revisio pro reo*.

2.7 O Funcionamento da Revisão Criminal no Brasil

Estabelecidas estas considerações iniciais e gerais a respeito da revisão criminal, urge que se analise como se dá o funcionamento da mesma no Brasil, através de certos parâmetros indispensáveis para a compreensão deste importante mecanismo exteriorizador da adequada e justa prestação jurisdicional.

A priori, é preciso frisar que a revisão criminal encontra-se disciplinada no Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941, entre seus artigos 621 e 631, localizados no Capítulo VII, do Título II, do Livro III da aludida legislação, ou seja, dentre os dispositivos reguladores dos recursos. Os referidos dispositivos foram substancialmente modificados pelo Decreto-Lei nº 504, de 18 de Março de 1969. Além disto, cada tribunal do país possui, em seu regimento interno, disciplina específica sobre como se dará o processamento da revisão criminal no âmbito de sua jurisdição, sem, contudo, distanciarem-se das normas legais trazidas pela lei processual penal nacional.

2.7.1 Noções gerais

O conceito de revisão criminal utilizado no processo penal brasileiro não difere dos demais, gerais e já anteriormente elencados, cabendo, contudo, mais uma vez consignar que nosso ordenamento jurídico somente concebe este instituto como um meio de corrigir e reverter as falhas do Poder Judiciário que prejudicaram o réu, acusado da prática do crime e que recebeu uma injusta condenação. Desta feita, trata-se ela, em suma, do instrumento processual ou remédio legalmente previsto para fazer com que o órgão jurisdicional reconheça o equívoco ocorrido em determinado julgamento condenatório, vindo a revertê-lo e absolver o sancionado, como medida de justiça e equidade. Com efeito, este é o entendimento do nobre Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 784), que também faz menção ao correlato objetivo da revisão criminal:

A ação de revisão criminal tem precisamente este destino: 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 jurisdição.

Pacelli, assim, vislumbra na revisão criminal o instituto jurídico adequado para atingir-se a melhor prestação jurisdicional, qual seja, aquela que se encontra em conformidade com a legislação vigente, constitucional e infraconstitucional, e é desprovida de falhas ou erros do órgão julgador imparcial, o que, com efeito, é o mínimo que o cidadão alvo da atividade jurisdicional pode dele esperar.

No que concerne à natureza jurídica da revisão criminal no processo penal nacional, como já mencionado anteriormente, há certa divergência na doutrina quanto a elencá-la como recurso ou como ação penal autônoma, prevalecendo na doutrina o entendimento majoritário que a classifica como efetiva ação penal. Com efeito, esta é a opinião de André Eduardo de Carvalho Zacarias, Rodrigo Cambará Arantes Garcia de Paiva e Sara Beatriz de Freitas Barbosa Paiva (2008, p. 106):

Embora o CPP haver tratado da revisão criminal no título destinado ao regramento dos recursos, prevalece o entendimento segundo o qual tem ela a natureza de ação penal de conhecimento de caráter desconstitutivo; ela é ação contra sentença, pois desencadeia nova relação jurídica processual.

Em sendo assim, diante da assunção, quando da revisão criminal, de uma relação jurídica diversa daquela verificada no processo original onde se verificou a condenação, deve ela ser tratada como verdadeira ação penal autônoma.

Finalmente, demanda a revisão criminal brasileira os mesmos pressupostos necessários para a revisão criminal em geral para que ela possa ser verificada, quais sejam, a existência de uma decisão judicial irrecorrível ou definitiva, ou seja, objeto de trânsito em julgado, cabendo aqui ressaltar a peculiaridade brasileira de que referido éditto do poder jurisdicional deverá ser sempre condenatório ou absolutório impróprio para viabilizar a *revisio*, bem como a verificação efetiva dos fundamentos da mesma, quais sejam, o erro do órgão julgador que prejudicou o acusado, o fundamento político da revisão, bastante evidente no ordenamento nacional, e a necessidade de preservação do conceito de justiça e da estabilidade social dos jurisdicionados.

Todos estes preceitos são, à guisa de conclusão, elementos que aproximam a revisão criminal brasileira dos mecanismos em geral adotados, historicamente, pela teoria geral da revisão das sentenças penais. De modo geral, efetivamente o que a diferencia de algumas outras, a exemplo da alemã e da

portuguesa, é a refutação da corrente tudesca de revisão, que admite este mecanismo de maneira *pro societate*.

2.7.2 Notícia histórica da revisão criminal nacional

Quando a colonização do Brasil teve início, a passos lentos, em 1530, aplicava-se aqui o ordenamento jurídico português, qual seja, as Ordenações Manuelinas, de pouca importância prática para o processo brasileiro, já que até 1609, não existia nenhum tribunal brasileiro, mas apenas juízes nomeados pelo monarca lusitano para atuarem em pontos esparsos do litoral povoado da distante *terrae brasiliis*. Em seguida, advieram as Ordenação Filipinas, estas detentoras de maior importância justamente porque foram o ordenamento jurídico aplicável no Brasil por mais de duzentos anos.

Por esta época, vale lembrar que a revisão criminal era obstada por expressa disposição legal das referidas Ordenações, existindo, contudo, a *revisio principis ex gratia specialíssima*, que possibilitava um mecanismo semelhante concedido por graça do monarca. Foi somente com a proclamação da Independência, o advento do Império e a outorga da Constituição de 1824 que a revisão criminal passou a ser claramente conhecida no Brasil. O diploma constitucional imperial dispunha, em seu artigo 164, o chamado recurso de revista, apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça, embrião do atual Supremo Tribunal Federal, utilizado em casos de nulidade manifesta ou notória injustiça do julgado condenatório definitivo. A regulamentação infraconstitucional deste instituto adveio de uma lei ordinária datada de 18 de Setembro de 1828.

O doutrinador Joaquim Bernardes da Cunha (1863, pp. 251-252), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 112) conceituou o recurso de revista como “recurso ordinário que se interpõe das decisões proferidas em última instância para o Supremo Tribunal de Justiça”, sempre que a sentença fosse manifestamente nula ou notoriamente injusta em face da prova coligida aos autos. A opinião histórica ressalta o entendimento então existente em considerar as alterações da coisa julgada em benefício de um condenado como uma espécie de recurso e não ação pena autônoma, tese que somente a posteriori veio consolidar-se. Insta salientar que

nestes primórdios de revisão criminal no Brasil, o recurso de revista era instrumento hábil para interposição tanto em casos cíveis quanto criminais.

No que diz respeito aos casos em que referido recurso era cabível na seara penal, estes basicamente consistiam em situações nas quais a parte não era devidamente citada para responder à acusação contra ela lançada; quando se verificava violação de coisa julgada anteriormente advinda; quando tinha lugar a falsidade dos meios de prova conducentes à condenação; quando se constatava a prática de crimes por parte dos juízes ou jurados; e quando a condenação havia sido prolatada por juiz desprovido de competência para tanto naquele determinado caso concreto.

O recurso de revista possuía um prazo preclusivo para ser interposto, fixado em dez dias após a publicação da decisão judicial condenatória definitiva. Este curto prazo é justificado por José Antônio Pimenta Bueno (1959, pp. 356-358), apud Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 114) da seguinte forma:

O respeito devido à coisa julgada e a sua conseqüente execução é tão necessário no crime, como no cível; a lei criminal deve garantir todos os termos, fórmulas e meios de defesa que forem racionais, deve dar os recursos para os diferentes graus de jurisdição; mas, feito isso, deve limitar-se a assinar um prazo fatal para a revista. Se a parte não usar dela dentro desse prazo, a culpa não é da lei. Deixar-lhe, porém, um tempo indefinido a seu arbítrio e, conseqüentemente por em dúvida o direito do ofendido em relação a sua indenização, conservar assim aberto o meio de atacar a coisa julgada indistintamente e sem ao menos limitar-se aos únicos casos excepcionais (de revisão extraordinária) é realmente muito prejudicial confusão.

Denota-se, assim, um respeito e acatamento elevados à coisa julgada, tanto que esta reverência para com sua assunção é a própria justificativa pra um reduzido prazo recursal, que praticamente não deixava margem para a busca por novas provas ou demonstrativos do erro ou corrupção do magistrado.

Estas mesmas disposições continuaram prevalentes mesmo após a edição do Código de Processo Criminal de 1832, posto que ele era voltado especialmente aos feitos de primeira instância, enquanto que o recurso de revista era destinado apenas ao Supremo Tribunal de Justiça. Contudo, a primeira alteração desta legislação, ocorrida em 1841, tornou-se notória por reduzir a abrangência do recurso de revista, trazendo ainda vedações à utilização do mesmo, nem mesmo nos casos de imposição de pena de morte, àquela altura prevista no ordenamento

jurídico penal para os crimes de homicídio qualificado, insurreição de escravos e latrocínio.

Somente com o advento da proclamação da República, que a revisão criminal brasileira ganharia as primeiras feições que a assemelham ao instituto atualmente em utilização. As legislações responsáveis por promover estas modificações foram o Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890 e a Lei nº 221, de 20 de Novembro de 1894. Também a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891 voltou-se à revisão criminal, estipulando que o órgão competente para sua apreciação seria o Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, o Decreto nº 3.084, de 05 de Novembro de 1898 estipulou o procedimento da revisão criminal, bem como os casos específicos em que ela seria cabível. Note-se que o aludido decreto foi também responsável por instituir o Código Penal republicano no Brasil. A primeira inovação verificada foi a alteração da nomenclatura do instituto, que agora deixava de ser recurso de revista e passava a denominar-se revisão criminal. As hipóteses de cabimento da mesma, sempre de maneira *pro reo* eram trazidas pelo artigo 343 do Decreto nº 3.084, *in verbis*:

Art. 343. Tem lugar a revisão:

- 1.^a – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal;
- 2.^a – quando, no processo em que foi proferida a sentença condenatória, não se guardarem as formalidades substanciais do processo;
- 3.^a – quando a sentença condenatória tiver sido proferida por juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado, ou quando se fundar em depoimento, instrumento ou exame julgado falso;
- 4.^a – quando a sentença condenatória estiver em formal contradição com outra, na qual foram condenados como autores do mesmo crime outros réus;
- 5.^a – quando a sentença condenatória tiver sido proferida na suposição de homicídio, que posteriormente se verificou não ser real, por estar viva a pessoa que era tida por assassinada;
- 6.^a – quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos;
- 7.^a – quando, depois da sentença condenatória, se descobrirem novas e irrecusáveis provas da inocência.

Bastante semelhantes, pois, àquelas verificadas na legislação imperial, incluindo a interessante disposição oriunda do Código de Instrução Criminal francês de 1808 acerca do crime de homicídio. Ao lado de referidas disposições, o Decreto nº 3.084 extirpou a existência de um prazo específico para o ajuizamento das revisões criminais, que agora seriam passíveis de interposição a qualquer tempo após o advento da coisa julgada no processo penal. Interessante, ainda, perceber a

extensão da legitimidade ativa para esta demanda, que, por força do artigo 344 do mesmo diploma legal, foi estendida para o Procurador-Geral da República, para o indivíduo injustamente condenado e para qualquer pessoa que detivesse argumento apto para embasar o pedido de revisão formulado, ou seja, absolutamente qualquer pessoa poderia provocar o Estado para que este apreciasse uma revisão criminal.

Posteriormente, as constituições brasileiras seguiram as sistemáticas já consolidadas anteriormente e Ary Azevedo Franco (1960, pp. 183-184) ensina que:

Se a Constituição de 1891 e a de 1934 deferiram o conhecimento da revisão criminal, aquela ao Supremo Tribunal Federal, e esta à Côrte Suprema, a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937 assim não a considerou, de sorte que ficou aos Tribunais de Justiça dela conhecer, o que não foi alterado pela atual Constituição, e o Código de Processo Penal a regulou neste Capítulo, determinado que será admitida nos processos findos, isto é, quando se tratar de condenação penal irrevogável de primeira ou de segunda instância.

Com razão, a Constituição de 1934 manteve a revisão criminal nos moldes da Constituição Republicana de 1891, enquanto que a Carta Magna de 1937, imposta pela ditadura de Getúlio Vargas, diferente das demais, mesmo as posteriores a ela, quais sejam, as de 1946, 1967/1969 e 1988, não versou em nenhum de seus dispositivos a respeito da revisão criminal, razão pela qual a partir de então toda a regulamentação deste mecanismo processual coube à legislação ordinária, inicialmente pelas normas até então vigentes, decorrentes do Decreto nº 3.084, até que se atingiu o arcabouço normativo processual penal atualmente vigente, que é o Código de Processo Penal de 1941. Por volta deste período, ocorreu o erro judiciário mais famoso da histórica criminal brasileira, o chamado “caso dos irmãos Naves”. Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa eram dois bem-sucedidos comerciantes de Araguari, Minas Gerais, sendo este último sócio de Benedito Pereira Caetano. Em Novembro de 1937, Benedito estava hospedado na residência de seu sócio à espera da conclusão de um negócio envolvendo compra e venda de arroz. Durante a madrugada do dia 29 daquele mês, tendo Benedito recebido o dinheiro atinente ao contrato firmado, simplesmente foi embora da cidade, sem nada dizer a ninguém, levando consigo toda a soma de valores conseguida. Ao amanhecer, dando pela falta do hóspede, Sebastião e Joaquim Naves levaram o fato ao conhecimento da polícia local, preocupados, principalmente, por saberem a grande quantidade de dinheiro detida por Benedito.

Francisco Vieira dos Santos, tenente no exército e delegado de polícia, foi o responsável por conduzir as investigações, não tardando por formular sua tese de homicídio do desaparecido, praticado pelos Naves. Ocorre que, ante a ausência de um corpo e de demais provas que conduzissem à demonstração da autoria e da materialidade do homicídio, a autoridade policial iniciou uma série de eventos ilícitos para conduzir à confissão do crime por Sebastião e Joaquim. Rogério Schietti Machado Cruz (2009, s.p.) diz que:

A partir de então inicia-se uma trágica, prolongada e repugnante trajetória na vida de Sebastião e Joaquim Naves, e de seus familiares. Submetidos a torturas as mais cruéis possíveis, alojados de modo abjeto e sórdido na cela da Delegacia, privados de alimentação e visitas, os irmãos Naves resistiram até o esgotamento de suas forças físicas e morais. Primeiro Joaquim, depois Sebastião. A perversidade do Tenente Francisco não se limitou aos indiciados. Também as esposas e até mesmo a genitora deles foram covardemente torturadas, inclusive com ameaças de estupro, caso não concordassem em acusar os maridos e filhos.

Com efeito, nem mesmo um exame de corpo de delito indireto foi realizado, sendo que a justificativa encontrada pela autoridade policial consistia no fato de que o corpo de Benedito havia sido atirado pelos réus no Rio das Velhas, vindo a forte correnteza deste a levar para longe os supostos restos mortais da vítima.

Os irmãos acabaram por confessar o delito imaginário do delegado e foram denunciados pelo Ministério Público. Imediatamente foram submetidos à prisão preventiva. No decorrer da instrução, a defesa foi exercida pelo advogado João Alamy Filho, que demonstrou grande competência em seu trabalho, impetrando *habeas corpus* e os mais variados recursos previstos na legislação processual de então na tentativa de demonstrar a inocência de seus clientes, da qual nunca duvidou. Na fase judicial, a confissão foi confirmada pelos réus, que ainda eram alvo, junto a seus familiares, de constantes ameaças advindas do delegado Francisco. Sobreveio a sentença de pronúncia, em Março de 1938.

Interpondo a defesa recurso contra a decisão, o então Tribunal de Apelação de Minas Gerais negou provimento ao mesmo e os irmãos Naves foram levados a Júri popular em 27 de Junho de 1938. Na ocasião, segundo João Alamy Filho (2000, pp. 349-350) o brilhantismo da fala do defensor dos réus fez com que, por seis votos contra um, o Conselho de Sentença deliberasse pela inocência dos acusados, isto ainda que estes tenham, em seu interrogatório no plenário, narrado

minuciosamente as técnicas utilizadas na suposta morte de Benedito. O *parquet* interpôs recurso da decisão e, em Novembro daquele mesmo ano, a Câmara Criminal do Tribunal de Apelação mineiro reconheceu a nulidade do Júri realizado e determinou que novo julgamento popular tivesse lugar.

Este ocorreu a 21 de Março de 1939 e novamente os réus foram absolvidos, Joaquim por cinco votos contra dois e Sebastião, por seis votos contra um. Foi então que, dando provimento a novo recurso interposto pelo Ministério Público, no dia 4 de Julho de 1939, o Tribunal de Apelação de Minas Gerais condenou, de conformidade com o voto do relator Pedro Nestor, Sebastião e Joaquim Naves, à pena de vinte e cinco anos e seis meses de prisão celular, além de multa. Ocorrendo o trânsito em julgado da decisão, os réus permaneceram presos.

O primeiro pedido revisional foi formulado em 20 de Janeiro de 1940. O Juízo de Direito de Araguari, então, tomou novos depoimentos das testemunhas e a revisão foi encaminhada à superior instância. Ali, em 14 de Agosto daquele ano, por unanimidade de votos fundados, principalmente, no parecer negativo formulado pelo Ministério Público, a *revisio* foi negada. Os julgadores, porém, houveram por bem reduzir o montante das sanções impostas aos acusados a dezesseis anos e seis meses de prisão celular. Posteriormente, em 12 de Agosto de 1946, Sebastião e Joaquim Naves obtiveram o benefício do livramento condicional, após o cumprimento de oito anos, três meses e um dia de injusta e indevida prisão.

Voltando à cidade de Araguari, Joaquim Naves contrai grave doença e falece no dia 28 de Agosto de 1949. Sebastião, por sua vez, devotou seus dias de liberdade à busca do paradeiro de Benedito e da demonstração cabal de sua inocência. Foi somente em 25 de Julho de 1952 que a suposta vítima dos crimes dos irmãos Naves foi encontrada por Sebastião e pela polícia mineira, tranquilamente dormindo na casa de seus pais, numa fazenda em Nova Ponte. René Ariel Dotti (2003, p. 125) assim narra a cena do encontro:

Acompanhado por policiais e pelo jornalista, Sebastião, angustiado e incontrolável, entrou pela casa a dentro. Benedito dormia placidamente e, ao ser acordado, apavorou-se com a presença daquelas pessoas e gritou: “Pelo amor de Deus, Sebastião, não me mate”. E Sebastião, com lágrimas nos olhos, intensamente comovido, abraça-o dizendo: “Graças a Deus te encontrei para provar a minha inocência. Ninguém te quer matar, vem pra cidade, pro povo ver que você está vivo e que eu sou inocente”. E Benedito,

dominado pelas circunstâncias, não relutou, vindo sob escolta policial para Araguari, onde foi metido na cadeia após prestar declarações.

No dia 30 de Setembro de 1952, nova revisão criminal foi, então, impetrada perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O pedido, perfeitamente instruído com a narrativa e comprovação do aparecimento da suposta vítima do crime dos irmãos Naves, foi protocolado sob nº 1.632 e trazia cumulado com o pedido revisional a postulação de reparação material dos danos suportados pelos condenados. No que tange ao falecido Joaquim, coube à sua viúva, Antônia Rita de Jesus, representá-lo na *revisio*. A 14 de Outubro de 1953, as Câmaras Criminais reunidas deram total provimento, por unanimidade de votos, aos pedidos formulados, absolvendo os irmãos Naves de toda acusação penal contra eles lançada e reabilitando-os perante a sociedade, deferindo-se, ainda o dever de indenizar por parte do Estado de Minas Gerais. Chegava, assim, ao fim, uma longa batalha judicial motivada pelo despudor mental de um delegado relapso e incompetente, desconhecedor dos mais básicos princípios de Direito e de um Poder Judiciário conivente, omissos e relutantes em buscar a fundo a verdade real. A comoção nacional causada pelo caso dos irmãos Naves ainda é atual e serviu como forte embasamento à manutenção da revisão criminal *pro reo* como única forma de relativizar a coisa julgada penal nas alterações legislativas que posteriormente se verificaram.

2.7.3 A legislação projetada

Ao longo da história da revisão criminal no Brasil, alguns projetos de lei foram apresentados e, eventualmente, discutidos pelo Poder Legislativo, na tentativa de criar uma disciplina legal mais aperfeiçoada deste instrumento detido pelos injustamente condenados; ao lado deles, alguns doutrinadores arriscaram-se a redigir Códigos de Processos Penais que julgavam perfeitos para o ordenamento jurídico brasileiro, cabendo uma análise breve dos mesmos.

A primeira destas resenhas legislativas, apresentada nos fins de 1934, resultou de uma comissão especialmente nomeada por Getúlio Vargas para a elaboração de um Código de Processo Penal. Referida comissão esboçou uma lei

processual criminal que tratava a revisão dos processos encerrados como um recurso de natureza extraordinária, desprovido de lapso temporal máximo para ajuizamento, trazendo para ela, basicamente, a mesma redação do Decreto nº 3.084, sendo que as hipóteses de cabimento eram as mesmas, excetuando-se apenas a previsão referente à *revisio* embasada pelo aparecimento de suposta vítima de homicídio, a qual foi suprimida. Este projeto de lei, denominado de Vicente Ráo, sequer chegou a ser votado, em decorrência do golpe de Estado ocorrido em 1937.

Posteriormente, no ano de 1963, verificou-se o chamado Projeto Tornaghi, de autoria de Hélio Tornaghi, responsável por tentar instituir uma drástica reformulação do processo penal brasileiro. Também consistiu num esboço legislativo que previa a revisão criminal como recurso extraordinário, o que recebeu algumas críticas por parte da doutrina então predominante porque se confrontava com a já consagrada natureza jurídica de ação penal atribuída à revisão criminal pelo atual Código de Processo Penal, já vigente na época. Era, ainda, um projeto que buscava ao máximo o retorno ao *status quo ante* para o acusado injustamente condenado que viesse a ser absolvido no procedimento revisional, sendo que as hipóteses de cabimento da mesma em muito se assemelhavam às atualmente existentes e datadas de 1941. Ainda que chamado de Projeto Tornaghi, as ideias propostas pelo ilustre doutrinador nem mesmo chegaram a ser apresentadas perante o Poder Legislativo para votação e eventual conversão em lei.

Em 1970, José Frederico Marques redigiu um projeto de lei promovendo a alteração das revisões criminais. A grande inovação trazida por ele foi o desmembramento da *revisio* em duas, uma vez que o projeto previa a existência de uma revisão criminal levada a efeito pela chamada “revisão comum” e outra consubstanciada na “ação penal revocatória”. A revisão criminal comum não era substancialmente diferente da então legalmente existente, mas Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 143) observa que:

Já a *ação revocatória*, além dos pressupostos da revisão, apresentava características próprias. Podia ser proposta após um ano da data em que foi proferida sentença condenatória contra réu foragido que não pôde apelar sem recolher-se à prisão; o pedido era formulado pelo seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão.

Assim, havia uma modalidade especial de revisão criminal prevista especificamente para os réus foragidos, detentora, porém, de um prazo decadencial não verificado nas revisões comuns. Esta mesma redação tornou-se o projeto de lei nº 633/1975, mas não chegou a ser aprovada como lei.

Finalmente, houve o projeto de lei nº 1.655/1983, de autoria do então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel. Este projeto fazia menção à revisão criminal como mecanismo de rescisão de uma decisão judicial condenatória definitiva. Neste aspecto, note-se que, da mesma forma que todos os demais projetos de lei que promoviam alguma alteração na revisão criminal brasileira, que sempre pugnaram pela manutenção da revisão criminal *pro reo*, este projeto de lei não promovia, por si só, uma drástica alteração da *revisio*, mas abria margem para que legislações sucessivas promovessem modificações substanciais em seu procedimento. Era ainda responsável por prever a absoluta necessidade de advogado para a formulação do pedido de revisão criminal, ou seja, o condenado seria totalmente destituído de qualquer capacidade postulatória, bem como por trazer a possibilidade de concessão de liminares, consistentes na interrupção do cumprimento da pena e no recolhimento do mandado de prisão expedido em desfavor do condenado, na hipótese de ser ele um foragido.

Dentre todas as alterações que se afiguraram possíveis na legislação processual criminal nacional, a única vez em que se aventou a possibilidade de criar uma revisão criminal *pro societate* em terras brasileiras ocorreu em 1926, em meio a votações parlamentares para alteração da Constituição então vigente, de 1891, através da alteração do artigo 59 da mesma. A intenção louvável, contudo, não foi levada adiante, pela predominância do princípio da vedação à *reformatio in pejus*, ou seja, alteração da sentença imposta ao acusado para prejudicá-lo.

Atualmente, encontra-se em trâmite um projeto de lei para instituir novo Código de Processo Penal no Brasil. Tal é o projeto nº 156/2009, apresentado no Senado Federal por José Sarney e já aprovado pelo mesmo em Dezembro de 2010. Este esboço legislativo comina as previsões da revisão criminal entre seus artigos 655 e 662 e segue a tradição nacional de refutar a corrente tudesca que admite as revisões criminais *pro societate*, já que é expressa a proibição ao agravamento da sanção imposta ao condenado na decisão que aprecia a revisão interposta. As hipóteses de cabimento ficam adstritas às condenações proferidas em desconformidade com a lei ou a verdade emanada dos autos; quando a sanção

derivar de documentos, depoimentos ou exames falsos; e quando, após o trânsito em julgado da condenação, surgem novas evidências e provas que conduzem à demonstração da inocência do sancionado ou à autorização da redução da pena imposta ao mesmo. Inexiste previsão de lapso temporal máximo para a interposição da mesma, sendo concedido ao condenado o direito de ter nomeado um defensor para si. Por tudo isto, a revisão criminal prevista na legislação projetada não difere rigorosamente daquela existente atualmente.

2.7.4 As condições da ação de revisão criminal

Pacífico que a revisão criminal nada mais é do que uma ação penal, mister se faz uma análise das condições para que esta mesma ação possa ser exercitada. Na visão do ilustre processualista e magistrado Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2010, p. 80):

As condições da ação são requisitos para que o juiz possa dar resposta à pretensão formulada. (...) São aquelas necessárias para a própria existência da ação. A sua ausência deve ser conhecida pelo juiz de ofício e a qualquer tempo, implicando a extinção do processo sem resolução do mérito. Grande discussão doutrinária grassa a respeito da forma pela qual o juiz deve verificar o preenchimento ou não das condições.

Desta forma, consistem as condições da ação em certos elementos que deverão fazer-se presentes no processo em questão para que o próprio julgamento do mérito seja autorizado e realizado pelo magistrado competente; são mecanismos que adaptam o processo e o tornam apto para enfrentar o julgamento de mérito. Referidas condições da ação são a legitimidade para a causa ou *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Com efeito, é o que anota Heráclito Antônio Mossin (1997, p. 68):

Por ser a *revisio* ação penal e não recurso, há de se aplicar relativamente a ela toda a doutrina, princípios e conceitos atinentes à teoria geral da ação. Assim sendo, pode-se, sem incidir em erro algum, classificar a ação penal de revisão criminal no campo da ação de conhecimento, por ela nascendo um novo processo de conhecimento e a conseqüente jurisdição de conhecimento, que lhe é inerente e inseparável.

Referidas condições, que se manifestam na revisão criminal por ser ela verdadeiro processo de conhecimento, não são analisadas apenas em consonância com aquilo que é trazido pela parte em sua vestibular, mas também com base em todos os elementos que afloraram dos autos no decorrer da instrução criminal. As condições da ação existem porque o direito de ação pode sofrer restrições e condicionamentos pelas normas processuais, que estabelecem tais limitações em razão do interesse a uma adequada prestação jurisdicional, cominando, para tanto, que o processo deve reunir determinadas condições para que seja analisado e tenha seu mérito decidido, já que nem mesmo o direito de ação é absoluto no ordenamento jurídico pátrio. Por isto cabe uma análise da maneira como as mesmas se revestem em sede de revisão criminal.

2.7.4.1 Legitimidade *ad causam*

Na visão unanimemente aclamada de Enrico Tullio Liebman (2004, p.95), a legitimidade para a causa ou *ad causam*:

É a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providencia que é objeto da demanda. Toda vez que surge um conflito de interesses, a lei não reconhece a qualquer um o poder de dirigir-se ao juiz para que intervenha e imponha o império da lei. Aquele a quem a lei atribui esse poder e aquele em face de quem o pedido pode ser feito é que são as pessoas legítimas.

De consonância com o nobre entendimento, aponta Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2010, p. 83) que a legitimidade é a:

É a relação de pertinência subjetiva entre o conflito trazido em juízo e a qualidade para litigar a respeito dele, como demandante ou demandado. Tem de haver uma correspondência lógica entre a causa posta em discussão e a qualidade para estar em juízo litigando sobre ela.

Diante disto, a legitimidade nada mais é do que a autorização, concedida apenas e tão somente pela lei, nos casos de processos criminais, para

fazer-se presente em juízo e litigar acerca de determinado assunto, é a capacidade para ser parte em determinado processo.

Nos casos de revisão criminal, merece destaque o artigo 623 do Código de Processo Penal, que dispõe, *in verbis*:

Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Em sendo assim, somente podem provocar o Poder Judiciário para que este aprecie uma determinada decisão condenatória transitada em julgado e possa, caso julgue necessário, convertê-la em absolvição ou reduzir a sanção imposta ao acusado, o próprio condenado ou então um procurador dotado de poderes especiais concedidos por ele para tanto. Nos casos de falecimento do sancionado, a legitimidade para requerer a revisão criminal de sua condenação é transferida para o cônjuge, o ascendente, o descendente e o irmão do mesmo.

Grande discussão paira na doutrina a respeito da possibilidade de que o Ministério Público possa propor uma revisão criminal. Quanto a isto, divergem os entendimentos dos juristas, havendo uma corrente que diz que o entendimento legal é taxativo e o Ministério Público, também por tratar-se de um órgão parcial, responsável por provocar a prestação jurisdicional do Estado no intuito de obter um édito condenatório, não poderia interpor uma revisão criminal. Este é um entendimento mais tradicionalista e majoritário, defendido por Júlio Fabbrini Mirabete (2008, p. 703):

O Ministério Público, por falta de previsão legal, não pode pedir a revisão em favor do condenado. O novo Regimento Interno do STF não prevê mais a possibilidade de o Procurador-Geral da República pedir revisão, perante o STF, em favor de réus condenados por aquela Corte.

Também E. Magalhães Noronha (1990, p. 384) manifesta-se neste mesmo sentido:

Pode o próprio réu pedir revisão. Em caso de sua morte, podem-no o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Vê-se que o atual Código restringiu o direito, tornando-o privativo do réu e de sua família. O pedido é assinado pelo próprio condenado, e sendo analfabeto, por alguém a seu rogo.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 928) é igualmente enfático em suas conclusões:

Não nos afigura razoável, como entendem alguns (...), que o Ministério Público possa constituir parte ativa nessa modalidade de ação. A lei não o autoriza a agir, diferentemente do que ocorre com o processo, quando atua como parte, podendo recorrer, inclusive, em favor do acusado. Finda a relação processual, transitada em julgado a sentença, não há mais cabimento em se admitir ação proposta pelo representante do Ministério Público. Perdeu o interesse, visto inexistir *direito de punir* do Estado nessa ação.

De forma que, ante a ausência de previsão legal expressa e de ter a mais alta corte do país erradicado a possibilidade de revisões criminais movidas pelo Ministério Público em seu próprio instrumento regulador interno, os defensores desta tese pugnam pela inexistência de legitimidade ativa por parte dele neste aspecto. Seria, para eles, o artigo 623 do Código de Processo Penal o exteriorizador de um rol taxativo e não passível de interpretações extensivas. Para Nucci, encerrando-se a ação penal original com o trânsito em julgado, encerra-se a possibilidade de intervenção do Ministério Público com relação ao fato concreto nela apurado. Importante lição trouxe também o mestre Noronha, posto que o legislador concedeu ao condenado capacidade postulatória para o ajuizamento da mesma, ou seja, da mesma forma que ocorre no remédio constitucional do *habeas corpus*, não existe a necessidade de advogado para a propositura de revisão criminal, podendo, qualquer dos legitimados, tomar esta iniciativa por si mesmo e formular e assinar o pedido revisional. Conseqüência direta destas disposições é que a revisão criminal é entendida como ação personalíssima, não havendo necessidade de procuração especial outorgada pelo sancionado para o específico ajuizamento da *revisio* por advogado, mas apenas nos casos em que ele transfere este poder a outro particular para que o faça em seu nome.

Note-se, porém, que há fortes correntes doutrinárias contrárias a esta tese, dizendo que mesmo sendo a revisão criminal um instrumento jurídico revestido com o manto de garantia constitucional, há a necessidade de advogado para o ajuizamento das mesmas, a despeito do que diz a lei processual penal. Para tanto, afirmam que o legislador, no artigo 623 do Código de Processo Penal, confundiu legitimidade com capacidade postulatória, e que tal disposição contida no ordenamento processual penal teria sido derogada pelo artigo 1º, I, da Lei nº

8.906/94. A jurisprudência, a seu turno, tem-se filiado à tese inicialmente elencada e defendida por Magalhães Noronha, afirmando ser o dispositivo processual penal plenamente vigente e responsável por estender ao sancionado a necessária capacidade à propositura de referida ação, no que caracteriza uma exceção da regra geral da própria capacidade postulatória. Veja-se o seguinte entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS – HABEAS CORPUS DE QUE SE CONHECE POR SE TRATAR DE NÃO-CONHECIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL EM QUE SE PLEITEIA A REDUÇÃO DAS PENAS PELA UNIFICAÇÃO DELAS. **O artigo 623 do Código de Processo Penal - que permite que o próprio réu requeira a revisão criminal - não foi derogado pelo artigo 1., I, da Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994.** "Habeas corpus" conhecido e deferido, para determinar-se que o Segundo Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, afastada a preliminar de não conhecimento da revisão criminal em causa por não se ter o peticionário feito representar por advogado, prossiga no julgamento dela como entender de direito. (STF – 1ª Turma – Habeas Corpus nº. 72.981-SP. Rel. Min. Moreira Alves. J. em 14.11.1995 – sem grifos no original).

Vale ressaltar, ainda, que existe entendimento diverso daquele que pugna pela vedação à interposição de revisões criminais pelo Ministério Público, dizendo não estar o *parquet* impedido de ajuizar referidas ações penais, ainda que inexista previsão legal autorizadora desta possibilidade. Esta é a opinião de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2011, p. 245):

Há posições mais abertas (...), no sentido de que o posicionamento do Ministério Público no processo penal brasileiro – como parte parcial que é, mas também como órgão da justiça e fiscal da lei, investido freqüentemente de poderes defensivos – também o legitima à revisão em favor do réu. Por outro lado, a omissão da lei explica-se pelo fato de o Código rotular a revisão entre os recursos, tendo o Ministério Público ampla legitimidade para recorrer (art. 577).

Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 683) partilha desta opinião, com o seguinte questionamento: “É estranha essa exclusão do Ministério Público. Se pode impetrar *habeas corpus* – tal como previsto em lei –, se pode recorrer pró-reu, por que razão não pode requerer revisão criminal?”. Referido doutrinador apoia-se na observância de preceitos legais semelhantes para concluir que nada obstará a extensão ao Ministério Público da legitimidade ativa nas revisões criminais.

Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p. 114) manifesta-se veementemente e de forma altamente crítica a favor da legitimidade ativa do *parquet* para estas ações:

A retirada da titularidade do Ministério Público em matéria de revisão criminal, indubitavelmente, atenta contra o princípio da verdade *material* (verdade obtida pelos meios processualmente admitidos) e revela que seus adeptos desconhecem a significação e a natureza desta instituição dentro do contexto processual penal, deixando, por conseguinte, de atentarem para as conseqüências benéficas advindas da procedência de uma ação revisional.

Estes doutrinadores entendem, desta feita, que o Ministério Público, mais do que a função de acusar, tem o dever de buscar a correta aplicação da lei, fato que o elencaria como legitimado à propositura de uma revisão criminal. Além disto, a ausência de previsão expressa desta legitimidade é explicada pelo fato de ter o legislador elencado no artigo 577 do Código de Processo Penal a mais ampla possibilidade de interpor recursos, dentre os quais está, ainda que erroneamente, a revisão criminal.

Efetivamente, a conclusão mais correta é obtida frente a uma análise do artigo 127 da Constituição Federal de 1988, que dispõe incumbir esta importante função essencial à justiça, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ora, diante disto, extrai-se que a função precípua dos órgãos ministeriais não é funcionar como órgão de acusação nas ações penais públicas, mas sim zelar pelo respeito e observância das disposições normativas pátrias, pelo correto desenvolvimento da ordem jurídica e a preservação dos interesses coletivos e individuais, dentre eles, a devida punição de um criminoso e absolvição de um inocente, bem como pela correção das falhas emanadas do Poder Judiciário, os quais são verdadeiros paradigmas dos objetivos colimados pela Carta Constitucional para o Ministério Público. Não é possível que ele pugne pela absolvição do acusado em suas alegações finais ou em grau de recurso? Daí a inexistência de óbices à admissão de que o *parquet* possa interpor revisões criminais em benefício do condenado, não com fundamento legal em dispositivo datado da época do Estado-Novo, mas sim com supedâneo constitucional e no princípio magno que orienta o processo penal brasileiro, que é a busca pela verdade real.

Note-se, contudo, que a jurisprudência tem entendido que o Ministério Público, realmente, não possui legitimidade ativa nas revisões criminais, como ilustra o seguinte julgado:

O promotor de justiça não possui legitimidade para requerer revisão criminal, direito personalíssimo das pessoas elencadas pelo art. 623 do CPP, limitada a sua atuação ao âmbito da primeira instância, na forma da Lei Orgânica do Ministério Público. (TAMG – Grupo de Câmaras Criminais – Revisão nº 123.166-3 – Ibiraci. Rel. Schalcher Ventura. J. em 12.05.1992. RT 694/375).

Também o Supremo Tribunal Federal orienta-se neste sentido:

REVISÃO CRIMINAL – LEGITIMIDADE. O Estado-Acusador, ou seja, o Ministério Público, não tem legitimidade para formalizar a revisão criminal, pouco importando haver emprestado ao pedido o rótulo de *habeas corpus*, presente o fato de a sentença já ter transitado em julgado há mais de quatro anos da impetração e a circunstância de haver-se argüido a competência da Justiça Federal, e não da Justiça Estadual, sendo requerente o Procurador da República. (STF – 2ª Turma – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 80.796-8-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. J. em 29.05.2001).

No que tange à legitimidade passiva desta ação penal, é a mesma inexistente, até mesmo dada a natureza *sui generis* da qual a mesma se reveste, muito embora existam poucos defensores da tese de que seria o polo passivo desta demanda ocupado pelo Estado, representado pelo Ministério Público, fato que permitiria concluir que, da mesma forma que ocorre nos *habeas corpus*, haveria, na revisão criminal, uma inversão da polaridade das partes. Esta última corrente, porém, enseja a um tanto quanto contraditória observação de que a partir do momento em que se admite a legitimidade ativa do *parquet* nas revisões criminais, far-se-ia necessária a nomeação de outro membro do mesmo órgão, que não aquele que funcionou como acusador no processo que resultou em condenação do acusado, para assumir o polo passivo da *revisio*. Prevalece, contudo, o entendimento de que a revisão criminal é realmente desprovida de polo passivo, mesmo porque se o objetivo da mesma é corrigir erros judiciais, não haveria interesse do Ministério Público em sustentar pretensão contrária à esta finalidade, de modo a pugnar pela permanência do erro.

Na hipótese de ser a revisão criminal interposta pelo condenado e este vier a falecer no curso da mesma, deverá o presidente do tribunal no qual a *revisio*

tramitar, por força do artigo 631 do Código de Processo Penal, nomear um curador especial para a defesa do sancionado.

Insta salientar, finalmente, que mesmo as correntes que vislumbram a taxatividade do artigo 623 do Código de Processo Penal entendem ser possível que, nos casos de falecimento do condenado, possa a revisão criminal seja proposta pelo companheiro e não apenas pelo cônjuge, tanto devido ao conceito de família trazido pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988 e pelo reconhecimento e regulação civil do instituto da união estável.

2.7.4.2 Interesse de agir

No que diz respeito a esta segunda condição da ação, pode ser ela definida, segundo a teoria geral do processo, como sendo a verificação da absoluta necessidade de prestação jurisdicional do Estado para a solução de determinado conflito de interesses surgido entre o indivíduo que afirma ser detentor de determinado direito, e o indivíduo que resiste a tal alegação, ou seja, seria necessário que estivessem esgotados todos os meios de solução extrajudicial da lide verificada para que se admitisse o recurso ao Poder Judiciário.. Na óptica particular do processo penal, porém, Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 96) manifesta-se no seguinte sentido:

No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro *plus* ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento de jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-*utilidade*.

Efetivamente, em sede de processo penal, interesse de agir significa a possibilidade de o processo ser necessário, adequado e útil para solucionar o conflito de interesses levado a juízo. Tal interesse é sustentado pelo seguinte trinômio: necessidade, utilidade e adequação do processo, e se traduzem na eficácia

da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. O processo deve ser necessário, útil e adequado para atingir os fins que com ele se colimam.

Nesta seara, sabido e notório é que o processo penal sempre irá possuir interesse de agir na modalidade necessidade. Isto se deve ao fato de que, em decorrência de ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, seu *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir, é limitado pelas normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, de sorte que o próprio Estado soberano controla seu poder, limitando-se nas regras de conduta que pautam a vida de todos os jurisdicionados. Assim, somente se aplica uma sanção penal a alguém após o devido processo legal. Representa esta diretriz, desta feita, a própria necessidade absoluta do processo para que se alcancem os objetivos com ele pretendidos. E se o processo penal sempre é necessário, sempre será também útil, posto ser ele o único mecanismo detido pelo Estado para aplicar ao autor de uma infração penal a respectiva reprimenda.

Em se tratando de revisão criminal, o interesse de agir configura-se nos moldes do que ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2011, p. 245):

O interesse (como necessidade) configura-se, na ação de revisão, pela existência de coisa julgada. Somente quando a sentença condenatória já estiver ao abrigo dos recursos ordinários e extraordinários é que surge para o condenado a necessidade de utilização da revisão para rescindi-la.

Tal entendimento é corroborado pela súmula nº. 114 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *in verbis*:

Súmula 114: A ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória *latu sensu* (incluindo a denominada 'sentença absolutória' do art. 386, parágrafo único, III, CPP) corresponde à falta de interesse de agir em via revisional (interesse-necessidade).

Assim sendo, necessário se faz verificar a existência de uma decisão judicial condenatória ou absolutória própria transitada em julgado para se falar em interesse de agir na revisão criminal, de modo a implicar uma verdadeira confusão entre o interesse de agir e o pressuposto ou objeto da revisão criminal no ordenamento jurídico processual penal pátrio. Isto porque, uma vez que existe coisa julgada, nenhum recurso pode ser interposto contra o pronunciamento definitivo do

Poder Judiciário no caso concreto, sendo que somente a *revisio* pode promover a alteração do mesmo e convertê-lo num julgado favorável ao acusado. Eis aí a sua necessidade, somente verificada se houver coisa julgada penal, confundindo-se, assim, com o próprio pressuposto das revisões criminais.

2.7.4.3 Possibilidade jurídica do pedido

Nas lições gerais do processo penal, a possibilidade jurídica do pedido confunde-se com o próprio mérito da causa, tratando-se da pretensão formulada pelo órgão ministerial ou pelo querelante, nos casos de ação penal privada, de condenação do réu às penas da lei, dizendo respeito à própria tipicidade da conduta, justamente porque se determinado fato verificado possui previsão legal de crime, há a possibilidade de que seu executor seja por ele condenado. Eis a lição de Guilherme de Souza Nucci (2011, pp. 193-194):

Possibilidade jurídica do pedido significa que o Estado tem possibilidade, em tese, de obter a condenação do réu, motivo pelo qual é indispensável que a imputação diga respeito a um fato considerado criminoso. Demanda-se, assim, que a imputação diga respeito a um fato típico, antijurídico e culpável (...). Para que haja ação penal, é fundamental existir, ao menos em tese e de acordo com uma demonstração prévia e provisória, uma infração penal.

Esta possibilidade, ainda que desprovida de concretude plena, de que o pedido formulado pelo autor da demanda criminal possa ser acolhido, em se tratando de revisão criminal, consubstancia-se na existência de uma sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, pois somente estas podem ser combatidas pela *revisio* prevista no ordenamento jurídico nacional, ou seja, *pro reo*, não havendo que se falar nesta terceira condição da ação nos casos em que o peculiar mecanismo processual intenta guerrear uma sentença absolutória. Mais uma vez, em sendo assim, verifica-se que o pressuposto ou objeto da revisão criminal repercute de maneira decisiva nas condições desta ação, e estando o mesmo presente, extirpa-se por completo a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal.

A respeito deste assunto, Marjorie Kelli Müller Maia (2005, p. 27) afirma que:

Para o cabimento da Revisional, é necessário que o Juiz singular tenha proferido decisão definitiva de mérito, dando provimento a uma pretensão condenatória, e aplicado uma sanção ao réu. Vislumbra-se que a possibilidade de interposição da Revisão Criminal está vinculada à existência de uma sentença condenatória, pois só com relação a essa a lei admite o exercício da ação. Porém, também é cabível contra a sentença absolutória imprópria, prevista no art. 386, § único do CPP, que impõe ao inimputável, como forma de sanção, uma medida de segurança.

Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p. 100) corrobora estas afirmações a partir do momento em que vincula a possibilidade de acolhimento do pedido formulado pelo condenado na revisão criminal à existência de processo findo, qual seja, aquele do qual não mais caiba qualquer recurso:

Este interesse, ou seja, a necessidade de se requerer revisão criminal para se obter a reforma total ou parcial da decisão condenatória, surge somente depois que o processo se torna *findo*, isto é, processo já solucionado por sentença transitada em julgado, ante a impossibilidade de interposição de recurso (...). Ademais, deve haver algum prejuízo ao peticionário – provocado por *error in judicando* ou *error in procedendo* – que justifique o ajuizamento de tal ação impugnativa.

Desta feita, elenca ainda o doutrinador um outro elemento da possibilidade jurídica do pedido de revisão criminal, qual seja, a demonstração do efetivo erro judiciário para que o condenado possa pleiteá-la. Interessante frisar mais uma vez que a revisão criminal pacificamente se estende também para as decisões judiciais que impõem medida de segurança ao acusado, nas chamadas sentenças absolutórias impróprias, assim chamadas porque ainda que absolvam o réu da acusação contra ele lançada diante da ausência de culpabilidade, mantêm uma resposta estatal diante do fato cometido, baseando-se, assim, em juízos de periculosidade e não de culpabilidade do agente.

Cabe ressaltar que deveras importante é também fazer menção à possibilidade jurídica da causa de pedir. Esta se consubstancia simplesmente na demonstração, pelo condenado, de uma das circunstâncias que autorizam a revisão criminal, elencadas no artigo 621 do Código de Processo Penal. Desta feita, analisando o magistrado competente o pedido revisional e nele constatando que as alegações se amoldam, ainda que *a priori*, a qualquer dos fundamentos legais da

revisão criminal, percebendo também o trânsito em julgado de anterior sentença penal condenatória, deve o juiz dar prosseguimento ao feito. Neste contexto, estão as súmulas nº. 112 e nº. 113 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

Súmula 112: Os fundamentos legais da revisão criminal configuram sua causa de pedir.

Súmula 113: A constatação da ausência dos fundamentos legais, por intermédio da cognição sumária, leva a um julgamento de 'carência da ação', pela impossibilidade jurídica da *causa petendi*.

Em sendo assim, necessário se faz a demonstração tanto da possibilidade jurídica do pedido quanto da possibilidade jurídica da causa de pedir para que se demonstre a viabilidade de tramitação de uma revisão criminal.

2.7.5 Hipóteses de cabimento da revisão criminal

O legislador disciplinou as situações nas quais cabe o pedido revisional por parte de um sancionado no artigo 621 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 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.

Interessante perceber, *a priori*, que por força do preceito contido no artigo 622 § único do Código de Processo Penal, embora não exista nenhum prazo preclusivo para o ajuizamento de uma revisão criminal, não é possível que o condenado intente novo pedido revisional com fundamento na mesma causa de pedir, ou seja, na mesma razão que fundamentou o pedido anterior. Desta forma, a reiteração do pedido revisional por parte do condenado pode ocorrer, mas limita-se à

existência de causa diversa daquela que foi por ele arguida ao Poder Judiciário quando da interposição da primeira revisão criminal e na inexistência de novas provas.

Uma vez que apenas e tão somente os motivos legalmente previstos irão autorizar a revisão criminal no bojo do processo penal brasileiro, mormente porque a regra constitucionalmente prevista é o resguardo e privilégio à coisa julgada, é possível afirmar que ela se cuida de uma ação de fundamentação vinculada, ou seja, é uma ação na qual a fundamentação do legitimado ativo à sua propositura somente poderá arguir as matérias elencadas na legislação. Analise-se, então, cada uma das hipóteses nas quais cabe revisão criminal *pro reo*.

2.7.5.1 Sentença contrária ao texto da lei

A primeira parte do inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal faz menção aos casos em que o édito condenatório emanado do Poder Judiciário é contrário ao texto expresso de lei penal. Antônio Bento de Faria (1960, p. 345) diz que:

Tal ocorre quando o decreto houver enfrentado o preceito legal, isto é, quando contestar a realidade do preceito formal da lei, ou não aplicar qualquer dos seus mandamentos nos termos por ela estabelecidos. É evidente que neste caso a decisão não deve subsistir porque viola abertamente a lei e também a ordem pública e com ela não só o direito do condenado como o de todos, dêis que à sociedade interessa sejam as suas leis observadas e cumpridas com fidelidade.

Na visão de Faria, então, uma sentença judicial contrária à lei não possui qualquer razão de ser, mais ainda, fere a própria harmonia dos poderes do Estado, lesando a sociedade como um todo a partir do momento em que se constata o interesse nela presente na observância das leis. Não pode a lei afirmar e o magistrado negar. Explica ainda E. Magalhães Noronha (1990, p. 383) que:

Contrária ao texto expresso da lei é a sentença que nega sua existência ou realidade, ou não a aplica consoante a própria lei estabelece. Tal não ocorre com a interpretação, desde que ela, com desprezo de regras e princípios indeclináveis de hermenêutica, não leve àquele resultado.

Interessante a observação, justamente porque prevalece no processo brasileiro o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, que prega que o magistrado tem o poder de decidir e convencer-se, quando da análise do caso concreto, da maneira como houver por bem e entender correto, mas sempre fundamentando suas decisões. Neste contexto, não se podem tolerar revisões criminais intentadas contra interpretações formuladas pelos magistrados julgadores e corroboradas pelas cortes superiores do Poder Judiciário, havendo a necessidade de uma violação direta e latente do texto normativo. Isto, claro, se a interpretação levada a efeito pelo poder jurisdicional for ao menos plausível e também não se afigurar absurda e desproporcional à lei. Neste mesmo sentido, é a afirmação de Heráclito Antônio Mossin (1997, p. 83), para quem “em linhas gerais, o pedido revisional com escólio no inciso *sub examine* somente terá guarida quando a decisão que deu provimento ao pedido condenatório afrontar o conteúdo, o preceito, o espírito (*animus spiritus*) da lei, enfim, seu valor”. Também Saulo Brum Leal e Inez Maria Kinzel (1994, p. 24) referem-se a este delicado ponto da interpretação das normas pelo juiz, nos seguintes moldes:

Refere-se o dispositivo a texto expresso da lei e não a sua interpretação, desde que nesta, evidentemente, não se despreze as regras e princípios da hermenêutica levando a uma conclusão *contra legem*. Por isso, não basta para o cabimento da revisão da decisão transitada em julgado, quando de questão controvertida, se tenha adotado corrente doutrinária ou jurisprudencial ainda que não predominante ou minoritária. Também é firme a orientação do STF e de tribunais estaduais que não cabe revisão criminal sob o fundamento de mudança de jurisprudência em questão controvertida. A variação de posição do tribunal sobre qualquer questão jurídica, inclusive no Pretório Excelso, é circunstância que não permite a revisão, eis que conflita com a própria arguição de ofensa a texto expresso da lei penal.

Diante de todas estas afirmações, o entendimento que deve surgir quando da interpretação deste dispositivo, mais precisamente quando se fala em violação do texto da lei, é que a decisão judicial definitiva pode ser revista quando a desconformidade for tanto contra norma de direito material, ou seja, leis penais, quanto contra norma de direito processual, ou seja, leis processuais penais e não à interpretação que delas fez o magistrado, caso esta se vislumbre plausível, mesmo que o posicionamento majoritário das cortes de justiça esteja em desconformidade com a matéria decidida.

Tendo em mente o fato de que o texto da lei não deve ser confundido com a norma que dele é extraída quando da realização da adequada exegese por

parte do jurista, esta possibilidade de revisão criminal engloba os casos em que a decisão penal condenatória se fulcra em interpretação legal que não extrai o melhor sentido da norma que, em sede de processo penal brasileiro, é aquele que favorece a pessoa do acusado.

Note-se que no que tange à lei material, não somente as leis penais podem ser alvo de violação da decisão judicial, mas também as leis empresariais, civis, trabalhistas e de outros ramos do Direito, para a prolação da definitiva sentença nos autos, a exemplo do que ocorre com as questões prejudiciais. Dada a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico nacional, também não se pode admitir a prevalência de uma decisão judicial que viole a Carta Magna.

2.7.5.2 Sentença contrária à evidência dos autos

A parte final do inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal faz menção à contrariedade da sentença condenatória à evidência dos autos. A primeira questão a ser entendida com relação a este embasamento da revisão criminal é o sentido da expressão “evidência dos autos”. Para Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p. 53):

Evidência é sinônimo de certeza, visibilidade, clareza e transparência (e não de simples probabilidade), que se obtém pelo esforço intelectual, gerando a convicção, através da indução ou dedução. Evidência propriamente dita não é sinônimo de prova, mas a *evidência dos autos*, a que alude o estatuto processual penal, identifica-se como a *prova colhida*.

E mais à frente arremata:

Grosso modo podemos afirmar que a decisão definitiva condenatória surge contrária à evidência dos autos, quando: se detecta, indubitavelmente, que ela se distanciou completamente da questão penal solucionada; não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo; ou existe substancial elenco probatório desconsiderado pelo julgador, o qual, ao arrepio da prova e contra certeza da inocência do réu, demonstrada cabalmente no processo, acaba condenando o acusado.

Em sendo assim, o conceito de evidência dos autos deve ser o de prova colimada ao processo, ou seja, de prova que se faz presente na demanda. E

por esta razão, se há no feito alguma prova que autorize a se concluir pela culpabilidade do agente e a necessidade de imposição de pena ao mesmo, não há embasamento ao pedido de revisão criminal, justamente porque a apreciação do conjunto probatório dos autos e a atribuição de determinado valor a cada uma delas é uma prerrogativa que assiste somente ao magistrado. Ele é quem tem o poder de apreciar as provas e verificar qual a importância das mesmas, de sorte que não há que se questionar a validade da condenação prolatada se for possível encontrar ao menos um único fundamento para a existência da mesma.

De sorte que a sentença judicial que pode ser alvo de revisão criminal é aquela que resulta numa condenação totalmente dissociada da prova dos autos, que não encontra qualquer razão de ser após uma análise mais detida do processo em trâmite. Note-se que a contrariedade da sentença à prova dos autos deve ser evidente, frontal, deve ser um julgado que se choque com o elemento probatório do feito, o que, ressalte-se mais uma vez, não se verificará quando houver ao menos uma única prova que embase a condenação e a decisão judicial esteja devidamente motivada.

2.7.5.3 Sentença fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos

O inciso II do artigo 621 do Código de Processo Penal refere-se aos casos em que a prova na qual a sentença penal condenatória encontra supedâneo é comprovadamente falsa. Eis um argumento que embasa revisões criminais desde os primórdios deste instituto jurídico, não somente no Brasil, como também nas legislações estrangeiras.

Interessante ressaltar que o dispositivo legal faz menção expressa aos documentos comprovadamente falsos, ou seja, o próprio legislador estipulou que há a necessidade de verificar-se, no caso concreto, a absoluta certeza da falsidade dos depoimentos, exames ou documentos que constituem fundamento da condenação. Desta forma, não existe a possibilidade de que meras suspeitas de falsidade da prova embasem uma revisão criminal, de sorte que somente a certeza pode fazê-lo.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 935), discorrendo sobre esta particularidade, afirma que:

Embora o ideal fosse apurar o falso testemunho, a falsa perícia ou a falsidade documental em processo à parte, trazendo para os autos da revisão a decisão formal e final, nada impede que, na ação revisional, seja apurado o falso. Tal se dá porque a reavaliação do erro judiciário necessita ser célere, implicando, na maior parte dos casos, constrangimento à liberdade individual do sentenciado, motivo pelo qual é possível verificá-la nos autos de revisão.

Desta forma, a certeza da falsidade da prova pode ser apurada na própria revisão criminal, dada a necessidade de agilidade do procedimento revisional, somente possível quando de uma condenação do acusado. Logo, certeza da falsidade dos elementos probatórios dos autos não se confunde com a existência de condenações definitivas daqueles que as produziram por algum crime correlato às suas condutas.

Em hipóteses como esta, sendo a revisão criminal julgada procedente, determinará o magistrado competente a comunicação aos órgãos persecutórios para que estes iniciem uma apuração da falsidade cometida. Assim sendo, não há necessidade de que se aguarde o trânsito em julgado de processo autônomo no qual se reconheça a falsidade da prova que embasou a condenação para que a *revisio* seja julgada procedente ou improcedente, ainda que existam entendimentos contrários.

Além disso, deve-se destacar que não é qualquer falsidade que pode embasar a *revisio*, mas apenas a falsidade que recaia na prova que foi fundamental para a condenação, de maneira que a inverdade da prova documental, pericial ou oral que não serviu de base para o decreto condenatório do Poder Judiciário não servirá como argumento para suscitar-se uma revisão criminal, prevalecendo, aqui, a intangibilidade da coisa julgada. O mesmo se diga para os casos em que a fundamentação da sentença foi mista, ou seja, baseou-se tanto em provas falsas quanto em provas autênticas e legais, situação na qual o supedâneo concedido à condenação pelas provas legítimas basta para que ela seja dotada de força prevalente e não possa ser atacada por revisão criminal. Neste mesmo sentido está a súmula nº. 118 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

Súmula 118: A prova falsa que autoriza a revisão é a prova relevante para a condenação. A falsidade pode ser apurada na própria ação revisional.

Finalmente, vale ressaltar que a existência desta possibilidade de revisão criminal afigura-se pela necessidade de moralidade e retidão da prova presente nos autos. Esta é a lição de José Antônio Pimenta Bueno (1959, p. 346) apud Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, pp. 59-60):

É contudo fora de dúvida que desde que se demonstre que a prova em virtude da qual foi proferido o julgamento é falsa, torna-se manifesto que o juízo foi iludido e com ele a Justiça. O caráter moral da prova é quem deve ministrar a certeza do que se deduziu na questão, e certificar a verdade contestada. Conseqüentemente, a falsidade dela não deve prevalecer, e, portanto, nem a sentença, que é falha do erro, e que como tal perde o caráter de presumida justiça e demanda retificação.

Em suma, é a própria adequação e moralidade do processo e do Poder Judiciário que está em jogo caso não se autorize a correção de uma sentença resultante de falsidade probatória, impondo-se a necessidade de relativização da coisa julgada em situações desta para a promoção da justiça efetiva.

2.7.5.4 Descoberta de novas provas de inocência do acusado

A primeira parte do inciso III do artigo 621 do Código de Processo Penal diz ser cabível revisão criminal quando, verificando-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, descobrem-se novas provas que demonstram a inocência do acusado. Discorrendo sobre este dispositivo processual penal, Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 787) diz que:

O fundamento, então, é eminentemente de revisão de provas, quando se sustentará a existência de material probatório não apreciado no processo anterior. De tais provas poderá surgir a inocência, ou a não-culpabilidade do condenado, ou até a demonstração de circunstância não reconhecida anteriormente, cuja conseqüência seja a diminuição da pena.

Quando isto ocorre, verifica-se que não houve apreciação completa das provas atinentes ao caso concreto, justamente porque somente após o advento da coisa julgada surgiram provas complementares capazes de lançar luz à

persecutio criminis e demonstrar a inocência do acusado. Segundo o entendimento de Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p. 62):

Nova prova que justifica a absolvição (...) tem uma concepção abrangente. Nova prova é aquela: a) que ainda não foi avaliada na instrução – novos elementos de convicção que o requerente pode oferecer após a sentença condenatória; b) que não é conhecida, embora possa ter sido suscetível de sê-lo no processo de conhecimento; c) que consta do processo e, embora conhecida, não foi apreciada à luz de nova argumentação; e d) decisiva, suficiente para alterar o julgamento.

Na verdade, as provas novas podem ser substancialmente ou formalmente novas. No caso das provas substancialmente novas, surgem provas que até então eram desconhecidas tanto do Estado quanto do sancionado, enquanto que as provas formalmente novas são aquelas que adquirem distinta conotação quando de ulterior apreciação pelo Poder Judiciário, a exemplo da testemunha que retifica seu depoimento prestado em sede de instrução criminal. No contexto da *revisio*, a prova nova deve ser entendida simplesmente como aquela que, mesmo travada em contraditório, não foi levada ao conhecimento do juiz que instruiu o processo, e que é apta a conduzir à demonstração de inocência do réu, a exemplo do que pode se verificar com a evolução das técnicas periciais para a demonstração de utilização da arma do crime ou o juízo de retratação da vítima, a assunção de demonstração de causa de exclusão de tipicidade ou ilicitude ou mesmo uma sentença cível que autorize a conclusão de inocência do mesmo, a exemplo da decisão judicial proferida em ação dominial que pugnou pelo reconhecimento de que a propriedade da suposta *res furtiva* pertence ao acusado.

Não se deve, contudo, olvidar das provas já colimadas aos autos e que foram apreciadas pela decisão condenatória. Tal é o alerta de Eduardo Espínola Filho (1943-1946, p. 42):

Na revisão criminal, não é possível, ante as novas provas, desprezar as anteriormente produzidas e que fundamentaram a condenação. Um e outras devem ser examinadas, como se formassem um só conjunto, para que se escolham as melhores, as mais fidedignas, como esteio da nova decisão, que pode firmar-se no sentido de manter a condenação, de diminuir a pena ou de proclamar a absolvição.

Desta forma, deve-se agir com cautela e não modificar a coisa julgada simplesmente com o advento de prova nova até então desconhecida, fazendo-se

necessário uma avaliação ou confrontação desta nova prova com as demais existentes no processo original para que o magistrado julgador apure-as e avalie quais delas deverão prevalecer. Como dito, somente ao magistrado cabe atribuir um peso a cada prova, sendo que mesmo diante do advento de provas inovadoras que autorizem cogitar-se a inocência do sancionado, existirem também provas mais robustas que convergem para a afirmação de sua culpabilidade e de que a aplicação de sanção a ele foi devida, a condenação deverá ser mantida.

2.7.5.5 Descoberta de novas provas que levem à redução da pena

O artigo 621, inciso III, *in fine*, traz como razão embasadora da revisão criminal a descoberta de provas que demonstrem não a inocência do réu, mas sim a possibilidade de que a ele seja aplicada uma sanção mais branda e não tão severa como na prática se verificou. Valem as mesmas considerações acerca do caráter de novidade da prova, mas neste caso elas surgem para conduzir a uma redução da reprimenda imposta ao indivíduo e não a sua absolvição completa.

Exemplos de situações caracterizadoras de diminuição da pena do condenado são a assunção de provas que demonstram discriminantes putativas, causas de exclusão da culpabilidade, circunstâncias judiciais favoráveis, atenuantes genéricas do artigo 65 do Código Penal ou causas de aumento de pena previstas na parte especial do mesmo *codex*. Da mesma forma, o descobrimento de prova inovadora que autoriza a retirada da pena de uma agravante genérica aplicada pelo juiz ou de uma das qualificadoras do fato típico.

Finalmente, no que diz respeito a estas provas novas, cabe ressaltar o alerta de Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p. 63):

A prova que acarrete apenas *dúvidas* ao julgador não deve ser concebida como *prova nova* para os efeitos do art. 621, III do Código de Processo Penal, ou seja, o fundamento da existência de prova nova é admissível em sede revisional, desde que seja suficiente para derrubar a instrução procedida, não bastando que acarrete incerteza sobre a realidade do fato ou da verdade.

Desta feita, a descoberta de uma prova nova que nada prove de relevante, mas apenas e tão somente incute dúvida nos órgãos julgadores, não pode ser aceita como fundamento de revisão criminal. Uma prova nova deve ser sempre da máxima relevância e levar a um juízo de certeza e não de dúvida. Interessante este ponto justamente porque, quando de um processo de conhecimento, pode o réu ser absolvido tanto com a certeza de sua inocência quanto a dúvida de sua culpabilidade, mas em se tratando de revisão criminal, somente a prova que conduz à certeza da inocência do ora sancionado é apta para promover a alteração da coisa julgada, não havendo que se falar em conversão da condenação em absolvição ou relativização da pena nos casos de dúvida trazida por nova prova. Ora, deve-se ter sempre em mente que uma revisão criminal é sempre provocada pelo particular, nos moldes do que disciplina o ordenamento jurídico nacional, sendo ele a parte ativa da mesma. Por esta razão, é a ele quem cabe o ônus da prova, de sorte que se ele não demonstrar ao juízo a pertinência de suas alegações de inocência, não será beneficiado com o julgamento de procedência de seu pedido. Não há, em sede de revisão criminal, um princípio *in dubio pro revisionado* como impera no processo penal, em geral, o *in dubio pro reo*. Por conta disto, pode-se afirmar que, ainda que se tolere no processo penal brasileiro somente a revisão criminal *pro reo*, nela prevalece o princípio geral do *in dubio pro societate*.

2.7.5.6 Nulidade do processo

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1110) tem um entendimento bastante peculiar no que concerne à possibilidade de revisão criminal nos casos em que a decisão judicial condenatória emanou de processo nulo, muito embora esta hipótese não esteja elencada no rol do artigo 621 do Código de Processo Penal, circunstância que levaria a crer que mencionado dispositivo legal é meramente exemplificativo e não taxativo.

Traz o jurista como embasamento para tanto o fato de que o artigo 626 do mesmo *codex* traz a anulação do processo como um dos possíveis resultados do julgamento de procedência de uma ação de revisão criminal. Entretanto, já de início faz o mesmo o seguinte alerta:

Inicialmente, há de se ficar atento à espécie de nulidade. De fato, em se tratando de nulidade absoluta constante de sentença condenatória ou absolutória imprópria, é sabido que sua arguição pode ser feita a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado. Todavia, na hipótese de nulidade relativa, caso esta não seja arguida oportunamente (CPC, art. 571), dar-se-á preclusão temporal e conseqüentemente convalidação da nulidade. Logo, supondo-se que determinado acusado tenha sido condenado irrecorrivelmente pela *Justiça Estadual* pela prática de *crime eleitoral*, temos que se trata de processo manifestamente nulo, haja vista a incompetência absoluta da autoridade judiciária, em clara e evidente afronta ao princípio do juiz natural. Por isso, será plenamente cabível o ajuizamento da revisão criminal para fins de desconstituição da referida decisão.

Em sendo assim, para este jurista em especial não é necessário que nenhum dos elementos elencados no artigo 621 do Código de Processo Penal se verifique presente para autorizar a *revisio criminis* se o processo de onde surgiu a condenação padecer de uma nulidade absoluta.

Efetivamente é um parecer bastante interessante e que se coaduna, como dito, com um dos possíveis efeitos advindos de uma revisão criminal julgada procedente. Há, contudo, que se ater ao fato de que para os casos de nulidade absoluta do processo também é possível a interposição de *habeas corpus*. Para que o beneficiado possa aferir qual dos dois instrumentos deve ser utilizado no caso concreto, afora o fato de que o remédio constitucional do *habeas corpus* é subsidiário à revisão criminal para a desconstituição da coisa julgada, deve-se considerar que ele não permite dilação probatória, ao passo que a revisão criminal sim. Destarte, havendo inequívoca e manifesta nulidade absoluta do processo, como no exemplo citado pelo doutrinador, afigurar-se-ia possível a utilização do *habeas corpus*; de outra banda, não havendo tamanha evidencia do vício que acomete o processo que originou o pronunciamento jurisdicional condenatório, somente restaria possível a utilização da *revisio*.

Tal entendimento, contudo, é extremamente minoritário no cenário jurídico nacional. Para a maioria da doutrina processual penal, a nulidade do processo ainda é vista não como o pedido formulado pelo condenado em sua inicial de revisão criminal, mas sim uma das medidas passíveis de aplicação ao caso concreto pelos julgadores. Aqueles que acampam tal entendimento dizem que os fundamentos da revisão criminal são apenas e tão somente aqueles do artigo 621 do Código de Processo Penal, não se incluindo entre eles a nulidade do processo, tratando-se ela, como dito, apenas de medida que pode, e não que deve, ser

tomada na decisão revisional. De acordo com o artigo 648, VI do Código de Processo Penal, o instrumento apto para provocar o Poder Judiciário e fazer com que este reconheça a nulidade do processo seria apenas o *habeas corpus*, remédio heroico que, no processo penal, pode ser usado para combater qualquer constrangimento causado pelo Estado, inclusive submeter o indivíduo à condição de réu de uma ação nula.

O ponto de vista que pugna pela taxatividade das hipóteses trazidas pelo artigo 621 do Código de Processo Penal, frise-se, tem por razão de ser até mesmo o fato de que a regra prevista no ordenamento jurídico brasileiro é a definitividade das decisões judiciais, caracterizando a própria revisão criminal uma exceção. E por ser exceção, somente se afiguraria possível nas estritas hipóteses legalmente previstas e disciplinadas e em nenhuma outra situação.

No que tange aos efeitos de uma decisão de nulidade do processo em sede de revisão criminal, estes serão analisados futuramente, no item 2.7.8.

2.7.6 Prazo para ajuizamento

A legislação processual penal não comina nenhum prazo no qual deva a revisão criminal ser interposta. Com efeito, assinala E. Magalhães Noronha (1990, p. 384):

Destinando-se a revisão a corrigir o erro judiciário, compreende-se que não esteja subordinada a prazo ou tempo. Pode ser requerida em qualquer momento, transitada que seja a sentença condenatória. Quando aparecer nova prova, na conformidade do que já foi dito, quando surgir qualquer dos requisitos do art. 621 e achar o interessado oportuno o momento, pode a revisão ser interposta.

Desta forma, tendo por base o dispositivo do artigo 622 do Código de Processo Penal, somente ao condenado cabe aferir o momento adequado para a propositura da revisão criminal de sua sentença, podendo ele fazê-lo a qualquer tempo, ainda que a reprimenda que lhe foi imposta já esteja totalmente cumprida. Somente o condenado é que goza da prerrogativa de aferir a oportunidade para o ajuizamento de revisão criminal, caso haja por bem fazê-lo.

A inexistência de um prazo específico no qual deva ser ajuizada a revisão criminal deve-se ao fato de que ela é um remédio que visa ressarcir ao condenado sua dignidade perante a sociedade, de sorte que, mesmo após ter ele cumprido a sanção que lhe foi imposta, é possível que requeira a liberação dos efeitos advindos das mais variadas searas do Direito em decorrência da condenação e que se abateram sobre o mesmo, como os penais, administrativos e civis. Ou seja, mesmo depois que já houve cumprimento de pena, persiste a necessidade de correção do erro judiciário, pois o mesmo ainda pairará sobre o réu caso o Estado-Juiz não reconheça sua falha e busque o retorno do jurisdicionado ao *status quo ante*. Até mesmo a jurisprudência construída pelos tribunais brasileiros ao longo dos anos ilustra e consolida a inexistência de prazos preclusivos à propositura da revisão criminal, de tal sorte que a mais alta corte de justiça do país elaborou a sua súmula de nº. 393, *in verbis*:

Súmula 393: Para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão.

Assim, a inexistência de lapsos temporais que balizem a propositura de revisão criminal é tamanha que não há nem mesmo a necessidade de que o condenado esteja recolhido ao cárcere para que possa intentar uma revisão criminal. Bastam as condições da ação e a coisa julgada desfavorável ao réu. Note-se, porém, à guisa de conclusão, que a partir do momento em que antes da prolação da sentença houve uma causa de extinção da punibilidade, como a prescrição, não se afigura possível a interposição de revisão criminal contra a decisão judicial que a reconhece, justamente porque não existe em casos como este a possibilidade jurídica do pedido, posto não haver sentença condenatória do acusado.

2.7.7 Competência

No que diz respeito à competência para a apreciação das revisões criminais, leciona Vicente Greco Filho (2009, p. 429) de maneira bastante direta, dizendo que “os tribunais de segundo grau são competentes para as revisões de sentenças de primeiro grau cujo recurso a eles seria dirigido, e os tribunais em geral

para as revisões dos próprios acórdãos”. Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 938) é mais específico ao tratar do tema, dizendo que a revisão criminal:

É da competência originária dos tribunais, jamais sendo apreciada por juiz de primeira instância. Se a decisão condenatória definitiva provier de magistrado de primeiro grau, julgará a revisão criminal o tribunal que seria competente para conhecer do recurso ordinário. Caso a decisão provenha de câmara ou turma de tribunal de segundo grau, cabe ao próprio tribunal o julgamento da revisão, embora, nessa hipótese, não pela mesma câmara, mas pelo grupo reunido de câmaras criminais. Tratando-se de decisão proferida pelo Órgão Especial ou Pleno do tribunal, cabe ao mesmo colegiado o julgamento da revisão. Quanto aos tribunais superiores dá-se o mesmo. Ao Supremo Tribunal Federal compete o julgamento da revisão criminal de seus julgados e ao Superior Tribunal de Justiça, o julgamento dos seus.

Com efeito, a competência para o julgamento de revisões criminais encontra-se disciplinada pelo artigo 624 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 624. As revisões criminais serão processadas e julgadas:
I - pelo Supremo Tribunal Federal, quanto às condenações por ele proferidas;
II - pelo Tribunal Federal de Recursos, Tribunais de Justiça ou de Alçada, nos demais casos.
§ 1º No Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos o processo e julgamento obedecerão ao que for estabelecido no respectivo regimento interno;
§ 2º 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;
§ 3º Nos tribunais onde houver quatro ou mais câmaras ou turmas criminais, poderão ser constituídos dois ou mais grupos de câmaras ou turmas para o julgamento de revisão, obedecido o que for estabelecido no respectivo regimento interno.

Desta forma, a primeira observação a ser feita é que não mais existem Tribunais de Alçada no Brasil, já que foram eles extintos com a Emenda Constitucional nº 45/2004, e tampouco o Tribunal Federal de Recursos, que não mais figura na estrutura do Poder Judiciário nacional desde o advento da própria Constituição Federal de 1988, tendo sido substituído pelo mais recente tribunal superior brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, o julgamento das revisões tribunais efetivamente é uma competência da mais alta corte do país quando as decisões condenatórias a serem revistas tenham sido por ela proferidas, restando a competência residual das revisões aos demais tribunais superiores e de segunda instância, atualmente, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Com efeito, asseveram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2011, p. 257) que:

A Constituição também regula a competência para a revisão criminal em diversos dispositivos, podendo-se afirmar, em síntese, que todos os tribunais com competência penal, incluindo o STF (art. 102, I, j, CF), o STJ (art. 105, I, e, CF), os Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, b, CF), os Tribunais Eleitorais e os Militares têm competência recursal.

Corroborar-se, assim, o anteriormente elencado, sendo que todos as cortes judiciárias apreciadoras de recursos em matéria criminal podem deliberar sobre revisões criminais. Neste ponto, interessante destacar que o legislador federal delegou aos próprios integrantes do Pretório Excelso a oportunidade de estipular como se dará a tramitação da revisão criminal em seu regimento interno.

Nos casos dos Tribunais de Justiça e também, por analogia, aos Tribunais Regionais Federais, caberá o julgamento das revisões criminais às turmas ou câmaras criminais, sempre em conjunto. Havendo no tribunal somente uma única câmara ou turma criminal, será competente para apreciação da *revisio* o Tribunal Pleno do órgão jurisdicional. Faculta-se ainda ao Regimento Interno dos tribunais que possuam no mínimo quatro câmaras ou turmas criminais fixar a competência de julgamento do pedido revisional em grupos específicos de turmas. Desta feita, conclui-se pela grande margem de autonomia concedida pelo legislador aos tribunais para que estes disciplinem o trâmite das revisões criminais em sua jurisdição.

Finalmente, no que tange à competência para julgamento das revisões criminais, vale mencionar que em se tratando de um crime de competência do Juizado Especial Criminal, é a própria Turma ou Colégio Recursal quem deverá apreciar a *revisio*. Sobre esta questão, assim assevera Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1116):

Como já se pronunciou o STJ, a falta de previsão legal específica para o processamento da ação revisional perante o Colegiado Recursal não impede seu ajuizamento, cabendo à espécie a utilização subsidiária dos ditames previstos no Código de Processo Penal. Caso a composição da Turma Recursal impossibilite a perfeita obediência aos dispositivos legais atinentes à espécie, mostra-se viável, em tese, a convocação dos magistrados suplentes para tomar parte no julgamento, solucionando-se a controvérsia e, principalmente, resguardando-se o direito do agente de ver julgada sua ação revisional.

Logo, tendo-se também por base o fato de que quando do advento do Código de Processo Penal sequer cogitava-se na criação dos Juizados Especiais Criminais, torna-se necessária uma adequação promovida pela jurisprudência no sentido de aferir-se a correta competência para julgamento das revisões criminais em situações como esta.

2.7.8 Procedimento, decisão e consequências

A primeira observação a ser feita sobre o procedimento da revisão criminal é aquela trazida por Carlos Roberto Barros Ceroni (2005, p. 131):

Em respeito à autoridade da coisa julgada, o pedido revisional não tem efeito suspensivo, ou seja, não acarreta a suspensão dos efeitos da sentença condenatória transitada em julgado, a qual deve ser executada de imediato, até o momento em que, eventualmente, seja desconstituída pelo tribunal revisor.

Desta feita, a existência da coisa julgada faz com que se confira à revisão criminal um caráter meramente devolutivo, de sorte que a condenação que se encontra em execução assim permanecerá até o julgamento da *revisio*. Note-se que é um tanto quanto peculiar falar em efeitos devolutivo e suspensivo para este instituto jurídico, já que, como dito, ela é ação e não recurso, mas o fato é que discorrer acerca de tais efeitos acabam se tornando inerentes à revisão criminal dada sua peculiaridade de mecanismo de ataque à coisa julgada. Contudo, é claro que a regra da existência única do efeito devolutivo não é absoluta e deve ser flexibilizada diante da análise do caso concreto, ou seja, ainda que a legislação silencie sobre o assunto, se o erro judiciário for flagrante e a impropriedade da condenação se mostrar clara e de plano, pode o relator da revisão criminal deferir a interrupção da pena e, sendo o caso, determinar a colocação em liberdade do condenado. Veja-se o exemplo do réu condenado por homicídio que formula seu pedido revisional com base em farta prova do reaparecimento da suposta vítima que, na verdade, estava foragida, como no clássico caso dos irmãos Naves, anteriormente citado.

O procedimento de revisão criminal é objeto de atenção do Código de Processo Penal em seus artigos 625, 628 e 629. Como ressaltado anteriormente, não há necessidade de advogado para que o condenado possa interpor o pedido revisional. Caso opte por utilizar-se de um procurador, deve anexar ao pedido formulado a prova da representação no processo. Ao lado dela, deverá fazer-se presente certidão de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, posto que somente assim ficará demonstrado o pressuposto da revisão criminal.

Também deverá o requerente elencar todas as provas de que dispõe para a demonstração dos fatos alegados e do reconhecimento de inocência postulada. Sendo do interesse do condenado e importante para a demonstração das alegações formuladas, pode ele requerer que os autos originais do processo resultante em condenação sejam apensados à revisão, caso esta medida não implique prejuízos para o juízo de execução penal. Não havendo tais provas pré-constituídas junto à inicial da *revisão*, o magistrado competente que a receber poderá indeferi-lo liminarmente, cabendo o alerta de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 939)

Se o pedido estiver insuficientemente instruído, pode o relator indeferi-lo de pronto, recorrendo *de ofício* para as câmaras reunidas ou para o plenário, conforme o caso (art. 625, § 3º, CPP). Naturalmente, pode a parte interessada, por agravo regimental, apresentar recurso contra essa decisão, levando suas razões ao conhecimento do colegiado.

Desta forma, a decisão de rejeição liminar da revisão criminal pode ser combatida com recurso, cabendo ressaltar, porém, que o mesmo não se verifica com a decisão judicial que indefere o apensamento dos autos originais, que é sempre definitiva, consoante a complexa redação do § 3º do artigo 625 do Código de Processo Penal. Uma revisão criminal será sempre dirigida ao presidente da corte competente para seu julgamento, mas lá chegando ocorrerá sua distribuição para um desembargador (no caso dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) ou ministro (no caso dos tribunais superiores) relator e também para um revisor. Impõe-se que tais magistrados não tenham tido qualquer participação na persecução penal, pois do contrário tornar-se-iam eles suspeitos para a apreciação do pedido revisional.

Ao relator incumbirá promover o andamento do processo, sendo que, no dizer de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2011, p. 259):

Recebida a revisão pelo relator (em cognição sumária), o § 5º do art. 625 prevê a abertura de vista ao procurador-geral, para dar parecer no prazo de dez dias. Na verdade, mais do que um parecer, a manifestação do MP configura verdadeira resposta ao pedido revisional, pois o procurador da justiça está no pólo passivo da ação, quer no que tange ao(s) pedido(s) penal(ais), quer quanto à defesa da pretensão civil indenizatória. Mas é evidente que o MP poderá apoiar a posição defensiva.

Desta forma, compete ao relator determinar a manifestação do Ministério Público na revisão criminal. Na visão acima mencionada, ela se afigura como medida de formar a relação jurídica de direito processual que nela se estabelece, já que para tais doutrinadores, minoria doutrinária, como já acima elencado, o *parquet* atua como polo passivo da demanda. Entretanto, mesmo para a maioria que diz não haver polo passivo na revisão criminal, deve-se colher o parecer do Ministério Público, já que nestes casos irá ele atuar como *custus legis*, ou seja, fiscal da aplicação da lei.

Depois de colhida a manifestação ministerial, os autos são submetidos à apreciação do relator e, sucessivamente, do revisor, cada qual detendo o prazo de dez dias para fazê-lo. Assiste ao relator o poder de determinar a nomeação de advogado ao sancionado que optou por interpor revisão criminal *de per si*, a produção de toda e qualquer prova que julgue pertinente ao julgamento desta nova demanda e a juntada de qualquer documento necessário à formação de seu convencimento.

Encerrada tal fase cognitiva, deve o relator remeter o processo para julgamento, nos moldes da previsão traçada pelo artigo 624 do Código de Processo Penal no que concerne à competência para julgamento e as disposições dos regimentos internos dos tribunais. Vale aqui o alerta de Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 712):

Não há, pela lei processual, possibilidade de converter-se o julgamento em diligência, mas o regimento interno do tribunal pode prever tal incidente, como faz o STF (art. 267, *caput*). Mesmo na ausência de tal dispositivo já se tem determinado a conversão do julgamento em diligência, inclusive para que seja nomeado advogado dativo ao peticionário, réu preso e que apresentara petição que não atendia às exigências legais.

Submetendo-se, então, a revisão a julgamento, somente se o regimento interno da corte permitir, este poderá ser convertido em diligência. O mesmo ocorre com a sustentação oral das teses alegadas pelas partes: prevendo-se tal possibilidade no regimento interno, ela pode ocorrer; do contrário, não.

As partes da ação de revisão criminal deverão ser intimadas para comparecerem ao julgamento, por força do preceito contido no artigo 370, § 4º do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº. 9.271/96. Neste julgamento, jamais poderá ser proferida uma decisão *citra petita*, *ultra petita* ou *extra petita*, por força de se estender a ela o preceito que rege todas as sentenças emanadas do Poder Judiciário; todos os pontos alegados pelo revisionário e pelo Ministério Público deverão ser mencionados e avaliados no édito definitivo, sob pena de nulidade deste mesmo julgado.

De conformidade com o disposto no artigo 626 do Código de Processo Penal, poderá o tribunal, no caso de julgar procedente a revisão criminal, realizar a alteração da classificação do ilícito penal cometido, interferindo, assim, na correta adequação típica do fato, absolver o ora condenado, reduzir o montante de sua reprimenda e, finalmente, anular o processo original. Jamais será possível o agravamento da sanção imposta ao acusado, dada a presença do princípio da vedação à *reformatio in pejus* nas revisões criminais brasileiras. Afirma E. Magalhães Noronha (1990, p. 387):

A alteração da classificação do delito só é admissível desde que não agrave a situação do réu, de modo que, ainda que visível o erro da classificação, não poderá o tribunal corrigi-lo, se o fato importar pena maior. A absolvição representa o máximo das pretensões do réu. Pode ser declarada, como por mais de uma vez se falou, ainda que morto o condenado, quando, então, o escopo primordial será a reabilitação de sua memória. A modificação da pena é outro resultado da decisão, subentendendo-se, naturalmente, que a modificação seja para melhor, pois o contrário é inadmissível na revisão. cremos que, na apreciação da sentença condenatória, ainda que a condenação seja mantida e confirmada a pena, não estará inibido o tribunal de modificar ou revogar a medida de segurança (...). Anulação do processo é outro resultado que pode ser proferido na revisão. Dessa hipótese cuida também o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, “se julgar procedente a revisão, o tribunal poderá absolver o acusado, alterar a classificação da infração, modificar a pena ou anular o processo” (art. 251), dispositivo que, como se vê, menciona todas as outras soluções que podem ser dadas na revisão.

Todas as situações de procedência, assim, pautam-se no propiciamento de benesses aos condenados. No que diz respeito à vedação da *reformatio in pejus*, ou seja, impossibilidade de piorar-se a situação do acusado através de nova análise do caso pelo Poder Judiciário quando unicamente ele recorreu à atuação de tal poder, insta salientar que também é vedada a forma indireta da mesma, hipótese possivelmente verificada nos casos em que ocorre a anulação do processo, justamente porque isto possibilitaria ao juízo original, de primeira instância, a prolação de outra decisão, eventualmente mais severa do que a primeira. De fato, quando os julgadores da revisão criminal houverem por bem anular o processo que ensejou a condenação do ora requerente, deverá o processo retomar seu regular andamento perante o juízo de origem, desde, por óbvio, que não se tenha verificado nenhuma excludente de punibilidade, com nova, e agora saneada instrução, de modo a impossibilitar-se a imposição de pena mais severa do que aquela anulada pelo tribunal, ao acusado. A anulação do processo, contudo, é medida extremamente grave, verificada no mais das vezes quando o processo original está impregnado com nulidades absolutas, insanáveis e não reconhecidas na fase de conhecimento do feito.

Nas hipóteses de absolvição do outrora condenado, necessário se faz atentar para o dispositivo do artigo 627 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 627. A absolvição implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, devendo o tribunal, se for caso, impor a medida de segurança cabível.

A absolvição na revisão criminal, pois, tem por máximo escopo a restauração do estado anterior ao acusado, busca levá-lo ao *status quo ante*, devolvendo-lhe todos os direitos perdidos em decorrência da injusta condenação. Além do mais, pode-se afigurar possível uma hipótese de absolvição imprópria, na qual o tribunal entenda por bem aplicar medida de segurança ao réu, qual seja, tratamento ambulatorial ou internação, situação passível de determinação imediata pela corte de justiça nos casos em que o magistrado original impôs uma sanção a réu inimputável quando do cometimento do delito, ao invés de ter proferido absolvição nos autos.

Da decisão proferida em sede de revisão criminal não caberá apelação, mas se afigura possível a interposição de embargos de declaração para sanar

omissões, contradições e obscuridades da sentença. Esta mesma decisão, como todas as outras emanadas do Poder Judiciário, tende a tornar-se imutável e também é abarcada pelas coisas julgadas formal e material, razão pela qual a reiteração do pedido revisional efetivamente somente é admitida por motivo diverso daquele que ensejou o anterior.

Sendo a revisão criminal julgada improcedente, a sentença nela guerreada continuará mantida e a reprimenda imposta executada normalmente. Finalmente, ao cabo de toda esta explanação, vale trazer à lume a lição de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 940) a respeito das fases do processo de revisão criminal:

Há dois juízos envolvidos na revisão criminal: o rescindente e o rescisório. O primeiro é o juízo de desconstituição da decisão condenatória, enquanto o segundo cuida de sua substituição por outra decisão. Parece-nos que, quando o tribunal altera a classificação da infração ou absolve o réu está proferindo um juízo rescindente, sempre constitutivo, seguido de um juízo rescisório meramente declaratório. Entretanto, quando modifica a pena está proferindo um juízo rescindente e um juízo rescisório constitutivos. A importância da alteração da pena, no sistema de individualização previsto no Código Penal e legitimado pela Constituição Federal, faz crer que outra sanção, ao ser aplicada, leva o tribunal a proceder a uma minuciosa revisão do procedimento de aplicação da pena, o que não pode ser considerado simplesmente declaratório. Declara-se a inocência do réu (absolvição), bem como a mudança da classificação penal, mas, fixando-se nova pena, está-se alterando completamente a sanção cabível ao réu. E, por fim, quando o tribunal anula a decisão, limita-se a proferir um juízo rescindente constitutivo, sem qualquer juízo rescisório.

Desta forma, a exemplo do que se vislumbra também em legislações estrangeiras, há um juízo rescindente e um juízo rescisório, que poderão ser tanto constitutivos quanto desconstitutivos conforme se analisa a natureza do provimento jurisdicional emanado em sede de revisão criminal, sendo até mesmo inexistente uma fase rescisória quando da anulação do processo.

2.7.9 Indenização pelo erro judiciário

Consoante o disposto no artigo 630 do Código de Processo Penal, é facultado ao condenado pleitear, na própria revisão criminal, reparação pelos danos materiais e morais suportados em decorrência da injusta condenação. Uma vez que

os juízos criminais não estão adequados a quantificar indenizações cíveis, o direito à indenização pode ser reconhecido quando do julgamento de procedência da *revisio*, ocorrendo perante a seara cível apenas e tão somente a liquidação do *quantum* indenizatório. A possibilidade presente na legislação processual nada mais faz do que refletir os próprios preceitos máximos contidos nos artigos 5º, LXXV, e 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Responsável pelo pagamento de referida verba indenizatória será a União, caso o injustamente condenado tenha recebido sua sanção da Justiça Federal ou do Distrito Federal e Territórios, e o Estado-Membro quando esta adveio dos Tribunais de Justiça estaduais, dotados, ambos, de responsabilidade civil objetiva, ou seja, prescinde a demonstração de culpa do órgão julgador para que o dever de indenizar se afigure presente.

A razão de ser desta indenização, segundo Marjorie Kelli Müller Maia (2005, p. 53) é “coibir qualquer tipo de restrição à liberdade individual, derivada de abuso da autoridade judiciária”. Desta forma, inclinam-se os órgãos estatais a analisar de maneira mais minuciosa a aplicação de sua atividade persecutória.

Haverá, contudo, duas hipóteses nas quais não será devida esta indenização. A primeira delas é quando a condenação indevida adveio de uma conduta do próprio sancionado, que confessou o crime ou então ocultou prova que estava em seu poder. Explica Heráclito Antônio Mossin (1997, p. 148) que:

Como se nota e observa, caso tenha o condenado concorrido ou dado causa a sua condenação, com dolo ou culpa grave, ou noutras palavras, induzido o juiz a erro, não pode ele postular pela indenização decorrente do gravame injusto que lhe produziu a decisão de mérito condenatória eivada de erro judiciário. Em verdade, desde que o revisionando tenha contribuído ou concorrido para a sentença definitiva de mérito, que injustamente lhe impôs um *sanctio legis*, não tem ele o direito de reclamar o ressarcimento do dano dela emergente.

De difícil verificação, porém, é tal situação, quando o próprio acusado oculta prova que seria útil à comprovação de sua inocência. Mas se ele o fizer, não haverá como requerer indenização do Estado, pois também agiu de maneira determinante para o erro. Não poderá o réu beneficiar-se de sua torpeza.

A segunda hipótese de isenção estatal do dever de indenizar decorrente do erro judiciário ocorre nas ações penais em que a acusação foi meramente privada. Esta é uma disposição legal que merece críticas ferrenhas por

parte da doutrina, justamente porque, ainda que a mola propulsora da ação penal tenha sido de origem privada, uma ação penal sempre é de competência do Estado pois somente a ele incumbe aplicar o Direito aos casos concretos, bem como executar uma determinada sanção imposta. Tal é a afirmação de Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 715):

O Código nega também a indenização “se a acusação houver sido meramente privada”, o que não apresenta justificativa, uma vez que a condenação foi proferida em ação penal, de responsabilidade do Estado. A proibição, entretanto, não mais subsiste porque a Constituição Federal, ao determinar a indenização pelo erro judiciário, não faz qualquer restrição ao fato de ter ele ocorrido em ação de iniciativa privada.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 790) posiciona-se no mesmo sentido, afirmando que:

No plano processual, observamos que a restrição contida no § 2º, b, do art. 630, vedação para a ação privada, não sustenta uma análise mínima de seu conteúdo. Ora, na ação penal privada, embora a iniciativa seja reservada ao particular, a condenação nem por isso deixará de partir de órgãos do Poder Público. O erro, apto e suficiente a justificar a indenização, teria sido praticado pelo Estado, por meio do Poder Judiciário.

Desta forma, cuida-se de um dispositivo que não resiste a uma confrontação com a Constituição Federal de 1988, de sorte que pouco importando tenha sido a falha verificada numa ação penal pública ou privada, o órgão julgador sempre será público, impondo-se, em qualquer situação destas, a indenização pelo erro judiciário verificado no caso concreto.

3 REVISÃO CRIMINAL NO DIREITO ALIENÍGENA

Como parte deste trabalho, impõe-se uma análise dos mecanismos utilizados por alguns países para promover a relativização da coisa julgada e corrigir os erros judiciários verificados. Para tanto, necessário se faz mencionar que os ordenamentos jurídicos processuais dos Estados penais têm-se dividido entre o modelo francês e o moderno modelo alemão de revisão criminal, aquele historicamente voltado à revisão criminal *pro reo*, enquanto este, mais amplo, abarcando tanto esta modalidade de *revisio* quanto a revisão criminal *pro societate*.

Neste contexto, analisando e comparando a revisão criminal brasileira com os mecanismos previstos na legislação estrangeira, constata Carlos Alberto Barros Ceroni (2005, p. 40) que:

Os casos de cabimento de revisão criminal no Brasil, excetuando-se a revisão *pro societate*, são mais abrangentes que os previstos no direito europeu confrontado, não só pela letra da lei – casos estabelecidos em fórmulas gerais –, como também pela amplitude de nossa interpretação doutrinária e jurisprudencial. Em face disto, as hipóteses previstas nestas outras legislações estrangeiras, grosso modo, servem, igualmente, de fundamento para a revisão no Brasil.

Desta feita, Ceroni admite que os órgãos jurisdicionais e doutrinadores brasileiros exercem influência bastante grande na delimitação das hipóteses onde é possível a interposição de revisão criminal, o que serve para torná-la mais ampla do que os procedimentos previstos em outros países, alguns dos quais passam a ser analisados a seguir.

3.1 Portugal

Atualmente, vige em Portugal o Código de Processo Penal instituído pelo Decreto-Lei nº 78, de 17 de Fevereiro de 1987, com as profundas alterações trazidas pelas Leis nº 59, de 25 de Agosto de 1998 e 48, de 29 de Agosto de 2007, esta última responsável por instituir um processo penal totalmente novo e,

inicialmente polêmico, no ordenamento jurídico português. Referido diploma legal versa sobre a revisão criminal entre seus artigos 449º e 466º.

Inicialmente vale consignar que Portugal é um dos países que, em dado momento histórico, abandonou a égide da tradição francesa e passou a adotar a corrente germânica de revisão criminal, havendo ali tanto a revisão criminal em prol do condenado quanto em desfavor do absolvido, também entendida como sendo em prol da sociedade. Com efeito, Portugal sofreu uma forte modificação de seu ordenamento processual penal com o advento do Decreto nº 16.489, datado de 15 de Fevereiro de 1929, em cujo artigo 673 já se mencionava a possibilidade de revisão criminal *pro societate*. De consonância com tal legislação estava a própria Constituição Portuguesa de 1933, que, ao prever a possibilidade de alteração da coisa julgada, não o fez referindo-se nem ao benefício ao réu e nem à sociedade, mas tão somente de maneira genérica.

O entendimento prevaleceu e domina o cenário doutrinário e jurisprudencial lusitano, podendo verificar-se a revisão criminal em Portugal nos casos expressamente mencionados pelo artigo 449º, 1, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Artigo 449º - 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 de sua função no processo;
- c) Os factos 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 factos 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 nºs 1 a 3 do art. 126º;
- f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de menos favorável ao argüido que tenha servido de fundamento à condenação;
- g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça.

Na primeira situação, tanto decisões cíveis quanto penais que pugnem pela inverdade das provas carreadas aos autos do processo penal podem embasar a revisão, desde que a referida revisão já tenha sido passada em julgado. Qualquer

prova falsa que tenha, de alguma maneira, influído no convencimento do juiz para a prolação da decisão nos moldes em que ela se encontra pode embasar a *revisio*, não sendo necessário que a falsidade recaia apenas e tão somente na prova determinante, ou seja, naquela sobre a qual a sentença fundamentalmente se assenta. Na segunda situação, segundo Germano Marques da Silva (1994, p. 362), o prejuízo causado pela conduta do magistrado ou do jurado é presumida, não sendo nem mesmo necessário mencionar onexo causal existente entre o delito cometido e a sentença guerreada com a revisão criminal. A legislação lusitana embasa-se nos crimes cometidos por aqueles que têm a obrigação, também oriunda das normas jurídicas, de colaborar com a busca da verdade no processo, para que a decisão definitivamente proferida no mesmo possa ser alterada, ainda que em prejuízo de alguém injustamente absolvido.

Estas duas hipóteses iniciais podem embasar tanto a revisão criminal *pro societate* quanto a revisão criminal *pro reo*. As demais ficam adstritas apenas às revisões criminais em benefício do condenado. Note-se que o fato de existir revisão criminal em desfavor do réu não é meio apto a corrigir a dosimetria da pena imposta ao sancionado, circunstância esta abarcada apenas pelos recursos ordinários do processo penal português. Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

Não é (...) admissível revisão de sentença penal com o único objectivo de corrigir a medida concreta da sanção aplicada (Supremo Tribunal de Justiça – Proc. 319/04.1GBTMR-B.S1 – 3ª Secção. Rel. Min. Raul Borges. J. em 01/07/2009).

No que tange à terceira hipótese na qual a revisão criminal se afigura possível, existe uma contradição entre a sentença atacada e alguma outra, cível ou penal, que também já foi objeto do trânsito em julgado, servindo este fundamento de embasamento tanto para a absolvição do condenado quanto para a redução da reprimenda a ele imposta. Quanto à quarta possibilidade, esta se traduz na assunção de fatos novos que demonstrem a possibilidade de injustiça de uma condenação, servindo de exemplo os casos em que se demonstra, depois da condenação definitiva, que o réu era inimputável ao tempo da ação ou omissão. A quinta possibilidade prevê a possibilidade de revisão criminal nos casos em que se verificarem provas proibidas, assim entendidas como sendo aquelas originalmente

nulas ou nulas por derivação, e que embasaram a condenação do acusado. A sexta possibilidade diz respeito, basicamente, aos casos de *abolitio criminis*. Finalmente, afigura-se possível a utilização do instrumento por medida de uniformização dos entendimentos relativos a direitos constitucionais e humanos, sendo o objetivo desta disposição harmonizar os julgados internos portugueses com os prolatados por organismos internacionais aos quais o país pertença em decorrência de ser membro da União Europeia, com destaque para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A natureza jurídica da revisão criminal no Direito Português é objeto de atenção de Germano Marques da Silva (1994, p. 359), no seguinte contexto:

A revisão é um recurso extraordinário que visa reparar certos vícios da sentença já transitada ou despacho que tiver posto termo ao processo. Diversamente do recurso ordinário, que respeita sempre a decisão ainda não transitada em julgado, os recursos extraordinários têm sempre por objeto decisões já transitadas.

Ou seja, a revisão criminal no direito processual português é encarada como um recurso, ainda que extraordinário.

Quanto à legitimidade ativa para a revisão criminal portuguesa encontra-se disciplinada no artigo 450º do Código de Processo Penal e é concorrente entre o Ministério Público, o assistente de acusação nos casos de sentenças absolutórias ou decisões de impronúncia e ao condenado e seu patrono nos autos, no que tange aos decretos condenatórios. De acordo com o mesmo dispositivo legal, tal legitimidade estende-se aos cônjuges, ascendentes, adotados, descendentes, adotantes, parentes ou afins até o 4º grau da linha colateral, aos herdeiros que mostrem interesse legítimo e a quem tiver recebido expressa incumbência do condenado, nos casos do falecimento deste.

A competência para o julgamento da revisão criminal pertence ao tribunal prolator da decisão atacada, sendo necessário, frente ao artigo 452º, que os autos do processo original sejam apensados ao procedimento de *revisio*. A prova dos motivos pelos quais o requerente formula o pedido de revisão criminal deverá ser demonstrada de pronto ao órgão julgador, que tem o poder de determinar a realização de diligências e ouvir novas testemunhas acerca do crime objeto dos processos para que possa proceder ao julgamento da revisão.

Sendo o pedido negado, a parte interpositora do mesmo poderá sofrer sanções pecuniárias, caso constatada a absoluta ausência de elementos que

concedam embasamento à revisão, sendo esta situação entendida como uma modalidade de litigância de má-fé. Mas se o tribunal acolher o pedido de revisão, Élcio Arruda (2009, p. 119) aponta os seguintes efeitos:

Se o Tribunal de Revisão absolver o então condenado, anula-se o precedente julgado, restituindo-se o *status jurídico* anterior à condenação. O decreto absolutório deve ser afixado, sob certidão, à porta do Tribunal da última residência e à porta do Tribunal prolator da condenação anulada, em cuja sede haverá de também ser publicado na imprensa, por três vezes. Condenado o então absolvido, é-lhe aplicada a pena cabível, abatido o eventual tempo já cumprido.

Na verdade, o procedimento da revisão criminal em Portugal não é bastante complexo, cabendo ressaltar que o condenado que teve seu pedido de revisão criminal acolhido poderá pleitear a reparação cível dos danos que sofreu em decorrência de sua injusta condenação.

Finalmente, uma vez julgada procedente a revisão criminal com o acolhimento de algum dos fundamentos existentes no artigo 449º do Código de Processo Penal, não será mais possível formular novo pedido revisional com supedâneo na mesma ocorrência.

3.2 Itália

A legislação processual penal italiana admite apenas e tão somente a revisão criminal *pro reo*, ou seja, filia-se ao histórico sistema francês de revisão criminal, tanto que a lei de processo criminal promulgada no ano de 1865 consistiu, basicamente, numa tradução para o italiano do Código de Instrução Criminal francês de 1808. Os diplomas legais italianos em matéria penal datam de 1913 e 1930, este último chamado de Código Rocco em decorrência de ter sofrido a enorme influência do brilhante jurista Alfredo Rocco, sendo eles responsáveis por manter a disciplina original e prever a possibilidade de revisão criminal em prol do condenado nas situações em que a sanção tenha sido imposta com fulcro em falsa prova ou corrupção do magistrado.

O atual ordenamento jurídico processual penal italiano, denominado *Codice di Procedura Penale Italiano*, foi promulgado pelo Decreto nº 447, de 22 de

Setembro de 1988, entrando em vigor treze meses depois, em 24 de Outubro de 1989. Insta salientar que ainda que não se admita revisão criminal *pro societate* na Itália, referida legislação admite que o indivíduo cuja punibilidade foi extinta em decorrência da apresentação de uma falsa certidão de óbito seja alvo da sanção penal respectiva ao crime apurado pelo processo extinto, da mesma forma em que se permite a desconsideração de uma determinada causa de diminuição de pena imposta a determinado condenado, nos casos em que sua aplicação tenha decorrido de depoimento posteriormente reconhecido como falso.

A revisão criminal italiana abarca tanto delitos quanto contravenções penais e, da mesma forma que em Portugal, possui a natureza jurídica de recurso extraordinário e residual, ou seja, somente utilizado quando não houver absolutamente nenhum outro mecanismo processual que possa impugnar uma determinada condenação. Com efeito, a legislação processual penal italiana prevê como recursos ordinários os chamados recursos de cassação.

Sob a égide desta norma, a revisão criminal italiana é admitida nas hipóteses do artigo 6301, *in verbis*:

Art. 630. Casi di revisione

- a) Se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale;
- b) Se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'articolo 3 ovvero una delle questioni previste dall'articolo 479;
- c) Se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'articolo 631;
- d) Se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato.

1 Art. 630. Casos de revisão

- a) Se os fatos apurados no fundamento da sentença ou do decreto penal condenatório não puderem ser conciliados com os estabelecidos em outra sentença penal irrevogável de juízo ordinário ou de juízos especiais;
- b) Se a sentença ou decreto penal condenatório fundou-se em sentença de juízos cíveis ou administrativos, posteriormente revogada, que decidiu uma das questões previstas no artigo 3º ou uma das questões do artigo 479.
- c) Se depois da condenação ocorrerem ou forem descobertas novas evidências que, isoladamente ou em conjunto com aquelas que já foram analisadas, mostram que o condenado deve ser absolvido nos termos do artigo 631;
- d) Se restar demonstrado que a condenação resultou de falsidade em atos do juízo ou da prática de outro fato previsto em lei como crime.

Desta feita, conclui-se que o instituto da *revisio* italiana não é um mecanismo apto para corrigir erros de direito, voltando-se apenas à regularização de erros fáticos. Por exemplo: não se admite revisão criminal no Direito Processual Penal italiano para combater a errônea incidência de uma qualificadora de crime de homicídio. No alerta de Élcio Arruda (2009, p. 96):

Erro de fato é toda falsa percepção relevante no plano da reconstrução histórica do evento reputado ilícito. Para legitimar a revisão, deve emergir como premissa da sentença hostilizada e há de vir lastreado por *prova nova*: a revisão não se presta a mero reexame do acervo probatório já aferido. O erro de fato há de se referir ao cerne, ao âmago, da fórmula incriminadora. Se se atrelar às circunstâncias do ilícito (...) não renderá ensejo à revisão.

A primeira possibilidade de cabimento da revisão criminal no Direito Italiano, então, diz com os casos de contradições entre sentenças já transitadas em julgado, devendo a última delas ser revista para a preservação do instituto. A segunda previsão legal alude às peculiares situações nas quais a decisão condenatória do juízo encontra seu fundamento em outra decisão proferida em processos cíveis ou administrativos consoante questão prejudicial que venha a ser revogada em momento futuro, por exemplo: num determinado processo de furto, o réu vem a alegar em sua defesa que a coisa móvel subtraída, na verdade era sua, situação que no processo penal brasileiro caracteriza uma questão prejudicial heterogênea facultativa ou relativa, vindo o magistrado a rejeitar sua tese e condená-lo por furto; após a condenação, vem o réu a ajuizar uma ação perante o juízo cível e prova que o objeto realmente era seu; uma decisão proferida pelo juízo cível, nestes moldes, tem o poder de embasar uma revisão criminal no processo italiano, já que se a coisa móvel subtraída era própria e não alheia, não há que se falar em crime de furto cometido pelo acusado, ante a ausência de tipicidade.

O terceiro caso onde a revisão criminal italiana se afigura possível caracteriza as hipóteses em que, uma vez transitada em julgado a decisão condenatória, são descobertas provas até então desconhecidas, dotadas de aptidão para, sozinhas ou aliadas àquelas já presentes no processo original, demonstrarem a inocência do sancionado. Finalmente, há a possibilidade de *revisio* quando as provas que sustentaram o decreto condenatório são reconhecidas como falsas.

Como membro da União Europeia, a Itália encontra-se atualmente em estágio de discussão parlamentar para a reforma de seu Código de Processo Penal

e inclusão no mesmo de uma quinta situação autorizadora de revisão criminal, qual seja, a existência de decisão proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em contrariedade à decisão judicial condenatória italiana transitada em julgado. O que se verifica atualmente é que as cortes de justiça do país têm acatado revisões criminais em tais situações ainda que não haja determinação legal expressa, por tratar-se de uma medida favorável ao réu e de fazer prevalecer os direitos humanos, em especial quando as violações alegadas ferem a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, à qual manifestou adesão.

No que diz respeito à legitimidade para a propositura da revisão criminal, bem como à competência para o julgamento da mesma, cabem os dizeres de Sérgio de Oliveira Médici (2000, pp. 103-104):

Têm legitimidade para requerer a revisão o condenado, parentes próximos e o procurador-geral que atua na corte de apelação em cujo distrito foi pronunciada a sentença condenatória. Esta corte é a competente para o julgamento da revisão, nas duas fases – rescindente e rescisória (art. 633).

Desta forma, a segunda instância do juízo prolator da decisão combatida através da revisão criminal é a competente para apreciá-la. Um pedido formulado nestes moldes deve trazer prova pré-constituída, ou seja, o requerente deve anexar à sua petição todas as provas que detém para provar a veracidade daquilo que alega e converter a condenação em absolvição. Menciona, ainda o autor, com propriedade, a existência de duas fases na revisão criminal aqui contemplada. Na primeira delas, ocorre o juízo rescindente, que consiste numa análise da viabilidade da revisão proposta, se ela é séria e se os argumentos suscitados pelo condenado são razoáveis, de sorte que se não se verificar aqui um juízo rescindente positivo, não há que se falar nem mesmo na apreciação do mérito da *revisio*, podendo o autor da mesma que a propôs com objetivos meramente protelatórios sofrer a imposição de sanções pecuniárias. Eis uma medida de coibir a utilização fraudulenta de tão nobre instituto jurídico.

Havendo juízo rescindente positivo, passa-se ao juízo rescisório, no qual ocorre a instrução propriamente dita da revisão criminal, fase durante a qual a execução da reprimenda imposta ao acusado pode ser suspensa. Sendo a inicial da revisão julgada procedente, verifica-se a chamada *sentenza di proscioglimento*, sentença de liberação, absolvendo-se o condenado de todas as acusações contra

ele lançadas. Esta decisão possui o objetivo precípua de conduzir o sancionado ao *status quo ante*, de sorte que em se tratando de penas de multas, os valores recolhidos aos cofres públicos ser-lhe-ão restituídos, os bens que foram alvo de apreensão serão devolvidos e, sendo ele um servidor público, verificar-se-á sua reintegração ao cargo anteriormente ocupado. Pode ainda o indivíduo injustamente condenado pleitear a reparação civil de todos os danos suportados em decorrência do erro judiciário.

De outra banda, havendo julgamento de improcedência, a pena tem sua execução retomada, sendo possível ao mesmo autor da *revisio* ajuizar nova revisão criminal, desde que fulcrada em argumento diverso daquele que embasou a anterior.

3.3 Argentina

A Argentina merecerá nas considerações traçadas no presente trabalho uma atenção especial em razão do fato de ter construído um instrumento deveras peculiar, interessante e notável em todos os aspectos por possibilitar uma espécie de revisão criminal até então inexistente em qualquer local do mundo, com o aval e interferência do próprio Poder Judiciário para sua concretização e de inestimável valor para toda a pessoa humana.

Atualmente, encontra-se em vigor na República Argentina o chamado Código de Processo Penal da Nação, consubstanciado na Lei nº 23.984, de 4 de Setembro de 1991. De tradição eminentemente francesa, a Argentina permite a ocorrência de revisão criminal somente em favor dos sancionados, de acordo com as previsões constantes nos seus artigos 479 a 489. Nem sempre o ordenamento jurídico argentino possuiu um Código de Processo Penal aplicável a todo o território nacional, já que, da mesma forma que ocorria com o processo civil brasileiro, a princípio as províncias argentinas possuíam suas próprias legislações processuais penais.

Referida legislação trouxe a previsão da revisão criminal como um recurso passível de interposição por parte de alguns legitimados, porém, ele é dotado de natureza extraordinária. Em decorrência de tal caráter, é comum que se

verifique tal instituto jurídico sendo chamado de *hecho nuevo*, ou “feito novo”, de maneira informal pela doutrina argentina, já que ele se volta contra as sentenças que já foram objeto de trânsito em julgado, corrigindo as falhas do Poder Judiciário, sempre com embasamento em fatos novos.

Os motivos nos quais ela é admitida encontram-se presentes no artigo 479 do Código de Processo Penal², *in verbis*:

Art. 479. - El recurso de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando:

1. Los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.
2. La sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
3. La sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
4. Después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.
5. Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia.

Desta forma, a legislação argentina não prevê nenhum lapso temporal máximo para a interposição de uma revisão criminal, sendo que a primeira ocorrência capaz de embasá-la é a contradição ou choque entre sentenças, ou seja, quando a sentença atacada pelo recurso extraordinário de *revisio* confronta-se com outra sentença definitiva anteriormente proferida. Numa segunda possibilidade, há a possibilidade de alteração da *res judicata* em decorrência do reconhecimento judicial de falsidade dos documentos ou depoimentos de testemunhas que serviram de embasamento à prolação da sentença. Verifica-se ainda um fundamento para a revisão criminal, o reconhecimento, através de sentença condenatória irrecorrível, da

² Art. 479. O recurso de revisão será verificado a qualquer tempo e em favor do condenado, contra as sentenças definitivas, quando:

1. Os fatos estabelecidos como fundamento para a condenação forem inconciliáveis com aqueles fixados em outra sentença penal irrevogável;
2. A sentença impugnada for baseada em provas documentais ou testemunhais cuja falsidade tenha sido declarada por julgamento posterior irrevogável;
3. A sentença condenatória tenha sido pronunciada em consequência de prevaricação, suborno ou outros crimes cuja ocorrência tenha sido declarada em julgamento posterior irrevogável;
4. Depois da condenação sobrevenham ou se descubram ou se descubram novos fatos ou elementos probatórios que, isolados ou conjuntamente com aqueles já examinados no processo, deixem evidente que o fato ensejador da condenação não existiu, que o condenado não o cometeu ou que o fato cometido se enquadra em norma penal mais favorável;
5. Permita a aplicação retroativa de uma lei penal mais benéfica do que aquela aplicada na sentença.

corrupção do magistrado julgador, que foi subornado para proferir um édito condenatório contra o réu. A quarta previsão legal de possibilidade de revisão criminal na Argentina diz com as situações nas quais é descoberta nova prova ou fato que autorizam a conclusão de inexistência do delito pelo qual o acusado foi condenado, que ele não foi o autor do mesmo ou que o crime verificado pode ser alvo de lei mais benéfica. Finalmente, ela cabe nos casos de *novatio legis in melius*, para que se possibilite a aplicação ao condenado de uma legislação mais favorável.

Note-se que é possível ao legitimado interpor novo pedido de revisão criminal com fulcro em argumento diverso daquele utilizado na primeira formulação, consoante dispõe a norma do artigo 489 do Código de Processo Penal da nação.

Por força do artigo 481 do mesmo *codex*, são partes legítimas à propositura da revisão criminal o Ministério Público, o assistente de acusação e o próprio condenado, através de seu defensor ou representante legal, nos casos em que for absoluta ou relativamente incapaz – situações nas quais poderá verificar-se uma revisão criminal voltada contra decisão de imposição de medida de segurança ao acusado – e pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmãos, nos casos em que o sancionado vem a falecer.

A competência para julgamento da revisão criminal argentina pertence à *Corte de Casación*, ou Tribunal de Cassação que, recebendo o recurso, irá apreciar a prova presente no mesmo e decidir sobre a possibilidade ou não de suspensão da execução da pena do condenado. Isto posto, o mérito do recurso é julgado e o caso poderá, então, ser submetido a novo julgamento, caso os magistrados assim entendam necessário, como nas situações de testemunhos falsos no processo ou aplicação de norma penal mais benéfica ao réu, ou então pronunciar imediatamente a decisão final, como numa situação em que ficou cabalmente demonstrada a inexistência do delito pelo qual o acusado foi condenado.

3.3.1 Ditadura militar, leis de anistia e processos pela verdade

A Argentina, historicamente, sempre foi um dos países mais desenvolvidos da América Latina em nível cultural e econômico, sendo uma grande maioria de seus habitantes detentora de condições de vida superiores à da maioria

de seus vizinhos, ainda que as terríveis crises financeiras dos anos 1990 e início do século XXI tenham seriamente abalado sua economia. Sua maior metrópole, Buenos Aires, é conhecida como a mais europeia das capitais americanas e nada menos do que cinco argentinos já foram agraciados com o Prêmio Nobel, três de medicina e dois da paz, o maior índice dentre os países subdesenvolvidos da América.

Este país, contudo, possui uma enorme chaga em sua rica história. Entre 1976 e 1983, a Argentina viveu aquele que seria conhecido como mais violento regime ditatorial da América do Sul. Sobre tal regime antidemocrático, assim se pronunciou Voltaire Schilling (2009, s.p.):

Seguramente aqueles foram os sete anos mais cruéis e infelizes da vida nacional Argentina no século XX. Anos de sangue e chumbo que tornaram quase que inofensivas todas as ditaduras anteriores que o país padecera, inclusive a do tirano Rosas. O ódio que embalou militares contra a guerrilha peronista e marxista envolveu-os num carrossel de matanças movidas pelo mútuo desejo de extermínio. Violência desmedida que ultrapassou qualquer parâmetro de possível racionalidade ou compreensão, merecedora de figurar como um dos piores capítulos da história universal da infâmia. Até os nossos dias a ciência política jaz perplexa frente ao que aconteceu no mais próspero dos países latino-americanos.

Bem resumiu o historiador, nesta breve passagem, a indignação sentida por qualquer cidadão quando se destina analisar com um pouco mais de profundidade este negro período do passado portenho. Implantada através de um golpe militar motivado pelo frágil argumento da necessidade de combater uma guerrilha que comandava a maior parte do território argentino e autodenominando-se “Processo de Reorganização Nacional”, na prática “Guerra Suja”, a ditadura deste país, segundo estimativas realizadas por organizações não governamentais, principalmente as associações das Madres de Plaza de Mayo e das Abuelas de Plaza de Mayo, foi responsável, neste período de pouco mais de sete anos, pelo assassinato ou desaparecimento de cerca de 30.000 opositores do regime, todos civis, ainda que, oficialmente, este número não ultrapasse os 8.000. Na verdade, todos os nomes já apurados dos desaparecidos neste período se encontram no Arquivo Nacional da Memória argentino, localizado em Buenos Aires.

Existem registros de centros de tortura construídos pelos militares argentinos nos moldes dos campos de concentração nazistas da Segunda Guerra Mundial, nos quais as mais variadas formas de tortura eram infligidas às vítimas, segundo o relato de muitas delas, ao som de fanfarras militares alemãs e

ensandecidos discursos do *führer*. Dentre tais mecanismos estão a aplicação de choques elétricos; a colocação da cabeça da vítima em tonéis de água ou fezes, ou ainda de sacos plásticos, até que ela ficasse quase sufocada; e, segundo o jornalista Ariel Palácios (2009, s.p.), o chamado “rato no cólon: colocação de um rato, faminto, no cólon de um homem. Nas mulheres, o rato era colocado na vagina”.

Às torturas, somem-se os assassinatos, igualmente executados através da barbárie consistente, muitas vezes, no arremesso das vítimas vivas e lúcidas de aeronaves que sobrevoavam o oceano ou o rio da Prata, e também na junção de vários seqüestrados que, entrelaçados uns aos outros, eram dinamitados.

Não bastante, os militares argentinos do período foram responsáveis pela subtração de aproximadamente 500 recém-nascidos, filhos dos opositores do regime ditatorial e que, por isso, acabaram mortos ou desaparecidos. Muitas destas crianças, cuja identidade era alterada, acabaram sendo adotadas por outras famílias, inclusive dos próprios membros das Forças Armadas, tendo-se verificado ao longo dos últimos anos um enorme esforço das organizações defensoras dos direitos humanos em encontrar o paradeiro destes bebês, a maioria deles, atualmente, na faixa etária dos trinta anos e tendo como familiares os assassinos de seus pais biológicos.

Além disto, efeitos desastrosos foram verificados na economia: o percentual de pobreza da população mais do que quintuplicou nos anos da ditadura, vindo a dívida externa a aumentar nas mesmas proporções absurdas; o índice da inflação chegou a atingir o teto de mais de 340% ao ano. Já nos estágios finais do regime decadente, como meio de mobilizar e unir a população em uma causa nacional, o presidente Leopoldo Galtieri tomou a medida de ofender a Grã-Bretanha através da anexação das Ilhas Malvinas, tomadas de assalto pelo exército argentino, ao território nacional, desencadeando a ira da dama de ferro que à época comandava a política britânica, Margaret Thatcher, que correu ao Parlamento solicitando declaração de estado de guerra junto de seu conservadoríssimo gabinete, nascendo aí a totalmente sem sentido Guerra das Malvinas, na qual as tropas inglesas literalmente decalpelaram as forças armadas argentinas, resultando em 649 mortes oficiais e quase 1200 feridos, infelizes vítimas dos despudores mentais dos militares dirigentes.

Encerrada a Guerra das Malvinas, a ditadura argentina não mais se sustentava, sendo o último presidente militar do país Reynaldo Bignone, obrigado a

convocar eleições presidenciais diretas em 1983. Em 30 de Outubro daquele ano, foi eleito Raul Ricardo Alfonsín, filiado à União Cívica Radical, que tomou posse a 10 de Dezembro daquele ano. Dentre as árduas tarefas que lhe cabiam dali em diante, estava a de dar uma resposta ao povo argentino no que tange à repressão dos muitos crimes contra a humanidade cometidos ao longo do período ditatorial, iniciando-se então um mecanismo louvável de preservação dos direitos humanos e punição de suas violações, que chega ao ponto de caracterizar uma necessária e exemplar revisão criminal *pro societate*. Para tanto, inicialmente, o recém-eleito presidente nomeou uma comissão composta por cidadãos de reconhecido saber e reputação ilibada, denominada de CONADEP, abreviação de Comissão Nacional de Pessoas Desaparecidas, encarregada de apurar os principais crimes contra a humanidade verificados no decorrer da ditadura militar e seus respectivos autores, emitindo, ao final, um parecer acerca de suas atividades.

Referido parecer tornou-se um marco na democracia argentina e foi intitulado de *Nunca Más*, Nunca Mais, expressando o desejo popular de expurgar da Argentina todo e qualquer resquício do domínio ditatorial e criar mecanismos para evitar que algo semelhante jamais se repetisse. O extenso documento, de mais de 5.000 páginas de relatos de intolerável violência praticada com o aval dos dirigentes do país, foi concluído nos fins de 1984 e entregue à Casa Rosada, sede do Poder Executivo argentino, para as providências cabíveis. Sobre referido parecer, assim se pronuncia Silvia Beatriz Adoue (2006, s.p.):

Nele, a seleção e organização dos dados classifica as ocorrências segundo o *modus operandi* repressivo ou bem utiliza parâmetros como idade, sexo e profissão das vítimas. Recorta os depoimentos escolhendo exemplos ilustrativos entre os trechos que cobriam a classificação e se limitavam à descrição das formas que havia adquirido a repressão. A redação final intenta articular os dados com o relato hegemônico por meio de um prólogo, apresentando as vítimas como ‘perejiles’ atingidos no ‘fogo cruzado’ entre os “terroristas” de esquerda e de direita. Se essa articulação é defeituosa ou não de todo eficaz, deve-se à dificuldade de explicar aonde foram parar os “terroristas de esquerda”.

A entrega do documento ao presidente Alfonsín foi acompanhada por milhares de pessoas. Necessário se faz frisar, porém, que desde o Dezembro de 1983, os membros das três primeiras juntas militares que governaram a Argentina durante a ditadura já estavam sendo investigados pelo Conselho Supremo das Forças Armadas. Isto porque nesta época, a legislação processual penal argentina

assegurava aos membros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica serem processados apenas e tão somente perante tribunais militares, pouco importando o crime por eles cometido.

Os argentinos queriam, então, uma resposta rápida e severa. Assim, diante da demora e da parcialidade com que os responsáveis pelas investigações conduziam as diligências, porém, o Congresso Nacional argentino tomou a dianteira e promulgou a Lei nº 23.049, de 13 de Fevereiro de 1984, que alterou a legislação penal militar do país e reduziu a competência dos tribunais militares, que ficou adstrita apenas aos crimes militares típicos; no que tange aos demais, a competência para o julgamento foi deslocada para os juízos civis. Referida legislação previu ainda que nos casos de demora injustificada nos julgamentos dos processos pelos tribunais militares, a Justiça Federal poderia avocar para si a competência para deliberar sobre os mesmos.

Como as leis processuais possuem vigência imediata e abarcam todos os processos e inquéritos em andamentos, bem como pelo fato de que em Outubro de 1984, dez meses depois do início das investigações dos crimes praticados pelos militares entre 1976 e 1983, o Conselho Supremo das Forças Armadas havia tomado o depoimento somente de Emílio Massera, detentor do posto de almirante, foram as mesmas transferidas para a *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal*, o que pode ser entendido como uma segunda instância dos juízos federais de Buenos Aires. Estava, neste momento, instituído o chamado *Juicio a las Juntas*, ou “julgamento das juntas”, responsável por realizar o julgamento de 280 dos crimes apontados no relatório da CONADEP. Acerca deste julgamento, manifesta-se Ricardo Kirschbaum (2010, s.p.), dizendo que “El Juicio a las Juntas fue el gran disparador de una nueva época en la que la democracia puede crecer y sostenerse, a pesar de las crisis muy graves que se produjeron en este período”³.

O julgamento ocorreu de maneira colegiada, posto verificar-se num tribunal de segunda instância, sendo que as audiências estenderam-se por quatro meses, entre Abril e Agosto de 1985, período no qual foram interrogadas 833 pessoas. Em 18 de Setembro, o Procurador-Geral nomeado para o caso, Júlio César Strassera procedeu verbalmente às alegações finais contra os militares,

³ O julgamento das juntas foi o grande estopim de uma nova época em que a democracia pode crescer e sustentar-se apesar das crises muito graves que se verificaram neste período.

proferindo, ao final de extensa digressão, uma frase que se tornou célebre na luta argentina contra a impunidade dos ditadores: “Señores jueces: quiero renunciar expresamente a toda pretensión de originalidad para cerrar esta requisitoria. Quiero utilizar una frase que no me pertenece, porque pertenece ya a todo el pueblo argentino. Señores jueces: 'Nunca más'”⁴. Imediatamente, os espectadores do julgamento levantaram-se e iniciaram uma onda de aplausos veementes que durou vários minutos em apoio ao representante do *parquet*, enquanto, pela primeira vez desde o início das audiências, o ora temeroso ex-ditador Jorge Rafael Videla voltava seus olhos para eles.

O apelo para que o Poder Judiciário sanasse ao menos parte das violações verificadas sob a égide da ditadura surtiu efeitos: em 9 de Dezembro de 1985, o juiz León Carlos Arslanián procedeu à leitura da sentença que condenou Jorge Rafael Videla e Emílio Eduardo Macera à prisão perpétua; Roberto Eduardo Viola a 17 anos de reclusão; Armando Lambruschini a 8 anos de reclusão e Orlando Ramón Agosti a 4 anos de reclusão. A mesma decisão, contudo, absolveu Leopoldo Galtieri, Basilio Lami Dozo, Jorge Isaac Anaya e Omar Graffigna ao argumento de inexistência de provas suficientes para a condenação.

Interessante ressaltar aqui, que na visão de Dante Caputo (2010, s.p.):

El juicio iba más allá que el castigo a los culpables. Primero, se cumplía una promesa de campaña. Segundo, el Juicio se destacó por el respeto de reglas y procedimientos. Ninguna defensa se quejó por considerar que sus derechos habían sido lesionados. Tercero, el carácter público sacó el debate sobre el drama ocurrido del ámbito reservado del procedimiento escrito⁵.

Realmente, dentre todos os países americanos e europeus que haviam sido alvo de ditaduras no decorrer do século XX, a Argentina foi o primeiro que puniu os responsáveis pelos atos violadores dos mais elementares direitos humanos, e com uma rapidez notável, apenas dois anos depois de ter sido o regime abolido, principalmente quando se considera a fartura de documentos e testemunhos que

4 Senhores juízes, quero renunciar expressamente a toda a pretensão de originalidade para encerrar esta acusação. Quero utilizar uma frase que não me pertence, porque já pertence a todo o povo argentino. Senhores juízes: Nunca Mais.

5 O julgamento foi além de punir os culpados. Primeiro, ele cumpriu uma promessa de campanha. Segundo, o julgamento se destacou pelo respeito às regras e procedimentos. Nenhuma defesa queixou-se, alegando que seus direitos haviam sido violados. Em terceiro lugar, o caráter público do julgamento fez com que o debate sobre o drama ocorrido extrapolasse a seara do procedimento escrito.

tiveram que ser coletados e analisados pelo Judiciário e pela defesa dos acusados. Mas a euforia inicial que a condenação dos ditadores havia ensejado logo seria mitigada por duas medidas legais.

Na primeira delas, o Congresso Nacional argentino editou as Leis nº 23.492, de 24 de Dezembro de 1986 e 23.521, de 8 de Junho de 1987. Referidas legislações forem denominadas, respectivamente, de Lei de Ponto Final e Lei de Obediência Devida e foram responsáveis por impedir a investigação e punição de delitos praticados pelo Estado argentino contra a humanidade, durante o regime ditatorial. Segundo Maria José Guembe (2005, p. 121), em inestimável trabalho desenvolvido acerca do assunto:

O objetivo das leis de Ponto Final e Obediência Devida foi anistiar os oficiais em postos de níveis médio e baixo na hierarquia militar. O argumento apresentado à opinião pública ao serem sancionadas as leis apresentou tal medida como necessária para preservar a paz social. Quando a Corte Suprema teve de analisar a validade das duas leis, julgou que resultavam de uma ponderação dos interesses em jogo, exclusiva do poder político e que, como tal, deveriam ser acatadas pelo Poder Judiciário.

Desta feita, os integrantes mais subalternos do Exército, da Marinha e da Aeronáutica foram anistiados pelos crimes de lesa humanidade cometidos entre os anos de 1975 e 1983. A medida legislativa foi, em 1987, como mencionado pela doutrinadora, considerada válida pela cúpula do Judiciário, que pugnou pela tese de que tais normas estavam de consonância com os objetivos do Poder Legislativo em proporcionar a estabilidade político-social do país após o violento regime de exceção, e por não implicarem violações diretas das garantias fundamentais, deveriam ser observadas.

A segunda delas consiste nos chamados *Indultos de Menem*, assim chamados porque foram concedidos pelo presidente Carlos Menem. Em 7 de Outubro de 1989, Menem editou os Decretos nº 1002, 1003, 1004 e 1005, através dos quais concedeu indulto a todos os militares que não haviam sido beneficiados pelas leis de Ponto Final e Obediência Devida, ou seja, os detentores dos postos mais elevados da hierarquia das Forças Armadas, incluindo os ditadores condenados no *Juicio a las Juntas*, bem como os responsáveis pelos crimes de guerra ocorridos no desenrolar da Guerra das Malvinas. No ano seguinte, a 29 de Dezembro, novos indultos foram concedidos pelos Decretos nº 2741, 2742, 2743, 2744, 2745 e 2746, desta vez beneficiando até mesmo guerrilheiros e vários outros

militares acusados ou condenados, na época, por corrupção, homicídio, seqüestro, tortura e outros crimes contra a humanidade.

O conjunto destas normas jurídicas passou a ser conhecido como Leis da Impunidade e demonstrou um retrocesso ao que se havia verificado no Julgamento das Juntas em 1985. Tal situação começou a ser revertida em 1994, quando foi promulgada a atual Constituição da Nação Argentina.

A carta constitucional foi responsável por incorporar em seu texto um grande número de acordos e tratados internacionais que haviam sido firmados pela Argentina acerca da proteção de direitos humanos, concedendo a eles uma eficácia bastante ampla a partir do momento em que foram elevados ao patamar de normas constitucionais, dominando o topo da hierarquia dos atos normativos. Dentre eles estão o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A esta medida, some-se a decisão proferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2 de Outubro de 1992, através do Informe nº 28, no qual o órgão internacional é taxativo em sua conclusão:

Por las consideraciones que anteceden, La COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

1. Concluye que las Leyes Nº 23.492 y Nº 23.521 y el Decreto Nº 1002/89 son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Recomienda que el Gobierno de Argentina otorgue a los peticionarios una justa compensación por las violaciones a las que se refiere el párrafo precedente.

3. Recomienda al Gobierno de Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar⁶.

Assim, uma vez reconhecido internacionalmente o direito das vítimas do regime ditatorial a uma resposta satisfatória, ao menos no que concerne à verdade e à justiça, tiveram início em todo o Poder Judiciário argentino aqueles que ficaram conhecidos como Processos pela Verdade, ou *Juicios por La Verdad*. Os

6 Pelas considerações precedentes, a COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1. Conclui que as Leis nº 23.492 e nº 23.521 e o Decreto nº 1002/89 são incompatíveis com o artigo XVIII (Direito de Justiça) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e os artigos 1, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 2. Recomenda ao Governo da Argentina conceda aos peticionários uma justa compensação pelas violações a que se refere o parágrafo anterior. 3. Recomenda ao Governo da Argentina a adoção de medidas necessárias para esclarecer os fatos e individualizar os responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar.

processos pela verdade foram mecanismos utilizados não para punir os autores dos crimes e das violações humanitárias, posto ainda estarem as leis de anistia e os indultos do presidente Menem em vigor, mas sim para dar uma resposta à família das vítimas sobre o que realmente havia acontecido com elas. Note-se que muitos indivíduos apenas desapareceram, nos numerosos seqüestros verificados, jamais sendo encontrados nem mesmo seus corpos, e os processos pela verdade foram utilizados para que se realizassem diligências aptas para conferir, ao final de seu trâmite, uma certeza aos entes dos mesmos, para que eles pudessem chorar a morte do desaparecido ou então manter a esperança de reencontrá-lo um dia. Em síntese, os processos pela verdade não buscavam culpados, mas sim respostas sobre os paradeiros das vítimas dos desaparecimentos forçados.

Na lição de Maria José Guembe (2005, pp. 123-124) acerca do reconhecimento deste direito e da via adequada para seu exercício:

A Corte Suprema de Justiça da Nação reconheceu esse direito, não sem discussão, em 1998. Em um primeiro momento, promulgou uma sentença estabelecendo o direito à verdade, mas negou a reabertura de processos penais como caminho para torná-lo efetivo, tal como reivindicavam os familiares das vítimas. Em vez disso, determinou que o direito deveria se fazer valer pela via do hábeas-data, que garante, segundo a legislação argentina, a obtenção de informações pessoais armazenadas em bancos de dados públicos ou privados (...). Os processos pela verdade levaram os militares novamente aos tribunais e possibilitaram a abertura de investigações a respeito do ocorrido com cada uma das vítimas do terrorismo de Estado. Esses julgamentos permitiram manter ativo o Poder Judiciário no que se refere aos atos da ditadura que haviam sido anistiados.

Através desta passagem, conclui-se que ocorreu, em sede do processo penal argentino, algo muito semelhante ao que seria uma revisão criminal *pro societate*, ainda que neste estágio inicial a coisa julgada não tenha sido alterada. Isto porque as investigações correlatas aos crimes cometidos entre 1976 e 1983 foram retomadas ainda que concomitantemente à existência de trânsito em julgado das decisões judiciais de reconhecimento de anistia e de aplicação de indultos ocorridas nos anos anteriores, ou seja, não para converter uma decisão de absolvição ou perdão em condenação, mas sim para assegurar o próprio direito básico à justiça e à verdade às vítimas dos delitos de lesa humanidade, o que consiste uma medida digna de júbilo por parte do Estado Argentino na repressão às violações dos direitos elementares de seus cidadãos.

A partir deste momento, discursos acerca da inconstitucionalidade das leis de Ponto Final e Obediência Devida tornaram-se mais consistentes e ousados, vindo então o Poder Legislativo argentino a promulgar, em 25 de Março de 1998, a Lei nº 24.952, responsável por derrogar as leis de anistia, através de um texto bastante objetivo:

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos em Congreso, etc. sancionan com fuerza de Ley:
 ARTÍCULO 1º- Derógase la ley 23.492.
 ARTÍCULO 2º- Derógase la ley 23.521.
 ARTÍCULO 3º- Comuníquese al Poder Ejecutivo.
 DADA EM SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTICINCO DIAS DEL MÊS DE MARZO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS E NOVENTA Y OCHO7.

A partir da publicação desta lei, a possibilidade de reabertura dos processos criminais sobre os delitos cometidos pelos militares durante o período ditatorial tornou-se um constante objeto de frequentes debates em todos os setores da sociedade argentina, mas ainda existiam entraves a esta ocorrência. Em 2003, nova medida legislativa, através da Lei nº 25.779, de 21 de Agosto, acabou por declarar as duas normas que já haviam sido derrogadas, nulas. No dizer de Maria José Guembe (2005, p. 125):

As vozes mais conservadoras alertaram para os efeitos institucionais da anulação legislativa e para a necessidade de preservar a segurança jurídica. Do lado oposto se proclamou a obrigação de investigar, processar e punir, justificando a anulação das leis com base no direito internacional dos direitos humanos.

Desta feita, claro está que havia uma forte opinião pública caracterizadora da necessidade de aplicação, a estes casos, do princípio da proibição da proteção deficiente, que será objeto de estudo futuro, mas que, em síntese, prega a obrigação do Estado e do poder público, em geral, em zelar pela preservação dos bens jurídicos fundamentais, que não podem jamais ser desguarnecidos. Mas para que se pudesse cogitar num estágio mais elevado, qual

7 O Senado e a Câmara de Deputados da Nação Argentina, reunidos em Congresso, etc. sancionam com força de Lei:

ARTIGO 1º- Derroga-se a lei 23.492.

ARTIGO 2º- Derroga-se a lei 23.521.

ARTIGO 3º- Comunique-se ao Poder Executivo.

DADA NA SALA DAS SESSÕES DO CONGRESSO ARGENTINO, EM BUENOS AIRES, AOS VINTE E CINCO DIAS DO MÊS DE MARÇO DO ANO DE MIL NOVESCENTOS E NOVENTA E OITO.

seja, a efetiva punição dos militares pelas infrações penais verificadas durante a Guerra Suja, era necessário conferir a tais violações de direitos, definitivamente, o caráter de crimes contra a humanidade e não de meros homicídios, seqüestros e torturas em sua generalidade pelo Código Penal Argentino ou as internas legislações esparsas, encarregando-se o Judiciário de manifestar-se neste sentido, com especial destaque para a imprescritibilidade de referidos delitos, reconhecida em 2003, através da equiparação dos mesmos a verdadeiro genocídio. O mesmo rumo foi tomado no que tange aos casos de sequestros de bebês.

O ativismo judicial argentino, neste aspecto, foi responsável por produzir, em 2001, a primeira decisão que reconheceu a inconstitucionalidade das leis de Ponto Final e Obediência Devida, principalmente porque, como dito, a recente Carta Magna argentina incorporou em seu texto vários dispositivos internacionais atinentes à preservação dos direitos humanos, aos quais o país havia aderido. Mais uma vez observando as grandes lições de Maria José Guembe (2005, p. 129), entende-se que:

Segundo os juízes, a obrigação de julgar delitos dessa gravidade encontra-se no art. 118 da Constituição argentina, que reconhece os direitos das pessoas. Por outro lado, os tratados internacionais incorporados à Constituição obrigam o Estado argentino a julgar e punir as graves violações aos direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos sentenciou que as leis de anistia são contrárias ao Pacto de San José da Costa Rica e por isso são inválidas.

Finalmente, no dia 14 de Junho de 2005, a mesma Suprema Corte da Nação Argentina que, dezoito anos antes, havia manifestado a necessidade e pertinência das leis de anistia, voltou atrás em sua decisão e reconheceu a inconstitucionalidade das leis 23.492 e 23.521, tendo por base, principalmente, os argumentos presentes no já mencionado Informe nº 28, de 1992, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a decisão proferida pelo mesmo tribunal no chamado Caso Barrios Altos *versus* Perú, no qual ficou consignada uma verdadeira lição para os países que já tiveram em sua história algum período ditatorial ou no qual várias violações de direitos humanos foram verificados:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o

arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸.

Assim, impõem-se medidas fortes dos Estados para prevenir e reprimir as práticas citadas e aquelas a elas semelhantes. Determinou ainda a Suprema Corte argentina que os magistrados deveriam, a partir de então, utilizar as normas de Direito Internacional sobre preservação dos direitos humanos e garantias fundamentais como modelo e padrão no momento em que procederem à interpretação das normas internas argentinas.

No que concerne aos indultos concedidos pelo presidente Carlos Menem entre 1989 e 1990, estes também foram, pela Corte Constitucional, declarados inconstitucionais em Julho de 2007 e Agosto de 2010; antes disto, em Junho de 2006, a *Cámara de Casación Penal*, última instância de interpretação de normas penais infraconstitucionais na Argentina, quase um equivalente do Superior Tribunal de Justiça no Brasil, já havia manifestado seu parecer de inconstitucionalidade dos mesmos. A partir deste momento, nada mais havia que impedisse a punição dos crimes contra a humanidade cometidos no decorrer da ditadura argentina.

E o que se viu depois foi o retorno dos militares ao banco dos réus, com exemplares condenações dos mesmos pelos crimes contra a humanidade por eles cometidos ao longo de sete anos de exercício ilegal do poder estatal. Já em 1998, Jorge Rafael Videla, o primeiro presidente a integrar a Junta Militar que governou o país entre 1976 e 1981, permaneceu durante 38 dias preso em decorrência de acusações de seqüestro de recém-nascidos. No dia 22 de Dezembro de 2010, já posteriormente ao reconhecimento de inconstitucionalidade dos indultos de Menem e das leis de Ponto Final e Obediência Devida, Videla foi condenado, junto a outros 13 co-réus exercentes de atividades governamentais durante a Guerra Suja, dentre eles o general Luciano Menéndez, à prisão perpétua, por ter ordenado a morte de 31 detentos acusados de crimes políticos, numa penitenciária localizada na cidade de Córdoba, ainda em 1976.

⁸ Esta Corte considera que são inadmissíveis os dispositivos de anistia, os dispositivos de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos, tais como a tortura, as execuções sumárias, sumárias, ilegais ou arbitrarias e os desaparecimentos forçados, todos eles proibidos por contrariar os direitos irrevogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos..

De acordo com Márcia Carmo (2010, s.p.), no ano de 2010,

Mais de 60 ex-militares foram condenados por crimes cometidos durante a ditadura argentina. Estima-se que, na Justiça Federal, pelo menos outros 600 estariam esperando decisão judicial.

Recentemente, em 14 de Abril de 2011, o último ditador argentino, general Reynaldo Bignone, também foi condenado à prisão perpétua junto com os militares Martin Rodriguez, Luiz Abelardo Patti e Omar Riveros. Tal condenação soma-se à reprimenda de 25 anos imposta a Bignone em 2010 por crimes cometidos na guarnição militar de Campo de Mayo, localizada na municipalidade de San Miguel. As penas de referidos militares, por determinação do próprio juízo da condenação, deverão ser cumpridas em prisões comuns, não sendo concedidos a eles quaisquer privilégios especiais, a despeito de suas avançadas idades, posto que todos os ex-ditadores contam atualmente mais de 80 anos.

Eis, concluindo toda esta digressão acerca do Direito aplicado por nossos vizinhos e parceiros comerciais, alguns exemplos de como a Argentina conseguiu curar parte da ferida que há três décadas macula sua história. Mecanismos inteligentes e juridicamente aceitáveis e válidos frente à necessidade, secularmente reconhecida, de se preservarem os direitos do gênero humano. O exemplo argentino contrastou com o que se verificou no Chile, Uruguai, África do Sul, Portugal, Espanha e Brasil, ao término de suas ditaduras, conduta que já começa a ser revista por alguns deles, principalmente pelo Chile e pelo Uruguai, posto ser esta uma medida de promover a correção não de erros judiciários, mas de erros jurídicos, levando à concretização do conceito de justiça e de equidade presentes no espírito de uma nação, conceito este, aliás, extremamente valorizado na Argentina, superior até mesmo ao próprio conceito de Estado.

3.4 França

Como já destacado anteriormente, a França é o país no qual se originou a corrente da revisão criminal que somente admite a hipótese de alteração da coisa julgada em benefício do réu, para converter uma condenação em

absolvição. De acordo com tal entendimento, o *Code de Procédure Pénale*, Código de Processo Penal francês, datado de 1958 e versando sobre a revisão criminal no Título II do Livro III, entre os artigos 622 e 626, dispositivos estes profundamente alterados pela Lei nº 89-431, de 23 de Junho de 1989, prevê as hipóteses de revisão criminal nos seguintes casos:

Article 622: La révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit lorsque:

1° Après une condamnation pour homicide, sont représentées des pièces propres à faire naître de suffisants indices sur l'existence de la prétendue victime de l'homicide;

2° Après une condamnation pour crime ou délit, un nouvel arrêt ou jugement a condamné pour le même fait un autre accusé ou prévenu et que, les deux condamnations ne pouvant se concilier, leur contradiction est la preuve de l'innocence de l'un ou de l'autre condamné;

3° Un des témoins entendus a été, postérieurement à la condamnation, poursuivi et condamné pour faux témoignage contre l'accusé ou le prévenu ; le témoin ainsi condamné ne peut pas être entendu dans les nouveaux débats;

4° Après une condamnation, vient à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné⁹.

Assim, é expressa a menção legal ao fato de que as revisões criminais francesas voltam-se tanto aos crimes quanto às contravenções penais. A atual legislação francesa em muito se assemelha ao ordenamento jurídico processual penal instituído por Napoleão I em 1808. Primeiramente a revisão criminal é cominada às situações em que, sendo o acusado condenado definitivamente pela prática de homicídio, surgem provas de que a suposta vítima do mesmo se encontra viva. Na segunda situação, há a prolação de uma sentença condenatória de pessoa diversa do réu em questão, condenando-a pela prática do mesmo delito imputado ao injustamente condenado, de sorte a ensejar uma situação contraditória insanável. Há ainda a possibilidade de revisão criminal nos casos em que uma testemunha

9 Artigo 622: A revisão de uma decisão penal definitiva pode ser feita em benefício de qualquer pessoa condenada por um crime ou contravenção penal, se:

1º Depois de uma condenação por homicídio forem apresentados elementos destinados a produzir provas suficientes da existência da suposta vítima de homicídio;

2º Depois de uma condenação por crime ou contravenção, um novo julgamento do mesmo fato resultou em condenação de outro acusado, sendo as duas decisões inconciliáveis, provando tal contradição a inocência de um ou de outro condenado;

3º Uma das testemunhas foi, após a condenação, processada e condenada por falso testemunho contra o acusado, hipótese em que não poderá ser ouvida no novo julgamento;

4º Depois de uma condenação surja um novo elemento, desconhecido pela jurisdição quando do julgamento, suscetível de levantar dúvidas acerca da culpabilidade do condenado.

relevante e de vital influência na formação do convencimento do juiz foi definitivamente condenada pelo crime de falso testemunho. Finalmente, não se olvida a existência de revisão criminal quando da descoberta de novos elementos probatórios que, de maneira bastante interessante, colimem na dúvida acerca de sua culpabilidade, de sorte que não exige que os novos meios de prova descobertos levem à certeza da inocência, mas apenas deem ensejo à uma dúvida com relação à sua responsabilidade, o que é bastante peculiar, principalmente tendo-se em mente que a regra geral dos processos é a definitividade das decisões, ocorrendo mitigação destes preceitos somente com base em provas cabais de inocência do outrora condenado.

A legitimidade ativa para a propositura da revisão criminal pertence ao sancionado ou ao devido representante legal, estendendo-se tal legitimidade aos cônjuges, ascendentes e descendentes, nas hipóteses em que o condenado venha a falecer ou seja alvo de uma declaração judicial de ausência. Excetuando-se as revisões de decisões prolatadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Ministério Público francês não é detentor de legitimidade para a propositura da *revisio*. Por fim, também o Ministro da Justiça da França pode propor uma revisão criminal, cabendo ressaltar que qualquer cidadão francês pode recorrer a ele e provocá-lo para que ele o faça.

No que tange à competência, esta pertence à Corte de Cassação, mais precisamente à sua Câmara Criminal e, verificando-se a carência de fundamentos para a revisão, ela é de pronto arquivada. De outra banda, segundo Élcio Arruda (2009, p. 67), resumidamente:

Estimando necessários maiores esclarecimentos, determina (a Corte) a suplementação de informações: estremados os fatos, passa-se à aplicação do direito. O julgamento tem lugar em audiência pública, depois de aduzidas as razões das partes e interessados.

Sendo, então, após a instrução, a revisão criminal rejeitada, ou seja, julgada improcedente, será arquivada, não sendo, de modo algum possível agravar a sanção do condenado. Por outro lado, verificando-se o acolhimento das pretensões do autor da mesma, a sentença condenatória proferida contra o acusado será anulada; verificada a inoccorrência de crime na situação fática que ensejou a condenação do réu, os autos de revisão criminal serão imediatamente arquivados

após a anulação da decisão condenatória, não sendo possível a realização de qualquer outro julgamento; na hipótese de ser o condenado alguém falecido, a própria Corte de Cassação irá, na mesma audiência pública, reabilitá-lo e isentá-lo de toda e qualquer acusação contra ele lançada em vida, numa tentativa de promover retorno ao *status quo ante*. Note-se que durante todo este procedimento, assiste à Corte de Cassação a prerrogativa de determinar, caso assim julgue necessário, a interrupção do cumprimento da pena imposta ao condenado requerente da revisão criminal. Para ele, caberá ainda reparação civil dos danos suportados quando do acolhimento de sua pretensão.

3.5 Alemanha

Na Alemanha, a revisão das decisões judiciais definitivas tornou-se expressa na legislação com o advento do Código Imperial, datado de 1877. Atualmente, o Código de Processo Criminal alemão de 1950, chamado de *Strafprozenßordnung/StPO*, alterado profundamente em 1987 e em 2010 não prevê nenhum prazo prescricional para a previsão da revisão criminal, de sorte que pode a mesma ser intentada até mesmo após encerrar-se o cumprimento da sanção imposta ao acusado. Sua nomenclatura oficial é *Die Wiederaufnahme des Verfahrens*, expressão que pode ser traduzida como reabertura do processo ou retomada do curso do mesmo.

A lei processual alemã é clara ao elencar a revisão criminal como uma espécie de processo, de forma que ainda que se verifiquem certas discussões a respeito de sua natureza jurídica nas terras teutônicas, estas são rarefeitas e não resistem a uma análise pormenorizada do próprio instituto, concebido como mecanismo processual hábil para evitar que os erros do Poder Judiciário se tornem definitivos.

Desde 1877, o processo penal alemão prevê a possibilidade de ocorrerem revisões criminais tanto em prol do sancionado quanto em benefício da sociedade. Estas disposições foram extremamente inovadoras para a época e representam uma drástica ruptura com as antigas legislações de origem francesa e canônica que somente concebiam a relativização da coisa julgada através da *revisio*

nos casos criminais de maneira *pro reo*. Daí porque os germânicos foram os responsáveis por criar um novo modelo de ordenamento processual que prevê em seu bojo a possibilidade de converter uma absolvição em condenação, mesmo após ter aquela sido objeto de trânsito em julgado. À tal corrente jurídica dá-se o nome de tudesca, terminologia que faz menção aos antigos povos habitantes da Germânia.

As hipóteses nas quais se admite a revisão criminal na Alemanha são trazidas pelos artigos 359 e 362 da legislação processual penal, voltando-se aquele para as hipóteses de revisão criminal *pro reo* e este para os casos de *revisio pro societate*.

Através de uma análise dos mesmos, pode-se concluir que a possibilidade de revisão criminal *pro reo* surge quando uma determinada sentença proferida por juízo cível que serviu de embasamento para a sentença penal condenatória transitada em julgado torna-se, por alguma razão, insubsistente. Há a possibilidade também de reverter uma condenação quando há provas supervenientes que demonstram a inocência do acusado; e quando a Corte Constitucional alemã pugnar pela inconstitucionalidade do tipo penal incriminador que ensejou a punição ou sobre a interpretação que o órgão julgador conferiu a ela. Como fundamento de revisões criminais *pro reo* e *pro societate* estão as situações em que a decisão judicial está embasada por prova documental, pericial ou testemunhal falsa, ou ainda de delitos praticados pelo magistrado julgador ou membros do Tribunal do Júri, como a corrupção. Finalmente, como embasamento único da revisão criminal *pro societate* encontram-se os casos em que, após a absolvição, vem o acusado a confessar de maneira verídica o crime cometido, quer perante o juiz ou não.

A legitimidade ativa para a propositura da revisão criminal alemã é concorrente entre o Ministério Público e o condenado, bem como aos descendentes, ascendentes, cônjuges e irmãos deste nos casos em que se verifique o falecimento do indivíduo injustamente condenado. Note-se, porém, que nas hipóteses em que a revisão criminal é embasada por decisão proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos somente o sancionado é parte legítima para interpô-la. Quanto ao Ministério Público, interessante constatar que ele participa de toda e qualquer revisão criminal da qual não ocupe o polo ativo, na função de *custus legis*, ou seja, fiscal do cumprimento e observância da lei.

No que tange à competência para o julgamento das revisões criminais germânicas, Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 108) diz que “o requerimento deve ser endereçado ao tribunal que proferiu a decisão impugnada, ou com competência para apreciar recurso não interposto”. Referidos tribunais são disciplinados pela Lei de Organização Judiciária da Alemanha e, sendo distribuído o processo de revisão, irá a corte instruí-lo e determinar a produção das provas que entenda necessárias, no que caracteriza a primeira fase deste procedimento, chamada de *iudicium rescindens*.

Ao final da produção probatória, deverá a corte passar à segunda etapa do julgamento, o *iudicium rescissorium*, na qual a decisão final será proferida. Se a revisão criminal *pro reo* for julgada procedente, não será possível impor qualquer espécie de sanção ao acusado, sendo ele imediatamente isento de qualquer responsabilidade penal e imediatamente reabilitado; sendo julgada improcedente, a situação do condenado não será alterada e ele permanecerá cumprindo sua pena, caso ainda não o tenha feito por completo. Se a revisão criminal *pro societate* for julgada procedente, será imposta a sanção cabível ao autor do crime; sendo julgada improcedente, o acusado continuará inocente das imputações contra ele lançadas e não haverá a imposição de qualquer sanção a ele. Note-se que nos casos de condenações injustas, há a possibilidade de reparação dos danos materiais e morais suportados pelo inocente condenado em razão de erro judicial.

Finalmente, uma vez que a revisão criminal é vista, na Alemanha, como um processo, é possível guerrear a decisão nela proferida com qualquer dos recursos ordinariamente previstos na legislação processual penal.

3.6 Tribunal penal internacional

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma, também chamado Tratado de Roma, assinado em 17 de Abril de 1998 e vigente a partir de 01 de Julho de 2002, sendo a primeira corte criminal internacional dotada de caráter permanente, posto que as demais verificadas anteriormente, como o

Tribunal de Nuremberg, foram transitórios e apenas constituídos para o julgamento de crimes específicos e que já haviam sido cometidos, ou seja, fatos pretéritos.

O Brasil, signatário do acordo junto com outros 138 países, incorporou ao ordenamento jurídico nacional o Estatuto que rege o referido órgão universal através do Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Atualmente, outros 59 Estados soberanos aderiram à ratificação do acordo e sua inclusão nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Dentre as várias disposições trazidas em seu bojo, menciona o Estatuto de Roma a revisão criminal para alteração da coisa julgada em processos penais findos no seu artigo 84, *in verbis*:

Artigo 84 – Revisão da Sentença Condenatória ou da Pena

1. O condenado ou, se este tiver falecido, o cônjuge sobrevivente, os filhos, os pais ou qualquer pessoa que, em vida do condenado, dele tenha recebido incumbência expressa, por escrito, nesse sentido, ou o Procurador no seu interesse, poderá submeter ao Juízo de Recursos um requerimento solicitando a revisão da sentença condenatória ou da pena pelos seguintes motivos:

a) A descoberta de novos elementos de prova:

I) De que não dispunha ao tempo do julgamento, sem que essa circunstância pudesse ser imputada, no todo ou em parte, ao requerente; e
II) De tal forma importantes que, se tivessem ficado provados no julgamento, teriam provavelmente conduzido a um veredicto diferente;

b) A descoberta de que elementos de prova, apreciados no julgamento e decisivos para a determinação da culpa, eram falsos ou tinham sido objeto de contrafação ou falsificação;

c) Um ou vários dos juízes que intervieram na sentença condenatória ou confirmaram a acusação hajam praticado atos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções nos termos do artigo 46.

2. O Juízo de Recursos rejeitará o pedido se o considerar manifestamente infundado. Caso contrário, poderá o Juízo, se julgar oportuno:

a) Convocar de novo o Juízo de Julgamento em Primeira Instância que proferiu a sentença inicial;

b) Constituir um novo Juízo de Julgamento em Primeira Instância; ou

c) Manter a sua competência para conhecer da causa, a fim de determinar se, após a audição das partes nos termos do Regulamento Processual, haverá lugar à revisão da sentença.

Desta forma, tolera o ordenamento internacional apenas e tão somente a revisão criminal *pro reo*, de consonância, pois, com o Código de Processo Penal brasileiro. No que diz respeito à legitimidade para a provocação do Estado com vistas à correção do erro judiciário, esta se estende, para além do condenado, aos cônjuges, pais, filhos ou qualquer pessoa a quem o condenado, nestes casos já falecido, tenha, em vida, concedido autorização para tanto.

Note-se ainda, por fim, que também comina o diploma legal mencionado a possibilidade de reparação civil dos danos suportados pelo indivíduo injustamente condenado, tanto de ordem material quanto de ordem moral, sendo estas, em suma, as disposições que os organismos internacionais orientam aos países para que estes conduzam seus mecanismos de revisão criminal.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO E A CRISE DE LEGALIDADE

Expostas tais premissas acerca da revisão criminal, impõe-se agora uma análise de um fenômeno jurídico que há cerca de alguns anos tem se intensificado e ganhado espaço e notoriedade entre as discussões jurídicas tanto a nível nacional quanto na esfera internacional, que é o neoconstitucionalismo, verdadeira menina dos olhos dos modernos constitucionalistas, e que constitui a segunda grande divisão deste ensaio monográfico.

4.1 Notas Introdutórias

A priori, necessário se faz ressaltar em sede de neoconstitucionalismo que a Constituição de um determinado Estado, tanto pela hierarquia que é por ela ocupada dentro do ordenamento jurídico nacional quanto pela abrangência que podem adquirir no que diz respeito aos assuntos que são por elas disciplinados, constituem-se em cerne e núcleo do arcabouço normativo estatal, de onde emanam todas as demais legislações que complementam o pilar legislativo de uma nação. Assim o é no Brasil, onde basta se atentar para a abrangência da Carta Magna em vigência desde 1988 para se constatar que dificilmente irá um operador do Direito encontrar um tema jurídico que não esteja, ainda que de maneira implícita, versado no Texto Maior, fato este que enseja a constante possibilidade da formulação de argumentação jurídica constitucional em sede de exercício do devido processo legal.

Dá-se, neste contexto, o nome de constitucionalismo, ao movimento político-social que engloba ideologias, ciências e teses jurídicas responsáveis por culminar no advento de uma Constituição. Buscando uma definição para tal instituto, Max Möller (2011, p. 43) ensina que:

O neoconstitucionalismo é muito melhor definido como um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, que implica, fundamentalmente, a mudança de atitude dos operadores jurídicos, a qual determina consideráveis alterações na prática jurídica. Esse movimento, por sua amplitude de repercussão, está presente em uma série de campos

jurídicos, o que é comprovado pela discussão do neoconstitucionalismo por filósofos do direito, por processualistas, por constitucionalistas

Em sendo assim, neoconstitucionalismo nada mais quer dizer do que um redimensionamento do Direito Constitucional e do conteúdo das Cartas Constitucionais; em suma, as mudanças pelas quais a ciência do constitucionalismo tem passado ao longo de sua existência, muito embora não se tenha cunhado ainda um conceito extremamente preciso e unanimemente aceito da ciência neoconstitucional. E é bastante interessante perceber, diante do conceito de Möller, que se cuida de um movimento eminentemente social e não apenas jurídico, já que se estende para a seara de outras doutrinas que não apenas as jurídicas, alcançando uma amplitude pouco comum com certos institutos das ciências humanas. Analisando esta terminologia, da seguinte forma assevera Eduardo Cambi (2007, p. 2):

A expressão “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “*dever-seres*” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar – sobretudo pela hermenêutica – Às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções as velhos problemas.

Representa, assim, o neoconstitucionalismo, o rompimento com os clássicos ideais de Constituição, a partir de quando traz em seu bojo a noção de que não pode o Direito permanecer ao lado da evolução da sociedade caminhando com máximas arcaicas e muitas vezes obsoletas que melhor se adequam ao iluminismo do século das luzes; mais de uma vez já se disse que embora o Direito sempre esteja atrasado com relação às mudanças sociais, é necessário esforçar-se ao máximo para que ele não se distancie delas em demasiado.

E tais mudanças promovidas, de plano é necessário ressaltar, derivam de uma verdadeira crise de legalidade por que passa o Estado Democrático de Direito. Com efeito, que outra razão haveria para aumentar a carga normativa de uma Constituição e alterar seu modelo clássico e proposto há três séculos, senão a insuficiência das políticas legislativas e da insuficiência da atuação das normas infraconstitucionais? Eis os dizeres de Luis Roberto Barroso (2007, pp. 1-2):

Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrina, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles* e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas e a insegurança é a característica da nossa era.

De fato, a constatação de que há uma crise de legalidade e, mais do que isto, uma crise do próprio Estado Democrático de Direito não é uma novidade. Com efeito, há muito que se atenta para uma crescente deturpação dos direitos fundamentais e a necessidade de que os mesmos venham a ser alvo de um adequado redimensionamento para que possam voltar a ocupar sua hegemonia advinda de sua natureza jurídica de normas constitucionais.

Tem sido cada vez mais crescente a descrença que os cidadãos depositam nas instituições públicas e no governo que se diz democrático. As múltiplas denúncias de corrupção nos altos escalões do governo, a ineficiência do Poder Judiciário no julgamento de causas de relevante valor social e a total inaptidão e morosidade dos membros do Poder Legislativo para inovar de maneira adequada o ordenamento jurídico pátrio, que, no mais das vezes, quando o fazem, procedem para satisfazer a própria cobiça em meio à chafurdagem na corrupção, estão entre as fontes da atual crise do Estado Democrático de Direito. Tudo isto leva a uma triste e intolerável banalização dos mais elementares e basilares direitos da pessoa humana, adquirindo os mesmos uma conotação deturpada na qual passam a ser vistos unicamente como mecanismos de coibir uma atividade estatal mais eficaz no combate às violações de bens jurídicos fundamentais cujo escopo é estimular a impunidade e a proliferação das práticas danosas às políticas públicas, fatos responsáveis por remeter os operadores do Direito a diversos questionamentos, como o papel atualmente exercido pelos direitos fundamentais, pela Constituição, pelo Estado e, de modo geral, pelo próprio Direito.

Apurando as razões pelas quais esta temível crise hoje é uma dura realidade, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 110) aponta a globalização como sendo uma das principais. Explica suas proposições da seguinte forma:

Na medida em que – por conta da política e da economia do “Estado Mínimo” propalado pelo assim designado “consenso neoliberal” – aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito (necessariamente um Estado “amigo” dos direitos fundamentais) e que esta fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico exercido pelos grandes atores do

cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal, indaga-se quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e – no plano internacional – as sociedades menos economicamente menos desenvolvidas.

Atentando-se para esta crise de legalidade ou crise do Estado Democrático de Direito, Eduardo Cambi (2007, p. 11) prefere denominá-la de crise da democracia representativa, ou seja, do conceito formal de democracia, que nada mais quer dizer do que o governo pelo povo e para o povo, e explica os motivos para tal situação da seguinte forma:

A vontade do representante não se identifica com a do representado; cada vez mais se verifica o afastamento do povo do processo político; falta de igualdade de participação no processo político (os *lobbies* ou grupos de pressão, por exemplo, exercem uma influência avassaladora no processo legislativo); existe a previsão de mecanismos antidemocráticos no seio do parlamento (p. ex., voto de lideranças); e, enfim, a falência do Parlamento como principal órgão legislativo (em 2004, menos de 7% da legislação originou do Congresso Nacional, em um evidente abuso das medidas provisórias). Como consequência direta da insuficiência do conceito formal de democracia, ocorre a cisão entre o Direito e a lei. Esta, quando injusta, ou melhor, quando contraria os *standards* de justiça previstos pela Constituição, é um não-Direito.

Logo, percebe-se do exposto uma crescente descrença popular nas instituições estatais que a custo de suor e sangue foram conquistados ao absolutismo do poder de um único ente para fazer nascer a democracia e que não resulta apenas da má utilização dos mecanismos legais, mas de toda a transformação social ocorrida a nível mundial nas últimas décadas. Na verdade, é quase como se estivesse ocorrendo atualmente uma confusão entre os interesses governamentais e aqueles dos agentes econômicos e daqueles a quem incumbe a gestão da engrenagem estatal, o que se percebe até mesmo pela incorreta utilização dos mecanismos legais ordinários previstos no artigo 59 da Constituição Federal de 1988, a exemplo da medida provisória. E a consequência imediata disto, mais uma vez nas sábias palavras de Sarlet (2005, p. 111) é que:

Colocada em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas, a própria noção de cidadania como direito a ter direitos encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de “fascismo societal”. Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia.

Tendo sempre em mente o fato de que democracia e exclusão social são conceitos totalmente inconciliáveis e incompatíveis entre si, qual seria a solução para o problema alhures exposto? Como dito, promover uma verdadeira reforma da ideologia constitucional então vigente e conceder maior força normativa e jurisdicional à Constituição, retirando-a da esfera de simples vetor do ordenamento jurídico e elencando-a na esfera das normas cogentes e que devem ser observadas por todos os órgãos estatais, não apenas pelo Poder Legislativo no momento de criar normas infraconstitucionais, mas também por todos os demais poderes estatais no exercício de duas funções típicas e atípicas. Resgatar, pois, a verdadeira hierarquia da Constituição, primeiro e último bastião dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional, é o efetivo objetivo do movimento neoconstitucional.

4.2 Os Marcos do Neoconstitucionalismo

A doutrina, de modo geral, apresenta três marcos ou etapas que foram de fundamental importância para o advento do neoconstitucionalismo, quais sejam, o histórico, o filosófico e o teórico. Todos eles estão intimamente relacionados ao surgimento e à evolução do neoconstitucionalismo até o mesmo adquirir as feições que ele apresenta atualmente.

4.2.1 O marco histórico

O Direito Constitucional contemporâneo tem sua gênese nas Cartas Constitucionais promulgadas na Europa entre o período imediatamente pós-guerra até o fim da guerra fria, num período que vai desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, até meados do final da década de 1980. Com efeito, foi exatamente neste período que, uma vez derrotados e superados os regimes totalitários do nazismo e do fascismo e atentando-se a humanidade para as barbáries cometidas no mencionado conflito armado, que os legisladores passaram

a se atentar para a premente necessidade de se conceder direitos às pessoas como seres humanos que são e não como nacionais deste ou daquele Estado. Além disso, como assevera Luís Roberto Barroso (2007, p. 3):

A aproximação das idéias de neoconstitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos; Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.

Neste momento, então, foi a soberania da Constituição firmada, originando o próprio Estado Democrático e Social de Direito, o Estado que fornece garantias mínimas de direito aos cidadãos contra a atuação do próprio ente estatal que, mais do que ninguém, deve subordinar-se a suas disposições constitucionais.

Fortes exemplos de Constituições que se tornaram célebres expoentes do neoconstitucionalismo foram as da Itália, de 1947, a da Alemanha, de 1949, também chamada de Lei Fundamental de Bonn; a de Portugal, de 1976; e a da Espanha, de 1978. As instalações dos Tribunais Constitucionais na Alemanha e na Itália, respectivamente em 1951 e 1956, foram também grandes marcos no avanço da moderna dialética constitucional. No Brasil, a atual Constituição Federal, de 1988, é um grande expoente do desenvolvimento histórico do neoconstitucionalismo, juntamente com o processo de redemocratização nacional que foi por ela introduzido. As Constituições europeias mencionadas deram origem a uma vasta ascensão doutrinária e jurisprudencial em vários pontos do globo, que culminaram numa fecunda preocupação científica para com a evolução do Direito Constitucional e a incorporação de medidas mais eficazes de tutela dos direitos fundamentais e de efetivação das funções estatais de maneira compatível com os anseios populares, mormente porque todas elas surgiram em momentos nos quais períodos ditatoriais foram derrubados e as nações floresciam na redescoberta da áurea democrática.

Especificamente no que concerne à Constituição Federal Brasileira de 1988, alcunhada “constituição cidadã”, expressão que já denota a sua elevada carga de expoente no movimento neoconstitucional, discorre o doutrinador Luís Roberto Barroso (2007, p. 3) que:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu

texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito.

Logo, um aspecto bastante importante das observações do mestre consiste na afirmação de que as várias emendas que se fizeram recair sobre a Carta Constitucional não deturparam sua característica de expoente do neoconstitucionalismo. Além disso, não se pode fechar os olhos ao fato de que a atual “constituição cidadã” foi a responsável por promover o mais duradouro período de estabilidade da República Brasileira, já que somente a Constituição de 1891 vigorou por um período superior, até o presente momento. Tudo isto, muito embora seja sob sua égide que teve início a maior ascensão da crise de legalidade que assola o Estado Democrático de Direito no Brasil atualmente, exteriorizada através de eventos como o impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello, vários escândalos de corrupção envolvendo o Poder Legislativo e a instauração de inúmeras Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como incontáveis alegações de esquemas de fraudes eleitorais e concessão de vantagens a membros dos poderes da União, tudo ao lado de crescentes acusações de violação de dever funcional por parte de magistrados, ao ponto de ensejar da Corregedora Nacional de Justiça a polêmica e recente afirmação de que no Brasil existem verdadeiros bandidos de toga. Em todas estas situações, porém, o que chama a atenção é a tentativa sempre presente de solucionar tais episódios danosos com base na estrita legalidade constitucional, o que permite concluir que o Brasil rapidamente concretizou os elementares preceitos neoconstitucionais, de modo a promover a assunção do Direito Constitucional de uma aura obscura para o apogeu do ordenamento jurídico. Neste contexto, encerrando suas assertivas acerca deste momento grandioso para o Direito Brasileiro, Luís Roberto Barroso (2007, p. 4) menciona que:

Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Desta forma, de uma maneira um tanto quanto filosófica que denota a fala, mais de um nacionalista do que de um jurista, Barroso salienta a convicção de que o Brasil caminha para uma efetivação ainda maior do movimento neoconstitucional, de modo a conceder à Constituição e a todos os princípios e regras que nela estão elencados a posição máxima e soberana que os mesmos devem alcançar dentro do arcabouço legal nacional.

4.2.2 O marco filosófico

Trata-se o marco filosófico do neoconstitucionalismo do pós-positivismo. Neste período da evolução do Direito, as normas constitucionais deixaram de ser encaradas apenas como vetores do ordenamento jurídico para adquirir a efetiva consagração como normas de caráter obrigatório e que podem por si mesmas orientar os magistrados para a solução dos conflitos de interesses que vierem a ser submetidos a suas apreciações. Neste sentido, a lição de Eduardo Cambi (2007, p. 5):

Sob o aspecto filosófico, a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão de “vontade geral”, foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição.

Eis aqui um aspecto extremamente importante no desenvolvimento do neoconstitucionalismo, justamente porque não existe como falar em maior efetividade dos direitos fundamentais se estes forem desprovidos de imediata aplicabilidade; neste caso, eles nada mais seriam do que promessas ou meros orientadores da atividade legislativa infraconstitucional. Eis, desta forma, o chamado pós-positivismo, fase metodológica do direito na qual os princípios deixam de exercer uma atuação apenas secundária e supletiva, como colmatadores de anomias, para adquirirem grande relevância na concretização dos direitos. Decorrente de uma histórica superação do jusnaturalismo – considerado anti-

científico e metafísico – e do fracasso e insuficiência do positivismo exacerbado tão acalentado por Hans Kelsen, esta substancial modificação somente foi possível a partir do momento em que se atentou para o fato de que os princípios são normas, ou seja, as normas não devem ser confundidas apenas com as regras, o que deve ser analisado de maneira mais detida. Antes, porém, vale o alerta de Eduardo Cambi (2007, pp. 4-5):

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios.

Desta feita, um maior desapego da norma positivada não significa em momento algum o advento de um desprezo para com ela e com o direito escrito, sobretudo, em razão da segurança jurídica que por ele é trazida. O pós-positivismo, como vetor do neoconstitucionalismo, buscou uma efetiva dicotomia no conceito de norma, para nele englobar tanto as regras quanto os princípios, concedendo efetiva força a estes a tal ponto de poderem eles, por si mesmos, resolver os conflitos de interesse levados ao Poder Judiciário. A questão deste marco filosófico que se volta principalmente à distinção das normas entre regras e princípios será objeto de maior atenção mais à frente, quando da específica diferenciação entre ambas as espécies de normas e aos critérios para distinção das mesmas.

4.2.3 O marco teórico

No aspecto teórico do neoconstitucionalismo, há que se fazer menção a três importantes diretrizes que orientaram a construção e evolução deste movimento. A primeira delas diz com a questão da força normativa da Constituição, já que a partir da segunda metade do século XX, o clássico modelo europeu de Carta Constitucional datado do Iluminismo do século XVIII e que vislumbrava esta norma fundante dos Estados como um documento de essência eminentemente

política, quase um mero convite para a atuação dos Poderes estatais foi totalmente superado. Em sendo assim, a efetividade das propostas elencadas no texto constitucional invariavelmente ficava condicionada ora à livre conformação do inovador do ordenamento jurídico, ora à discricionariedade que rege a Administração Pública. E para superar esta insegurança trazida pelo arcaico modelo constitucional então vigente, atribuiu-se verdadeira e soberana força normativa aos Textos Constitucionais. Na visão de Eduardo Cambi (2007, pp. 6-7):

Afirmar que as normas constitucionais têm *força normativa* é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. Se a Constituição vale como uma lei, as regras e os princípios constitucionais devem obter *normatividade*, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança e expectativas de comportamentos.

Também Luís Roberto Barroso (2007, p. 6) discorre sobre este fenômeno, nos seguintes moldes:

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Sintetizando as principais ideias trazidas pelo marco teórico do neoconstitucionalismo, Max Möller (2011, p. 130) diz que:

A característica principal do modelo neoconstitucionalista é a preocupação com a presença de conteúdos materiais, que devem estar presentes nos ordenamentos constitucionais e vinculam todo o ordenamento jurídico. Para isso, devem contar com força normativa, de modo que possam constituir verdadeiros direitos, atuando não apenas como parâmetros de validade para todas as normas jurídicas, mas também razões de decidir para os intérpretes. Essa vinculação dos ordenamentos a um núcleo intangível e que prevê conteúdos de ordem material – geralmente associados à oral filosófica e que servem de parâmetro a todas as decisões jurídicas –, permite uma comparação justificada com o direito natural e com a preocupação característica da doutrina iusnaturalista com os conteúdos que deveriam necessariamente estar presentes no direito.

Em sendo assim, diante dos preceitos expostos, pode-se dizer que o advento da normatividade da Constituição faz surgir expectativas no comportamento do legislador e do administrador, sempre fiscalizados pelo Poder Judiciário como

medida de fazer valer a conformidade de suas atitudes para com os ditames constitucionais; em suma, a transformação das palavras da Carta Magna em direitos que concedam aos juízes poderes para decidir diretamente com base neles. Eis, assim, a superação das chamadas Constituições Programáticas, aquelas dotadas de conteúdo composto apenas por declarações de conteúdo político que sinalizavam uma carta de boas intenções para a nação, exortações de ordem moral ou programações para o futuro, conseqüentemente destituídas de vinculação imediata e de positividade. E, tendo as Constituições significativa força vinculante e normativa, torna-se possível ao cidadão valer-se de mecanismos legais coercitivos para conduzir o Poder Público ao cumprimento das disposições nela contidas.

A Constituição de 1988, neste contexto, foi a grande responsável por introduzir estas ideologias no Brasil, já que trouxe um conteúdo material suficientemente forte e amplo que contradiz com os textos constitucionais impregnados de vagas promessas que apenas traziam diretrizes para o legislador ordinário, sem qualquer carga vinculante imediata e que pudesse ser cobrada pelos cidadãos e imposta pelo Poder Judiciário, e que antes eram prevalentes. Tal característica é tida ainda pela doutrina como a característica mais marcante do pensamento neoconstitucional.

Um segundo aspecto bastante interessante que caracteriza o marco teórico do neoconstitucionalismo foi a expansão da jurisdição constitucional. No período imediatamente anterior à 2ª Guerra Mundial prevalecia em grande parte da Europa um modelo de organização estatal fortemente fulcrado na supremacia legislativa, possuindo os Parlamentos dos países um poder ilimitado e desmedido. Este pensamento foi criado principalmente pela concepção da soberania parlamentar advinda da Inglaterra e da ideologia francesa de que a lei nada mais é do que a expressão de uma vontade coletiva; logo, deveria ser em todas as hipóteses observada e inquestionada. Nos fins da década de 1940, porém, o advento de novas Cartas Constitucionais imbuídas do pensamento neoconstitucional promoveu um modelo totalmente novo de política legislativa originário dos Estados Unidos da América, que nada mais é do que a supremacia constitucional. Este modelo inovador, rapidamente adotado na Europa é explicado da seguinte maneira por Luís Roberto Barroso (2007, p. 6):

A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Em sendo assim, o aumento da jurisdição constitucional trouxe atrelado a si o repasse ao Poder Judiciário do poder-dever de controlar a compatibilidade às disposições constitucionais de todos os atos legislativos, executivos e dos seus próprios, para que os mesmos jamais provocassem uma violação das disposições magnas. Retirou-se, assim, dos Parlamentos, por vezes omissos e insuficientes na tutela dos direitos fundamentais, a possibilidade de efetivar as garantias mínimas de cidadania. Na Europa, o ápice deste marco do neoconstitucionalismo deu-se com a criação de Tribunais Constitucionais, inicialmente na Alemanha, em 1951; e na Itália, em 1956. Em seguida instalaram-se Cortes Constitucionais em Chipre, em 1960; na Turquia, em 1961; na Grécia, em 1975; na Espanha, em 1978; em Portugal, em 1982; na Bélgica, em 1984; na Polônia, em 1986; na Hungria, em 1990; e na Rússia, em 1991. A expansão da jurisdição constitucional alcançou até mesmo alguns países da África, cujas Constituições passaram a prever a criação de Tribunais Constitucionais, como ocorreu na Argélia, em 1989; na África do Sul, em 1996; e em Moçambique, em 2003. Em toda a Europa, apenas a Grã-Bretanha, Luxemburgo e os Países Baixos permanecem na antiga sistemática da soberania parlamentar absoluta, não cominando em sua legislação nenhuma espécie de controle de constitucionalidade ou *judicial review* que, para Eduardo Cambi (2007, p. 9) “aproxima o Direito da Política, permitindo que ações governamentais sejam contestadas perante o Poder Judiciário”.

Este sistema de *judicial review* ou de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, existe de maneira incidental ou pela via difusa no Brasil desde a promulgação da primeira Constituição da República, em 1891. No que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, efetuado apenas e tão somente pelo Supremo Tribunal Federal, existe desde o advento da 16ª Emenda à Constituição Federal de 1946, datada de 1965, mas em que pese tais tentativas legislativas de expansão da jurisdição constitucional no Brasil, esta somente passou a ser verificada de maneira efetiva em território nacional a partir de 1988, mormente porque foi através dela que surgiram novos legitimados ao questionamento, perante o Pretório Excelso, da constitucionalidade das leis – o que antes era prerrogativa

exclusiva do Procurador-Geral da República – e pela criação de mecanismos diversos de combate à inconstitucionalidade das normas ordinárias que não apenas a ação genérica ou ação direta de inconstitucionalidade, tanto na modalidade positiva quanto negativa, principalmente as ADECONs – ações declaratórias de constitucionalidade – e ADPFs – arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Eduardo Cambi (2007, p. 10) assenta que:

As informações constantes no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário revelam números expressivos quanto à utilização destes mecanismos; Somente no que concerne às ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e declaratórias de constitucionalidade (ADC) tais estatísticas apontam: i) que, desde 1988 até 17.04.2005 foram distribuídas 3.464 ADINS (sendo 90 ADINS por omissão), julgadas 2.420 e proferidas medidas liminares em 1.482; ii) que, de 1993 até 2005, foram ajuizadas 9 ADC, julgadas procedentes 2, não conhecidas 3 e, ainda em tramitação, 4.

A possibilidade de verificação desta *judicial review*, contudo, sofre constantes ataques por parte de vários opositores, que questionam, principalmente, se os magistrados, que ascendem a seus cargos por meritocracia e não pela democracia, poderiam proferir decisões eminentemente políticas, como as que se verifica em sede de controle de constitucionalidade, atuando em nome de parcela majoritária da população? Ora, diante da existente crise de legalidade do Estado Democrático de Direito não há óbice para que o Judiciário tome a iniciativa de velar pela eficácia e plena aplicabilidade das regras e princípios elencados no texto magno, justamente porque se o Poder Legislativo encontra-se atualmente insuficiente para fazer prevalecer as garantias mínimas de direitos previstas na Constituição, é necessário que o Judiciário tome as rédeas da situação, de modo a jamais permitir que o cidadão seja lesado pela ineficácia de um dos Poderes da União.

O ativismo judicial não deve ser encarado como interferência na função típica do Poder Legislativo quando este não se encontra apto para desenvolver as atividades que dele são esperadas e acalentadas por parte dos cidadãos que foram os responsáveis por dar existência a ele através de seu direito de voto, mesmo porque todas as vezes em que o Poder Judiciário reconhece uma omissão ou violação do texto constitucional por parte de certo agente político, ele o faz de maneira razoável e fundamentada, consoante preconiza o artigo 93, inciso IX da própria Constituição. Logo, ao lado do ativismo judicial está a autocontenção do

Judiciário, pela qual o próprio órgão julgador deve limitar seu poder na persuasão racional e no dever de fundamentação ou motivação das decisões. Ademais, deve-se aqui afastar, tendo em vista o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988, a visão do juiz como sendo a mera boca da lei, a quem incumbe apenas e tão somente aplicar a letra fria da lei ao caso concreto, já que esta ideologia se encontra totalmente ultrapassada e diz respeito apenas ao Estado Mínimo surgido nos primórdios do constitucionalismo pós-Revolução Francesa. Com efeito, numa relação com o marco filosófico do neoconstitucionalismo, assevera Eduardo Cambi (2007, p. 15) que:

O pós-positivismo jurídico, ao resgatar a força normativa dos princípios constitucionais, bem como a moderna hermenêutica jurídica, que ressalta sempre o papel criativo do intérprete, reforçado pelas técnicas legislativas que cada vez mais adotam *cláusulas gerais* (como as da boa-fé e das funções sociais do contrato e da propriedade) permitem concluir que o juiz, ao atribuir sentido ao texto da Constituição ou da lei, constrói a norma jurídica no caso concreto. A sentença é, pois, o resultado da interpretação dinâmica dos fatos à luz dos valores, princípios e regras jurídicas, a ser desenvolvido pelo juiz, não seguindo uma lógica formal (produto de um raciocínio matemático ou silogístico) nem com o intuito de se criar um preceito legal casuístico e dissociado do ordenamento jurídico, mas, dentro das amplas molduras traçadas pela Constituição, permitir, mediante a valoração específica do caso concreto, à solução mais justa dentre as possíveis.

De modo que se é dado aos juízes, nos termos expostos, o poder de buscar uma solução tanto mais equânime quanto permita o caso concreto, não é possível deixá-lo engessado a disposições legais que não permitam a livre interpretação, mormente quando se está diante de uma deturpação do sistema legislativo pátrio como alhures elencado.

E, finalmente, o terceiro ponto ao qual se deve ater em sede de marco teórico do neoconstitucionalismo é o advento de uma nova interpretação constitucional. Ora, é preciso aqui se atentar ao fato de que, como as disposições constitucionais são autênticas normas jurídicas, a elas são aplicáveis todas as modalidades interpretativas que vigoram para as legislações ordinárias, como a histórica, a teleológica, a sistemática e a gramatical. Ocorre que, diante das peculiaridades de estar-se aqui tratando de normas de caráter constitucional, há alguns anos a jurisprudência e a doutrina lançaram-se à construção de um rol próprio de princípios responsáveis por orientar a interpretação específica da Constituição, decorrentes da constitucionalização de direitos processuais e materiais

de caráter fundamental, conduta responsável por retirar das legislações ordinárias o núcleo ou cerne da hermenêutica do conteúdo da matéria objeto da atuação do operador do Direito. Na visão de Luís Roberto Barroso (2007, p. 8):

Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Em sendo assim, muito embora os antigos modelos de interpretação das normas jurídicas não estejam superados ou mesmo tenham se tornado obsoletos, a doutrina e a jurisprudência passaram, com o advento do neoconstitucionalismo, a se atentar para a necessidade de criação de novos postulados responsáveis por concretizar de maneira mais efetiva a interpretação das disposições constitucionais, cunhando, para tanto, os princípios acima elencados, que, longe de derogarem as premissas básicas de interpretação legislativa, apenas se constituem em mecanismos primordiais e mais voltados ao Texto Magno da Carta Constitucional, justamente porque as raízes dos mecanismos tradicionais de interpretação legislativa não são totalmente suficientes para o neoconstitucionalismo, em que o operador do Direito toma parte na construção do preceito aplicável ao caso concreto que ensejou sua atuação. E foram estas premissas, aliadas às demais acima expostas, que promoveram a constitucionalização do Direito.

4.3 A Constitucionalização do Direito

A constitucionalização do Direito, corolário do neoconstitucionalismo, foi um fenômeno iniciado com a Constituição Portuguesa de 1976 e que atingiu no Brasil, com a vigente Carta Constitucional, o seu ápice, fazendo ele menção à expansão ou aumento do conteúdo que uma Constituição deve possuir, de modo a abarcar todas as áreas do Direito, irradiando sua força normativa para todas as ramificações que o Direito Público e o Direito Privado possuem, gerando

repercussão em relação à atuação de todos os Poderes do Estado, isto tanto na atuação entre eles quanto no momento em que estes se fazem atuar em relações com particulares e, quando unicamente particulares, estabelecem relações entre si, num fenômeno que tem sido chamado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, estes não devem se fazer presentes e respeitar apenas nas relações indivíduo-Estado, onde há eficácia vertical, mas também nas relações entre indivíduos, momento em que surge a eficácia horizontal.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2007, p. 13), esta constitucionalização do Direito apresenta inúmeros pontos positivos, quais sejam:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração de leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Diante disto, pode-se concluir que a constitucionalização do Direito é uma evolução do próprio neoconstitucionalismo e que, vale aqui destacar, tem como ponto marcante, a promoção do advento da desnecessariedade do legislador ordinário para que as disposições constitucionais adquiram concretude e possam ser aplicadas aos casos concretos, restando aqui consubstanciada a grande novidade da força normativa da Constituição e da supremacia desta em relação a todos os demais pontos integrantes do ordenamento jurídico de um Estado. Em todo o mundo, apenas o Reino Unido, os Estados Unidos e a França rejeitam esta supremacia constitucional advinda da constitucionalização do Direito e que concede plena eficácia às disposições presentes na Norma Ápice e limitam a atuação de todos os órgãos públicos e entes particulares que estão abaixo dela. Isto porque no Reino Unido existe uma supremacia parlamentar e não constitucional, de sorte que o Poder Legislativo goza de um alto grau de absolutismo, não se limitando às disposições presentes na Constituição que, diga-se, naquele país é meramente

histórica e não escrita, no momento de desenvolver sua função típica. No que diz respeito aos Estados Unidos, país no qual se encontra a gênese do controle de constitucionalidade, desde o advento de sua única Constituição, datada de 1787, esta guarda o caráter de documento essencialmente de cunho jurídico, de sorte que sempre houve a possibilidade de aplicação imediata e direta da mesma aos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, de sorte que a maior discussão constitucional que encontra assento no Direito Norte-Americano diz com a aplicação de direitos fundamentais cuja previsão não se encontre na Carta Constitucional, mais precisamente no que concerne ao fato de serem ou não os mesmos detentores das mesmas prerrogativas daqueles expressamente assegurados na Lei Maior. Finalmente, na França, o fenômeno do neoconstitucionalismo somente passou a figurar nas discussões doutrinárias com o advento da Constituição de 1958, que não trouxe qualquer previsão acerca do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais por parte do Poder Judiciário. Frisando-se aqui que o próprio controle de constitucionalidade já é uma modalidade de interpretação da Constituição, curiosamente, a França optou pelo chamado Controle Prévio de Constitucionalidade, que ocorre antes da legislação entrar em vigor, exercido pelo Conselho Constitucional. De forma que inexistente na França uma jurisdição constitucional ao pé da letra, muito embora significativas reformas tenham sido feitas naquele país com vistas à criação da mesma, a exemplo do aumento do rol de legitimados à provocação da atuação do Conselho Constitucional.

No que diz respeito especificamente ao Brasil, insta salientar que a constitucionalização do Direito, da mesma forma que se verifica em todos os demais países que apenas de maneira tardia passaram por um processo de democratização, ocorreu de maneira bem mais intensa e recente do que nos países europeus. É o que afirma Luís Roberto Barroso (2007, pp. 19-20):

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Desta feita, a Lei Maior de 1988 afastou o Código Civil do cerne do ordenamento jurídico nacional e passou a ser encarada não apenas como um

sistema ou conjunto em si mesma, mas também como um modo ou parâmetro de analisar e interpretar todas as outras searas do ordenamento jurídico. Isto nada mais quer dizer do que a necessidade de que toda e qualquer interpretação que o operador do Direito venha a fazer de determinado dispositivo legal, deverá ter como parâmetro o texto constitucional, de sorte que todas as vezes em que se buscar atingir o intuito de uma referida norma, deverá esta tarefa ser efetuada com os olhos da Constituição, sob o seu prisma e tendo em mente suas finalidades, sendo este o mecanismo hábil para a realização de todas as metas que a democrática e cidadã Carta Constitucional vigente traz em seu bojo.

A partir de tais premissas, conclui-se, então, que a função precípua de realizar-se uma constitucionalização do Direito é, mais do que abarrotar as Cartas Constitucionais com disciplinas específicas de outros ramos da ciência jurídica, fazer com que estes mesmos institutos sejam reinterpretados segundo a luz da Constituição, de modo a tornar toda e qualquer interpretação de texto legal que se realiza, uma verdadeira interpretação constitucional. Eis o grande mecanismo responsável por retirar as Cartas Constitucionais da esfera de meras orientadoras da validade das normas infraconstitucionais e transformá-las em verdadeiros vetores da exegese jurídica.

Cabe aqui, contudo, o alerta de que muito embora tenha o Poder Judiciário a possibilidade de tornar inaplicável uma norma editada pelo Poder Legislativo quando a mesma se chocar frontalmente com a Carta da República, não é possível que o órgão julgador venha a substituí-la por alguma outra disposição que adveio de sua própria vontade, pois do contrário estaria sem qualquer supedâneo legal usurpando atividade típica do poder responsável por inovar o ordenamento jurídico e não é esta a função ou o objetivo do ativismo judicial

Neste ponto, necessário se faz dizer que, como outrora frisado, ao incorporar nas disposições da Carta Magna matérias atinentes a vários pontos específicos do Direito, não poderia o Direito Processual ter sido olvidado quando da atuação do legislador neoconstitucional. Eis a razão pela qual a Constituição Federal de 1988 está impregnada de dispositivos que versam sobre matérias processuais, desde a competência até a duração razoável do processo, passando pelo devido processo legal e pelos direitos de contraditório, livre produção de provas lícitas e ampla defesa.

E foi de tais previsões que surgiu o direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e à construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais.

4.4 Direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais

Ao iniciar suas análises acerca deste inovador direito fundamental, que muitas vezes passa despercebido dos olhares menos atentos dos operadores do Direito, Eduardo Cambi (2007, p. 26) diz que:

A percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, CF) vincula o legislador, o administrador e o juiz isto porque os direitos fundamentais possuem uma *dimensão objetiva*, ou seja, constituem um *conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado*. Assim, é possível quebrar a clássica dicotomia entre direito e processo (*substance-procedure*), passando-se a falar em *instrumentalidade do processo* e em *técnicas processuais*.

Em sendo assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e à construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais deriva do próprio artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que classicamente versa sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional. Cuida-se de uma cláusula fundamental que traz o dever do Estado em proporcionar os mecanismos processuais adequados e suficientes para que os direitos consubstanciados no ordenamento material sejam concretizados. Não é possível que o processo, meio pelo qual o Direito é levado até o caso concreto, acabe por trazer um entrave à efetividade das previsões constitucionais, impondo-se às autoridades públicas a criação e desenvolvimento de mecanismos hábeis para que não se verifique o perecimento de direitos legalmente consagrados em razão apenas e tão somente de questões de ordem processual. Neste contexto, sob um aspecto negativo, a instrumentalidade do processo diz com a quebra do formalismo excessivo, prevendo que, ainda que o determinado ato processual

praticado não revista a forma legalmente prevista para ele, se os fins que com ele se colima forem atingidos sem a verificação de qualquer prejuízo para nenhuma das partes, deverá ser mantido, de modo a produzir seus efeitos típicos e de direito, sem que com isto se obtenha uma insegurança jurídica, que somente se verificaria se a condução do processo ficasse condicionada ao bel prazer do magistrado e desprovida de regramento específico. Tais assertivas consubstanciam o moderno princípio da instrumentalidade das formas.

Já numa seara positiva, a instrumentalidade envolve aspectos materiais e processuais que possam conduzir à produção de todos os fins que com o processo se colima, como a ampliação de legitimados ao questionamento de determinadas questões em juízo, a dinamicidade da relação construída entre as partes e entre as partes e o juiz, a aplicação razoável das restrições às garantias processuais, o poder de preencher cláusulas gerais e o caráter de justiça e efetividade dos pronunciamentos judiciais, o que é atingido, dentre outros mecanismos, por uma redistribuição do ônus trazido pelo tempo fisiológico e natural do processo para as partes. E a função do legislador é criar mecanismos legais que disciplinem a correta e eficaz obtenção da efetividade dos direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico e, mormente, pela Constituição Federal, através de inovações nas práticas processuais brasileiras. Eis o dizer de Eduardo Cambi (2007, p. 30):

Com o sepultamento do modelo liberal de direito, de cunho eminentemente patrimonial, passando o Estado, por imposição constitucional, a tutelar bens jurídicos de caráter extrapatrimonial (...) os conceitos e institutos processuais clássicos precisaram ser revistos.

Deste modo, o maior enfoque dado a searas do Direito que extrapolam a simples esfera patrimonial, o que foi promovido pelo afastamento do Código Civil como núcleo do ordenamento jurídico em benefício à própria Constituição, fez com que os arcaicos mecanismos processuais brasileiros fossem revistos e surgisse para o legislador o dever de criar mecanismos adequados à prestação jurisdicional que recaísse sobre direitos desprovidos de natureza econômica e, sim, que fizessem a pessoa humana alcançar o patamar que ela possui segundo a égide do neoconstitucionalismo. Aplicando estes conceitos ao Direito Penal e ao Processo Penal, que são os objetos deste trabalho, passou o legislador a ter a imposição

constitucional de criar mecanismos que não deixem de modo algum desamparados bens jurídicos fundamentais, em inequívoco estímulo à impunidade e à violação da esfera subjetiva de direitos dos indivíduos, O Estado não pode de modo algum compactuar com as práticas delitivas e deve conceder respostas rápidas, suficientes, necessárias e desestimuladoras de novas violações do ordenamento jurídico penal para que a crença nas instituições públicas e a correta noção de “Direito” e “Justiça”, que hoje se encontram tão deturpadas em razão da crise legalidade e do Estado Democrático de Direito, que foram objeto de análise no introito destes breves estudos, possam atingir o *homo medius*. E enquanto não age o legislador com vistas à efetivação destes preceitos, criando mecanismos processuais adequados à tutela plena dos bens jurídicos penais, impõe-se que uma análise global do ordenamento jurídico seja realizada de modo a unir vários mecanismos de *práxis forense* para que uma possibilidade se descortine perante o operador do Direito e se realizem como manda a Constituição, os preceitos magnos nela contidos, que por descuidos do legislador ou por equivocados discursos demagógicos prejudiciais à correta aplicação do ordenamento não podem ficar relegados a meras expectativas.

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A terceira parte deste trabalho destina-se a uma análise acerca do princípio da proibição da proteção deficiente, também chamado de vedação à infraproteção. Tal princípio, como adiante se verá, nada mais é do que uma vertente do princípio constitucional geral da proporcionalidade; mas, somente em período bastante recente, a doutrina alemã, principalmente, voltou-se a uma análise mais aprofundada e dialética do mesmo, razão pela qual é possível afirmar que se trata de um tema bastante atual. Em sendo assim, inicialmente há que se fazer uma análise de como a proporcionalidade surgiu, evoluiu, alcançou presença nas Normas Magnas dos Estados e desenvolveu suas faces.

Nesta fase dos estudos, afigura-se de vital importância uma digressão aos ensinamentos de Robert Alexy, doutrinador e filósofo do Direito extremamente preocupado com o correto entendimento do Direito Constitucional e sua aplicação aos casos concretos no cotidiano jurídico, criador de um conceito de Direito responsável por mesclar de maneira ímpar o positivismo kelseniano e o jusnaturalismo de Radbruch e que não pode passar despercebido quando se fala no tão delicado tema dos direitos fundamentais; e também às teses de Ronald Dworkin, outro grande expoente da Filosofia do Direito na atualidade, estudioso dos princípios e criador da teoria do Direito entendido como integridade. Eis as razões pelas quais grande parte desta parcela do presente estudo escora-se em suas inestimáveis doutrinas.

5.1 Direitos Fundamentais, Regras e Princípios

No momento em que volta seus ensinamentos para os direitos fundamentais estampados na Carta Constitucional de 1988, bem como ao estudo dos mesmos, principalmente aqueles presentes no artigo 5º de referida norma, o ilustre José Afonso da Silva (2001, p. 178) assevera que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos,

Desta forma, os direitos fundamentais do homem, ou apenas direitos fundamentais, são aqueles mais inerentes à natureza da pessoa humana, para que a dignidade da mesma seja preservada em todas as suas mais variadas expoentes. São os direitos básicos dos cidadãos, que já em 1789, quando da Revolução Francesa, ensejaram a fúria popular para a sua preservação e efetivação, mesmo que ao custo da extinção de uma histórica instituição de mais de catorze séculos. Todo Estado Democrático de Direito preserva a existência dos mesmos como base de sua própria existência, já que eles são vitais para a configuração da estabilidade social de uma nação. Corroborando tal entendimento, está a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 309):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Os direitos fundamentais existem, então, em última análise, para garantir que o cidadão tenha armas ou escudos para se utilizar quando da atuação opressiva do Estado. Antes de ser um cidadão detentor de deveres, ele é titular de direitos, que devem ser concretizados de maneira efetiva para que se atinja a plenitude da dignificação da pessoa humana.

Na análise da estrutura destes mesmos direitos fundamentais, várias digressões teórico-estruturais podem ser feitas, mas a mais importante e elevada de qualquer delas é a diferenciação entre regras e princípios. A importância da mesma é trazida pelo próprio Robert Alexy (2002, p. 81):

Sin ella, no puede existir una teoria adecuada de los limites, ni una teoria satisfactoria de la colisión y tampoco una teoria suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales em el sistema jurídico¹⁰.

Em sendo assim, a adequada distinção entre uma regra e um princípio é o fundamento para a existência de uma teoria que mescle os preceitos normativos e materiais dos direitos fundamentais, para que os mesmos sejam interpretados, aplicados e garantidos de maneira efetiva.

E por tratar-se o conceito de proporcionalidade de verdadeiro princípio constitucional, mister se faz uma análise de algumas assertivas concernentes à teoria geral das normas para que se atinjam os preceitos propostos por Alexy e o correto entendimento do mencionado princípio.

5.2 Definição e Aspectos Gerais dos Princípios

Quando se fala em princípio, o que primeiro vem à mente é a noção de começo, de origem, de início, do ponto onde se inicia alguma coisa. Com efeito, este é o conceito primordial do vocábulo princípio, conforme trazido por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1988, p. 529):

Princípio. S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe.

De fato, um princípio é a gênese de uma ciência, um postulado ou verdade incontestável, maduro e seguro que atua como alicerce, pilar ou fundamento para o desenvolvimento de toda a construção posterior que se fará acerca de um determinado ramo do conhecimento humano. Mais especificamente no sentido jurídico, Thomas Mio Salla (2007, p. 12) assevera que os princípios:

São proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que, ressaltando os valores fundamentais do sistema jurídico, norteiam e regulam a aplicação do direito. São espécies de normas que fundamentam e sustentam o sistema jurídico legal, ou seja, são

¹⁰ Sem ela não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e, tampouco, uma teoria suficiente acerca do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

mandamentos nucleares, diretrizes, pilares de sustentação do sistema jurídico de um Estado.

Para José Cretella Júnior (1988 p. 7), de maneira bastante direta, mas ímpar, “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência”. Eis uma verdadeira concepção básica do que os princípios significam no contexto de uma ciência em especial.

Na esteira dos mesmos entendimentos, encontra-se a precisa lição de Paulo Bonavides (2000, pp. 230-231), que, espelhando-se no magistério de Riccardo Guastini, identifica nada menos que seis acepções de princípios a serem empregadas na esfera jurídica:

Em primeiro lugar, o vocábulo “princípio” (...) se refere a normas (ou disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar (...), os juristas usam o vocábulo “princípio” para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar (...) os juristas empregam a palavra “princípio” para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter “programático”. Em quarto lugar (...) o uso que os juristas às vezes fazem do termo “princípio” é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada. Em quinto lugar (...) os juristas usam o vocábulo “princípio” para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações). Em sexto lugar, finalmente, (...) os juristas se valem da expressão “princípio” para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Também Luís Roberto Barroso (2007, p. 10) manifestou-se acerca do conceito de princípio e, da mesma forma que alguns doutrinadores bastante atuais, cunhou parâmetros de distinção dos mesmos em relação às regras, da seguinte forma:

Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade.

O que fica evidente diante destas exposições, principalmente da opinião de Paulo Bonavides, para quem a terminologia “princípio” sempre designa uma disposição normativa, é que os princípios estão intimamente relacionados às normas e, mais do que isto, são espécies de normas, porém bem menos densas do que as regras e, por esta razão, responsáveis por conceder ao operador do Direito uma margem de discricionariedade que não se verifica com relação às regras. Os princípios são normas da máxima importância, disciplinadoras da aplicação do Direito, condicionantes do exercício dos juristas e dignas de um grande respeito por estarem elencadas nos altos escalões da hierarquia das normas jurídicas, pois, com efeito, as recentes Cartas Constitucionais, inclusive a brasileira, tornaram-se notórias por elencarem em seus conteúdos uma grande carga principiológica. É sobre os princípios e, principalmente, mediante delicada análise do significado de cada um, que toda a atividade jurisdicional no Estado se desenvolve.

Mas até a doutrina do Direito evoluir ao ponto de elencar os princípios como normas, um longo e sinuoso caminho foi percorrido. Inicialmente, os princípios eram tidos como mecanismos de orientação da interpretação das leis e não como normas, ou seja, em decorrência de pautarem a interpretação da atividade legislativa, eles interferiam de maneira decisiva no Direito, mas não eram tidos por normas consoante preconizavam os defensores do jusnaturalismo. Posteriormente, sob a égide do positivismo radical defendido de maneira tão exemplar por Hans Kelsen, os princípios ganharam a conotação de preceitos orientadores da construção jurídica e de instrumentos aptos a conduzir à boa aplicação do Direito, ou seja, os princípios seriam, na visão positivista, responsáveis por orientar a atividade legislativa, mas jamais poderiam suplantam uma lei, sendo úteis para os casos em que o preceito mandamental se mostrasse lacunoso, devendo o juiz, para aplicá-lo ao caso concreto, recorrer às proposições principiológicas.

Um claro exemplo da função dos princípios trazida pelo positivismo jurídico encontra-se no artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942, também conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que traz uma disposição normativa aplicável a todos os ramos do Direito, posto tratar-se a popular LINDB, como é chamada pelos juristas, de um verdadeiro código de normas, responsável por determinar aos magistrados que, deparando-se eles com a omissão legal, devem supri-la utilizando-se, dentre outros mecanismos, de princípios gerais do Direito. Isto quer dizer que ainda hoje, no Brasil, diante da ausência de norma

legal disciplinadora de determinada situação verificada na prática, deverão os juízes utilizarem-se dos princípios gerais do Direito para resolver o litígio que lhes foi apresentado e demanda sua apreciação.

Atualmente, vive-se numa era chamada, juridicamente, de pós-positivista, onde, no dizer de Paulo Bonavides (2000, p. 237), “tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vem abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes”. Com efeito, nas últimas décadas do século XX adveio a certeza de que nem o jusnaturalismo e nem o positivismo exacerbado trouxeram uma resposta satisfatória acerca da correta concepção dos princípios dentro de um ordenamento jurídico. Sob os preceitos desenvolvidos no pós-positivismo, especialmente, como já frisado, por Robert Alexy e Ronald Dworkin, os princípios adquiriram seu *status* normativo atual, não sendo mais meros orientadores da produção legislativa ou integradores de lacunas, e sim importante parte constitutiva do Direito, como verdadeiras normas que são, justamente porque através deles também é possível extrair um imperativo de conduta consubstanciado num dever-ser.

Desta feita, os princípios ocupam uma posição normativa superior à das próprias regras, de maneira que para que estas sejam eficazes e aplicadas, devem encontrar seu fundamento de validade nos princípios que orientam a concretização da ciência jurídica. Tudo isto, sem que tenham os princípios perdido sua importante função integradora das lacunas normativas e de norte para a criação legislativa, como já dito, ainda prevalente em *terrae brasiliis*.

Estas premissas, diga-se, estão intimamente ligadas aos preceitos trazidos pelo marco filosófico do movimento neoconstitucional, originário do pós-positivismo, e que foi o grande responsável por conferir efetiva força normativa aos princípios, da mesma forma que fez com as próprias Constituições, colocando-os como autênticas espécies de normas jurídicas e não apenas como postulados gerais orientadores do preenchimento de lacunas normativas ou mesmo carta de boas intenções cuja finalidade única é a orientação do legislador infraconstitucional.

Foi ainda nesta fase da evolução do pensamento voltado aos princípios que estes passaram a ser positivados, ou seja, inseridos na legislação escrita, principalmente nas Constituições. Este fato é de suma importância, justamente porque se existem princípios nas Cartas Constitucionais, certo é que toda a cadeia normativa inferior a elas deve-se encontrar em consonância com os princípios gerais

do Direito, de maneira que para que determinada legislação infraconstitucional seja tida como válida, não basta que ela não afronte visivelmente qualquer disposição escrita encontrada na Magna Carta, mas também que ela possua supedâneo nos princípios que, sob a ótica do pós-positivismo, são empregados como núcleo essencial da Norma Ápice. Deveras, os princípios são tidos atualmente como molas propulsoras do Direito Constitucional.

Tal visão dos princípios como integrantes do núcleo constitucional essencial é trazida precisamente por Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 53), para quem:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Para o nobre doutrinador, os princípios são os responsáveis por conduzir à descoberta da lógica de um determinado sistema jurídico e, via de consequência, responsáveis pela sua própria razão de ser. Analisando-se os princípios, descobre-se em que ponto quis o legislador chegar ao edificar tal legislação e onde o Poder Judiciário deve mirar ao proferir suas deliberações para que a concretude devida à ciência principiológica se torne uma verdade. Os princípios não mais podem ser tidos por disposições vagas e destituídas de aplicação prática, e por isto todo juiz tem o dever de atentar-se para as diretrizes trazidas pelos mesmos no momento de prolatar suas decisões consubstanciadoras da exteriorização do poder jurisdicional.

A importância revestida pelos princípios, atualmente, em decorrência do pós-positivismo, é tão vasta que a doutrinadora Raquel Denize Stumm (1995, p. 38) alega que “ao tornar-se princípio, o valor assume um grau de concretização maior”. Ou seja, quando determinada formulação básica presente na sociedade é elevada ao patamar de princípio, adquire um respeito e abrangência até então ignorados, tornando-se marco fundamental da construção jurídica de determinado arcabouço normativo, efetivando-se de maneira mais célere e adquirindo concretude através da simples atuação do Poder Judiciário, isto porque se tornam bases e fundamentos do próprio Direito, alcançando posição proeminente sobre todas as

demais normas existentes na legislação. Em decorrência desta concepção aprimorada dos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 53) chega ao ponto de afirmar que a transgressão de um princípio é mais grave do que a violação de qualquer outra norma presente no ordenamento jurídico, nos seguintes moldes:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Com efeito, quando se verifica o desrespeito a um princípio, constata-se a ocorrência de um ferimento a todo o arcabouço legal encontrado no país, justamente porque o elevado grau hierárquico que ocupam e o fato de servirem de embasamento para a construção de toda a atividade legal, jurisprudencial, doutrinária e filosófica do ordenamento, fazem com que no momento em que um princípio é ofendido, ofendam-se também todas as leis e decisões que encontram nos mesmos o seu fundamento de validade, vigência e aplicabilidade. Por serem ainda protetores dos direitos fundamentais, a violação de um princípio acarreta implícita violação, também, aos mais básicos direitos que asseguram aos cidadãos a dignidade necessária para viver em paz sua existência.

Muito se falou até aqui do fato de que os princípios, ao lado das regras, integram as normas jurídicas. As regras jurídicas, a seu turno e simplificada, são normas destinadas à orientação das condutas humanas, mas, diferentemente dos princípios, são voltadas para casos concretos. Ora, os princípios são reconhecidamente dotados de alto grau de abstração, justamente porque abrangem uma série de situações jurídicas distintas e que são desprovidas de minúcias e pormenores, particularmente característicos das regras. As regras espelham-se em situações que podem ocorrer no seio da sociedade e trazem disciplina legal para as mesmas, sendo desprovidas do caráter de generalidade detido pelos princípios. São, desta forma, imperativos de conduta voltados a situações hipotéticas passíveis de verificação e que encontram sua validade nos preceitos trazidos pelos princípios, ou seja, ainda que integrantes do mesmo gênero, as regras encontram-se em patamar menos elevado ou inferior que os princípios.

Finalmente, é necessário frisar que tanto os princípios quanto as regras são necessários para que se atinja um equilíbrio bastante positivo do sistema jurídico, pois como bem observou José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1148):

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e complexa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. (...). O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do possível fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

A bifurcação das normas em regras e princípios faz, pois, com que a existência e aplicação do Direito torne-se possível de maneira mais proporcional e razoável, identificando-se aqui já o germe do magno princípio da proporcionalidade. O Direito, assim, precisa e depende tanto da abstração dos princípios quanto da especificidade das regras. Isto porque, tendo-se em mente o fato de que tais normas não trazem condutas e são postulados gerais, os princípios não podem ser aplicados de maneira descuidada e irracional, valendo aqui o alerta de Arthur Kaufmann (2007, pp. 272-273):

Não se podem ‘aplicar’ princípios gerais de direito como se de uma receita culinária se tratasse; e não se pode neles ‘subsumir’ como se faz sob o tipo de furto. Eles são demasiado gerais e demasiado normativos para que tal seja possível. Mas tais princípios são importantes tópicos de argumentação e assumem um especial relevo, sobretudo quando está em causa a tutela das minorias e dos mais fracos. Está claro que tais princípios são tanto mais contingentes quanto mais concretamente os concebemos e raramente se poderá fundamentar uma decisão apenas com base em **um** desses princípios. Não se pode expor em abstracto a forma como operam os princípios gerais de direito na argumentação, apenas se podem dar exemplos.

À vista disto, tem-se que os princípios, em que pese sua máxima importância, não são suficientemente capazes de sustentar por si sós a segurança jurídica de que um ordenamento necessita, cabendo imensa cautela na sua utilização, frisando-se, por fim, que em momento algum Kaufmann assevera ser impossível fundamentar decisões unicamente com princípios; seu alerta reside no fato de que é viável sempre buscar mais de um princípio para conceder

embasamento aos pronunciamentos judiciais em casos concretos, principalmente em razão do elevado grau de abstração dos mesmos.

5.3 Distinção entre Regras e Princípios

No que diz respeito à diferenciação que deve ser operada entre regras e princípios, de pronto é necessário frisar, como já ficou evidente nesta parte das digressões, que ela nada mais é do que uma distinção verificada entre duas espécies de normas. Isto se dá porque tanto as regras quanto os princípios trazem consigo um mandamento, ou seja, ambos dizem o que deve ser, ambos possuem em seus bojos um dever-ser ou ordem que deve ser respeitada por todos os cidadãos como meio de viabilizar o convívio em sociedade, um comando ou imperativo categórico de conduta que não pode ser ignorado sob pena de se verificar uma verdadeira anarquia na ordem jurídico-social. Com efeito, em todas as concepções de princípio trazidas por Paulo Bonavides e anteriormente elencadas, claro está uma certa normatividade de seu caráter, permitindo a conclusão de que os princípios, tal qual as regras, encontram-se elencados na seara do dever-ser. Com efeito, nos moldes deste entendimento manifestou-se o ilustre então ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau (2006, p. 109) dizendo que “os princípios são norma jurídica, ao lado das regras – o que converte norma jurídica em gênero, do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas”.

Pacífica esta coincidência entre regras e princípios, surge, neste ponto, o delicado problema de como proceder a uma diferenciação entre eles, posto que os mesmos são os responsáveis por conceder sustentação ao ordenamento jurídico. E diz-se tratar-se realmente de tarefa delicada e árdua ante as múltiplas teorias desenvolvidas ao longo do tempo e da evolução jurídico-doutrinária para que uma correta diferenciação das regras e princípios fosse estabelecida de maneira razoável. Os critérios existentes são noticiados pelo ilustre José Joaquim Gomes Canotilho (1998, pp. 1146-1147) da seguinte forma:

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos:

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

A despeito deste brilhante compêndio, Robert Alexy e Ronald Dworkin apresentam dois critérios que resumem todos os demais para diferenciar regras de princípios. O primeiro deles é o da generalidade, que se reveste no mais comumente verificado na prática para que a distinção em discussão seja operada, razão pela qual deve-se lançar especial destaque a ele, exemplificando-o Robert Alexy (1997, p. 87) da seguinte forma:

Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença.

Quando de uma confrontação com os princípios, as regras tornam-se menos gerais e mais específicas, porque elas são criadas ou estabelecidas tendo-se em mente um grande número de fatos ou atos que, em que pese esta grande quantidade de situações, voltam-se para uma situação jurídica já bem definida, única e determinada. Os princípios, de outra banda, voltam-se a um número indefinido de situações, sem olvidar-se o fato de que as regras são mecanismos que conduzem à concretização dos princípios, já que os princípios, como já frisado, são bastante abstratos, e necessitam das regras como uma ponte ou elo que os conduza ao caso concreto onde irão se manifestar.

Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 17) apud Thomas Mio Salla (2007, p. 22) esclarece ainda que as regras:

(...) possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou 'tipificação') de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como 'fato permitido'). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma determinada infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Basicamente, pode-se extrair da preciosa lição de Guerra Filho, em complemento aos magistérios anteriormente citados, a conclusão de que enquanto as regras destinam-se a fatos, os princípios destinam-se a situações. Enquanto os fatos das regras são determinados, as situações dos princípios são indeterminadas, o que seria a base da diferenciação entre eles.

Todavia, ainda que o critério da generalidade seja o mais utilizado na prática para distinguir regras de princípios, ele não é o mais adequado, razão pela qual Robert Alexy refere-se a ele como sendo expoente e caracterizador da Teoria Fraca para operar a referida distinção. Isto porque, como claro está, tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero "norma", de sorte que a generalidade apresentada por cada um seria insuficiente para adequá-los ao moderno pensamento constitucional dos direitos fundamentais já que, bem ou mal, o fato de serem espécies de um mesmo gênero constitui um elo inquebrantável entre eles. E não é possível que critérios incompletos sejam utilizados para versar acerca de assunto tão importante quanto os princípios que comandam o ordenamento jurídico nacional. Referido doutrinador diz, então, que somente a Teoria da Separação Forte é capaz de estabelecer uma distinção efetiva e correta entre regra e princípio. Referida teoria propõe uma diferenciação qualitativa entre os princípios e as regras, sendo, no dizer de José Paulo Baltazar Júnior (2010, pp. 26-27):

A tese expressamente adotada por Alexy e Dworkin, já que, enquanto as regras obedecem a uma lógica de tudo ou nada, sendo aplicadas ou não aplicadas, os princípios são considerados mandamentos de otimização, podendo ser realizados em certo grau, conforme as possibilidades fáticas, e jurídicas.

A diferenciação qualitativa entre regras e princípios liga-se muito à questão dos imperativos trazidos por estas espécies de normas, posto que enquanto as regras adotam uma rigidez quanto a suas determinações, os princípios são mais flexíveis. Salvo a existência de uma regra de exceção, as regras são cumpridas ou não, mas os princípios trazem em sua natureza básica o mandamento de que suas disposições sejam cumpridas na medida do possível e, dentro deste, ao máximo, o que faz com que eles sejam tidos por mandamentos de otimização. Neste sentido, também é a insigne definição de Ronald Dworkin (2007, pp. 39-40):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...). Mas não é assim que funcionam os princípios (...). Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

Em suma, após a análise de determinada regra e constatando-se que ela é válida, deve ser aplicada na sua totalidade; concluindo-se que ela não possui nenhum fundamento de validade, deve ser descartada e inutilizada no caso concreto em apreço. Este caráter de definitividade e rigidez das regras existe até mesmo por força de serem elas criadas por representantes do povo devidamente legitimados para tanto através do mandato popular; daí, quando válidas, as regras somente admitem aplicação e concretização na exata medida do mandamento positivo ou negativo que preveem, não podendo ocorrer uma redução deste campo de abrangência por ponderação do magistrado. Esta inflexibilidade das regras faz com que elas tenham, nas lições de Humberto Bergmann Ávila, a chamada “eficácia de trincheira”. No caso dos princípios, como bem observou Alexy (2008, pp. 90-91), são eles dotados de diferentes graus de aplicação ou realização que irão variar bastante conforme o contexto em que a situação jurídica esteja inserida, de sorte que o mesmo princípio poderá ser aplicado de maneira maior em determinada ocorrência e de maneira menos significativa em outro sinistro, ainda que ambos os casos se assemelhem, justamente porque eles trazem consigo os aludidos mandamentos de otimização. Dizer que há nos princípios os referidos mandamentos é dizer que eles não trazem normas taxativas, rígidas e definitivas, mas tão somente *prima facie*, que

não se preocupam com os princípios que ao mesmo se contrapõem a eles e às reais possibilidades de que sejam eles concretizados, de modo que é possível realizar um sopesamento de interesses e valores em questão para que a correta aplicação dos mesmos seja atingida e não se verifiquem prejuízos aos envolvidos na lide que ensejou a atuação do Poder Judiciário. Na verdade, pode-se dizer que os princípios passam por um processo de otimização no momento em que sofrem uma confrontação com os outros princípios e regras que com ele se chocam, apurando-se a partir daí o valor ou grau de aplicação que se deve atribuir ao princípio em discussão. Referida norma *prima facie* encontrada nos princípios não perde esta natureza e tampouco descaracteriza um princípio, nem mesmo se este, eventualmente, venha a se sobrepor ou suplantar a aplicação de uma regra ao caso concreto por determinação do magistrado julgador, principalmente porque, como outrora já frisado, os princípios servem ou podem servir de embasamento para a criação de regras e posterior aplicação das mesmas, bem como de supedâneo único para os pronunciamentos judiciais.

Esta é, pois, a distinção mais precisa que se pode operar entre regras e princípios. A aplicação prática da mesma ganha contornos de relevante importância quando surgem casos de conflitos de regras e colisões de princípios. Por serem os princípios normas jurídicas que ocupam alto escalão normativo, existindo em quantidades menores do que as regras, mas que, ainda assim, permeiam todo o ordenamento jurídico, eles caracterizam-se em preceitos exteriorizadores de baixa densidade normativa, responsável por torná-los normas dútis, rarefeitas, flexíveis, maleáveis, moles e adaptáveis. Assim, no momento em que uma norma princípio colide-se com outra, ou seja, no momento em que se apresenta na mesma situação fática a possibilidade de aplicação de dois princípios antagônicos, a pendência será dirimida pela utilização da Técnica de Ponderação dos Valores Constitucionais, para que se apure qual é o princípio que, naquela ocorrência específica, irá prevalecer sobre o outro. Eis a afirmação de José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 28):

A colisão de princípios é solucionada pela prevalência de um dos princípios em jogo, sem necessidade, no entanto, de uma regra de exceção, de declaração de invalidade ou eliminação do sistema de um dos princípios. Aqui se cuida de verificar, dadas as circunstâncias, qual o princípio que deve prevalecer, trabalhando-se não na dimensão da validade, mas naquela do peso.

Da mesma forma, Robert Alexy (2008, p. 93):

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Também Fernando Capez (2011, pp. 53-54) versa em sua obra a respeito desta questão, afirmando que “no caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social”.

Nas lições dos ilustres doutrinadores, então, mais uma vez ressaltado está o caráter de otimização dos princípios e a apreciação dos mesmos diante da situação fática que se apresenta ao jurista. Uma vez pacífico que um dos princípios terá que ser, então, suplantado, elaborou Alexy a chamada Lei de Colisão (*Kollisionsgesetz*) para solucionar estas pendências e cujo preceito básico prega que as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Por esta tese, deve a ponderação ser aplicada à colisão de princípios, tendo-se em mente que quanto maior for o grau de descumprimento de um princípio, igualmente maior deve ser a importância da observância do princípio prevalente, o que evita que os princípios errados tornem-se prevalentes quando da colisão e impede que uma norma intolerante seja aplicada a nível abstrato, sem considerarem-se as particularidades do caso concreto.

De outra banda, as regras estão presentes no ordenamento jurídico em enormes quantidades, sendo as maiores matérias-primas do Direito, mas são dotadas de uma hierarquia menos elevada, não se encontrando em patamar tão alto quanto os princípios, ainda que permeadas pelo ordenamento jurídico em grau bastante semelhante, contando ainda com notável casuísmo e voltadas para situações bastante específicas. Tais características as tornam rígidas, duras, inflexíveis e concentradas, dotadas de alta densidade normativa, o que as deixa menos rarefeitas. Desta feita, na ocorrência de conflito entre regras que

aparentemente se amoldam ao caso concreto, a velha concepção do tudo-ou-nada se fará presente e apenas uma delas será aplicada, todavia, sem um preceito semelhante ao utilizado nos princípios, e sim pelos clássicos métodos de solução de antinomias, quais sejam, a especialidade (lei especial derroga lei geral), a temporalidade (lei posterior derroga lei anterior) e a hierarquia (lei superior derroga lei inferior). Utilizando-se tais critérios, uma das regras que aparentemente se aplica ao liame em questão deverá ser declarada inválida ou então sofrer a interferência de uma regra de exceção, em benefício da outra que alcançará concretude na determinada ocasião, podendo-se aqui chegar ao ponto de excluir-se uma determinada regra do ordenamento jurídico. Tal é o dizer de Robert Alexy (2008, p. 92):

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que os Inal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico.

Ronald Dworkin (2007, p. 43) é taxativo ao tratar do assunto:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.

Nota-se, assim, a impossibilidade de uma mescla de regras para a criação de uma terceira, conducente à solução do conflito estabelecido. Enquanto dois princípios contrastantes podem coexistir harmonicamente, eventualmente apenas ocorrendo uma colisão entre eles, duas regras conflitantes não podem existir ao mesmo tempo, dada a enormidade da incoerência entre disposições diversas voltadas especificamente para casos concretos; não se pode jamais conceber uma duplicidade de regras aplicáveis a uma mesma situação fática. Tais assertivas

firmadas acerca de regras e princípios permitem concluir que realmente os princípios ensejam questões de peso e validade, mas as regras acarretam somente problemas de validade. Ora, as regras, uma vez que são regidas pelo sistema do tudo-ou-nada de validade ou invalidade que conduzem à sua aplicação ou inobservância, apenas podem suscitar discussões acerca de sua aptidão para incorrer na solução da lide verificada no caso concreto. Os princípios, por suas vezes, a partir do momento em que demandam, quando de uma colisão, uma análise mais específica do peso e da importância que possuem, para que se possa aferir qual deles deve prevalecer, podem acarretar tanto discussões de validade quanto do peso dos mesmos.

Numa última observação a respeito da solução da colisão entre princípios, vale a observação feita por Thomas Mio Salla (2007, p. 26) no momento em que traça diretrizes para que a Lei de Colisão seja mais facilmente aplicada pelo jurista:

Sendo que, para atingir esse desígnio, deverá o mesmo interprete valer-se do princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação, pois é inerente a existência do dever de proporcionalidade diante de uma colisão, em virtude da necessidade de analisar o peso dos princípios envolvidos. Ou seja, em todo embate jurídico, seja de normas, seja de bens ou princípios, deverão ser sopesados, proporcionalmente, os valores em jogo, em busca da solução que melhor recomponha os direitos lesados ou ameaçados. Esse sopesamento é característico dos princípios.

Desta feita, e com propriedade, já nesse momento inicial se vislumbra a atuação do princípio da proporcionalidade como mecanismo adequado para, dentre outras coisas, fazer com que o intérprete do Direito consiga atingir qual o princípio que deverá prevalecer diante da lide verificada, para que se chegue a uma solução plausível e capaz de proteger os direitos ou sanar as violações dos mesmos. O conceito de proporcionalidade, efetivamente, está intimamente ligado aos preceitos gerais do Direito utilizados por Alexy para a construção de sua Lei de Colisão, iniciando-se aqui, depois de superado o momento da conceituação e diferenciação das regras e princípios que correspondem às normas presentes no ordenamento jurídico pátrio, uma discussão mais específica acerca deste tão importante princípio que é a proporcionalidade.

5.4 Aspectos Gerais do Princípio da Proporcionalidade

Antes mesmo de se iniciar uma digressão a respeito das origens e pormenores do princípio da proporcionalidade, urge que sejam traçadas algumas considerações a respeito da nomenclatura desta venerável norma, que, diante da pluralidade das formas existentes, pode causar certo transtorno ou ensejar dúvidas aos operadores do Direito.

Por vezes o princípio da proporcionalidade é também denominado de princípio da razoabilidade, até mesmo por parte dos ministros integrantes do Pretório Excelso, através das decisões que os mesmos proferem. A expressão razoabilidade encontra-se muito ligada à concepção norte-americana do princípio da proporcionalidade. E ainda que o sentido de razoabilidade provoque a ascensão de noções de equidade, aceitabilidade, adequação e admissibilidade, elementos que são da essência da proporcionalidade, também é possível que a expressão “razoabilidade” denote significados que não são colimados pelo termo “proporcionalidade” propriamente dito, como a logicidade e a atividade racional voltada à análise de um dado elemento, o que acaba por refletir e interferir no correto entendimento do princípio, uma vez que o conceito de razoabilidade é mais extenso que o de proporcionalidade. Com razão, explica Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 173) que:

(...) a palavra proporcionalidade está ligada ao ‘caráter do que é proporcional’, e proporcional significa o que ‘está em proporção’. Proporção denota a idéia de ‘conveniência, harmonia, simetria, disposição regular, conjunto harmônico’. O termo ‘proporcionalidade’, portanto, faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta.

Eis, desta forma, a própria noção do princípio da proporcionalidade, que não possui uma correspondência exata com a razoabilidade. Para que melhor se possa entender esta distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, deve-se, primariamente, considerar que, de modo geral, o princípio da proporcionalidade exige que as autoridades públicas de maneira geral, sejam elas integrantes do Poder Executivo ou Legislativo, utilizem-se, para o alcance de suas finalidades, os meios proporcionais, necessários e adequados, que, de forma geral, impliquem a menor das perdas e a menor das restrições aos direitos fundamentais de

determinado indivíduo. E neste ponto surge o ápice da diferenciação entre estes dois termos ou princípios, justamente porque a razoabilidade não possui, em seu conteúdo, uma relação entre um meio e um fim, da forma como se vislumbra em sede de proporcionalidade. Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 171) pondera sobre esta questão nas seguintes palavras:

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias do fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas. A razoabilidade como harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

Em sendo assim, conclui-se que no caso da proporcionalidade, o meio adotado necessariamente leva a um fim; já na razoabilidade existe uma referência entre a qualidade de uma determinada medida adotada, qualidade esta que não leva à medida, mas cuida-se de um critério inerente a ela, ou seja, pressupõe uma correspondência entre o critério que trata da dimensão de uma dada medida e a efetiva medida adotada pela autoridade.

Mas apesar disto e de tais diferenças, a doutrina em geral diz que não há óbice à utilização de ambos os termos como equivalentes desde que se extraia do contexto em que a expressão “princípio da razoabilidade” for utilizada, a correta noção de “proporcionalidade”, qual seja, adequação e coerência dos meios em relação aos fins. Eis um grande exemplo de como o costume concretizou certas expressões como equivalentes, mas que, no seu cerne, diferenciam-se deveras. Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 172) chega mesmo ao ponto de dizer que “é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito”, que é um dos subprincípios da proporcionalidade, como adiante se verá, o que concede ainda mais embasamento ao fato de que esta divergência terminológica não deve influenciar a fundo a análise que o jurista realiza acerca de tal instituto.

Originalmente, elenca-se a existência, na Europa continental, das terminologias *détournement du pouvoir*, na França, *ecceso di potere*, na Itália e no movimento *manifest unreasonableness*, na Inglaterra, todas elas como exteriorizadoras da proporcionalidade. Mas é da doutrina alemã, originalmente prussiana, que provém a expressão *Übermassverbot*, mais significativa e que pode ser entendida como proibição de excesso ou vedação de excesso. Os estudiosos portugueses, de consonância com esta tradução literal, atribuem ao princípio da proporcionalidade a terminologia “princípio da proibição de excesso”. Ainda derivados do Direito alemão estão as expressões balanceamento de interesses e valores (*Güterund Interessenabwägung*) e proporcionalidade especificamente entre a finalidade visada e o meio utilizado (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Ocorre que esta terminologia também ocasiona a problemática suscitada por Suzana de Toledo Barros (2000, p. 72):

Relativamente aos termos *proibição de excesso* ou *vedação de excesso*, pondera-se a respeito do seu uso que o termo *excesso* é bastante amplo. Por certo, sempre que o legislador atua para além da autorização constitucional, a rigor ele comete o excesso e não somente quando elabora ato legislativo permissivo de uma invasão ou restrição indevida na esfera de direitos ou liberdades dos cidadãos. Nesse sentido, qualquer vício de inconstitucionalidade redundaria em excesso, porque a atividade legislativa é sempre vinculada a limites formais e materiais.

Novamente se depara com uma expressão de sentido mais abrangente do que a proporcionalidade, tendo-se, em mente, contudo, como dito, que se de tais terminologias errôneas puder ser extraído o correto entendimento da proporcionalidade, não há porque promover uma crítica ferrenha às mesmas. O que ocorre e, talvez, tenha maior gravidade, é o fato de que, ocasionalmente a doutrina enuncia a existência de um princípio da proporcionalidade em sentido amplo correspondente à proibição de excesso, havendo ainda uma noção de proporcionalidade em sentido estrito, consistindo a diferença entre ambos no fato de que o conceito *latu* do mesmo demandaria a análise dos meios em relação aos fins colimados, exigência que não estaria presente no sentido estrito do mesmo princípio, que apenas diria respeito à apreciação se a medida tomada por determinado órgão estatal pudesse ser classificada como justa. Na verdade, a proporcionalidade em sentido estrito chega a ser entendida como subprincípio do

próprio princípio da proporcionalidade. Esta discussão é um tanto quanto confusa e não traduz de maneira satisfatória a verdadeira essência do princípio em apreciação.

Parece errado elencar a proibição de excesso como sendo equivalente do princípio da proporcionalidade, sendo esta afirmativa já há algum tempo desenvolvida por Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 161):

Para compreender a distinção entre o postulado da proporcionalidade e o postulado da proibição de excesso é preciso verificar que o primeiro opera num âmbito *a partir do qual* o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado. Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar.

Prosseguindo em suas divagações e expandindo suas ideias, Ávila (2011, p. 177) conclui da mais precisa maneira que:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim.

Conforme se verá então, e de consonância com a clara lição extraída da mencionada passagem de Ávila, para quem o princípio da proporcionalidade é maior e abarca a proibição de excesso entre suas disposições ou vertentes, o princípio da proporcionalidade realmente é integrado por alguns subprincípios, mas diante do real significado que esta norma representa para um ordenamento jurídico, não deve ser tido por equivalente a uma proibição de excesso em sentido amplo, conforme fortemente apontado, principalmente, pela doutrina portuguesa em geral. Basicamente, o princípio da proporcionalidade prevê uma atuação racional e proporcional do Estado tanto no seu dever de punir quanto em seu dever de conceder segurança à sociedade. Se de um lado não é possível aplicar sanções extremas para crimes que causam diminuta lesividade ao bem jurídico tutelado, de outro também não é possível deixar bens jurídicos penais desguarnecidos e desprovidos de proteção; o Estado tem o dever de conferir segurança jurídica aos seus cidadãos, não podendo de forma alguma compactuar com lesões a direitos

fundamentais. Esta ideia liga-se mais ao termo *Verhältnismässigkeit* do que à expressão *Übermassverbot*, ambos preceitos oriundos da doutrina alemã, frisando-se que é precisamente este que efetivamente consiste numa proibição de excesso, enquanto aquele liga-se à verdadeira ideia de proporcionalidade, qual seja, atuação racional do Estado para alcançar a medida mais adequada exigida e necessária para o caso concreto.

Esta atuação racional e equânime do Estado, porém, apresenta duas vertentes, uma positiva e outra negativa, conforme acima mencionado: a vertente responsável por disciplinar o sopesamento dos meios em relação aos fins para o alcance da atividade estatal condizente ao respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, e a vertente que prega justamente a atuação do Estado para proteger bens jurídicos fundamentais e jamais deixá-los desguarnecidos. A primeira vertente barra ou reduz a atuação do Estado, ao passo que a segunda impulsiona sua atividade. De maneira bastante pertinente, assim se pronunciou sobre estas vertentes o doutrinador Lênio Luiz Streck (2005, p. 180), em passagem já anteriormente destacada, mas que pela sua pertinência extrema ao tema aqui versado merece nova menção:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultado desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

E mais à frente arremata (2005, pp. 182-183):

Há uma via de mão dupla na proteção dos direitos humanos-fundamentais: de um lado, o Estado deve protegê-los contra os excessos praticados pelo “Leviatã” (como alguns penalistas liberais-iluministas preferem ainda chamar o Estado nesta quadra da história!); mas, de outro, o Estado deve também protegê-los contra as omissões (proteção deficiente), o que *significa dizer que há casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção através do direito penal para a proteção do direito fundamental.*

Então, optando-se por considerar o princípio da proporcionalidade um equivalente ao princípio da proibição de excesso, o que é, como já afirmado, incorreto, mas ainda assim consagrado por grande parte da doutrina, deve-se

concluir que esta proibição de excesso refere-se a uma proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, princípio da proporcionalidade em sentido amplo corresponde à própria essência da proporcionalidade e da atuação racional do Estado. De outra banda, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito diria justamente com a proibição de excesso, ou seja, à impossibilidade de atuação excessiva do Estado de modo a impor, especificamente falando na seara do Direito Penal, sanções excessivas a delitos de menor potencial ofensivo e, de maneira geral, ao dever de exercer suas atividades com respeito e observância dos direitos fundamentais, preceito que fornece aos cidadãos escudos para que se protejam contra as arbitrariedades do poder coercitivo estatal, em suma, à primeira face do princípio da proporcionalidade trazida por Lênio Luiz Streck. Por fim, há a segunda face ou vertente do princípio da proporcionalidade, representada pela proibição de insuficiência, a proibição de atuação parca do Estado e seu descaso para com a preservação do bem e da segurança coletiva mediante a efetivação das garantias fundamentais e exemplar punição das suas violações.

Diante do fato de realmente parecerem estes últimos preceitos mais corretos, serão eles adotados no presente trabalho, de sorte que a utilização da expressão “princípio da proporcionalidade” será utilizada para empregar a máxima constitucional da atuação racional do Estado, enquanto que as expressões “proibição de excesso” e “proibição de insuficiência” serão tidas como faces ou vertentes do mesmo e partes integrantes do referido princípio magno.

5.4.1 A questão da correta natureza jurídica da proporcionalidade

Muito embora há muito seja a proporcionalidade tratada pelos mais diversos ramos do Direito como princípio, sempre houve certa divergência com relação ao recebimento pelo mesmo de referida disciplina, sendo que este ponto em especial merece certo destaque neste momento. E em sede de tal problemática, o doutrinador que talvez mais volte seus olhos para este aspecto seja Humberto Bergmann Ávila (2011, pp. 148-149), que afirma o seguinte:

As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados *postulados normativos aplicativos* como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao lado dos deveres de otimização, seriam uma *forma específica de regras (eine besondere Form von Regeln)*. Também os adeptos de sua compreensão como princípios reconhecem que eles funcionam como máxima ou *topos* argumentativo que mescla o caráter de regras e de princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados de *princípios de legitimação*. Há ainda, aqueles que os representam como normas metódicas.

Em virtude de tais assertivas, mencionado doutrinador vislumbra na proporcionalidade não um princípio, e sim um postulado normativo, mais precisamente, como se extrai da lição acima elencada, um postulado normativo aplicativo. Tal é uma decorrência automática do fato de que este respeitável jurista entende que as normas presentes no ordenamento jurídico não se dividem apenas em regras e princípios, mas também em postulados normativos, que seriam uma espécie de normas de segundo grau com uma finalidade extremamente precisa e que não se confunde com a de outras espécies normativas existentes no ordenamento jurídico de maneira geral. Em sendo assim, o respeitável mestre vislumbra não uma bipartição das normas no ordenamento, mas uma tripartição das mesmas. Diz Ávila (2011, p. 134):

Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau.

Seriam, assim, os postulados normativos, normas cuja finalidade precípua é orientar como se dará a aplicação, diante de um dado caso concreto, de um princípio ou de uma regra. Logo, cuidar-se-iam de balizas que o jurista necessariamente deveria observar com vistas ao pleno alcance das finalidades colimadas por determinada regra ou princípio. E não há que se falar em qualquer confusão dos postulados normativos com as demais modalidades de normas existentes no ordenamento jurídico, justamente porque, além dos objetivos, da essência e do conceito dos mesmos, eles diferem das regras e princípios porque, mais uma vez utilizando a precisa lição de Humberto Ávila (2011, pp. 134-135):

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados normativos são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridas por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma regra antinômica, os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não são um dever-ser ideal, não são cumpridas de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

Em sendo assim, os postulados normativos não se amoldam nem ao conceito de princípio e nem ao de regra. Pelo contrário, eles efetivamente constituem uma espécie autônoma de normas metódicas que viabilizam e estruturam a aplicação dos princípios e das regras. Os postulados normativos não apontam para um estado ideal de coisas como fazem os princípios e tampouco descrevem condutas à maneira das regras, mas servem para que princípios e regras sejam corretamente aplicados e, com isso, os objetivos que tinha o legislador no momento em que os construiu sejam alcançados. E neste contexto, assevera Humberto Ávila que a proporcionalidade não seria um princípio e sim um postulado normativo, uma vez que sua essência não aponta para um estado ideal de coisas e nem descreve uma conduta a ser seguida, mas auxilia na aplicação de outras normas, sejam elas princípios ou regras, fazendo-o através de suas três submáximas ou subprincípios que integram a ideia ou conceito de proporcionalidade. Ávila diz também que uma das duas vertentes nas quais se desdobra o princípio da proporcionalidade, qual seja, a proibição de excesso, é

também um postulado normativo, uma vez que ele não representa um dever-ser e tampouco se sujeita a uma eficácia de tudo ou nada, como é típico das regras, tornando-o, assim, um postulado normativo.

O que interessa, neste ponto, considerar, é que muito embora as teses de Humberto Bergmann Ávila estejam totalmente amparadas por uma construção jurídica ímpar e totalmente justificada, há muito que a proporcionalidade foi consagrada como um princípio, de sorte que parece um tanto quanto desprovido de utilidade perder tempo discutindo-se o correto enquadramento jurídico de tal instituto, mormente porque se um ponto é pacífico, este é o fato de que a proporcionalidade é uma norma e, como tal, possui força normativa advinda diretamente da Constituição e produz efeitos que devem ser observados em todos os campos do Direito. De fato, a atenção que aqui se deu a esta problemática se deve apenas à sua pragmática fundamentação e ao parecer peculiar que foi dado ao tema pelo doutrinador que pela primeira vez falou na proporcionalidade no Brasil.

Além disso, deve-se ter em mente que no estudo das regras, princípios e postulados normativos, um mesmo signo pode se apresentar por diversas espécies normativas. Por exemplo: a tão debatida igualdade ou isonomia será um princípio no mesmo contexto em que se encontra empregada no artigo 5º da Carta Constitucional; será, contudo, uma regra, quando presente num edital de concurso público que proíbe terminantemente a ocorrência de restrições ou tratamentos díspares entre homens e mulheres; finalmente, será um postulado normativo quando servir de embasamento a um magistrado para que o mesmo delibere sobre a validade de uma determinada regra de Direito Administrativo.

E o mesmo ocorre com a proporcionalidade, que pode apresentar-se sob vários signos dependendo do contexto que se descortine diante do operador do Direito. Como dito, porém, classicamente a doutrina extremamente majoritária optou por nomeá-la de princípio, razão pela qual este trabalho irá dela tratar neste contexto, como até o presente momento tem feito, seguindo, assim, aquilo que a *práxis forense* há muito consagrou.

5.5 Conceito, Origens e Evolução do Princípio da Proporcionalidade

Qual seria o conceito ou a idéia central do princípio da proporcionalidade? Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 181) asseveram, utilizando-se, como dito, a terminologia, a seu ver equivalente, de princípio da razoabilidade, que:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 267) assevera que “através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente”. Paulo Bonavides (2000, p. 357), com fulcro nos ensinamentos de Pierre Müller dispõe que:

Em sentido amplo (...) o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins

Por sua vez, Suzana de Toledo Barros (2000, p. 29), claramente influenciada pela doutrina de Canotilho, até mesmo no que tange à menção aos subprincípios que integram a proporcionalidade, assinala que:

O princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de *adequação* da medida restritiva de ao fim ditado pela própria lei; *necessidade* de restrição para garantir a efetividade do direito e a *proporcionalidade em sentido estrito*, pela qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado.

Finalmente, insta salientar o claro entendimento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, pp. 120-121):

O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve

pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma (...). O princípio da proporcionalidade impõe a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios aos fins perseguidos.

A lição extraída de todas as doutrinas mencionadas é relativamente simples: o princípio da proporcionalidade é uma norma responsável por impor a todos os operadores do Direito o dever de aplicar outras normas segundo os preceitos da equidade, ou seja, de maneira equânime, sopesando os vários interesses envolvidos em determinada situação para que delibere sobre o melhor modo de agir. Basicamente, toda ação do Estado possui um objetivo; o princípio da proporcionalidade impõe ao poder público a análise dos métodos que serão utilizados para que este fim objetivado seja atingido. Uma determinada lei sempre deve ser aplicada tendo em mente dois postulados básicos: ela não pode causar excessivo prejuízo aos direitos fundamentais do cidadão e sua segurança jurídica e também não pode privar o Estado de seu poder-dever de dizer o Direito nos casos concretos, sob pena de causar lesão aos direitos da coletividade e sua segurança pública. Deve haver certas limitações aos direitos das pessoas como consequência básica da vida em sociedade; não se pode fazer o que bem se entende; mas estas limitações deverão ser mínimas e, diante da absoluta necessidade, apenas o suficiente para que a autoridade estatal possa prevalecer sobre as violações dos mandamentos legalmente previstos nas legislações estatais. Eis, em síntese, a norma-princípio da proporcionalidade.

O conceito de proporcionalidade, neste contexto, aplicado ao Direito não é recente, mas foi somente nos últimos séculos e, mais especificamente, nas últimas décadas, que os tribunais se detiveram a uma análise mais pormenorizada do mesmo e de sua importância na seara do Direito Constitucional. A proporcionalidade surgiu como um postulado voltado à Administração Pública, muito embora em sua origem, que remonta ao século das luzes, a figura do soberano confundia-se com o próprio Estado. Ensina Raquel Denize Stumm (1995, p. 78) que:

O princípio da proporcionalidade surgiu ligado à idéia de limitação do poder no século XVIII. É considerado uma medida com valor suprapositivo do Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. O critério da proporcionalidade compreende, nessa época, a área administrativa e a penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e Beccaria, ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos.

Suzana de Toledo Barros (2000, p. 35) igualmente narra as raízes do princípio da proporcionalidade:

O *germe* do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

Em sendo assim, a gênese do princípio da proporcionalidade é bastante nobre, tendo sido ele concebido como um esforço dos filósofos iluministas como mecanismo de contenção das arbitrariedades corriqueiramente e, por vezes, até mesmo institucionalizadas, levadas a efeito pelo Estado. Veja-se que prevalecia então a máxima de que “o Rei não erra” (*the king can do no wrong*, no original britânico). Foi através do conceito jurídico de proporcionalidade que adveio a ideia de que existem direitos que podem ser levantados pelos cidadãos em face do próprio poder público arbitrário, quando este violasse o mínimo indispensável à existência digna das pessoas. Foi o pensamento da proporcionalidade que fez com que já naqueles primórdios do surgimento do próprio Estado moderno surgisse a consciência de que a aplicação prática de determinado preceito mandamental consubstanciado numa regra, ainda que seja ela válida e legítima, poderia, se feita de maneira irracional e desmedida, trazer conseqüências drásticas para a ordem jurídico-social preconizada pelo próprio ordenamento jurídico vigente no determinado país. A aplicação de uma determinada lei ao caso concreto deveria encontrar respaldo e harmonia nos demais dispositivos do arcabouço normativo.

Assim, trata-se de um princípio voltado, em seus primórdios, principalmente ao poder de polícia exercido pelas autoridades públicas, como se verificou em grande parte dos séculos XIX e XX na França, Itália e grande parte da Europa continental.

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, posteriormente, notadamente nos Estados Unidos. Os norte-americanos tiveram suas instituições jurídicas fortemente influenciadas pelo sistema saxão vigente na Grã-Bretanha e, em decorrência de ser ele fortemente ligado ao Direito Natural e ao alto apreço conferido aos casos semelhantes e julgados no passado de modo a criar uma jurisprudência de relevância quase tão grande quanto a própria lei, em síntese, consubstanciando o sistema da *common law*, foi dado aos juízes americanos o

poder de realizar uma ponderação da relação dos custos e dos benefícios advindos da aplicação de determinada norma tendo em mente o preceito básico da máxima preservação dos direitos fundamentais. A proporcionalidade atingiu seu ápice com o advento do devido processo legal, no original *due process of law*, que traz consigo, ainda que de maneira implícita, o ideal da proporcionalidade a partir do momento em que prega a afirmação de que o Estado deve agir para punir violações de direitos e para apurar responsabilidades dos cidadãos por ilícitos ocorridos, mas somente poderá aplicar a eles a reprimenda legalmente prevista depois que se verificar um procedimento que permita àquele que é alvo da ação estatal justificar-se, defender-se e invocar as garantias que a Carta Magna lança-lhe para plena utilização quando confrontado com o poder público.

Afiguram-se resquícios de proporcionalidade até mesmo na criação do controle de constitucionalidade difuso, por via de exceção ou *incidenter tantum*, no ano de 1803, no qual se decidiu que todo e qualquer juiz pode, na análise de um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, pois se é necessário manter a supremacia constitucional no Estado de Direito, é razoável que se destine aos magistrados legalmente imbuídos do poder estatal de aplicar o Direito, a possibilidade de efetivar as garantias magnas da Carta Máxima quando uma contrariedade a elas é levada a sua apreciação.

Igual ou maior destaque ganhou o princípio da proporcionalidade na Alemanha, país de tradição romano-germânica quanto ao sistema jurídico vigente e no qual, a partir de meados do século XIX, surgiram, desenvolveram-se e consolidaram-se as teses de que uma restrição de direitos de determinado cidadão, desde a liberdade até o patrimônio, não deve ser de forma superior ao estritamente necessário para não colocar em risco a própria autoridade estatal, a paz social e a segurança da coletividade. Foram os tudescos quem mais primaram pela contenção do poder do Estado frente aos direitos mais básicos das pessoas humanas, com a valoração da máxima de que uma medida extremamente rígida e grandemente enérgica deve ser sempre a última adotada. Em todas as situações impõe-se a proporcionalidade das medidas adotadas pelos agentes estatais no exercício de suas atribuições, sendo ainda na Alemanha que o juiz e filósofo do Direito Georg Jellinek bradou que “não se abatem pardais disparando canhões”. As palavras de Jellinek são a síntese da necessidade do princípio da proporcionalidade como medida de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e podem ser entendidas

como o verdadeiro substrato deste princípio. Ademais, como leciona Suzana de Toledo Barros (2000, p. 45):

A importância de todo o estudo do *princípio da proporcionalidade* na Alemanha deve-se ao fato de que aí ele ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional por obra do *Bundesverfassungsgericht*, o qual, a partir da Segunda Guerra Mundial, foi cunhando paulatinamente o princípio por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais.

Como bem frisado, a Corte Constitucional Alemã foi pioneira na utilização do princípio da proporcionalidade como embasamento para várias de suas decisões, concedendo a ele o significado hoje detido, inclusive expandindo-o ao Poder Legislativo, impedido de proceder à elaboração de leis que cerceiem os direitos fundamentais a troco de situações que não demonstrem uma lesividade tal que a absoluta necessidade das restrições fique configurada e tampouco que lance o manto da impunidade sobre as violações verificadas aos mesmos direitos. Ora, como todas as esferas estatais submetem-se à soberania da proporcionalidade, com o Poder responsável pela edição das normas de conduta da sociedade não poderia ser diferente. Além disso, foi em terras germânicas que se tornaram bastante evidentes as duas faces ou vertentes hoje externadas pelo princípio da proporcionalidade, quais sejam, as proibições de excesso e de infraproteção ou insuficiência. Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade foi debatido e consolidado, publicando-se vários livros a respeito dele, tudo já na década de 1950.

A inovação da teoria da proporcionalidade e sua alçada ao patamar da constitucionalidade deu-se, *a priori*, com a promulgação da Constituição de 1949, também chamada “Constituição de Bonn”, em alusão à localidade na qual os trabalhos de sua feitura foram realizados. Por esta época, ainda por demais recentes estavam as nefastas experiências da Segunda Grande Guerra, sendo que, conforme narra Jorge Miranda (1990, p. 203), a referida Constituição:

Como era de se esperar depois do nacional-socialismo e da guerra, faz uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admite, implícita ou explicitamente, que o direito natural limita o poder do Estado. Proclama, entre outros, os seguintes princípios: (a) os direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, como fundamento da ordem social (art. 1.º, n.º 2); (b) a vinculação dos Poderes legislativo, executivo e judicial pelos direitos fundamentais enunciados na Constituição (art. 1.º, n.º 3); (c) a necessidade de qualquer restrição de direito fundamental se efectuar por lei geral que

não afecte o seu conteúdo essencial (art. 19.º, n.º 1 e 2); (d) a possibilidade de tutela jurisdicional em caso de ofensa de qualquer dos direitos fundamentais (art. 19.º, n.º 4),

Percebe-se, pelo relato, a interferência das ancestrais teses de Direito Natural orientando a atuação do legislador constitucional com vistas à consagração de medidas que promovam um verdadeiro escudo para o cidadão contra as ingerências do Estado, o que foi um marco essencial e marcante para este momento histórico-jurídico, tão importante a ponto de influenciar várias outras Cartas Constitucionais, bem como a criação dos Tribunais Constitucionais, primeiramente da Alemanha e, depois, em razão da vasta influência, em vários outros Estados.

Nesta evolução, finalmente, cabe ressaltar que a conotação constitucional dada pelo *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao princípio da proporcionalidade, data do ano de 1971, quando, a 16 de Março, provocado a manifestar-se acerca de armazenamento de petróleo, no famoso *BVerfGE 30*, disciplinou, mais voltadamente do Poder Legislativo, que:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.

Pacificado nestas diretrizes, o princípio da proporcionalidade ganhou terreno em outras legislações, desenvolveu-se na doutrina e alcançou proporções espantosas de atuação, definitivamente destacando-se como um dos princípios que mais abrilhantam o Direito Constitucional nacional e alienígena.

5.6 Fundamentos do Princípio da Proporcionalidade

Como norma de Direito Constitucional e exercente da influência que dele emana para as mais variadas searas jurídicas, impõe-se uma análise dos pilares do princípio da proporcionalidade, ou seja, onde esta importante disposição encontra seu supedâneo e razão de ser dentro da ordem jurídica. De pronto, porém, é necessário dizer que o assunto enseja entendimentos conflitantes por parte da

doutrina. Tal é a assertiva realizada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 401):

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina. Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.

Desta feita, vários doutrinadores propõem soluções diversas quando o assunto é o fundamento do princípio da proporcionalidade, fazendo-se necessário uma breve digressão acerca dos mesmos para o alcance de satisfatória conclusão.

Inicialmente, há determinada corrente doutrinária que vislumbra no princípio da proporcionalidade um fundamento eminentemente voltado aos direitos fundamentais. Alegam os defensores desta tese que os direitos fundamentais são dotados de um caráter altamente principiológico, circunstância esta que, por si só, implicaria ou induziria a um conceito amplo de proporcionalidade e também dos subprincípios que o integram, quais sejam, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em seu sentido estrito. O inolvidável Konrad Hesse (1983, s.p.), apud Suzana de Toledo Barros (2000, p. 93), partilha desta opinião, asseverando que:

O princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

No mesmo sentido é o magistério da doutrinadora Suzana de Toledo Barros (2000, pp. 157-158):

Quando se tem ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar. Essa relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz ínsita a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Ora, o equacionamento de um conflito entre princípios é regido pela proporcionalidade em sentido estrito, daí que este elemento do cânone da proporcionalidade é um consectário lógico da norma de princípio da norma de direito fundamental.

Assim, diante da pluralidade de métodos de concretização dos direitos fundamentais, seria o princípio da proporcionalidade escorado nos mesmos e neles encontraria sua razão de ser. Com efeito, historicamente percebe-se que o desenvolvimento dos conceitos ligados ao princípio da proporcionalidade voltou-se principalmente às tentativas de conter o arbítrio do Estado na violação dos direitos mais elementares das pessoas humanas; foi para defender os direitos fundamentais que a sistemática da proporcionalidade nasceu, daí serem os mencionados direitos entendidos como pilar mestre do princípio em apreciação. Com efeito, esta foi a primeira posição adotada pela jurisprudência brasileira, principalmente quando, em 1968, foi o Supremo tribunal Federal, através do Habeas Corpus nº 45.232, oriundo do então Estado da Guanabara, provocado a deliberar acerca da constitucionalidade da previsão contida na Lei de Segurança Nacional responsável por impedir que qualquer acusado de praticar os delitos nela tipificados pudesse exercer atividade de natureza privada ou profissional. O relator, Ministro Themístocles Cavalcanti, enfatizou em seu voto que:

O objetivo da lei (...) procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo. Nesse particular, a expressão e medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família. Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as conseqüências da medida. Mas não só o art. 150, § 35, pode ser invocado. Também o *caput* do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade. Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção.

No julgamento em questão, buscou-se um fundamento apto para a configuração da inconstitucionalidade da medida com base na proporcionalidade até mesmo na Constituição Norte-Americana. Entendeu-se que a proporcionalidade encontra-se intimamente ligada aos preceitos fundamentais regentes do Estado, sendo que, ainda que o contexto do julgamento em tela dissesse respeito apenas ao Decreto-Lei nº 314, de 13 de Março de 1967, é correto concluir que a exposição do ilustre Ministro pode ser estendida para qualquer ato legislativo tendente a,

injustificadamente e de maneira desproporcional, restringir ou suprimir direitos fundamentais. Por isso, a ideia de um princípio da proporcionalidade fundado nos direitos fundamentais foi a que primeiro prevaleceu no Direito brasileiro.

Por sua vez, há um entendimento doutrinário responsável por vislumbrar o fundamento do princípio da proporcionalidade no próprio Estado de Direito. Por força do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o Brasil é um Estado Democrático e Social de Direito, o que quer dizer que se cuida de um país no qual vigora o império da lei, de forma que há um Estado regido por normas editadas pelos representantes do povo, às quais o próprio poder público se submete e deve respeito, bem como zela pela observância. Adotando-se este preceito como premissa, conclui-se que é dada ao legislador a possibilidade de restringir direitos fundamentais apenas e tão somente em última *ratio*, quando não houver outro meio de coibir uma violação a outro bem jurídico fundamental. Pode-se afirmar ainda que os defensores desta tese propõem a feitura de uma valoração entre interesses do indivíduo a ter sua esfera de direitos lesada e os interesses da sociedade em geral, devendo o magistrado concluir pela prevalência de um ou de outro no caso concreto.

O entendimento de que o princípio da proporcionalidade possui sua razão de ser no Estado de Direito tem-se propagado rapidamente pela jurisprudência e pela doutrina germânicas, que entendem que, sendo o conceito de existência de referido modelo estatal extremamente próximo ao próprio conceito daquilo que é justo, a existência da teoria da proporcionalidade é mecanismo efetivação da justiça almejada. Tal opinião é adotada e defendida pelo nobre José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 97), que concebe o princípio material da proporcionalidade como um *standard* a ser observado pelo Estado Democrático de Direito com vistas à preservação das normas constitucionais e da segurança pública.

A doutrinadora Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 196) solidariza-se para com tal entendimento, enfatizando em sua obra que a supremacia constitucional, exteriorizada pelo princípio da constitucionalidade, é parte integrante do conceito do princípio da proporcionalidade porque tanto quanto proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, referida norma deve condizer com a realidade social por intermédio da verificação prática dos fins colimados pelo texto da Lei Maior.

Vale mencionar, ainda, com relação a esta posição doutrinária, que os partidários da mesma concebem-na como um meio de inseri-lo de maneira mais

correta na esfera do princípio do Estado de Direito simplesmente porque este é mais condizente com as diretrizes que uma Constituição necessariamente deve conter; mais precisamente, esta vinculação do princípio da proporcionalidade ao Estado de Direito reflete a evolução do princípio, que originalmente se voltava ao Direito Administrativo com a simples conotação de preservação de direitos fundamentais. Ensina Paulo Bonavides (2000, p. 365), defensor da mesma, que a Corte Constitucional Alemã tem batido por este entendimento:

Inclinaram-se os arestos do Tribunal Constitucional (alemão) para uma fundamentação ora a partir dos direitos fundamentais, ora do Estado de Direito, prevalecendo, após alguma vacilação, o parecer de último dominante e, por sem dúvida mais correto, segundo o qual é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação.

Pela opinião exteriorizada, percebe-se que, pela própria evolução dos conceitos e da necessidade de utilização prática do princípio da proporcionalidade, especialmente na sua vertente pró-acusação consubstanciada na vedação de infraproteção, ele melhor alberga-se junto à previsão do próprio Estado de Direito, responsável por conferir maior robustez ao princípio em estudo.

A terceira opinião doutrinária que surge neste assunto elenca o princípio da proporcionalidade como expoente da garantia constitucionalmente prevista, mais precisamente no inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna, do devido processo legal. Desta feita, muito se assemelha este fundamento principiológico dos preceitos desenvolvidos na América do Norte já no último quarto do século XVIII, onde se verifica o gênesis do *due process of law*. No Brasil, a doutrinadora Raquel Denize Stumm (1995, p. 173) é expoente desta peculiar lição, dizendo que:

A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados (...). Nesse contexto, o princípio do devido processo legal tem a sua razão de existência no Estado de Direito e é procedimentalizado pelo princípio da proporcionalidade, que é um princípio jurídico-material.

Diante do magistério elencado, percebe-se que a conclusão obtida pela jurista de certo modo coloca-se mais favorável à corrente jurídica que entende ser o princípio da proporcionalidade fundado no preceito básico de Estado de Direito do

que nos direitos fundamentais, ainda que o devido processo legal seja uma garantia essencial básica e elementar que todo e qualquer cidadão. Isto porque, na visão analisada, há a defesa do parecer de que a proporcionalidade é o mecanismo adequado para efetivar o devido processo legal.

E, finalmente, há quem construa um elo entre o princípio da proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana. Isto se dá porque a preservação da dignidade da pessoa humana é a mola propulsora de toda a atividade legal, jurídica e persecutória do Estado. Toda a atividade normativa desenvolvida pelo poder Legislativo e também a atuação concreta dos poderes de polícia e jurisdição devem pautar-se na busca e resguardo da referida máxima do Estado Democrático e Social de Direito. E para que tal objetivo seja alcançado, impõe-se a atuação proporcional do poder público, pautada nas máximas trazidas tanto pela proibição de excesso quanto de proibição de insuficiência, posto que tanto a atuação opressora estatal quanto sua omissão na defesa de bens jurídicos legalmente tutelados, implica violação da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, na própria necessidade do desenvolvimento equânime de suas funções. Willis Santiago Guerra Filho é um dos doutrinadores brasileiros que desenvolve estes preceitos em sua obra.

No Brasil, como já é possível perceber, não há pacificidade sobre este delicado assunto, principalmente porque o princípio da proporcionalidade não se encontra positivado, ou seja, inserido de maneira expressa na Carta Magna de 1988 e também porque o fato de ser o aludido princípio uma norma constitucional geral faz com que ele dificilmente possa ser tido como pertencente a uma classe específica de direitos ou a um preceito único, determinado taxativamente e externado pelos dispositivos constitucionais pátrios, pela abrangência dos conceitos e dos institutos com que nesta seara se trabalha. Na verdade, o princípio da proporcionalidade encontra sua razão de ser na Constituição como um todo e em todos os preceitos que fazem dela a norma fundante de um Estado. Não se pode fechar os olhos ao fato de que a essência da proporcionalidade volta-se, desde sua concepção, ao resguardo dos direitos fundamentais ou mesmo de que ele representa um mecanismo de concretização do Estado de Direito pelo valor que concede às diretrizes constitucionais de construção de um país democrático, fazendo com que a supremacia das mesmas seja observada e respeitada pelo próprio Poder Legislativo, limitado em sua atividade típica e essencial pela

impossibilidade de construir normas violadoras de direitos materiais, salvo casos específicos; não se pode olvidar a importância deste princípio como meio de interpretação das leis e dirimidor de colisões de princípio para auxiliar o magistrado no seu dever de aplicação do Direito Material ao caso concreto e de como ele pode ser comumente invocado na proteção da dignidade da pessoa humana, principalmente quando é seu direito de liberdade que está em jogo ou quando se faz mister a valoração da segurança pública sobre interesses particulares. O princípio da proporcionalidade é o conjunto de tudo isto e, como tal, somente pode encontrar sua razão de ser na própria Constituição e no Direito Constitucional como um todo. Em que pese este fato, porém, assinalam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, pp. 407) que:

Sob a Constituição de 1988 deu-se uma alteração no fundamento do princípio da proporcionalidade entre nós. Ao apreciar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos e incisos da Lei n. 8.713, de 30-9-1993, que disciplinava a participação dos partidos políticos nas eleições, o Tribunal (STF) enfatizou a desproporcionalidade da lei tendo em vista o princípio do devido processo legal na sua acepção substantiva (CF, art. 5º, LIX).

Desta feita, o posicionamento original que ligava o princípio da proporcionalidade aos direitos fundamentais foi, pela Suprema Corte, alterado com o advento da Constituição de 1988. Note-se, porém, que, de consonância com o dito anteriormente, esta foi uma decisão esporádica externada pelo Pretório Excelso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855, e ainda que vinculante merece ser analisada de acordo com as particularidades das arguições suscitadas em sede desta ação. Na verdade, o que efetivamente prevalece é a ausência de uma posição unânime e consolidada.

Finalmente, é necessário consignar a existência da defesa de um caráter de princípio formal do qual se reveste o princípio da proporcionalidade, no dizer de alguns doutrinadores, sendo que este aspecto é bem frisado por Humberto Bergmann Ávila (2001, p. 24) para quem, como dito, vislumbra neste princípio, na verdade, um postulado normativo:

(...) o dever de proporcionalidade também não é um princípio ou critério material (...). O dever de proporcionalidade, então, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo. Sobre a medida de excesso considerada inválida o dever de proporcionalidade nada diz. Só a análise

diante do caso concreto e diante da relevância que o ordenamento jurídico atribui a determinados bens jurídicos (p. ex. vida, dignidade, liberdade, propriedade) pode revelar o excesso da medida. A aplicação concreta só se completa com um conteúdo, até porque os fins só podem ser estabelecidos em contato com normas substanciais. O que importa, entretanto, é que não é o dever de proporcionalidade em si que estabelece a medida substancial de excessividade, mas sua aplicação conjunta com outros princípios materiais.

Estes preceitos, na verdade, já foram objeto de atenção de Robert Alexy dentre seus vários estudos. Em suma, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade não traz uma medida concreta e específica para cada caso com o qual cada magistrado poderá deparar-se; ele traz apenas uma fórmula genérica consubstanciada em duas vertentes e alguns subprincípios. Cabe, assim, ao juiz, quando da análise de uma situação fática apreciar a atitude do Estado e verificar se ela agride ou não o seu dever de atuar com equidade, proporcionalidade, razoabilidade. Isto torna o princípio da proporcionalidade uma norma eminentemente formal e não material.

5.7 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

Pacífico que o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se como arma concedida aos cidadãos para utilização quando das atuações opressoras e arbitrárias do Estado, principalmente nas esferas administrativa (representada pelo poder de polícia) e penal (representada pela adequação no momento da imposição e cumprimento de sanções), há que se atentar para o campo de aplicação deste princípio nos dias atuais.

Neste contexto, frise-se que sua conotação original jamais foi perdida e permanece atual, posto que a defesa dos direitos fundamentais demanda continuamente a exegese dos juristas para a manutenção dos instrumentos outrora criados para sua defesa e inovação legal e jurisprudencial para que os mesmos adquiram a plenitude que para eles previu a Carta Constitucional. Em sendo assim, o princípio da proporcionalidade permanece como norma de contenção da atividade arbitrária do Estado destinada a limitar ou suprimir as garantias dos cidadãos. Urge, neste ponto, fazer um importante alerta: o princípio da proporcionalidade não traz o

direito de liberdade; ele protege o direito de liberdade, a partir do momento em que estipula que este somente poderá ser retirado do jurisdicionado quando a medida se fizer absolutamente necessária e não se afigurar outra possibilidade para prevenir e reprimir outras violações de bens jurídicos legalmente tutelados, já que se trata de um princípio geral do Direito e, mais precisamente, do Direito Constitucional. Em outras palavras, como assinala Helenilson Cunha Pontes (2000, p. 57), a aplicação da norma-princípio da proporcionalidade tende a instituir “um juízo de adequação, necessidade e conformidade entre o interesse público que suporta uma medida estatal, limitadora do alcance ou do exercício de um bem juridicamente protegido, e o peso que este bem jurídico assume no caso concreto”.

Afora isto, interessante frisar que o princípio da proporcionalidade tem atuado como importante parâmetro técnico no momento em que surge a necessidade de dirimir conflitos entre normas constitucionais. O princípio da proporcionalidade exerce uma função de relevante destaque no momento em que surge a possibilidade e a necessidade de aplicação da Lei de Colisões proposta por Robert Alexy com o intuito de solver as ocorrências em que o exercício de determinado direito constitucionalmente previsto consubstanciado em certo princípio conflita com outro direito, também constitucional e advindo da evolução principiológica, havendo o intérprete do Direito que agir impulsionado pelos preceitos existentes no bojo da norma em apreço para que se chegue à correta solução sobre qual o direito deverá, na prática, prevalecer e concretizar-se. É por conta deste princípio que a solução de uma divergência entre valores constitucionalmente consagrados alcança sua solução, pela possibilidade de ocorrência de uma concordância de ordem prática a ser efetuada pelo juiz, consoante os direitos em confronto, tendo-se sempre em mente uma das maiores características dos direitos fundamentais, qual seja, a relatividade, uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto, de sorte que um deles cederá passo para o outro. Tudo isto denota, pelo balanceamento de interesses em apreço para decidir qual deles deverá fazer-se sobrepujar; em concreto, nada mais denota do que uma função interpretativa do princípio da proporcionalidade. Tal finalidade deste princípio é percebida por Paulo Bonavides (2000, pp. 386-387):

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde

aí a solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso freqüente do princípio para dirimir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Conforme se depreende da lição do insigne mestre, a Europa, berço do princípio da proporcionalidade, tem-no fortemente utilizado como instrumento de interpretação de outras normas no intuito de dirimir colisões de direitos fundamentais, sendo ele importante instrumento do desenvolvimento da hermenêutica constitucional para que a retidão da apuração dos interesses em conflito seja verificada, tendo-se sempre em mente o fato de que os interesses públicos decantados na norma constitucional deverão preponderar sobre o prejuízo advindo da limitação de um direito fundamental como medida de solução da colisão de princípios. Insta, porém, salientar, o cuidado necessário que o jurista deve demonstrar no momento em que realizar a apreciação do que caracterizaria uma situação de interesse público no momento em que realiza a utilização da proporcionalidade como mecanismo dirimidor de colisões principiológicas, posto que somente a própria Carta Magna traz, em seu primeiro dispositivo, as ocorrências hábeis a ensejar um efetivo interesse público autorizador da limitação ou supressão de direitos fundamentais.

Outra finalidade que se tem delineado acerca do princípio da proporcionalidade é também trazida por Paulo Bonavides (2000, p. 362), no seguinte contexto:

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional num determinado ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional suscita de necessidade do grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário.

Bonavides suscitou, assim, o emprego do princípio da proporcionalidade como instrumento de avaliação da constitucionalidade das leis e de realização do próprio controle de constitucionalidade. Ora, as Constituições são responsáveis por disciplinar diretrizes que deverão ser seguidas pelos legisladores no momento em que estes procederem às inovações do ordenamento jurídico, sendo que por decorrência lógica da hierarquia das normas jurídicas, jamais uma legislação infraconstitucional poderá discordar da Carta Constitucional. Neste

contexto, no momento em que o Poder Judiciário for provocado a manifestar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato legislativo, deverá utilizar-se dos preceitos básicos do princípio da proporcionalidade para verificar se determinada limitação de direitos verificada *in concreto* ou *in abstracto* encontram sua razão de ser nos casos de interesse público disciplinado pela norma ápice. Cabe ao magistrado, tendo em mente que a atividade legislativa não é absoluta, mas limitada pelos valores constitucionalmente assinalados, deliberar sobre o respeito que determinada norma guarda ou não em relação à Lei Fundamental, com base no sopesamento de interesses coletivos e direitos fundamentais relativos por natureza. Concluindo e, mais uma vez, mencionando-se as sábias palavras de Bonavides (2000, p. 386):

(...) o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita as limitações aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis.

Bastante pertinente a menção feita pelo célebre constitucionalista do fato de que o princípio da proporcionalidade é um “limitador das limitações” dos direitos fundamentais. Ora, se referida norma impõe que direitos fundamentais somente poderão ser restringidos ou suprimidos quando tal medida se fizer absolutamente necessária, ele é um limitador ou representante de um obstáculo a ser vencido pelo Estado, para que as referidas restrições se possam vislumbrar na prática. Os legisladores deverão atuar imbuídos da sapiência de que o texto constitucional é o parâmetro para toda e qualquer outra legislação, sendo a eles permitido criar restrições de direitos, dentro de sua autonomia parlamentar, necessária para a manutenção da separação dos poderes do Estado e a conseqüente harmonia das instituições públicas, quando tal for a última *ratio* para que determinado interesse também constitucional possa se concretizar. O Poder Judiciário, por sua vez, atua para conferir a aplicação prática e efetiva de tais preceitos, em suma, da subordinação do poder inovador do arcabouço normativo à máxima legislação regente do sistema jurídico pátrio.

Cabe ressaltar que dentre todas estas possibilidades de aplicação do princípio em análise, será neste trabalho apreciada mais a fundo a possibilidade de que a vertente positiva desta norma, qual seja, a proibição de insuficiência, venha a

ser utilizada como mecanismo de embasamento à existência, no Brasil, de revisões criminais *pro societate*.

Eis, finalmente, o momento para trazer à lume uma importante observação realizada por Humberto Bergmann Ávila (2011, pp. 173-174). Muito embora todo o exposto até aqui possa dar a entender que há pacificidade no que concerne à aplicação do princípio da proporcionalidade, o referido doutrinador leciona que este ponto do princípio é, na verdade, um de seus aspectos de maior complexidade e polêmica. Explica ele que a ideia ou o conceito de proporção encontra-se presente desde os primórdios do Direito e em suas mais variadas ramificações, já que o ordenamento jurídico é o grande responsável por delegar a cada cidadão a sua proporção dentro da sociedade, além de inúmeras outras mais. Ocorre que nem todas as noções de proporcionalidade que se tem em voga no Direito fazem menção à ideia de proporcionalidade trazida pelo princípio ora em análise, residindo aqui a necessidade de que o jurista se atenha com grande cautela à verdadeira essência desta norma para que ela não seja deturpada ou tenha sua importância reduzida dentro do ordenamento jurídico nacional. Conclui o respeitável doutrinador as suas análises afirmando que:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção nas suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentro os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Logo, não há que se confundir o sentido genérico da proporcionalidade com aquele presente no bojo do princípio da proporcionalidade e que é responsável por trazer uma limitação ao emprego da aludida norma.

5.8 O Princípio da Proporcionalidade na Constituição Federal de 1988

A primeira observação a ser feita com relação a este tema é que o princípio da proporcionalidade não é encontrado de maneira explícita ou ostensiva na Constituição Federal de 1988. A existência desta norma no texto constitucional é alcançada mediante uma análise de vários dispositivos elencados no extenso rol do artigo 5º e também quando se atenta para o fato de que a proporcionalidade é um princípio constitucional geral, ou seja, básico e presente em todas as disposições encontradas nos textos constitucionais por se tratar de postulado básico da estruturação de um Estado Democrático de Direito. De fato, positivados ou não, explícitos ou implícitos, os princípios são dotados da mesma carga normativa que os tornam vitais para o desenvolvimento da construção jurídica de um país, e o fato de estarem claros ou somente alcançados com a realização de um processo indutivo por parte do operador do Direito é circunstância desprovida de qualquer relevância para a aplicabilidade dos mesmos. A ausência de menção expressa da proporcionalidade pela atual Constituição brasileira foi notada por Fernando Capez (2008, p. 20), para quem esta máxima é obtida através da análise conjunta de vários outros dispositivos constitucionais que não se revelam diretamente voltados à proporcionalidade como princípio ou postulado normativo:

Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade da pessoa humana, tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para os casos de maior gravidade (art. 5º, XXII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício.

De fato, há na Constituição brasileira apenas dispositivos esparsos que permitem ao operador do Direito concluir pela adoção, por parte do legislador constituinte, do referido princípio no bojo da Carta Magna de 1988, principalmente exteriorizadores da vertente proibitiva do excesso na atuação do Estado. Cabe aqui ressaltar que esta não é uma realidade meramente brasileira, sendo que vários países também não trazem previsão expressa da proporcionalidade em seus textos constitucionais. Nem mesmo a mencionada Constituição de Bonn, na qual foi flagrante o ideal de proporcionalidade elevado à máxima hierarquia normativa, trouxe menção expressa e clara a respeito dele. Contudo, na visão de Suzana de Toledo Barros (2000, p. 52), “a falta de positivação do princípio da proporcionalidade

não foi, de fato, empecilho para o reconhecimento como importante medida de controle de eventuais excessos do legislador”.

Em sendo assim, na falta de menção expressa a tão importante princípio, mais claro se torna que seu lugar é no próprio arcabouço normativo trazido pela Constituição, figurando juntamente com os princípios gerais consagrados pelo Direito Constitucional e que são responsáveis por orientar a exegese de todas as disposições legais do Direito.

Especificamente na Carta Constitucional Brasileira, Thomas Mío Salla (2007, pp. 35-36) adverte que:

O princípio em tela mostra-se como uma das idéias fundamentais da Constituição, com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal (art. 5º, II). Esta afirmação deve-se ao fato de que a ação do Poder Público deve pautar-se pela obediência à lei, e que esta deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador está intrinsecamente vinculado a determinados limites no momento de elaboração das normas, sobretudo quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade seria expoente da própria legalidade que deve pautar um Estado de Direito. Daí, é possível vislumbrar nuances da norma-princípio em apreço no extenso rol de garantias e direitos fundamentais que se encontra no artigo 5º da Norma Ápice, dentre os quais a igualdade ou isonomia e os remédios constitucionais contra arbitrariedades estatais, notadamente o *habeas corpus*, podem ser tidos como exemplo de previsões legais que guardam sua razão de ser na atuação equânime do poder público. A partir do momento em que o próprio poder constituinte reconhece que o Estado pode agir, certas vezes, imbuído de excesso, concedendo aos cidadãos escudos a serem utilizados contra tais atitudes excessivas e abusivas, reconhece a existência implícita de um princípio ensejador de proporcionalidade regendo os ideais expressos na Lei Maior vigente. Previsões como o salário-mínimo, a possibilidade de imposição de reprimendas penais a um acusado somente ao término de um processo legal no qual lhe seja assegurada plenitude de defesa, vedação às penas excessivas para delitos de menor potencial ofensivo, disposições relativas à tributação e à formação equitativa da mesa diretora do Congresso Nacional, remuneração superior de horas extras trabalhadas e até mesmo o direito de resposta constituem também disposições constitucionais caracterizadoras da presença do princípio da

proporcionalidade no Direito Constitucional pátrio. Torna-se, neste ponto, bastante pertinente, a observação realizada por Paulo Bonavides (2000, p. 395):

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito.

Bonavides entende, desta forma, que a ausência de menção expressa à proporcionalidade no texto constitucional em nada prejudica sua aplicação no Direito nacional, mormente porque caminha lado a lado com o princípio da isonomia. Porém, o mesmo autor (2000, p. 396) também consigna que não é o fato de inexistirem na Carta Política da nação expressas disposições acerca da proporcionalidade que fazem dela um princípio desprovido de positivação. Opera-se, assim, uma diferenciação entre o que é exposto e o que é positivo, ou seja, inserido na legislação, posto que diante de toda a vastidão das previsões jurídicas existentes na Constituição Federal de 1988 e que diretamente ligadas estão à noção de proporcionalidade, é impossível e descabido afirmar que se trata de um princípio não positivado no ordenamento.

É também sabido, em verdade, que o disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Brasileira assevera que o rol dos direitos e garantias fundamentais trazido pelos infundáveis incisos presentes no mesmo dispositivo, não é taxativo, existindo outros decorrentes da natureza do regime e dos princípios de Direito adotados pela própria Carta Constitucional, além de tratados internacionais dos quais a República venha a fazer parte. Ora, não haveria qualquer óbice em entender-se que também aqui há a presença do princípio da proporcionalidade, posto que ele é uma decorrência lógica do próprio regime jurídico adotado pelo constituinte de duas décadas atrás.

Por conta de tais afirmações, é possível concluir que o princípio da proporcionalidade, atualmente, afigura-se como um importantíssimo axioma do Direito Constitucional e base fundamental sobre a qual se assenta o Estado Democrático de Direito, que de forma alguma pode distanciar-se dos preceitos básicos trazidos por tão importante norma-princípio. É, em suma, corolário do movimento constitucional que ultimamente tem-se arraigado pelos modernos

sistemas jurídicos como caminho para que a supremacia das Constituições torne-se uma verdade. Logo, seria um verdadeiro despudor mental afastá-lo da cidadã Constituição Brasileira de 1988.

5.9 Subprincípios da Proporcionalidade

O assunto ora em destaque é oriundo da doutrina alemã e já foi objeto de menção passada neste mesmo trabalho. Com efeito, além de ter sido responsável por desenvolver o princípio da proporcionalidade fazendo com que ele alcançasse a conotação que hoje possui, foram os profícuos estudiosos do Direito Alemão os responsáveis por vislumbrar em toda a construção eminentemente filosófica que circunda o tema, três subprincípios da proporcionalidade, que são basicamente peças de um quebra-cabeça ou princípios menores por vezes chamados de subprincípios ou princípios parciais que, reunidos, conduzem à conotação mais ampla possível da proporcionalidade, tornando-o, ainda, uma norma altamente funcional.

Os aludidos subprincípios são merecedores de análise neste trabalho justamente porque a totalidade da doutrina nacional que versa sobre o assunto menciona-os como imprescindíveis partes integrantes do estudo acerca da proporcionalidade, sendo eles o *Grundsatz der Erforderlichkeit* (princípio da necessidade), o *Grundsatz der Geeignetheit* (princípio da adequação) e o *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* (princípio da proporcionalidade em sentido estrito). No que tange a este último subprincípio, a eventual confusão terminológica que pode em decorrência do mesmo advir deve ser dirimida nos moldes do que foi explanado anteriormente neste ensaio consoante a delicada questão da nomenclatura.

Com relação ao primeiro subprincípio, da necessidade, a observação que a princípio deve ser trazida à lume é que várias são as terminologias que são encontradas na doutrina para fazer referencia a ele. Pode-se citar as denominações princípio da exigibilidade, princípio da menor ingerência possível, princípio do meio mais moderado, princípio da indispensabilidade e princípio da intervenção mínima. Todos eles, porém, são expoentes da mesma ideia, qual seja, a de que uma determinada medida tomada pelo Estado deve conter o mínimo de interferência

possível na esfera de direitos fundamentais do cidadão, ou seja, uma restrição ou supressão dos direitos mais básicos e vitais de um indivíduo somente poderá ser verificada quando esta for absolutamente a única medida possível para a preservação de outro bem jurídico fundamental tutelado pelas normas jurídicas. Somente se consegue preservar e efetivar determinada disposição protetora quando da violação de algum direito de determinada pessoa, o que permite concluir que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado quando não houver outro caminho para se atingir a proteção que não a interferência nas garantias fundamentais de determinado cidadão. Sumariamente, não basta que uma determinada medida seja adequada ou apta ao fim que com ela se colima, mas, também, que ela traga o mínimo de interferência possível na seara dos direitos elementares constitucionalmente previstos. Eis os dizeres de Raquel Denize Stumm (1995, p. 79):

A idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível. É o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão que formulou a seguinte máxima: “o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo”, extraíndo-a “do caráter de princípio das normas de direito fundamental” (...). A opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo.

Pelo magistério da grande jurista, percebe-se que a necessidade absoluta da medida tomada pelo poder estatal é tão grande que demanda até mesmo prova no sentido de comprovação inequívoca de que a opção realizada pelo ente público foi realmente a única vislumbrável para, numa determinada situação, preservar determinado bem jurídico fundamental. Dentre as várias medidas que podem ser acatadas pelo Estado na tentativa de trazer restrições de direitos, pelo objetivo que for, deverá ele acolher a que menos consequências danosas trouxer ao indivíduo. Denota-se, assim, a existência de uma intensa relação entre custo e benefício em sede de princípio da proporcionalidade, posto que é intolerável a verificação de lesões de direitos quando medida menos severa poderia ter sido adotada na prática.

Complementando a lição trazida por Raquel Denize Stumm, estão as palavras sábias de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 190):

Com base no subprincípio em tela, o cidadão tem direito à menor desvantagem possível para a obtenção de determinado fim. Portanto, o meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou melhor, mais suave para os cidadãos. A medida, para ser admissível, deve ser estritamente necessária ao alcance do interesse público visado, ou não deve exceder os limites indispensáveis ao fim que almeja.

Deste modo, é pacífico que os interesses públicos relevantes podem autorizar uma restrição aos direitos fundamentais, mas jamais além do que é necessário para que os motivos ensejadores deste mesmo interesse público tenha seus objetivos satisfeitos e a busca pela segurança pública seja concretizada, tendo-se sempre em mente o fato de que uma lesão ao princípio da proporcionalidade somente será verificada quando os efeitos trazidos pela atitude limitadora de direitos fundamentais adotada pelo Estado forem excessivos quando confrontados com os fins perseguidos, tornando-se flagrante e latente a violação da equidade e da razoabilidade que são da essência do princípio da proporcionalidade.

Encerrando as digressões a respeito de tal subprincípio, necessário se faz mencionar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 411):

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, a adequação e necessidade não tem o mesmo *peso* ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*.

Pela lição dos eminentes estudiosos do Direito, conclui-se que a necessidade nada mais quer dizer do que a impossibilidade de que os mesmos efeitos alcançados com a utilização de determinada medida tivessem sido satisfeitos com a efetivação de medida diversa levada a efeito pelo poder público. Fazem eles ainda notória menção ao segundo subprincípio da proporcionalidade, que é o da adequação, dizendo que antes mesmo de se verificar a necessidade de um ato de poder coercitivo estatal, deve-se analisar a adequação do mesmo, pois somente a adequação é pressuposto para análise da necessidade.

Em sendo assim, analise-se agora a adequação. Este subprincípio é também comumente chamado de princípio da conformidade de meios, justamente

porque ele é responsável por operar uma análise dos meios que o Estado se utiliza para o alcance de seus objetivos. Neste contexto, é responsável por trazer o mandamento de que somente não se verificará, no caso concreto, violação do princípio da proporcionalidade, se o mecanismo restritivo de direitos utilizado do Estado for apto para o atingimento das finalidades pretendidas com a respectiva restrição. Do contrário, será a medida adotada inconstitucional por lesionar o princípio da proporcionalidade.

Ensina José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 269) que:

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes (...). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*. Este controlo, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controlo do *fim* das leis dada a liberdade de conformação do legislador.

Também Suzana de Toledo Barros (2000, p. 76) tece considerações importantes acerca dele:

Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a *adequação* dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade pretendida, pois se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.

Isto posto, é possível afirmar que o subprincípio da adequação está intimamente ligado à atividade legislativa, atuando como um importante limitador da outrora absoluta e onipotente discricionariedade parlamentar com relação à inovação do ordenamento jurídico. Todas as vezes em que o legislador se dispuser a atender determinado interesse social relevante e, para tanto, restringir ou suprimir direitos fundamentais, impõe-se que se estabeleça uma apreciação de como a medida em tese planejada irá conduzir ao fim pretendido. Em sendo, ela é válida e necessária, devendo prevalecer; do contrário não, pois seria possível obter os mesmos resultados com medidas diversas, menos drásticas, razão pela qual deve-se pugnar pela inconstitucionalidade do meio adotado. Imagine-se o exemplo do magistrado que se depara com um pedido de prisão preventiva formulado pela autoridade policial com fundamento na necessidade da mesma para a futura

aplicação da lei penal, em um delito cuja pena jamais ensejará recolhimento ao cárcere do eventual condenado dado seu montante abstrato; eis um claro exemplar de medida totalmente desprovida de adequação, não devendo, pois, ser verificada na prática. Eis as razões pela qual muito se fala em idoneidade da medida, ou seja, na conveniência da adoção de determinada máxima para o alcance de um dado objetivo fundado no interesse da coletividade.

E, por fim, há que se analisar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. O teor deste princípio encontra-se bastante ligado às noções de justiça, justa medida e razoabilidade da medida estatal. Nesta parcela da proporcionalidade, deve-se ter em mente, em primeiro lugar, que não é em todos os casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário, que a realização de valorações acerca da necessidade e da adequação de uma dada medida irão conduzir ao ideal do justo e do equânime para a situação em apreço, principalmente porque toda medida persecutória efetuada pelo Estado irá trazer algum constrangimento ao particular e, diante de uma determinada ação em especial, estes efeitos poderão muito superiores aos considerados normais para a satisfação do poder punitivo estatal.

Basicamente, trata-se de um subprincípio que demanda a verificação de razoabilidade recíproca entre os meios e os fins motivadores da medida coercitiva e restritiva de direitos. Acerca desta norma, Raquel Denize Stumm (1995, p. 80) assevera que:

Constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins. A questão que se deve avaliar é como e em que grau se pode justificar uma ponderação orientada ao Direito. Justificar significa mostrar que se está em sintonia com pauta valorativa do ordenamento jurídico.

Em sendo assim, pressupõe a proporcionalidade em sentido estrito uma avaliação sobre o quão proporcional é a medida escolhida pelo Estado para a verificação dos fins pretendidos. É pacífico que no momento em que o poder público age para beneficiar um interesse coletivo, alguns direitos fundamentais sofrem restrições, cabendo ao jurista a análise da correspondência de razoabilidade entre este mecanismo efetivador da ação estatal e o objetivo que a mesma possui. Na avaliação a se efetuar, deve ficar demonstrado que o Estado agiu com justiça e equidade na medida proposta, sendo que as lesões verificadas à esfera jurídica do

cidadão afetado não são superiores à normalidade verificada nos casos de perseguição estatal para a satisfação de interesses públicos. Com efeito, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 412) dizem que “a proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um *controle de sintonia fina* (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”, o que se liga diretamente à Lei de Colisão proposta por Robert Alexy e é interessante a partir de quando fazem menção à sintonia ou afinidade que deve existir entre o caminho e o destino, ou seja, entre os meios e os fins de uma medida estatal restritiva de direitos, o que contribui para repelir atuações desproporcionais do poder público, nem extremamente severa e nem branda a ponto de lesar a confiança da sociedade nas instituições democráticas nacionais.

A análise de tais subprincípios é importante no momento em que o princípio da proporcionalidade é procedimentalmente aplicado e, para tanto, de vital importância são os completos ensinamentos de Suzana de Toledo Barros (2000, pp. 181-182), que propõe um roteiro de perguntas que o jurista deve formular no momento da aplicação do princípio em estudo:

1ª Etapa: Constatação de que se trata de uma autêntica restrição. A) A conduta regulada pela lei está contemplada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental? Obs: A essa primeira questão, importa determinar se a aparente restrição refere-se, mesmo, a um direito fundamental, constitucionalmente previsto, ou se a um direito de categoria inferior. B) A disciplina contida na lei configura uma intervenção no âmbito de proteção de determinado direito? Obs: Cuida-se de determinar se se trata de mera conformação do direito ou se é mesmo uma autêntica intervenção restritiva. É necessário observar, também, que nem sempre o objetivo da lei é o de restringir um direito. A restrição pode ocorrer por forma transversa: a propósito de regular o exercício de um direito ou de conformar uma garantia institucional, a lei pode afetar outros direitos individuais ou valores constitucionais.

2ª Etapa: Verificação dos requisitos de admissibilidade constitucional da restrição. A) Existe autorização constitucional para essa restrição? Se se trata de restrição legal qualificada, foram observados os requisitos constitucionais previstos? Obs: A restrição, se autorizada, deve estar contida nos limites da autorização, pena de revelar-se inconstitucional. Em se tratando de restrição simples, prossegue-se à etapa seguinte. B) Em não existindo autorização constitucional expressa, identifica-se conflito ou colisão de direitos a justificar o estabelecimento de uma restrição? Obs: Cuida-se de identificar se se trata de limites imanentes.

3ª Etapa: Comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade. A) A medida restritiva adotada é apta a atingir o fim proposto? Obs: Cuida-se de aferir a adequabilidade da medida restritiva na relação meio-fim. O juiz deve levar em conta o momento em que o legislador tomou a sua decisão e o requisito mostrar-se-á atendido se se puder concluir que o meio escolhido contribui para o resultado pretendido.

B) Existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo? Obs: Uma medida pode ser considerada inexigível ou desnecessária na espécie, porque outra, menos limitativa, poderia ser utilizada com resultados iguais ou mais eficazes à consecução do objetivo. C) O sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar? Obs: Aqui se trata de verificar a proporcionalidade em sentido estrito, na busca do equilíbrio dos interesses enfrentados. A relação entre a carga de restrição e os resultados para o atingido e os beneficiários deve ser sopesada, de maneira a garantir uma medida, senão a mais justa, ao menos que não seja injusta. Procurar-se-á, portanto, examinar se o legislador não adotou cargas coativas desmedidas, desajustadas ou excessivas, ocasião em que poderá ser utilizado o conceito de “núcleo essencial”.

Desta forma, a verificação da presença dos subprincípios integrantes da proporcionalidade é o próprio caminho para a aplicação prática do mesmo. Primeiramente, constata-se a existência efetiva da colisão de direitos fundamentais; em seguida, apura-se a idoneidade da medida estatal adotada para a restrição dos mesmos direitos e, finalmente, se a referida ação estatal é necessária, adequada e proporcional aos objetivos dos interesses públicos que se pretende alcançar.

A título de conclusão, vale mencionar a lição extremamente didática de Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 174) no que diz respeito a estes três subprincípios que integram o conceito mais amplo do próprio princípio da proporcionalidade. Diz ele:

Os meios devem ser adequados para atingir o fim. Mas em que consiste, precisamente, a *adequação*? Os meios escolhidos devem ser necessários dentre aqueles disponíveis. Mas o que significa ser *necessário*? As vantagens da utilização do meio devem superar as desvantagens. Mas qual o sentido de *vantagens* e relativamente ao *quê* e a *quem* elas devem ser analisadas? Enfim, os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade.

Logo, os três subprincípios ou submáximas da proporcionalidade servem, precipuamente, para orientar o mecanismo pelo qual o operador do Direito irá aplicá-lo ao caso concreto.

5.10 O Garantismo e as Vertentes do Princípio da Proporcionalidade

Consoante outrora salientado neste trabalho, mais precisamente no momento em que se versou a respeito das variantes terminológicas atribuídas ao

princípio da proporcionalidade, este ensaio pugnará por defender a existência de duas vertentes ou faces da norma mencionada, quais sejam, a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.

Antes, porém, de iniciar-se uma análise mais pormenorizada de aludidos pilares sobre os quais se estrutura o teor da proporcionalidade, impõe-se uma digressão a respeito do garantismo ou doutrina das garantias. Após o advento da democrática Constituição Federal de 1988, difundiu-se no Brasil uma doutrina que já há certo tempo existia na Europa como decorrência, inicialmente, dos ensinamentos do jurista italiano Luigi Ferrajoli, e que de maneira bastante estreita liga-se à ideia básica trazida pelo princípio da proporcionalidade, consubstanciada no movimento garantista. Basicamente, o garantismo é um movimento que se opõe às medidas autoritárias e demanda a atuação racional do Estado no sentido de preservar os direitos dos cidadãos, com especial destaque para as garantias fundamentais, que no caso do Brasil estão elencadas, principalmente, no artigo 5º da Lei Fundamental, derivando daí a nomenclatura atribuída a tal corrente doutrinária. Neste sentido, é o ensinamento de Marina Gascón Abellán (2005, p. 22) apud Douglas Fischer (2011, s.p.):

El garantismo se opone, pues, al autoritarismo em política y al decisionismo em derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de la legalidad¹¹.

Também com pertinência, escreve Alexandre da Maia (2000, s.p.) que o objetivo primordial do garantismo é:

Criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado. Ou seja, o próprio Estado, que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito e todo o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Assim, mesmo com sua "potestade punitiva", o Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de direito.

Desta forma, o garantismo busca a efetiva democracia e o respeito ao princípio da legalidade como limitadores da atividade estatal, mormente quando esta se volta para a *persecutio criminis* e à restrição dos direitos fundamentais. Como

11 O garantismo se opõe, pois, ao autoritarismo na política e ao decisionismo no direito, demandando, frente ao primeiro, a democracia substancial e, frente ao segundo, o princípio da legalidade.

decorrência do movimento garantista, os réus deixaram de ser vistos e entendidos como meros objetos da atuação do Estado e passaram a ter o *status* de sujeitos de direitos, ao mesmo tempo em que os velhos dogmas do positivismo radical preconizado por Hans Kelsen caíram por terra, principalmente quando a obediência dos magistrados para com a lei deixou de ser cega e impensada, tornando-se racional e reflexiva, abandonando os juízes a posição de “bocas da lei” e passando a atuar na efetiva concretização das normas constitucionais de defesa da ordem jurídica e social, bem como da supremacia das normas constitucionais, preocupando-se e questionando a validade das leis frente aos postulados básicos da hermenêutica constitucional; é o garantismo quem defende a ausência, por parte do magistrado, da obrigação de aplicar uma lei inválida, em que pese esteja ela em estado de plena vigência.

Porém, um aspecto bastante importante do movimento garantista é que ele não se volta apenas à seara dos direitos fundamentais, individuais, e à atuação desmedida do Estado. Indo além, ele também se preocupa com os direitos coletivos e sociais e os deveres estipulados nas Cartas Constitucionais e que devem ser igualmente observados, tanto quanto as garantias fundamentais, para que se atinja o correto entendimento acerca dos objetivos que consistem o fundamento da existência de um dado Estado. Ora, não somente de direitos faz-se uma Constituição, mas também de deveres que deverão ser cumpridos e obedecidos cabalmente tanto pelo próprio poder público como pelos particulares no sentido de se criar condições favoráveis ao amadurecimento sócio-cultural dos cidadãos e das instituições democráticas fundantes do governo.

É óbvio, mas carece de maior desenvolvimento teórico, doutrinário e jurisprudencial, que não existe na Carta Magna apenas comandos de não-fazer por parte do poder público, impedindo sua atuação e colocando os direitos fundamentais individuais num pedestal tão alto que o Estado jamais poderia alcançá-los, desvirtuando uma de suas características mais evidentes, que é a relatividade e a ausência de caráter absoluto atribuído aos mesmos. Com efeito, a ausência de visão crítica na análise dos direitos fundamentais faz com que com os mesmos adquiram uma conotação impeditiva da atividade persecutória do Estado, fundamental para a manutenção da segurança pública, e não é este o objetivo nem mesmo do princípio da proporcionalidade. Não se quer, com isto, instituir no país um Direito Penal do Inimigo e tampouco aquilo que por alguns é denominado de punitivismo, ou seja, a

atividade punitiva irracional e exacerbada do poder público, mas apenas valorizar a segurança coletiva e a defesa dos bens jurídicos penalmente tutelados, mesmo porque as reprimendas impostas pelo Estado ao cabo de devidos processos legais, quando necessárias, adequadas e eficazes para prevenir e reprimir os ilícitos de qualquer natureza, são absolutamente necessárias para que o poder público reafirme seu poder e demonstre ao cidadão de bem que não compactua com violações das normas fundantes do Estado e valorizadas pela nação como mecanismo de viabilização da convivência social.

Em síntese, o garantismo tem por finalidade precípua a criação de uma imunidade dos cidadãos em face do poder punitivo estatal e não de uma impunidade; é direito básico de qualquer integrante de determinada sociedade a eficácia da prestação jurisdicional e segurança pública na medida do possível, mesmo porque o artigo 144 da Constituição Federal de 1988, que versa acerca de todo o poder de polícia no Brasil, é responsável por trazer, além da determinação detida pelo Estado no sentido de coibir as práticas criminosas, a determinação para que ele regularmente apure referidas ocorrências e imponha ao respectivo autor das mesmas e devida punição.

Ditas tais palavras, analisem-se as proibições de excesso e de infraproteção, as duas vertentes do princípio da proporcionalidade.

5.10.1 A proibição de excesso

A proibição de excesso, durante muitos anos, foi confundida com o próprio princípio da proporcionalidade, justamente por trazer em seu bojo um garantismo negativo. A proibição de excesso, como corolário do princípio da proporcionalidade, prega que o Estado não pode atuar de maneira excessiva ou abusiva no momento em que age em busca da concretização de suas finalidades. Neste contexto, asseveram Vinícius de Melo Lima e Carolina de Melo Lima (s.d., p. 25) que:

Nessa esteira, os subprincípios constitutivos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito – atuam como mecanismos a refrear o *jus puniendi*, de tal modo a buscar um equilíbrio entre o ato do Poder

Público e a correspondente limitação ou restrição aos direitos fundamentais do cidadão.

Também Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 157) manifestou-se acerca da vertente da proibição de excesso do seguinte modo:

A promoção das finalidades constitucionais postas possui (...) um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.

Desta forma, a proibição de excesso é um argumento a ser invocado pelo cidadão no intuito de frear a atuação estatal, o que é a própria raiz da expressão “garantismo negativo”, já que se cuida de uma vertente utilizada para coibir a atuação do Estado e não estimulá-la, como há na proibição de insuficiência. Historicamente, sempre foi um dos argumentos constitucionais utilizados pelas defesas de réus perante o Poder Judiciário no intuito de justificar a concessão de enorme gama de direitos aos mesmos, o que, em que pese ser medida dotada de significativa importância, visava, no mais das vezes, conduzir à impunidade nos casos concretos, denotando uma incômoda fragilidade no Poder Judiciário. Trata-se de um preceito normativo que proíbe que o Estado, no momento em que este vier a agir impelido pela vontade de concretizar seus objetivos, de restringir em excesso os direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, porém, da origem e do contexto histórico no qual as ideias de proporcionalidade tiveram seu germe. Todas as minúcias que cercam a norma em estudo, bem como todos os direitos fundamentais, inicialmente surgiram como barreiras da atuação de um Estado arbitrário e dantesco, que ignorava os direitos mais básicos de todos os cidadãos em detrimento de uma minoria privilegiada sob a alegação de vontade divina. Eis um aspecto para o qual se atenta José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 49):

A visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa está de acordo com o momento histórico de seu nascimento no qual as ameaças provinham, essencialmente, de fontes estatais.

Bastante interessante a concepção trazida pelo doutrinador, que traz a ideia de direitos fundamentais como direito de defesa. Neste aspecto, justifica-se em

parte a utilização maciça da proporcionalidade como uma arma contra o poder público: na gênese do mesmo, o Estado era o maior inimigo do cidadão. Através dele, todos os subprincípios e preceitos básicos do princípio da proporcionalidade se mostram de modo bastante claro, posto que, efetivamente, os teores de ambas as assertivas, de proibição de excesso e da própria proporcionalidade, se mostram bastante próximos. Ainda sobre a questão dos direitos fundamentais “de defesa”, como ressaltado logo acima, estavam eles inseridos na luta constante dos advogados brasileiros na busca da manutenção da liberdade de seus defendidos, dispondo de uma enorme gama de normas constitucionais que poderiam ser invocadas nas mais variadas situações, deixando a árdua tarefa da acusação embasada somente por normas de natureza infraconstitucional.

No Brasil, a verificação prática desta vertente do princípio da proporcionalidade adquiriu menção expressa por parte das cortes de justiça pátrias na forma do crime de bagatela, tradutor de outro princípio, desta vez, uma norma geral do Direito Penal, que é a insignificância. Como ensina Fernando Capez (2010, p. 443):

O Direito Penal não cuida de bagatelas, nem admite tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Se a finalidade do tipo penal é tutelar bem jurídico, se a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível proceder-se ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.

Desta forma, o princípio da insignificância ou bagatela é um postulado penal que muito se relaciona à proibição de excesso, a partir do momento em que veda a ação persecutória estatal voltada ao alcance de crimes que, diante de sua absoluta incapacidade de lesar o bem jurídico tutelado pela norma de direito material, não preenchem nem mesmo os requisitos da tipicidade. Ataca, assim, a própria tipicidade, requisito básico de um fato a ser considerado crime.

No que tange ao contexto de sua aplicação, é possível invocar a proibição de excesso todas as vezes em que se fizer necessária a restrição de um determinado direito fundamental do jurisdicionado. O único requisito por tal postulado demandado, pois, é a existência de um direito fundamental sendo restrito de maneira excessiva. Explicando esta aplicabilidade da proibição de excesso, Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 158) assevera que:

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada).

Em sendo assim, não há que se falar, no momento em que se está diante de uma restrição de direitos fundamentais, na finalidade legítima da mencionada restrição e nem no interesse coletivo e majoritário que trariam justificativa para a medida. Em tais circunstâncias, a aferição da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito voltam-se apenas para conceder supedâneo à máxima de que não é possível conceder o Poder Judiciário beneplácito à restrição excessiva de direitos fundamentais, pouco importando quais as razões que a motivam, sendo esta a verdadeira essência do postulado da proibição de excesso.

5.10.2 A proibição de infraproteção

Eis uma máxima de valor inestimável para o trabalho ora em desenvolvimento. Acerca deste importante princípio, norma geral de Direito Constitucional, inicialmente há que se observar suas múltiplas denominações, posto ser ele também conhecido como proibição de insuficiência ou princípio da vedação à proteção deficiente ou vedação à infraproteção, mas que, em suma, traduzem a mesma ideia e dispensam maiores considerações justamente por tratar-se de questão meramente terminológica e que não influi na essência desta magna vertente da proporcionalidade.

Para compreender o real significado e objetivo da proibição de insuficiência ou de infraproteção, é necessário partir da premissa de que os direitos fundamentais e sua doutrina foram criados com um caráter bastante eminente de resposta às arbitrariedades cometidas pelo Estado no momento da execução de suas funções típicas. Foi, com efeito, para refrear os ânimos exaltados daqueles a quem incumbia o controle da administração pública que primeiro se falou em

proporcionalidade, mais precisamente na sua vertente da proibição de excesso, mecanismo adequado para conferir aos direitos fundamentais uma certa áurea de “escudo” a ser utilizado pelos cidadãos contra o Estado, justamente porque nos idos do século das luzes, onde tais discussões iniciaram, era o Estado o maior opressor de tais aludidos direitos fundamentais. Absolutismo monárquico, totalitarismo, tiranismo, parecia que naquele início de século XIX o Estado estava obcecado com a glória através da guerra e da força através da destruição das garantias mais elementares das pessoas humanas que, desprovidas de um mínimo de conhecimento e cultura necessários para fazê-los lutar de maneira eficaz com vistas à consecução de promessas quase nunca observadas, sofriam com a doutrina do Estado Mínimo, que pregava a menor interferência estatal possível na seara da vida privada das pessoas.

Contudo, o contexto histórico atual é totalmente outro, valendo para ele a afirmação realizada por José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 49):

Na sociedade contemporânea, porém, as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provêm exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Sendo assim, os direitos fundamentais passaram a desempenhar, ao lado de suas funções tradicionais, também uma função de defesas contra ameaças e agressões aos direitos fundamentais com origem em outros centros de poder, não estatais.

Com bastante razão, é mister ter em mente o fato de que atualmente o Estado abandonou seu papel de vilão dos direitos fundamentais, até mesmo em face dos modernos preceitos neoconstitucionais já mencionados neste trabalho, substituindo-os o poder privado, o poder das pessoas que, sozinhas ou em bandos, promovem violações aos direitos fundamentais de seus companheiros na vida em sociedade; vejam-se os recentes ataques aos milicianos do Estado de São Paulo perpetrados por organizações criminosas que se utilizam da fragilidade do arcabouço punitivo estatal para efetivar seus intentos, tal qual ocorrera já no ano de 2006. Tudo isto colima na afirmação de que os direitos fundamentais não podem ser vislumbrados mais, apenas e tão somente, como direitos de defesa, voltados a restringir a atuação do Estado, mas também cabe para eles a função de estimular a ação estatal com vistas a coibir as violações à seara subjetiva dos direitos de determinada pessoa. Ora, é certo e pura medida de isonomia que os direitos

fundamentais obstaculizem não apenas a ação estatal, mas também a ação privada que vise a reduzi-los ou dilacerá-los e, neste último caso, eles se revestem de verdadeiro garantismo positivo, estimulando a atuação do Poder Jurisdicional com vistas a evitar que a impunidade e a insegurança façam com que as sólidas instituições estatais caiam na descrença popular e passem a ser vistas como meras falácias do poder constitucional.

Ao lado de tais preceitos, bastante importante consignar ainda que este dever de atuação do Estado com vistas a não compactuar com as lesões aos bens jurídicos fundamentais tutelados pela legislação constitucional e infraconstitucional e reprimir de maneira suficiente e necessária as violações aos mesmos, é resultado da constatação de que os direitos fundamentais possuem aquilo que a doutrina alemã chama de *objektivrechtliche Gehalt*, ou seja, conteúdo jurídico-objetivo. Isto quer dizer que a partir do momento em que é pacífico que os princípios são normas e possuem inegável força normativa que influencia toda a ordem jurídica vigente no Estado, é necessário que este tome todas as medidas possíveis para a sua concretização. Tal afirmação é resultado da própria modificação da natureza dos direitos fundamentais em virtude da alteração substancial do papel do Estado como interventor e possibilitador da concretização dos mesmos. Assevera José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 51) que:

Enquanto os direitos fundamentais como direitos de defesa contribuem para a manutenção do *status quo*, dos direitos fundamentais como direitos objetivos deriva um impulso de mudança, estando voltados ao futuro, enquanto aqueles estão voltados ao passado e tem função conservadora.

Trata-se, então, este componente jurídico-objetivo que é marco dos direitos fundamentais, do grande responsável por fazer com que eles possam ser abarcados pelas mudanças verificadas no seio da sociedade e adapte-se a elas, acompanhando-as. Entretanto, há que se ter sempre em mente o fato de que a função dos direitos fundamentais como mecanismos de estímulo ao exercício da atividade estatal com vistas a coibir e repreender as violações dos bens jurídicos relevantes ao Direito de modo algum anula ou supera a função que estes desempenham como direitos de defesa, posto serem ambas as funções plenamente compatíveis e até mesmo porque em sede de direitos fundamentais, todas as construções jurídicas desenvolvidas acerca dos mesmos devem ter por razão de ser

sempre a expansão dos mesmos e jamais a supressão de utilidades e finalidades da carta de direitos da nação. Tal assertiva já foi objeto até mesmo da atenção de Peter Haberle (1986, p. 603), apud Baltazar Júnior (2010, p. 53):

Dogmaticamente será necessário não apenas um “pensamento dos limites”, mas também um “pensamento das tarefas”: direitos fundamentais regulam, como antes, limites do Estado Constitucional, também para as suas “tarefas estatais”; eles circunscrevem, porém, também tarefas positivas para ele em um verdadeiro “pensamento de competência orientado aos direitos fundamentais”. Ao contrário da determinação de objetivos estatais em sentido tradicional, esse aspecto dos direitos fundamentais constitui, no entanto, apenas um elemento dos direitos fundamentais, enquanto às determinações de objetivos estatais puramente jurídico objetivas corresponde um caráter unidimensional.

Também Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 107) ressalta que:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior *densificação*, *notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal*, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Ressaltada e inequívoca, assim, a compatibilidade de finalidades entre as duas vertentes que o princípio da proporcionalidade apresenta e que devem ser utilizadas para que a própria essência desta norma seja alcançada na prática, de modo a jamais se atentar mais à proibição de excesso do que a proibição de insuficiência, uma vez que há inequívoco dever público na tomada de medidas operacionais práticas e legislativas que resguardam os direitos fundamentais de ataques de terceiros particulares.

Todos estes preceitos, contudo, são oriundos da recente doutrina alemã e extremamente novos no ordenamento jurídico nacional, havendo até mesmo considerável quantidade de terminologias germânicas que não possuem adequada tradução para o idioma nacional. O que é fato e objeto de pacificidade por parte daqueles estudiosos vanguardistas que se lançam a uma análise mais detida do tema¹², é que o mencionado conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais

¹² Dentre eles, é possível citar Konrad Hesse, Claus Dieter Classen, Hans Jarass, Klaus Stern, Johannes Dietlin, Eckart Klein, Hans-Uwe Erichsen, Martin Borowski, Claus Wilhelm Canaris, Ingo von Münch, Peter Unruh e Lothar Michael.

enseja a criação de um dever ou obrigação de proteção por parte do Estado quanto ao resguardo de garantias elementares e básicas dos cidadãos, que não podem ser deixados desamparados frente aos novos polos de agressão à seara subjetiva de seus direitos e que, atualmente, estão longe de residirem apenas na própria atuação do poder público. A própria expressão “proibição de insuficiência” faz menção mais aos direitos dos jurisdicionados do que às obrigações estatais. Frise-se, neste ponto, que não há qualquer diferença entre uma intervenção estatal indevida nos direitos fundamentais de determinada pessoa e sua omissão no que diz respeito à tutela destes mesmos direitos quando de uma lesão a eles provocada por terceiros; ora, de todo modo não houve um prejuízo ao cidadão? As condutas do Estado, assim, são ambas negativas e conduzem ao prejuízo do jurisdicionado, o que não pode jamais ser verificado sob pena de contrariedade e atentado à ordem constitucional vigente, razão pela qual a proibição de excesso anda lado a lado com a proibição de infraproteção, colimando na correta aplicabilidade do princípio da proporcionalidade. De fato, atentando-se para esta equivalência de violações dos deveres de proteção do Estado tanto com condutas positivas quanto negativas, bem como explicando-a em parte a origem da proibição de insuficiência, asseverou Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 132) que:

O Estado também (...) poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

No que diz respeito à obrigatoriedade do cumprimento, por parte do Estado, de seu dever de proteção, esta é alcançada com a simples constatação de que o princípio da proporcionalidade é uma norma, dotada, portanto, de força cogente e imperativa a ser observada por todos os cidadãos, inclusive pelo próprio poder público e que, como tal, concede ao Poder Judiciário embasamento para, sozinha, sustentar decisões emanadas do exercício da jurisdição. Se assim não fosse, ou seja, se este importante marco do Direito Constitucional não tivesse que ser necessariamente observado, seria possível até mesmo que o legislador

procedesse à descriminalização maciça de certas condutas típicas, fato que atualmente somente não se verifica em virtude da obrigação detida pelo Estado em defender os bens jurídicos fundamentais.

A primeira Carta Constitucional que expressamente falou neste dever de proteção, garantismo positivo, que abarca o poder público foi a atual Lei Fundamental da Alemanha, que o fez de plano em seu primeiro artigo. A Constituição Federal de 1988, atual carta de direitos do povo brasileiro, não possui menção expressa ao princípio da proibição de insuficiência justamente porque, como já assinalado alhures, não trouxe previsão expressa do princípio da proporcionalidade, sendo este atingido apenas mediante manobras de exegese e hermenêutica jurídica, com base em enorme gama de dispositivos constitucionais.

O referido texto legal germânico impõe ao Estado alemão o supremo respeito à dignidade da pessoa humana e, diante da amplitude de sua redação, permite concluir que este respeito não se deverá verificar apenas de maneira negativa – limitação da atividade estatal, ou seja, não pode o Estado tomar ações que reduzam ou violem a dignidade da pessoa humana – mas também de maneira positiva – criando verdadeiro dever de proteção ao Estado, que deverá adotar todo e qualquer mecanismo adequado para fazer prevalecer, diante de um dado caso concreto e das necessidades públicas eventualmente verificadas, esta dignidade da pessoa do cidadão, protegendo-a de agressões provenientes de quaisquer terceiros que osem injustificadamente interferir na sua esfera jurídica particular. Este importante dispositivo do artigo 1º da Lei Fundamental da Alemanha foi mais adequadamente interpretado, de modo a colimar no verdadeiro sentido de proibição de insuficiência, quando o Tribunal Constitucional daquele país foi provocado a emitir uma decisão acerca da constitucionalidade do crime de aborto, no dia 25 de Fevereiro de 1975. De acordo com José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 55):

O ponto central da referida decisão é de que o direito à vida, garantido também ao nascituro, impõe ao Estado um dever de proteção e estímulo que determina a proteção contra agressões indevidas de quaisquer terceiros, incluída aí a própria mãe. Na referida decisão, lê-se: O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele proíbe não apenas – por certo – agressões imediatas por parte do Estado à vida em desenvolvimento, mas requer também que o Estado proteja e estimule a vida, o que quer dizer, sobretudo, protegê-la contra agressões antijurídicas por parte de terceiros.

Logo, a partir do momento em que se decidiu que a tipificação penal do aborto é totalmente constitucional e não viola nenhum direito fundamental da gestante, decidiu-se na Alemanha que o Estado possui um dever de proteger da forma mais ampla possível o direito à vida. Decorrência lógica disto é que a descriminalização do aborto feriria frontalmente o garantismo positivo que é dever precípua e fundamental do Estado. O Tribunal Constitucional Alemão, porém, não encerrou suas digressões a esta magna vertente do princípio da proporcionalidade nestas palavras, já que, numa segunda decisão acerca do crime de aborto, desta vez em 28 de Maio de 1993, foi pacificado o dever estatal de adoção de medidas de ordem fática e normativa suficientemente fortes para que a proteção aos bens jurídicos fundamentais seja efetivada e concretizada de maneira oportuna e eficaz, combinando-se tanto medidas de prevenção quanto de repressão.

Posteriormente, a discussão acerca da proibição de infraproteção foi estendida para campos diversos do ordenamento jurídico, como a proteção da sociedade contra ações terroristas, a defesa do meio ambiente quanto a usinas nucleares e ao trânsito de aeronaves sobre áreas residenciais em altitudes muito baixas. E além destes, claro, firmou-se um dever de proteção tido pelo Estado com relação a todos os demais direitos fundamentais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de maneira expressa acerca da proibição de insuficiência, mas está próximo de fazê-lo. Isto porque atualmente se encontra em tramitação perante o Pretório Excelso a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.301. Ajuizada em Setembro de 2009 pela Procuradoria-Geral da República, a referida ação, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, questiona a constitucionalidade da transformação, por parte da Lei nº 12.015, de 7 de Agosto de 2009, do crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, em crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, em detrimento à redação anteriormente vigente, que previa para as mesmas situações a ação penal pública incondicionada. Para a cúpula do Ministério Público Federal, esta nova previsão legal trouxe, primeiramente, a violação da dignidade da pessoa humana e, em seguida, a violação da proibição de proteção deficiente em virtude do artigo 5º, inciso LIV da Constituição de 1988. Quando do julgamento desta ADI, que ainda não possui previsão para ocorrer, a Corte Constitucional brasileira irá pacificar o entendimento e a aplicação da proibição de insuficiência dentro do arcabouço jurídico-normativo pátrio, esperando-se, com isso,

que sua aplicabilidade adquira maior *status* e transforme-se ele, diante de sua extrema importância, em instituto conhecido de todos os juristas e que receba, assim, a aplicação que ele merece diante das premissas que o integram.

A proibição de insuficiência, porém, não está livre das críticas que necessariamente pairam sobre muitos institutos jurídicos. A primeira delas diz respeito a autonomia da proibição de infraproteção em face à proibição de excesso. Esta inicial crítica à referida vertente do princípio da proporcionalidade deriva das construções de Karl-Eberhard Hain (1993, p. 983), que afirma, apud José Paulo Baltazar Júnior (2010, pp. 56-57) que:

A chamada *tese da congruência*, também chamada *tese da convergência* ou solução pelo direito de defesa, nega a autonomia da proibição de insuficiência, que seria mero reflexo da proibição de excesso, de modo que a teoria do dever de proteção nada aportaria à teoria dos direitos de defesa. Para essa corrente, a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo conduziria aos mesmos resultados pretendidos com a proibição de insuficiência.

Por este ponto de vista, não haveria significativas diferenças entre a proibição de excesso e de insuficiência em virtude do fato de que o objeto máximo da proibição de excesso corresponderia exatamente ao mínimo requerido pela proibição de infraproteção. Parece mais correto acreditar, porém, que esta crítica não se justifica, justamente porque a vertente da proibição de excesso sempre é verificada em face de um determinado ato legislativo existente e dotado de concretude, voltando-se a seu conteúdo, ao passo que a proibição de infraproteção caracteriza-se como um problema externo à legislação, responsável por questionar a adequação de determinada medida tomada ou negada pelo poder público quanto à necessidade de proteção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a proibição de excesso é parâmetro para aferição de medidas que já foram tomadas ou omitidas, ao passo que a proibição de insuficiência ou infraproteção determina a adoção de medidas futuras ou presentes por parte do Estado, de sorte que se volta a uma omissão já verificada pelo poder público e não a uma conduta excessiva por ele exteriorizada, como nos casos de proibição de excesso. Explica José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 57):

Mais que isso, ao contrário do que se dá na proibição de excesso, na proteção deficiente, a relação não é bipolar, entre Estado e cidadão. Entram em cena aqui particulares que atentam contra o direito fundamental de outro

particular, em uma relação triangular (...) na qual o Estado é visto como o garante do direito, e não como o seu inimigo, o titular do direito fundamental (...) ou vítima e o perturbador em potencial.

Também Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 132) assevera sobre esta questão, nos seguintes moldes:

A violação da proibição de insuficiência (...) encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão.

E mais à frente arremata (2005, p. 135):

A despeito de uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados, não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, na sua aplicação em relação aos direitos fundamentais na sua função defensiva (como proibições de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção.

Logo, pode-se extrair que a proibição de excesso visa atos pretéritos, ao passo que a proibição de insuficiência faz menção à omissão do Estado, ou seja, ausência da prática atual de condutas e que devem ser corrigidas no futuro. Ademais, as naturezas das questões que envolvem ambas as vertentes da proporcionalidade são bastante distintas, de forma que o reconhecimento pelo Estado dos direitos do violador em momento algum o isenta de tutelar o direito do lesado a uma resposta ou ação estatal firme no sentido de, ao menos, minimizar as suas perdas, o que torna totalmente improvável e incorreta a união de proibição de excesso e de insuficiência. Outro argumento que pode ser utilizado para refutar esta tese da congruência é a perspectiva através da qual as vertentes do princípio da proporcionalidade são vislumbradas, justamente porque a proibição de excesso é suscitada pela óptica daquele que tem sua esfera de direitos invadida pelo Estado de maneira arbitrária, ao passo que a proibição de insuficiência é vislumbrada através daquele que teve sua seara jurídica subjetiva violada por um terceiro particular, de modo a provocar o Estado a agir para tutelar seus direitos

fundamentais de maneira efetiva. Finalmente, dirimindo quaisquer eventuais dúvidas acerca da questão, está o dizer de Johannes Dietlin (1995, p. 138) apud José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 59):

Para a relação entre proibição de excesso e proibição de insuficiência vale em princípio o seguinte: a proibição de insuficiência diz somente se o legislador persegue o objetivo a ele colocado com meios proporcionais, mas não diz sem e em que medida a perseguição desse objetivo ou a utilização dos meios é determinada ou mesmo exigida. Da proibição de insuficiência não resulta, em consequência, nenhum prejuízo para a prova da proibição de excesso.

Pacífico, então, que proibição de excesso e de insuficiência não se confundem, mas, ao contrário, complementam-se para dar efetividade à dignidade da pessoa humana; há que se atentar, ainda que brevemente, à compatibilidade entre proibição de excesso e de insuficiência, outro ponto que suscita certa polêmica entre os doutrinadores que discorrem acerca das facetas do princípio da proporcionalidade. Este é, aliás, um ponto extremamente delicado nas tratativas a respeito da proibição de insuficiência, justamente porque para que o Estado seja estimulado a agir promovendo a concretização de seu dever de proteção, necessariamente serão restringidos direitos fundamentais daquele que agrediu a seara jurídica de outrem. Dada esta inegável realidade, necessário se faz afirmar que o poder público deve agir com extrema cautela no momento em que efetivar o dever de proteção, já que a interferência na esfera de direitos fundamentais do agressor não deverá ser demasiada sob pena de violação da própria proibição de excesso, ou seja, significativa doutrina acredita ser a proibição de excesso um limitador da proibição de insuficiência. Em todo caso, por tratarem-se as disposições relativas a direitos fundamentais no mais das vezes de normas consubstanciadas em princípios, vele ressaltar que, quando numa determinada situação concreta, encontrar-se o jurista diante de uma situação na qual se encontrem em conflito o dever de proteção do Estado e o dever de tutela dos direitos fundamentais do agressor, deverá haver uma ponderação dos valores em análise para a aferição de qual deles deverá prevalecer naquela situação. Com efeito, este é o mecanismo historicamente consagrado de resolução de colisões de princípios, razão pela qual não há porque olvidá-lo no momento em que se descortina uma situação na qual esteja em discussão a prevalência da proibição de excesso ou de insuficiência.

Josef Isensee (1983, p. 47) apud José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 61) assevera sobre esta questão nos seguintes termos:

A colisão entre direitos de defesa e de proteção poderá ocorrer, no entanto, no momento de sua aplicação a casos concretos, sem que daí decorra uma incompatibilidade entre os dois conceitos. Impõe-se, em tais casos, que representam uma colisão entre direitos fundamentais, a ponderação, na busca da concordância prática.

Entretanto, surge a dúvida: como realizar este sopesamento de valores em jogo no caso concreto se as Constituições não estabelecem em seu bojo uma ordem ou hierarquia de valores? Esta ocorrência é superada quando se atenta para esta possível escala ou hierarquia de valores de maneira conjunta à própria teoria geral dos princípios. Na verdade, deve-se ter em mente o fato de que “valores” é uma terminologia um tanto quanto errônea, já que fazem menção a normas cuja natureza é axiológica, ou seja, versam sobre aquilo que é melhor, ao passo que os princípios se caracterizam como espécies de normas de natureza deôntica, apontando para aquilo que *deve ser*. Por esta razão, os princípios concedem um menor espaço para o cometimento de falhar por parte do jurista no momento em que ele lida com divergentes valores constitucionais e quando se falar em hierarquia de valores, deve-se ter em mente a necessidade de realização de verdadeira aplicação da teoria da ponderação.

5.10.2.1 A concretização da proibição de infraproteção

Uma vez analisada a diferença e compatibilidade entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, consubstanciada no dever de proteção do Estado, que basicamente consiste no fato de que a primeira objetiva uma ocorrência já verificada levada a efeito pelo poder público e a segunda volta-se a medidas que deverão ser tomadas pelo Estado no intuito de fazer prevalecer o dever de proteção da sociedade, impõe-se uma análise de como esta vertente do princípio da proporcionalidade é aplicada na prática.

No que diz respeito ao destinatário de tais postulados, este é o Estado, aqui considerado em todas as áreas em que atue como detentor de poder público,

mormente o Poder Legislativo. Diz-se, neste contexto, ser o Poder Legislativo o destinatário principal do dever de proteção porque, como é o mesmo o grande responsável por promover a inovação do ordenamento jurídico, cabe a ele conceder embasamento jurídico-normativo para que os Poderes Executivo e Judiciário possam atuar contra os atos que lesem ou exponham a perigo de lesão os bens jurídicos fundamentais; é ao legislador que cabe a função de reduzir o elevado nível de abstração dos princípios através da edição de leis, que possam de maneira relativamente segura informar aos magistrados o quão estão os mesmos imbuídos e obrigados ao dever de proteção dentro de um determinado assunto em especial. A afirmação de que o dever de proteção deve ocorrer primordialmente através da lei, aliás, foi objeto de atenção de Peter Unruh (1996, p. 23) apud Baltazar Júnior (2010, pp. 61-62):

Há um amplo consenso sobre o fato de que o cumprimento dos deveres de proteção deve dar-se primordialmente por meio das leis respectivas. Isso decorre da base da teoria do triângulo jurídico-fundamental já dá ideia de que a proteção jurídico-fundamental de um sujeito de direito está ligada necessariamente com a restrição na posição jurídico-fundamental de no mínimo um outro sujeito de direito. Esse tipo de restrição em posições jurídico-fundamentais somente são permitidas de acordo com os padrões do Estado de Direito, quando elas puderem estar fundadas em uma lei.

Em sede da atuação do Poder Legislativo com vistas à satisfação, através da edição de normas, do garantismo positivo promovido pela vertente pró-acusatória do princípio da proporcionalidade, insta consignar que ele é dotado de um extenso poder de conformação em razão do fato de que a concretização da proibição de insuficiência é uma atividade de natureza muitíssimo complexa e que possui diversos caminhos ou métodos para que possa ser atingida, restando ao legislador optar por qual deles escolher no momento em que proceder à satisfação do dever de proteção. Além disso, a partir do momento em que se atenta ao fato de que os membros do Poder Legislativo ascendem a seus cargos por democracia, estando eles imbuídos de autêntica aprovação popular para o exercício de sua função típica, deve caber a eles a primazia no momento de desenvolver mecanismos de proteção aos direitos fundamentais, que são dotados de uma inegável ampla carga social e política. Ademais, determinou a Carta Constitucional a partir do momento em que realizou a previsão de princípios os fins que devem ser alcançados, mas não os meios pelos quais estas finalidades serão alcançadas,

cabendo ao legislador o exercício da prerrogativa de deliberar acerca deste meio para o alcance do objetivo que se colima.

O amplo espaço de conformação do legislador, neste contexto, é o grande responsável por extirpar qualquer solução uniforme para os casos em que proibição de insuficiência e de excesso aparentemente se chocam e se confrontam, ensejando a necessidade de aplicação à situação da teoria da ponderação, como já anotado alhures, uma vez que os deveres de proteção do Estado estão consubstanciados em sua esmagadora maioria em normas principiológicas. De fato, não há como estabelecer qualquer espécie de solução predeterminada para tais ocorrências, cabendo ao legislador, em sede do exercício de seu poder de conformação, estipular algumas situações especiais nas quais um determinado “valor” deverá prevalecer sobre outro com vistas à concretização do dever de proteção.

Na lição de Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 178), o Poder Executivo segue o Legislativo nesta maior margem de conformação para a concretização da proibição de infraproteção, afirmando ainda que esta maior margem de atuação de tais poderes abarca todo o princípio da proporcionalidade de maneira geral e não apenas esta vertente em especial. Eis suas contundentes conclusões:

A administração e o legislador tem o dever de escolher o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* meio para atingir o fim, ou tem o dever de escolher um meio que “simplesmente” promova o fim? A administração e o legislador tem o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim.

As razões para tanto, segundo ele, iniciam-se com o privilégio de acesso a determinadas situações por parte do Executivo e do Legislativo, circunstância que não existe para o Poder Judiciário principalmente em razão de ser ele fortemente marcado pela inércia, atuando apenas e tão somente no momento em que provocado para tanto pelo jurisdicionado. Há que se mencionar ainda o fato de que a separação de poderes existente no Estado Brasileiro exige que as vontades objetivas dos Poderes Executivo e Legislativo sejam respeitadas de modo a manter-se um mínimo indispensável de liberdade nas escolhas de decisões que dizem respeito às funções típicas dos mesmos. E, finalmente, tais poderes

encontram-se mais aptos para a análise de todas as opções que no caso concreto se mostram possíveis para o alcance do fim que é colimado.

Note-se, contudo, que o poder de conformação do legislador é deveras amplo, mas jamais ilimitado, incontrolável ou absoluto, já que não pode jamais deixar de corresponder às expectativas de ação estatal e nem fazê-lo de maneira arbitrada e desmedida, de modo a causar interferências desnecessárias na seara jurídica do particular. Com efeito, nos casos em que se verifica a adoção de medidas incompatíveis com a finalidade precípua de defesa dos direitos fundamentais, haverá uma violação estatal do dever de proteção que enseja a possibilidade de demanda imediata de ação por parte do Poder Judiciário com vistas à correção ou saneamento da medida.

Contudo, como dito, também os Poderes Executivo e Judiciário estão abarcados pelo dever de proteção e devem lutar pela sua concretização e efetivação, justamente porque é pressuposto de tal vertente da proporcionalidade que absolutamente todos os órgãos estatais encontrem-se empenhados na luta contra as violações dos direitos fundamentais. Com efeito, ainda que tal premissa não esteja expressa na Carta Constitucional vigente, ela é implícita e obtida através de uma interpretação teleológica de várias disposições nela contidas, mormente a dignidade da pessoa humana.

Outro embasamento que reforça tal afirmação é o fato de que não basta, por óbvio, a edição de uma legislação para a concretização do dever de proteção, mas também a sua aplicação prática, posto caber, neste ponto especialmente ao Poder Judiciário, zelar pelo efetivo cumprimento das normas vigentes, aplicando as cabíveis punições para os violadores das mesmas.

Finalmente, assevere-se que o magistrado que concede a uma determinada norma uma interpretação que vai no sentido totalmente oposto àquele da máxima proteção concedida pelo Estado, viola tanto a proibição de insuficiência quanto o legislador que se omite na edição de normas protetivas. Incumbe aos juízes, em decorrência das máximas pregadas pela proibição de infraproteção e também pelo moderno pensamento neoconstitucional, promover interpretações das normas vigentes em sentido compatível a jamais tolerar que uma violação a determinado direito fundamental permaneça impune e torne a verificar-se. A atividade jurisdicional como um todo deve pautar-se sempre na máxima de que as lesões ou ameaças de violações a direitos fundamentais não podem jamais receber

o beneplácito do Poder Judiciário através da omissão e inércia por parte deste em oferecer e assegurar tutela jurisdicional, e mesmo quando este não realiza, na omissão do legislador, uma interpretação conjunta de todo o arcabouço normativo consubstanciado nas regras e princípios atualmente em vigor no ordenamento jurídico, para atingir uma resposta suficiente e necessária à reprovação e prevenção das práticas lesivas aos bens jurídicos fundamentais, circunstância que é expressamente mencionada no artigo 59 do Estatuto Penal Repressivo brasileiro. É, com efeito, possível que o legislador não tenha consagrado expressamente uma determinada prática no conjunto de leis da nação, mas é certo que pode ter vislumbrado e elencado na lei institutos autônomos, independentes e, a princípio, totalmente desprovidos de correlação uns com os outros, mas que, quando de uma análise mais detida, adequam-se perfeitamente e conduzem à criação de um instituto totalmente novo e apto a garantir uma proteção mais eficaz aos direitos fundamentais. E ao fechar os olhos para tal prática, o Poder Judiciário viola e fere de morte a proibição de insuficiência, posto que, utilizando-se aqui de um conhecido e consagrado adágio popular, se ele dispõe da faca e do queijo, não há porque deixar de extrair uma bela fatia.

Por parte de qualquer dos poderes estatais, contudo, para que a proibição de infraproteção seja sempre priorizada, poderão ser propostas medidas de prevenção ou de repressão, que abarquem qualquer dos ramos do Direito Público ou Privado, como o Penal, o Administrativo, o Civil e o Processual. Há que se frisar, no entanto, que todos os três subprincípios que integram o sobreprincípio da proporcionalidade sempre foram empregados na prática e pela doutrina em sede de proibição de excesso, de sorte que a proibição de insuficiência não dispõe, atualmente, de uma construção jurídica suficientemente desenvolvida para que se obtenha de maneira pacífica como a necessidade, a adequação e a proporcionalidade; em sentido estrito se farão vislumbrar quando o que se encontra em jogo é o dever de proteção do Estado, o que, conseqüentemente, promove a assunção de uma maior necessidade de cautela por parte do jurista.

No que diz respeito à determinação do bem fundamental que se encontra em risco e demanda efetivação estatal de seu dever de proteção, há que se mencionar o fato de que, muito embora no início dos desenvolvimentos das teses a respeito da proibição de insuficiência houvesse defensores ferrenhos da absoluta necessidade de demonstrar-se cabalmente quais os direitos fundamentais que em

maior ou menor grau demandariam atuação do poder público para efetivar o dever de proteção, atualmente acredita a doutrina majoritária que o dever de proteção detido pelo Estado abarca de maneira semelhante e completa absolutamente todos os bens jurídicos fundamentais, ou seja, o dever de proteção é o mais amplo e geral possível, ainda que as Constituições não o imponham ou determinem sua observância de maneira específica para com cada um dos direitos fundamentais previstos em seus bojos, quer de maneira expressa, quer de maneira tácita.

5.10.2.2 Os deveres estatais no exercício da proibição de infraproteção

Para que possa de maneira mais adequada promover seu dever de proteção aos bens jurídicos fundamentais, o Estado deve observar algumas premissas ou deveres, ou seja, mecanismos que, quando cabalmente verificados pelo poder público, auxiliam-no na busca da maior efetividade da proibição de infraproteção.

O primeiro de tais deveres consiste na informação, responsável por prever que o Estado deve previamente investigar as circunstâncias que denotam a ocorrência de uma situação de perigo para determinado direito fundamental proveniente de terceiros. Com efeito, não é possível que o legislador edite normas, o administrador as regule e o julgador as aplique sem um mínimo de ciência das relações sociais que envolvem os fatos ensejadores da atuação do Estado com vistas à execução do dever de proteção. Jamais é possível, para a consecução de tais finalidades, que as ponderações a serem realizadas fiquem adstritas às divagações abstratas, devendo as mesmas ganharem concretude e aplicabilidade mediante análise da compatibilidade das mesmas com as circunstâncias fáticas e efetivas que ensejam a tomada de medidas de coerção para evitar ou repreender uma violação de bem jurídico fundamental. Ademais, insta salientar que este dever de informação não deve ser verificado unicamente de maneira prévia à atuação do Estado, mas também de modo concomitante e posterior à adoção das medidas, no intuito de aferir se as mesmas estão produzindo os efeitos desejados e concedendo tutela aos direitos fundamentais prejudicados ou ameaçados e se são suficientes para coibir futuros atentados de mesma monta. Finalmente, uma terceira vertente do

dever de informação consubstancia-se na necessidade de que toda a sociedade seja alertada e informada no tocante aos mecanismos adotados pelo poder público com vistas à aplicação da vertente pró-acusatória do princípio da proporcionalidade, frisando-se, por fim, que este dever estatal encerrado no bojo da proibição de insuficiência é uma atividade permanente e contínua que deverá sempre considerar os fatos recentes e posteriores à adoção da conduta voltada à tutela majoritária do dever de proteção, e jamais esporádica, verificada apenas quando da edição de drásticas reformas do ordenamento jurídico ou de aplicações da lei a casos que provoquem maior comoção social e, conseqüentemente, adquiram maior atenção midiática e popular.

Contudo, questiona-se: como proceder diante das situações em que a análise das condições fáticas que envolvem a atuação do poder público para a consecução do dever de proteção se mostra insuficiente para conduzir à certeza a respeito da correta medida a ser adotada? Ora, apoiado na mais moderna doutrina germânica, explica José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 69) da seguinte forma:

Duas soluções são apontadas para tal quadro de fato: Para a primeira, a chamada *tese do nível mínimo de perigo*, o dever de proteção somente surge a partir de um certo umbral de importância, do umbral da reação (*Reaktionsschwelle*) ou do perigo (*Erheblichkeitsschwelle, Gefahrenschwelle*), que determinaria a reação estatal, impondo verifica-se a sua ultrapassagem para que seja exigida a atuação estatal.

Desta feita, esta primeira alternativa, consubstanciada na chamada Tese do Nível Mínimo de Perigo, haveria um limite máximo dentro do qual não poderia ser exigida a atuação estatal no sentido de coadunar-se à proibição de infraproteção. Apenas a partir do ponto em que o prejuízo deixa a penumbra e adquire forma inequívoca e certa é que se pode cobrar uma ação estatal no sentido de evitar ou reprimir violações promovidas por particulares aos direitos fundamentais, mas apenas uma atuação no sentido de acompanhar os acontecimentos fáticos e estar preparado para a qualquer momento agir. Com efeito, Udo di Fabio (1995, p. 9) apud Baltazar Júnior (2010, p. 69) afirma que “em situações de riscos desconhecidos o dever de proteção transforma-se, assim – desde que seja ele tomado por existente – em dever de observação ou, respectivamente, de investigação. Não é, contudo, difícil de concluir que há uma enorme crítica existente em face destas afirmações justamente porque é de extrema

dificuldade prática estipular um ponto exato a partir do qual seria possível exigir a atuação do Estado e antes do qual não se poderia dele exigir esta ação, mesmo porque inexistente um critério racional e suficientemente preciso para se estipular este momento, até mesmo diante das peculiaridades das quais se revestem os casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário, isto mesmo que se tenha ao longo do tempo estipulado premissas para sua aferição, como a intensidade da situação de perigo e a aferição das consequências da interferência estatal voltada a concretizar o dever de proteção, que ainda são insuficientes quando aplicados de maneira genérica a todas as situações de perigo a direitos fundamentais.

Por tais razões, afigura-se como medida mais eficaz em mencionadas situações a utilização da posição doutrinária que prega pela inexistência de limites mínimos necessários para a atuação do Estado no sentido de tutelar direitos fundamentais em sede de proibição de insuficiência, ainda que não exista uma situação de extrema clareza que conduza à absoluta e inequívoca certeza da ameaça ou lesão ao bem jurídico elementar desde, claro, que não seja extremamente efêmera a notícia do perigo, sendo esta afirmação responsável por endossar o caráter preventivo do princípio da proporcionalidade em sua vertente garantista positiva. É necessário esperar que os funcionários de uma empresa ponham-se à beira do curso d'água para nele lançar resíduos tóxicos para que o Estado atue para impedir ou basta, para tanto, a notícia de que eles têm o firme propósito de fazê-lo? Na verdade, a prevenção é da própria essência da proibição de insuficiência e por isto não há que se falar num limite à atuação do Estado nestes casos. Diga-se aqui, com especial destaque, que deve esta necessidade de aguardar um determinado tempo para a ação estatal verificar-se ser mais ainda rechaçada nos casos em que o direito fundamental ameaçado de lesão ou já lesionado seja mais difícil de recuperação. Tome-se por exemplo a clássica questão da vida humana: acaso é possível falar em limitações à atuação do Estado para defendê-la a partir do momento em que se atenta para a total impossibilidade de restaurá-la quando de uma violação? Certamente que não, restando aqui a comprovação de que é totalmente impossível aplicar critérios genéricos que orientem a atuação do Estado em sede de proibição de insuficiência.

Das considerações acima, extrai-se automaticamente o segundo dever estatal na consecução da proibição de insuficiência, qual seja, o dever de melhora, verificado em momento posterior à ação estatal voltada a coibir os atentados aos

direitos fundamentais. Através da informação e da observância da eficácia que as condutas adotadas na prática, deverá o Estado apurar se as mesmas são suficientes, se ficaram aquém das expectativas ou se foram fortes o suficiente para promover lesão à proibição de excesso. Por esta razão, sempre que se verificarem adequações jurisprudenciais mais favoráveis à tutela dos direitos fundamentais, modificações nas ocorrências fáticas que ensejaram a atuação concreta do Estado para proteger os bens jurídicos elementares, avanços nas técnicas utilizadas pelos juristas e pelos órgãos públicos para o alcance de seus objetivos ou até mesmo a descoberta de alguma falha na atividade estatal de aplicação prática da proibição de excesso, é necessário que se promovam os meios adequados ao saneamento ou complemento das medidas de proteção. É fato que o Direito deve sempre acompanhar as mudanças verificadas no seio da sociedade e também com relação à proibição de infraproteção esta máxima é aplicável. Denota-se, assim, o quão difícil é para o Estado desincumbir-se do ônus de proteger da maneira mais eficaz possível os direitos fundamentais, posto que tal demanda uma atividade permanente e da qual o legislador jamais poderá olvidar-se pelo mínimo lapso temporal que for.

Frise-se ser pacífico, porém, que mesmo o exercício pleno de tais deveres pelo Estado não enseja uma anulação completa do risco da ocorrência de crimes, que são os meios mais comuns de verificação de lesões aos bens jurídicos fundamentais de determinado alguém, por esfera de poder diverso do estatal, responsável por ensejar a atuação do poder público com vistas à reparação do dano suportado pela vítima e a punição dos autores da infração. Este risco mínimo, contudo, é aceito por ser da própria essência da vida em sociedade, que sempre terá de conviver com transgressores do ordenamento jurídico, por vários motivos, que vão desde a existência de uma personalidade inadaptada ao convívio social até à natureza psíquica doentia da pessoa do violador dos direitos particulares.

5.10.2.3 Proibição de infraproteção na doutrina brasileira

Como alhures mencionado, a proibição de infraproteção ainda não alcançou o grau de desenvolvimento atualmente detido pela proibição de excesso, o que é justificado por alguns como sendo decorrência lógica do fato de que esta

vertente defensiva da proporcionalidade escora-se sempre em um fato concreto. Tal é a explicação de Alexandra Pietrzak (1994, pp. 749-750), apud José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 73), para quem “ainda que a omissão estatal seja submetida à prova da proporcionalidade, isso pouco dirá em relação a outras medidas de estímulo por parte do Estado”. Com efeito, é bem mais comum questionar-se o Estado quanto a uma ação que ensejou violação de direitos fundamentais do que uma omissão que culminou no mesmo resultado.

Recentemente, porém, surgiram na doutrina alguns mecanismos, já referendados na Alemanha, através de seu Tribunal Constitucional, para que a correta aplicação da proibição de insuficiência possa ocorrer na prática. Explica Baltazar Júnior (2010, p. 75):

Deve ser verificado, inicialmente, quais são as medidas existentes à disposição do legislador, o que, embora possa parecer, à primeira vista, impossível, não o é, podendo ser buscada, de forma intuitiva na discussão pública as soluções possíveis com maior perspectiva de sucesso e que, não sejam, de antemão, excluídas por atentarem de modo claro contra outros direitos fundamentais. Assim, reduzidas as possibilidades, é de concluir que as medidas possíveis devem, em princípio, ser aplicadas, a não ser que seja justificada sua não adoção. A seguir, aplica-se o teste da proporcionalidade em relação a todas as medidas possíveis. Ao final, três resultados serão possíveis. No primeiro, uma das medidas oferece o maior grau de estímulo ao objetivo e o menor grau de diminuição dos direitos em colisão, caso em que deverá ser esta a medida eleita. No segundo, há medidas com resultados aproximados quanto aos requisitos acima, caso em que o legislador tem a faculdade de escolher uma ou outra das medidas. Por fim, nenhuma das medidas atende satisfatoriamente ao requisito de estímulo, ou todas apresentam uma diminuição acentuada do direito em colisão, com o que não há obrigação de adoção de uma medida por parte do legislador.

Eis, assim, uma explicação bastante plausível sobre o mecanismo de aplicação prática da proibição de insuficiência, através do qual deverá predominar, na prática, sempre a medida que estimule a atuação do Estado, porém da maneira menos interferente nos direitos fundamentais daquele que promoveu uma lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais de outrem, o que é da própria essência do princípio da proporcionalidade. A aplicação de tais postulados no Brasil, porém, ainda não é extremamente concreta e pacífica, mas existem alguns doutrinadores que se lançam à análise de algumas situações que ensejariam premente violação da proibição de infraproteção.

Historicamente, o mais criticado dispositivo do ordenamento, contudo, foi o artigo 107, VIII do Código Penal, que trazia a antiga possibilidade de extinção

da punibilidade do autor do crime de estupro pelo casamento da vítima com terceiro. Por parte de alguns entendimentos jurisprudenciais, admitia-se até mesmo a analogia desta absurda possibilidade para os casos em que a vítima do estupro passasse a viver em concubinato ou união estável junto ao terceiro, como denuncia o seguinte julgado:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO. 1. Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria. 2. O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes. No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade. 3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes. Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em Habeas. 4. O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). **Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro.** Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O recorrente só fez após o trânsito em julgado. Negado provimento ao recurso. (STF – 2ª Turma – RHC nº 79.788-1-MG – Rel. Min. Nelson Jobim. J. em 02/05/2000).

As críticas voltadas contra este dispositivo penal e também contra os entendimentos jurisprudenciais acerca dele construídos diziam com o fato de que não era possível vislumbrar a mulher – única vítima possível do crime em apreço até a reforma de tal delito promovida pela Lei nº 12.015, de 7 de Agosto de 2009 – apenas como um instrumento das famílias para a realização de bons casamentos. Era claro e inequívoco para tais doutrinadores que a dignidade, mesmo sexual, da mulher, deveria ser tutelada em razão de sua condição de pessoa humana acima de tudo, não sendo possível falar no desprezo, por parte do Poder Judiciário, à punição das condutas ofensivas à moral sexual da vítima simplesmente porque ela veio a contrair matrimônio ou estabelecer uma união estável ou qualquer tipo de relação afetiva com outro homem. Efetivamente, esta disposição legal, atualmente revogada pela Lei nº 11.106, de 28 de Março de 2005, era uma completa afronta ao dever de proteção detido pelo Estado, já que no próprio inciso III do artigo 1º da Carta Magna da República estipula o princípio da dignidade da pessoa humana e, mais à frente,

em seu artigo 5º, disciplina a isonomia existente entre os gêneros. Foi preciso, neste ponto, que alguns juristas afirmassem que a dignidade da pessoa humana também se estende às mulheres para combater esta irresponsável disposição legislativa extremamente arcaica. Os protestos surtiram efeito, e há pouco mais de sete anos esta norma legal não mais paira sobre o ordenamento jurídico pátrio.

Frise-se, contudo, que a proibição de insuficiência encontra ainda muitas resistências à sua expansão dentre os juristas nacionais, mormente entre aqueles mais arraigados no clássico pensamento iluminista e crítico do Estado, além de experiências pessoais: os doutrinadores que optam por desenvolver a tese da proibição de proteção deficiente são em sua maioria mais jovens e altamente interessados nas ideias surgidas em ordenamentos jurídicos alienígenas, ao passo que os refutadores de sua integral aplicação no país têm idade mais elevada e vivenciaram os vis períodos ditatoriais pelos quais o Brasil passou, de modo a adotar uma posição jurídica prudente e que ainda encontram no Estado a figura de um certo vilão, dominador e violador dos mais elementares direitos fundamentais. Espera-se, sinceramente, porém, que tais ideologias, diante das necessidades detidas pelos corretos cidadãos e Poder Judiciário, atualmente, sejam em breve modificadas.

6 A REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE* E A PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO

Tecidas todas estas considerações a respeito dos institutos jurídicos que concedem a base teórica do presente trabalho, impõe-se que as mesmas sejam agora definitivamente unidas para o alcance da afirmação de que urge a imediata e correta instituição e disciplina da revisão criminal *pro societate* no processo penal pátrio. Como já observado, é o Estado detentor de um dever amplo e integral de proteção, não podendo se manter omissivo diante das violações aos bens jurídicos fundamentais de particulares; de outra banda, a *revisio criminis* é o instituto jurídico historicamente utilizado para a correção de erros judiciais que impliquem pronunciamentos judiciais apartados da realidade fática vislumbrada, de sorte que não há, aqui, porque se inadmitir que a coisa julgada possa ser vulnerada nos casos em que o equívoco do julgador conduziu a uma absolvição ao invés de uma condenação.

6.1 Coisa Julgada e Segurança Jurídica *versus* Verdade Real e Justiça

Aplicando em sede de revisão criminal *pro societate* na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro todos os preceitos atinentes à vertente do princípio da proporcionalidade denominada proibição de infraproteção, o grande embate que surge é o conflito entre a coisa julgada aliada à segurança jurídica e a verdade real juntamente à eficácia da justiça e da adequada prestação jurisdicional. Tendo por base os preceitos trazidos pelo neoconstitucionalismo, pela moderna teoria dos princípios e pelo próprio princípio da proporcionalidade, há que se realizar uma análise dos mesmos para apurar qual é o adequado entendimento ao qual se deve chegar para que um deles prevaleça em detrimento do outro de modo a coadunar-se de maneira mais adequada aos objetivos do processo penal brasileiro e culminar na mais adequada prestação jurisdicional.

Em todos os variados e amplos ramos do Direito Processual encontra-se presente a necessidade de conceder às partes um razoável grau de segurança jurídica. A ideia de segurança jurídica encontra-se intimamente atrelada à máxima de que o Estado-Juiz não pode impor surpresas às partes da demanda, ou seja, estas devem ter ciência dos moldes em que se dará a atuação do poder jurisdicional. Eis a razão pela qual existem, por exemplo, procedimentos ou ritos que deverão ser observados pelo julgador no curso da persecução, previamente conhecidos pelas partes e responsáveis por impedir que o curso da persecução seja deixado ao livre arbítrio do juízo; e a coisa julgada, responsável por conferir aos jurisdicionados a certeza de que atos praticados e válidos não mais serão alterados, atingindo-se, assim, a estabilidade das consequências emanadas dos mesmos, de consonância com o preceito mandamental traçado pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, expressa disposição magna conferida ao legislador para que este oriente sua atuação típica com vistas à máxima promoção da segurança jurídica, mormente pela irretroatividade de leis que promovam advento de situações mais desfavoráveis aos cidadãos que já obtiveram o reconhecimento de determinado direito antes de sua publicação, fato este que se mostra extremamente claro no Direito Penal, onde somente retroagem para alcançar crimes pretéritos as leis criminais favoráveis ao acusado ou condenado.

O conceito de segurança jurídica, porém, é extremamente amplo e liga-se a uma grande quantidade de outros preceitos jurídicos, como ensina Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon (2003, s.p.):

A segurança jurídica é assegurada pelos princípios seguintes: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção e vedação de julgamentos parciais.

No que tange à coisa julgada, esta se afigura como um grande corolário da segurança jurídica, justamente porque ela é o ápice da imutabilidade em sede de julgamentos perante o Poder Judiciário. Uma vez apreciada definitivamente uma determinada questão e sobrevindo o trânsito em julgado, não mais poderá ela ser objeto de nova discussão em qualquer juízo nacional. Referido instituto bastante

rígido do ordenamento jurídico pode ser material e formal, como analisado na introdução do presente trabalho, sendo que a coisa julgada material é a considerada autêntica coisa julgada, pois surge da efetiva análise do mérito das causas levadas ao conhecimento do julgador, ao passo que a coisa julgada formal é mera decorrência do esgotamento dos mecanismos recursais do processo. Enfim, ainda que prevaleçam tais diferenças, ambas conduzem à imutabilidade das decisões judiciais, como medida de tornar certo o resultado de determinado julgamento, ou seja, dar à parte vitoriosa a plenitude de certeza de que o reconhecimento judicial de sua pretensão não mais será alterado.

A relativização destes preceitos, contudo, é verificada quando da ocorrência de um equívoco no julgamento efetuado pelo magistrado competente, como já ressaltado, que podem advir de uma enorme gama de motivos, inclusive a atuação nociva do próprio indivíduo sobre o qual recai a atividade persecutória estatal, justamente porque não é possível estender o manto da coisa julgada e da imutabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais para situações nas quais se encontra presente um vício, justamente porque isto sim seria uma violação da segurança jurídica, justamente porque – e aqui é de vital importância lembrar – a segurança jurídica também quer dizer com a necessidade de que os cidadãos vislumbrem nos textos legais que compõem o arcabouço normativo nacional a inclusão de mecanismos adequados à proteção dos direitos fundamentais consagrados nas Cartas Constitucionais e documentos de Direito Internacional voltados à salvaguarda dos mesmos.

Ou seja, a segurança jurídica não deve ser verificada apenas e tão somente sob a óptica daquele que é alvo da perseguição estatal, mas também sob o ponto de vista de todos os jurisdicionados, que têm direito à justiça e à correta prestação jurisdicional, justamente porque todos aqueles que vivem na sociedade devem ter a certeza plena de que as transgressões ao ordenamento jurídico não irão passar despercebidas pelo Estado, que em momento pode ser omissivo e não atuar de maneira suficiente e necessária para repreender e prevenir as práticas delituosas. Segurança jurídica também é punir criminosos e condenar infratores da lei, logicamente dentro da legalidade e das limitações impostas ao Estado pelo próprio poder público, pois o contrário representaria uma concessão de beneplácito à subversão do Estado de Direito.

Em contrapartida a todos estes preceitos, encontra-se a busca da verdade real e a necessidade de correta aplicação do arcabouço normativo pátrio para a consecução da justiça, aqui entendida como a aplicação da lei ao caso concreto de maneira correta e desprovida de vícios, concretização daquilo que o legislador eleito pela opinião popular previu de maneira abstrata quando de uma concreta violação do ordenamento jurídico. A propósito da verdade real, no ordenamento como um todo e em especial no processo penal, assevera Edilson Mougnot Bonfim (2011, p. 80):

Toda a atividade processual, em especial a produção da prova, deve conduzir ao descobrimento dos fatos conforme se passaram na realidade. O conjunto instrutório deve refletir, no maior grau de fidelidade possível, os acontecimentos pertinentes ao fato investigado. As assertivas são de especial relevo no direito processual penal. Isso porque *o princípio da verdade real contrapõe-se ao princípio da verdade formal*, vigente, ainda que hoje em dia mitigado, no âmbito do processo civil.

Logo, a busca da verdade real é o norte da *persecutio criminis* e a esteira sobre a qual ela se desenvolve, já que é através dela que o objetivo precípua da atividade estatal será concretizado, qual seja, a imposição de pena ao culpado e a absolvição do inocente. E é importante aqui ter em mente o fato de que este preceito é tão prevalente no processo penal que nele o magistrado abandona sua posição de mero observador da produção de provas e adquire papel de destaque na instrução, podendo determinar a produção de todas as provas que julgar necessárias para a busca da realidade efetivamente verificada e que não tenha sido postulada por nenhuma das partes da demanda. Tanto é assim que não prevalece no processo penal a absoluta tipicidade dos meios de prova, visto que é possível a ocorrência de produção de meios probatórios que não encontrem qualquer previsão legal.

Desta feita, a busca da verdade real é de tamanho relevo dentro das ações penais que é responsável por relativizar e mitigar até mesmo a característica de inércia do Poder Judiciário. Através dela, é dado ao magistrado a faculdade de abandonar sua letargia e partir em busca de provas em atitude altamente condizente à presença da realidade dentro dos autos, ou seja, trazer para o bojo da demanda os fatos que efetivamente se verificaram, da maneira em que os mesmos se efetivaram..

E ao lado de tal máxima soberana que vigora na *persecutio criminis* está o magno princípio da justiça. Desde os primórdios da vida em sociedade, quando o ser humano abandonou o nomadismo e passou a viver de maneira estabelecida em determinado local único ao lado de seus semelhantes, tornou-se premente a necessidade de criação de normas que regulassem a vida entre eles, justamente porque o ato de fazer justiça pelas próprias mãos logo revelou-se extremamente desproporcional e incompatível com a racionalidade de uma convivência conjunta de seres humanos. E também ficou evidente a necessidade de que apenas um dentre todos fosse o responsável por aplicar tais normas aos violadores ou inobservadores das mesmas, já que se fosse dado a qualquer lesado o poder de fazer valer a aplicação das leis às ocorrências fáticas verificadas, pois a justiça particular ou privada, da mesma forma que a justiça pelas próprias mãos, poderia levar a enormes discrepâncias e distorções do ordenamento jurídico. E assim nasceu a constante busca pela justiça, ou seja, pela retidão, pelo que é correto, pelo que deve ser verificado na conduta de cada um dos cidadãos de um determinado grupo como meio de possibilitar a coexistência pacífica no seio do mesmo. O princípio da justiça, assim, é a mais importante norma de todo o Direito, a de maior hierarquia, maior abrangência, para a qual convertem todas as demais normas do ordenamento sejam elas regras ou princípios. Isto porque a justiça é, na verdade, mais do que um mero princípio; é um sobreprincípio, que engloba em seu bojo a integração de vários outros, unidos para proporcionar àqueles que abriam mão de parte de seus poderes potestativos para criar aquilo que modernamente se chama de Estado e, por certo, segurança aos mesmos de que as transgressões ao consagrado corpo de normas vigentes entre eles não serão toleradas.

Tal afirmação já era uma realidade nos tempos do Direito Mosaico, onde a justiça era vista e entendida como uma virtude divina e que deveria ser processada de acordo com os seus mandamentos e a natureza das coisas por Ele criadas, encontrando-se intimamente atrelada às ações humanas compatíveis com a vontade de Deus.

Tais preceitos impregnados de religiosidade hoje se encontram devidamente adaptados à laicização do Estado, muito embora não tenham perdido a sua essência principal, que é fazer prevalecer aquilo que é correto e condizente aos preceitos norteadores do Estado sobre as violações das normas vigentes, que

devem ser por todos observadas sob pena de subversão da ordem e da moral estatal.

John Rawls (2003, p. 60) apud Leno Francisco Danner (s.d., p. 3) divide o princípio da justiça em dois postulados menores, assim por ele explicados:

(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de direitos e de liberdades básicas iguais, que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e a posições acessíveis a todos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades, e, segundo, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade.

Logo, é possível vislumbrar um conceito de princípio de justiça bastante próximo da igualdade e da equidade que, juntos, conduzem à plenitude da coexistência humana em seus mais variados aspectos, e que se fundamenta na própria equivalência de cidadanias. Em sendo assim, se a justiça é um conceito tão amplo a ponto de estar correlato à própria existência do Estado Democrático de Direito, certo é que o direito de liberdade dos indivíduos pode ser mitigado ou mesmo extirpado em determinadas hipóteses legalmente previstas para que assim seja possível a concretização do princípio que fundamenta a atuação do próprio Poder Judiciário, em outras palavras, o alcance da justiça.

Estes preceitos já dão um grande embasamento à afirmação da possibilidade da revisão criminal *pro societate* ser instituída no Brasil. Ora, se o processo penal é guiado pela busca da verdade real e a concretização da justiça é o maior justificador da atuação do poder público com vistas a fazer progredir a *persecutio criminis*, aliando-se isto ao fato de que a coisa julgada não é, como a esmagadora maioria dos institutos jurídicos, absoluta, bem como ao preceito de que a segurança jurídica não deve ser interpretada e analisada unicamente sob o prisma daquele que é alvo da ação estatal voltada à elucidação de crimes, de modo a conceder a todos os jurisdicionados a certeza de que jamais terão que tolerar uma lesão ou ameaça de violação de sua seara subjetiva de direitos.

Não há porque fechar os olhos para a premente necessidade de que seja criado no Brasil o mecanismo adequado para corrigir os erros cometidos pelo Poder Judiciário quando de um julgamento equívoco que culminou na absolvição de um acusado do cometimento de determinado delito. Isto, mormente porque também prevalece no ordenamento jurídico pátrio, ao nível de norma constitucional, o

princípio da proporcionalidade, que em sua vertente pró-acusatória da proibição de insuficiência ou de proteção deficiente traz um dever estatal de tutela máxima dos bens jurídicos fundamentais, de modo a impulsionar seus órgãos públicos à criação, manutenção e aperfeiçoamento de mecanismos capazes de conceder respostas penais suficientes e necessárias para a repressão e prevenção do crime e para todo e qualquer centro de violação de direitos fundamentais que se mostre existente na sociedade, tendo sempre em mente o preceito de que as lesões aos mesmos não provém atualmente apenas do Estado – e aceitar o contrário seria retroagir mais de dois séculos de pensamento e evolução de conceitos jus-filosóficos – mas também de centros de poder paralelos particulares, atualmente tão ou mais lesivos aos direitos fundamentais dos jurisdicionados quanto o desmedido exercício de poder por parte dos órgãos públicos.

Note-se que o argumento da violação da segurança jurídica aqui parece um tanto quanto frágil, mesmo porque a instituição da *revisio criminis pro societate* jamais iria instituir um Direito Penal do Inimigo e tampouco criar medidas arbitrárias de condenações distribuídas pelos órgãos jurisdicionais aleatoriamente, posto que não se quer aqui submeter todas as absolvições ao crivo de um novo julgamento, já que da mesma forma que as condenações não se submetem a um reexame necessário, principalmente depois da abolição do protesto por novo júri após o advento da Lei nº 11.689/2008, também as absolvições não o seriam. É bem verdade que a segurança jurídica vem sendo atualmente um tanto quanto deturpada, não sendo jamais possível se tolerar que este magno conceito jurídico seja rebaixado a mero incentivador da impunidade dos delitos cometidos contra os bens jurídicos fundamentais.

Da mesma forma, o preceito máximo de que muito embora o Estado tenha o poder-dever de punir, deva fazê-lo dentro de determinado lapso temporal. Acabar com a prescrição ou simplesmente ignorá-la é que criaria um Estado de medo e de punição incontrolável, mas se o mesmo se encontra dentro dos parâmetros legais há mais de sete décadas previsto pelo legislador ordinário para o exercício de sua prerrogativa e dever de impor sanções aos autores de condutas lesivas a bens jurídicos penalmente relevantes – bens jurídicos fundamentais – não há porque corrigir uma falha cometida pelo poder público e que expõe a risco a ordem jurídica vigente e a própria autoridade e aptidão das autoridades públicas para a gestão da máquina coletiva estatal.

E tudo isto, frise-se, não quando da simples vontade do órgão jurisdicional, mas apenas quando, após a definitiva absolvição, raiarem novos elementos probatórios, por algum motivo até então desconhecidos, que colimem na efetiva descoberta da autoria e nas hipóteses onde atualmente se autorizam as revisões criminais *pro reo* exaustivamente enumeradas no artigo 621 do Código de Processo Penal pátrio, devidamente adaptadas aos casos em que a definitiva sentença proferida é absolutória, mormente quando forem trazidos à tona novos elementos probatórios que conduzam à certeza de que aquele que outrora foi absolvido é, na verdade, responsável por uma determinada prática delitiva.

Mas há que se atentar aqui a outro importante fundamento para o afirmado até agora. Trata-se do estímulo que os crimes não punidos geram para que seus autores voltem a incorrer nas violações dos direitos fundamentais. Ora, se já é uma difícil realidade que os índices de reincidência são bastante consideráveis dentre aqueles que são alvo do poder punitivo estatal, mais elevados são nos casos em que determinado indivíduo vem a cometer uma conduta criminosa, sem qualquer excludente à qual possa recorrer, recebendo ainda a omissão do Estado no momento de infligir-lhe uma reprimenda. E mais: gera este efeito nocivo também para aqueles que foram devidamente punidos pelo poder público, pois ao perceberem que a legislação, vigente para todos, lhes foi cabalmente imposta, ao passo que para outros, que da mesma forma violaram o Estatuto Penal Repressivo, tornou-se motivo de ironia ao ser deliberadamente relegada, aumenta a repulsa que os mesmos têm para com as instituições e autoridades públicas, incutindo-lhes o desejo de mais uma vez incorrer nas práticas criminosas.

A partir de tal constatação, chega-se a mais uma drástica realidade trazida pela ausência da revisão criminal *pro societate* no ordenamento jurídico. A partir do momento em que determinado indivíduo que comete um crime é punido e outro que incorre no mesmo delito não é alvo da reprimenda estatal, há uma patente violação do princípio da isonomia. É certo, pois, que a lei abarca absolutamente todos os jurisdicionados, que devem respeitá-la por estarem submetidos a ela. Não é permitido, desta forma, que o Estado realize uma verdadeira seleção dos delitos que serão punidos tendo por base a frágil e, por demais corriqueira, alegação da segurança jurídica, não sendo possível ignorar, neste ponto, também a ausência de vontade em promover, em benefício de toda a sociedade, a relativização da coisa julgada que, como mais de uma vez já se disse neste trabalho, não é absoluta.

Não é possível que um país que preza pela ordem constitucional e jurídica como um todo insista em ver a figura de criminosos como vítimas. Isto é um demonstrativo de fraqueza das instituições públicas e de absurda compactuação com o desprezo demonstrado por certos indivíduos para com os direitos fundamentais, o que fere de morte todos os preceitos tão exaustivamente alhures elencados do princípio da proibição de proteção deficiente, norma dever do Estado Democrático de Direito, expondo os cidadãos, que são a razão de ser da democracia, ao ultraje de serem obrigados a conviver com indivíduos que, comprovadamente, incorreram em condutas criminosas, unicamente por insuficiência legislativa. Com efeito, mais uma vez é válido e necessário trazer à baila neste momento a precisa e tocante lição do jamais olvidável Enrico Ferri (1905, pp. 497-498), apud Florêncio de Abreu (1945, pp. 397-398):

Não poderíamos compreender porque, surgindo contra uma sentença favorável ao acusado suspeitas análogas às que induzem a revisão das sentenças condenatórias, deva a sociedade ser constrangida a sofrer tranquilamente as absolvições injustas e as imerecidas mitigações da responsabilidade penal (...). O réu pode ter se aproveitado de um falso testemunho, de uma falsa perícia, de documentos falsos, da intimidação ou da corrupção do juiz, ou de outro crime. Não é possível tolerar que êle continue tranquilamente fruindo os resultados obtidos de sua ação criminosa.

Em sendo assim, é mais do que evidente e necessário que o princípio soberano da justiça deve prevalecer sobre um instituto altamente formal como a coisa julgada. Quanto à segurança jurídica, esta deve ser aqui entendida no seu aspecto coletivo de promoção do bem estar comum através da máxima defesa estatal dos direitos fundamentais. Este é o fim colimado pela vertente pró-acusatória do princípio da proporcionalidade.

Finalmente, há quem avenge a interferência do princípio do *non bis in idem* como fundamento da ausência do instituto da *revisio criminis pro societate* no ordenamento jurídico processual penal brasileiro. Referida norma não se encontra prevista nem mesmo de maneira tácita na Constituição Federal Brasileira de 1988, muito embora tenha obtido guarida na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, ao arcabouço normativo nacional incorporado pelo Decreto Legislativo 678, de 6 de Novembro de 1992, sendo altamente razoável que seja ela aplicada no Direito Penal, posto ser ele responsável por prever que não é possível a ocorrência de uma

repetição de ações pelo mesmo delito em face do mesmo réu. Este é, efetivamente, o mais forte argumento utilizado pelos defensores da corrente doutrinária ainda prevalente no Direito Brasileiro que obsta a instituição em *terrae brasilis* da revisão criminal *pro societate*. O que é necessário alegar neste momento, porém, é que, realizando-se uma interpretação teleológica de referida norma, obtém-se que a intenção dos legisladores internacionais que a instituíram foi privar os acusados em determinado processo penal de um constrangimento desnecessário por parte do Estado. Isto, veja-se, somente seria verificado se por qualquer motivo desprovido de razoabilidade e concretude e embasamento mínimo para sustentá-lo, de modo a criar uma efetiva violação da segurança jurídica. Mas não é isso o que a revisão criminal *pro societate* pretende. Não se quer com ela, tão logo seja concluída determinada persecução penal seja imediatamente outra iniciada com vistas à aferição de embasamentos que culminem na vulneração da coisa julgada para transformar em condenação uma verificada absolvição. Caso algum elemento surja espontaneamente após a absolvição e, como dito, respeitando-se sempre o prazo prescricional dos delitos previstos no ordenamento jurídico nacional, é que há de se falar em revisão criminal *pro societate*, da mesma forma que ocorre nos casos da revisão de processos operada em favor do sancionado. Ademais, parece errado confundir persecução penal com ação penal, principalmente porque se deve ter sempre em mente o fato de que a revisão criminal jamais representa uma repetição de ações, posto que a relação jurídica de direito processual nela estabelecida é diversa daquela onde surgiu a coisa julgada ora combatida. Precisamente a respeito desta afirmação, pronunciou-se Horácio Bortz (1971, p. 240):

Só provas concretas, provas idôneas, provas cabais tornarão admissível o pedido de revisão. Só os verdadeiros culpados não terão, até a prescrição dos seus crimes, a tranquila sensação de impunidade, que não merecem e que a sociedade não lhes pode nem lhes deve proporcionar. Não se pode e nem se deve transigir com a impunidade obtida à custa de documentos falsos, a impunidade forjada com falsos testemunhos, a impunidade derivada da corrupção de peritos, a impunidade proporcionada pela venalidade ou medo de agentes processuais, enfim, a impunidade ditada pela ilegalidade, pelo vício, pela imoralidade.

Contudo, em não se acatando tais entendimentos, é inegável o seguinte: de acordo com o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais celebrados pelo Brasil e que versam sobre direitos humanos adentram o ordenamento jurídico nacional, pouco importando o quorum

observado para sua aprovação, numa hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, ou seja, ocupam um patamar superior ao das leis ordinárias, complementares, delegadas e demais espécies normativas localizadas em plano inferior ao da Lei Maior, ao mesmo tempo em que a esta devem respeito por se encontrarem em posição hierárquica inferior. Esta é, com efeito, a precisa lição de Francisco Rezek (2011, p. 128):

Não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre as leis internas anteriores à sua promulgação. Para primar, em tal contexto, não seria preciso que o tratado recolhesse da ordem constitucional um benefício hierárquico. Sua simples introdução no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra *lex posterior derogat priori*.

Note-se que o respeitável doutrinador menciona o caráter supralegal dos tratados internacionais acerca de direitos humanos, mas em momento algum fala da prevalência dos mesmos em relação à Constituição e tampouco de supraconstitucionalidade, como verifica-se em alguns poucos países. Isto, mormente porque o Congresso Nacional raramente aprova tratados internacionais desta natureza com o quorum exigido pela Carta Magna, o que até certo ponto se justifica ante a possibilidade de que as outras partes do tratado incorram em descumprimento do mesmo.

Ora, o precípuo objetivo deste trabalho é demonstrar como a revisão criminal *pro societate* é possível frente ao princípio da proibição de infraproteção, norma esta que, por integrar o princípio da proporcionalidade, guarda acento na Constituição Federal de 1988. Via de consequência, deve a disposição constitucional prevalecer frente àquela que, muito embora superior às legislações ordinárias, deve respeito e congruência à norma máxima.

Clarividente, pois, que urge a inserção no processo penal brasileiro da revisão criminal em prol da sociedade, sendo interessante perceber que o doutrinador partilha do posicionamento alhures elencado da necessidade de respeito à prescrição, o que colima num importante e equilibrado mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, maior escopo do neoconstitucionalismo impregnado pelas teses de proibição de proteção deficiente. Não merece o cidadão digno, respeitador das leis e que pauta suas condutas nos estritos ditames legais ser obrigado a conviver com criminosos de responsabilidade penal demonstrada e inequívoca

apenas pelo medo estatal de proporcionar uma revisão de processos criminais de onde emanaram decisões condenatórias, já encerrados, ao simples argumento da segurança jurídica. Não merece a coletividade também usufruir de segurança jurídica, assim entendida como a efetiva aplicação da lei aos casos concretos?

A compatibilidade, aliás, entre esta modalidade de *revisio criminis* e o ordenamento jurídico nacional é tamanha que os dois países que mais influenciaram na construção do mesmo, quais sejam, Portugal e Alemanha, aquele por ter fornecido as raízes das legislações brasileiras em todas as suas mais variadas ramificações e esta por ter fornecido a base teórica elementar sobre a qual se assenta a moderna Teoria Geral do Direito em todo o mundo, adotam-na em suas legislações processuais penais, como foi objeto de breve análise nos capítulos iniciais desta obra. Isto denota que da mesma forma que tais Estados conseguiram alcançar um equilíbrio satisfatório entre a preservação das garantias constitucionais dos réus e dos condenados e a necessidade de promoção da ordem pública, combate à impunidade, concretização do dever estatal de proteção e efetividade da justiça, também o Brasil conta com um arcabouço normativo e jurisdicional adequado para esta empreitada que somente trará resultados positivos e satisfatórios para a sociedade como um todo.

Encerrando a construção de tais teses, insta trazer o ensinamento do doutrinador público e membro do *parquet* Horácio Bortz (1971, p. 239):

Os mesmos elevados desejos de justiça que fomentam a permissão legal de reabertura de inquéritos arquivados e das acusações atribuídas a réus impronunciados, bem como das sentenças condenatórias, não são diferentes dos desejos de justiça que inspiram uma luta em prol da revisão *pro societate*. Nenhum princípio, nem lógico, nem jurídico, nenhum reclamo de justiça pode ser invocado para repudiá-la.

Tal doutrinador, em atitude totalmente defensora de tal instituto no arcabouço normativo pátrio, defende que a legitimidade ativa em casos de revisão criminal *pro societate* deveria dizer respeito não apenas ao Ministério Público, mas também à vítima, ao ofendido da conduta delitativa praticada, o que é assunto um tanto quanto delicado tendo em mente os anseios que podem acometer este lesado. É certo que ele deve ter sua esfera jurídica subjetiva tutelada, mas na ânsia de ver uma resposta estatal suficiente para o mal que lhe acometeu, certo é que ele poderá esquivar-se por caminhos um tanto quanto obscuros na busca por elementos

embasantes de uma revisão do processo findo em que o violador de seus direitos fundamentais foi absolvido. Ainda assim, este é um ponto extremamente interessante e que demanda uma análise mais precisa que, contudo, extrapola o objetivo do presente trabalho, ainda que já se tenha deixado clara a posição aqui defendida a respeito deste crucial ponto em sede de revisões criminais *pro societate*, mesmo porque as legislações alienígenas, que poderiam ser utilizadas como parâmetro, silenciam a este respeito.

6.2 Habeas Corpus STF nº 104.998-SP: Um Precedente?

No dia 14 de Dezembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão histórica e notável. Para analisar-se mais detidamente a mesma, eis a ementa do acórdão:

EMENTA "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECISÃO QUE RECONHECE A NULIDADE ABSOLUTA DO DECRETO E DETERMINA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. PRONÚNCIA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS OU INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA EM RELAÇÃO A CORRÉU. INVIABILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS NA VIA ESTREITA DO WRIT CONSTITUCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. 1. A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. 2. Não é o habeas corpus meio idôneo para o reexame aprofundado dos fatos e da prova, necessário, no caso, para a verificação da existência ou não de provas ou indícios suficientes à pronúncia do paciente por crimes de homicídios que lhe são imputados na denúncia. 3. Habeas corpus denegado. (STF – 1ª Turma – RHC nº 104.998-SP – Rel. Min. Dias Toffoli. J. em 14/12/2010).

Este julgamento foi realizado pela Primeira Turma do pretório Excelso, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, sendo ele resultado de maioria de votos, em sede de Habeas Corpus com pedido de liminar impetrado contra decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – e postulando a nulidade da mesma – que pugnou pelo cancelamento de decisão de inferior instância que extinguiu a punibilidade de um autor de crime de homicídio com fulcro no artigo 107,

inciso I do Código Penal. Eis a ementa do acórdão atacado pelo presente habeas corpus:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS, ANTES DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. DECISÃO QUE TORNA SEM EFEITO SENTENÇA QUE RECONHECERA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO AGENTE, COM BASE EM ATESTADO DE ÓBITO FALSO. FALTA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. IMPETRAÇÃO CONHECIDA EM PARTE. ORDEM DENEGADA. 1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo Tribunal de origem, não compete a esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância. 2) A falta de alegações finais, nos processos de competência do Tribunal do Júri, não acarreta nulidade. No caso em exame, o defensor constituído fora devidamente intimado para manifestação, deixando, no entanto de fazê-lo. 3) É entendimento jurisprudencial que a decisão que declara extinta a punibilidade da espécie, fundada em atestado de óbito falso, não faz coisa julgada material. 4) A alegação de inocência e falta de indícios suficientes para a decisão de pronúncia não podem ser analisadas nos estreitos limites do 'habeas corpus'. 5) Impetração conhecida em parte. Ordem de denegada. (STJ – 6ª Turma – HC nº 143.474-SP – Rel. Min. Celso Limongi. J. em 06/05/2010).

No caso em tela, determinado indivíduo encontrava-se processado pelo crime de homicídio e obteve a extinção de sua punibilidade em virtude de ser levada aos autos, em período no qual o mesmo se encontrava evadido, falsa certidão de óbito. Descobrimo-se, posteriormente, a fraude realizada no seio dos autos, o juízo singular determinou o cancelamento da sentença que declarara extinta a punibilidade do agente, e que já se encontrava transitada em julgado, sobrevindo sua pronúncia para que o mesmo pudesse ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

A discussão precípua aventada pelos impetrantes, ao lado da inexistência de subsídios mínimos para a sentença de pronúncia, foi o fato de ter o magistrado singular invalidado uma decisão que extinguiu punibilidade do agente em virtude do artigo 107, inciso I do Código Penal, de maneira a ensejar, em suas visões, violação da coisa julgada consagrada na Carta Constitucional em seu artigo 5º, inciso XXXVI, promovendo insegurança jurídica e verdadeira instituição de revisão criminal *pro societate* no processo penal, instituto que não possui previsão legal. No parecer dos impetrantes, no caso *sub examine* o réu, foragido, nem mesmo tivera participação na juntada aos autos da falsa certidão de óbito, mas mesmo que tivesse tido, o máximo que poderia ocorrer seria a punição do mesmo pelos crimes de falsidade ideológica ou uso de documento falso, a depender de uma

análise mais precisa das circunstâncias que rodeiam a ocorrência e quem foi o verdadeiro autor do documento eivado de vício.

Estas situações sempre foram ensejadoras de grandes debates nos Tribunais. Na Itália, para fazer-se aqui um paralelo com a legislação alienígena, país de tradições processuais penais extremamente semelhantes às brasileiras, esta é a única hipótese prevista no ordenamento jurídico que pode ensejar uma espécie de revisão criminal *pro societate*, ainda que não denominada desta forma, mas que permite que decisões definitivas sejam atacadas mesmo ensejando prejuízo aos acusados pela retomada do andamento de seus processos, podendo até mesmo sobrevirem condenações ou obrigações de cumprimento de pena.

Após vasta análise da situação e extensa fundamentação jurídica, o relator, Ministro Dias Toffoli, houve por bem denegar a ordem, indeferindo os pedidos formulados pelos impetrantes e mantendo a decisão do juízo recorrido, de modo a promover o regular trâmite processual, com julgamento do acusado perante o Tribunal do Júri. E o principal motivo pelo qual este parecer, acompanhado pela maioria dos julgadores da Turma, foi a teoria da existência jurídica.

Para chegar à conclusão de seu julgamento, o Ministro Dias Toffoli recorreu aos ensinamentos do jurista germânico Karl Salomon Zachariae von Ligenthal, que, através da construção da mencionada teoria, afirma que aquilo que não existe no mundo dos fatos não existe no mundo jurídico. Ligenthal promove, desta forma, a separação das realidades fáticas naquelas que dizem respeito ao mundo comum e ao mundo do Direito, este último versando sobre aquilo que é de interesse do Poder Jurisdicional, ao passo que aquele primeiro compreende absolutamente todas as ocorrências concretas que na sociedade se verificam. Acontece que o mundo dos fatos é extremamente maior que o mundo do Direito e acaba por abarcá-lo, de modo que se determinada ocorrência gera reflexos no mundo do Direito, ela estará também presente no mundo dos fatos; de outra banda, nem todas as verificações fáticas repercutirão no mundo do Direito. A consequência direta desta dependência verificada pelo mundo do Direito em relação ao mundo dos fatos reside no fato de que se determinada ocorrência não foi verificada na realidade fática, também não poderá ser verificada na realidade jurídica. Por isto, se um réu não morreu, não houve o evento fático da morte; logo, não se pode admitir que este fato inexistente produza efeitos na seara jurídica de modo a implicar a extinção de

sua punibilidade em virtude da aplicação ao caso do artigo 107, inciso I do Código Penal. É, de fato, exatamente isto o que consta do voto do ilustre relator:

O mundo jurídico tem que estar dentro do mundo dos fatos. Se, no mundo dos fatos, não houve o evento morte, qualquer declaração nesse sentido, mesmo judicial, mesmo transitada em julgado, pode ser desconsiderada por qualquer um diante do que explica a teoria da existência jurídica.

Advém daí a afirmação de que uma decisão que extingue a punibilidade do acusado em virtude de um evento morte que não ocorreu não pode de maneira alguma gerar repercussões jurídicas e, mais ainda, ensejar coisa julgada material. Na verdade, eventual decisão nestes moldes irá produzir, no máximo, coisa julgada formal.

Tais preceitos foram bastante desenvolvidos no Brasil pelo ilustre Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que chegou ao ponto de desenvolver a famosa e, em sua homenagem, denominada Escada Ponteana. Para este notável operador do Direito, os atos jurídicos possuem três planos para que possam se aperfeiçoar, ou seja, devem conter três elementos ou requisitos para que possam gerar repercussões no ordenamento jurídico, aqui considerados como seus planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Explica o jurista (1998, p. 22):

No mundo jurídico, há três planos diferentes: o *plano da existência*, em que há fatos jurídicos (fj), e não mais suportes fáticos; o *plano da validade*, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o *plano da eficácia*, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres, pretensões; ações, em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição do réu); exceções.

Desta feita, a primeira exigência para que determinado ato seja tido como jurídico e possa passar-se a uma análise de sua validade e eficácia, faz-se necessário reputá-lo existente. Ademais, frise-se que os atos jurídicos também deverão produzir efeitos mínimos que não se confundem com a mera modificação da realidade fática, posto que também deverão influir na realidade jurídica mediante previsão das normas vigentes no arcabouço normativo pátrio. E quando se verificou, no caso levado ao conhecimento da Suprema Corte, a extinção da punibilidade de um autor do crime de homicídio fulcrada em falsa certidão de óbito, certo é que o suporte fático através do qual poderia ele ser levado ao mundo jurídico – o evento

morte – não ocorreu, de modo que não há de se falar na existência de um fato e nem mesmo de um ato jurídico existente e, como consequência, totalmente desprovido de qualquer validade e eficácia.

Tendo tais preceitos em mente, foi a ordem de habeas corpus denegada. Consta do voto do relator, Ministro Dias Toffoli, a seguinte passagem:

Naturalmente, se há falta no suporte fático de elemento nuclear, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver o próprio fato jurídico, de modo a não se reconhecer qualquer validade à decisão que declarou extinta a punibilidade do agente por fato inexistente.

Finalmente, salientou ele, apoiado em vasta doutrina processual penal, que a sentença que julga extinta a punibilidade do agente tem a natureza jurídica, na verdade, não de sentença propriamente dita e sim de despacho interlocutório misto, aquele responsável por resolver incidentes surgidos no curso da demanda sem, contudo, adentrar ao mérito da causa.

O que é possível extrair deste inovador julgado é que a jurisprudência finalmente passou a dar mais atenção aos atos nocivos à persecução penal e fornecer a resposta judicial suficiente e necessária que os mesmos merecem. É certo que tal decisão ficou adstrita aos casos em que há extinção do processo em virtude de sentença que faz incidir ao caso o preceito mandamental do artigo 107, inciso I do Código Penal, motivada por documento falso juntado aos autos; contudo, através dele é possível extrair uma certa flexibilização da coisa julgada em prejuízo do réu, justamente porque, embora seja pacífico que em tais situações não se verifica uma assunção de coisa julgada material, coisa julgada formal existe ou pode vir a existir, tendo aqui sempre em mente o conceito e entendimento de que coisa julgada formal é a impossibilidade de alteração da decisão judicial em virtude do esgotamento dos recursos passíveis de interposição naquela situação e que, embora não solucione a lide, soluciona o processo.

Em sendo assim, verificou-se no caso uma relativização da coisa julgada e em prejuízo do acusado, que teve reconhecida pelo Poder Judiciário a necessidade de correção do equívoco que outrora o beneficiara, determinando a ocorrência de julgamento do mesmo pelo Tribunal do Júri. Muito embora se tenha dito que tal decisão não caracterizaria uma revisão criminal *pro societate*, tendo em mente o fato de que a *revisio criminis* é a demanda judicial adequada para a

relativização da coisa julgada em matéria penal quando da ocorrência de uma falha do Poder Judiciário no exercício de suas funções típicas, somente não se poderia entender aqui sua ocorrência porque a relação jurídica de direito processual não foi inovada em momento algum, mas permaneceu a mesma em grau de recurso, posto que a essência de ambos os casos é exatamente idêntica.

Note-se ainda que muito embora em nenhum momento do julgamento tivesse sido feita menção ao dever de proteção do Estado e à proibição de insuficiência, toda a construção jurídica que delineia a essência desta vertente pró-acusatória do princípio da proporcionalidade adequa-se perfeitamente a tal situação e poderia ter sido plenamente utilizada para a denegação da ordem, como se verificou de fato, mormente porque a coisa julgada, como visto, de forma alguma é um valor absoluto e pode ser vulnerada em situações bastante delicadas, não havendo razão para não se considerar como motivo suficiente para a relativização da mesma, os casos em que o acusado atenta contra a persecução penal de maneira tal que promove sua extinção mediante a indução a erro do órgão julgador. Dentro de todos os deveres de proteção que estão embutidos na proibição de proteção deficiente e que já foram exaustivamente analisados anteriormente, seria correto aplicar a um homicida a sanção cominada a um crime de falso? Age o Estado, fechando os olhos ao cometimento de um crime que extirpou uma vida humana, valor máximo da República Federativa do Brasil, de maneira condizente com a resposta penal que deve dar perante toda a sociedade contra as situações que ensejem lesões e distribuições de bens jurídicos fundamentais? Certamente que não, caracterizando tais condutas verdadeiras violações do princípio da proporcionalidade e da própria dignidade da pessoa das vítimas de crimes e de seus familiares, que são obrigadas a conviver com a impunidade de um Estado fraco que não promove de maneira eficaz aquilo que é condizente com a justiça, atribuição ao autor de um crime da sanção penal correspondente, mesmo porque, como dito, o maior objetivo do processo penal é a busca da verdade real.

A bem da verdade, a decisão do Pretório Excelso nesta precípua situação em muito se assemelha aos resultados que se pretende obter com a *querella nulitatis insanabilis*. Este instituto jurídico pode ser entendido como a ação através da qual se busca atacar uma sentença inexistente, ou seja, nada mais é do que uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica, sendo sua terminologia um tanto quanto criticada pelo fato de que engloba a expressão

“nulitatis”, já que ela se volta para as sentenças inexistentes e não nulas. Isto, contudo, se deve ao fato de que na origem ela atacava nulidades e não inexistência, sendo que uma adequação deve ser aqui realizada. Em sendo assim, uma vez que o eminente ministro encontrou supedâneo na teoria da existência dos atos jurídicos para proferir seu voto, vindo no mesmo a negar que aquilo que não se encontra no mundo dos fatos não pode repercutir no mundo do Direito, em outras palavras asseverou que a sentença proferida pelo magistrado que declarou extinta a punibilidade do agente com fulcro em certidão de óbito falsa é inexistente. Via de consequência, surgiram efeitos típicos de uma *querella nulitatis insanabilis*, com declaração de inexistência, o que é bastante interessante dado o extenso uso de tal ação na seara do processo cível e não no processo criminal, onde é deveras rara. Nada parece, contudo, obstar que a utilização da mesma em sede de ações penais ocorra, já que em consonância com a mais produtiva opinião doutrinária e com as bases legais do ordenamento.

Este entendimento, contudo, não é uniforme, tendo sido a decisão aqui em análise tomada por maioria de votos e não por unanimidade, embora mesmo dentro de uma mesma turma. No julgamento, houve oposição principalmente do Ministro Marco Aurélio que se pronunciou afirmando que a “coisa julgada faz do branco preto e do quadrado redondo”, não podendo de forma alguma usar nem mesmo a teoria da existência dos atos jurídicos para promover uma relativização da mesma que se afigure desfavorável ao réu.

Com todo o devido respeito que é devido ao ilustre magistrado, não parece de forma alguma correto partilhar de tais entendimentos. A coisa julgada não pode jamais obter um grau de absolutismo tão elevado que acabe por prejudicar a verdade real e a aplicação da justiça nos casos concretos como mecanismo de efetivação do dever de proteção que é devido pelo Estado. Não é de forma alguma razoável tolerar-se violações dos bens jurídicos fundamentais em benefício da coisa julgada. Não é nem mesmo possível admitir que teria sido este o objetivo do legislador ao integrar ao ordenamento jurídico pátrio o instituto da coisa julgada, já que ainda que seja um imperativo de primeira necessidade a existência de segurança jurídica, é certo, óbvio e condizente com os mais elementares preceitos do Estado Democrático e Social de Direito que ela não deve valer apenas e tão somente para a pessoa de um acusado, condenado ou absolvido, mas também para

toda a sociedade. Segurança jurídica é ter a certeza de que há no comando da nação um poder público forte que não compactua com a impunidade.

Na verdade, o pronunciamento discordante do Ministro Marco Aurélio pugnou muito pelo temor das consequências futuras da denegação da ordem com relação às demais causas de extinção da punibilidade, como a prescrição. Este temor, contudo, também parece infundado, justamente porque a questão em debate é a falsidade do motivo ensejador da extinção da punibilidade e não o motivo em si que é apto a promovê-la. Não há que se questionar uma extinção de punibilidade pela prescrição, por exemplo, já que não há como se contestar ou não o decurso do tempo e a omissão do Estado, que não é passível de falsificação como um documento comprobatório da morte do agente.

Em sendo assim, aparentemente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal começa a condizer efetivamente com a proibição de insuficiência e acenar, ainda que de maneira tímida, a possibilidade de vulnerar a coisa julgada, ainda que meramente formal, em favor da sociedade. Com efeito, esta mudança é bastante significativa e não deve ser criticada com relação à sua sutileza, já que nem o ordenamento jurídico brasileiro, nem a jurisprudência, nem a doutrina e nem a sociedade brasileira parecem maduros o suficiente para aceitar a possibilidade de uma absolvição definitiva tornar-se uma condenação. Contudo, dizer que referida absolvição inexistiu é algo bastante lógico nos casos em que o fato motivador da decisão judicial é uma fraude e, conseqüentemente, não pode receber o apoio do próprio Poder Judiciário ludibriado e que se encontra passível de ocorrer mesmo diante da atual inexistência de previsão legal da revisão criminal *pro societate* no ordenamento jurídico processual penal pátrio.

7 CONCLUSÃO

Enfim, expostos todos os muitos preceitos que foram objeto de tão exaustivas considerações ao longo deste trabalho, a única conclusão a que se pode chegar é a da premente necessidade de que seja trazida ao ordenamento jurídico processual penal pátrio o instituto da revisão criminal *pro societate*. Este, aliás, foi o precípua objetivo de tal empreitada, iniciada com análises acerca da histórica *revisio criminis*, passando pelos modernos preceitos que guiam a Teoria Geral do Direito, mais precisamente no que concerne ao neoconstitucionalismo e à Teoria das Normas, com a crescente e necessária valorização dos princípios, até atingir-se o postulado essencial da proporcionalidade em suas duas vertentes, com especial enfoque na proibição de insuficiência e na obrigação estatal de tutela efetiva dos direitos fundamentais.

Disto resulta que se sopesando os princípios constitucionais da segurança jurídica e da justiça, justamente com a moderna teoria dos princípios e o fundamento precípua da correta compreensão dos direitos fundamentais e sua aplicação, não há que se negar, frente ainda à interferência positiva do dever estatal de máxima proteção dos direitos fundamentais, responsável por impor a todas as esferas do poder público a obrigação de tomar ações que visem à preservação dos bens jurídicos fundamentais e jamais compactuar com as violações dos mesmos, mas, do contrário, puni-las com a severidade necessária para promover um desestímulo a futuras violações nos mesmos moldes, que é o princípio máximo da justiça, verdadeira razão de ser da existência de um corpo de normas regentes do Estado e corolário da norma responsável por reger todo o desenvolvimento da *persecutio criminis*, a busca da verdade real, que deve prevalecer.

Tal prevalência implica na conduta estatal de jamais se permitir que, por razões de mera política criminal, bens jurídicos penais permaneçam desguarnecidos e determinado indivíduo que sabidamente incorreu numa conduta delitiva não possa ser punido pela mesma devido ao temor de vulnerar a coisa julgada quando esta se mostra favorável ao criminoso.

A respeito do dever de proteção do Estado, vale aqui uma última citação de José Paulo Baltazar Júnior (2010, pp. 245-246):

A proibição de insuficiência, como decorrência do caráter objetivo dos direitos fundamentais, entendida como dever de ação do Estado frente a ameaças provenientes de fontes não estatais contra os direitos fundamentais é reconhecida como geradora de deveres para o Estado e direitos para o cidadão. (...). A concretização do dever de proteção é tarefa atribuída essencialmente ao legislador, que goza de um espaço razoável de conformação, mas está obrigado a adotar medidas possíveis que, com o mínimo grau de afetação de outros bens jurídicos, atinjam o grau máximo de proteção.

Logo, diante da existência de centros de poder paralelos ao estatal, triste e ao mesmo tempo inafastável realidade, é mister que este adote medidas razoáveis de proteção à sociedade uma vez que isto é, também, o mínimo que se pode esperar de uma democracia que preza em sua Carta Fundante, acima de tudo, pela dignidade da pessoa humana. E a proibição de insuficiência é, concluindo, argumento suficiente para embasar a revisão criminal *pro societate* não apenas no Brasil, mas em qualquer Estado do mundo que preze pela concretização de um regime democrático. Cuida-se ela de um remédio histórico e universalmente consagrado para elidir as falhas cometidas pelo Poder Judiciário no exercício de suas funções típicas e, como restou evidente ao longo das teses construídas no percurso deste ensaio, mecanismo totalmente compatível ao ordenamento jurídico nacional, restando afirmada aqui a necessidade urgente do legislador, principal destinatário e responsável em sede de dever de proteção, incorporá-la ao processo penal nacional.

É, além disso, bastante importante e positivo destacar a atuação da Corte Constitucional Brasileira para a promoção destes preceitos, ainda que de maneira tímida, mas, como alhures dito, compreensível em face das drásticas mudanças que a adoção da ação de revisão criminal em prol da sociedade acarretaria no mundo jurídico brasileiro. Aplicando a Teoria dos Planos do inolvidável grande jurista Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o Pretório Excelso finalmente passou a aceitar e reconhecer a nulidade de decisões que extinguem a punibilidade dos acusados criminalmente em virtude da aplicação do artigo 107, inciso I do Estatuto Penal Repressivo da nação, nas circunstâncias em que esta conduta se encontra fulcrada em falso atestado ou certidão de óbito, de modo a implicar a retomada do curso processual do agente pelo crime efetivamente praticado e não apenas pelo crime de falsidade ideológica ou uso de documento

falso, como vinha prevalecendo na doutrina e na majoritária jurisprudência das cortes de justiça nacionais.

O que ficam, neste ponto, são os mais sinceros votos para que o legislador federal acompanhe os esforços do Supremo Tribunal Federal nos seus esforços recentemente tão aplaudidos de combate à impunidade, mesmo nas mais altas esferas do poder público, e entenda o quão favorável será para o Direito e para a sociedade que deposita sua confiança, seu respeito e seus tributos nos regentes da nação a disciplina legal da revisão criminal em prol da sociedade.

Como salientado, isto de forma alguma representará uma instabilidade jurídica insuportável para réus que por uma vez foram equivocadamente beneficiados com um decreto judicial absolutório, mesmo porque os referidos acusados terão todo direito ao devido processo legal e à ampla defesa nos moldes do que for disciplinado pelo legislador, que poderá ainda balizar-se em inúmeros ordenamentos jurídicos alienígenas para estabelecer uma disciplina precisa e garantista para tal instituto, de modo a criticá-los e incorporar ao ordenamento nacional o que os mesmos possuem de melhor.

Esta, enfim, é a mensagem que o presente ensaio buscou transmitir, sempre na esperança do máximo aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e da aplicação do Direito na tão amada *terrae brasilis*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Florêncio de. **Comentários ao Código de Processo Penal**: decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. 5.

ADOUE, Silvia Beatriz. **Operações sobre a Memória: Narrativas sobre a violência de Estado**. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/058/58adoue.htm>. Acesso em: 12.12.2011.

ALAMY Filho, João. **O Caso dos Irmãos Naves: Um Erro Judiciário**. 3 ed. 2 tir. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. 376p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669p.

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **Uma História Que Não é Contada**. 5 ed. Lorena: Cléofas, 2009. 260p.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Verbatin. 576p.

ARRUDA, Élcio. **Revisão Criminal Pro Societate**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Leme: BH, 2009. 628p.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 12 ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 206p.

_____. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. In: **Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Volume I, Número 04**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/revistas/10302806/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 25.07.2011.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 266p.

BARROS, Suzanna de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 224p.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Número 9**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em: 19.06.2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 793p.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 930p.

BORTZ, Horácio. Revisão Pro Societate. In: **Revista Justitia, Ano XXXIII, Volume 71**. São Paulo: 1971.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEXTA TURMA. **Habeas Corpus nº 143.474 – SP. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, DJ: 24/05/2010, julgado em 06/05/2010**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901471952&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 30.07.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRIMEIRA TURMA. **Habeas Corpus nº 72.981 – SP. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DJ: 09/02/1996, julgado em 14/11/1995**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1622192>. Acesso em: 18.06.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRIMEIRA TURMA. **Habeas Corpus nº 104.998 – SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DJ: 09/05/2011, julgado em 14/12/2010**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3925377>. Acesso em: 13.12.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SEGUNDA TURMA. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.788 – MG. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DJ: 17/08/2001, julgado em 02/05/2000**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1791681>. Acesso em: 19.12.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SEGUNDA TURMA. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 80.796 – SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DJ: 10/08/2001, julgado em 29/05/2001.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1916987>. Acesso em: 30.06.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855 – PR. Relator: Ministro Octavio Gallotti, Brasília, DJ: 27/03/2009, julgado em 06/03/2008.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1561243>. Acesso em: 19.12.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.301 – DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DJ: 15/10/2009, despacho do relator datado de 07/10/2009.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3758530>. Acesso em: 15.07.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. **Habeas Corpus nº 45.232 – GB. Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti, Brasília, DJ: 17/06/1968, julgado em 21/02/1968.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/666575/habeas-corpus-hc-45232-gb-stf>. Acesso em: 15.03.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. **Súmula nº 393. Brasília, DJ: 08/05/1964, decisão de 03/04/1964.** Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0393.htm. Acesso em: 01.07.2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS – Grupo de Câmaras Criminais. **Revisão nº 123.166-3 – Ibiraci.** Relator: Desembargador Schalcher Ventura, 1992.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. TERCEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL. **Revisão Criminal nº 9024050-93.2007.8.26.0000 – Votuporanga. Relator: Desembargador Sérgio Ribas. São Paulo, DJ: 13/01/2012, julgado em 15/12/2011.** Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=4&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificad o=9024050->

93.2007&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=9024050-93.2007.8.26.0000&dePesquisa=&pbEnviar=Pesquisar. Acesso em: 22.02.2012.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: **Panóptica, Ano I, Número 6**. Vitória: 2007. Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 19.06.2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. 1352p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 613p.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. V. 2. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 695p.

CAPUTO, Dante. **Uma vacuna contra los golpes militares**. Disponível em: http://www.clarin.com/juicio-a-las-juntas/vacuna-golpes-militares_0_370763128.html. Acesso em: 12.12.2011.

CARMO, Márcia. **Ex-Ditador argentino é condenado à prisão perpétua**. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/12/101222_videla_perpetua_mc.shtml. Acesso em: 14.12.2011.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira: comentários**. 2 ed, cor. e aum. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1924. 561 p.

CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão Criminal: características, consequências e abrangência**. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. 235 p.

CHACON, Paulo Eduardo de. O Princípio da Segurança Jurídica. In: **Jus Navigandi, Ano 8, Número 118**. Teresina: 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4318/o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 25.07.2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe nº 28, de 2 de Outubro de 1992**. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/92span/argentina10.147.htm>. Acesso em: 13.12.2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Decisão do Caso nº 75: Barrios Altos versus Perú.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 14.12.2011.

COSTA, Moacyr Lobo da. **A Revogação da Sentença.** São Paulo: Ícone, EDUSP, 1995. 275p.

CRETELLA Júnior, José. **Direito Romano Moderno: Introdução ao Direito Civil Brasileiro.** 7 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 306p.

_____. Os Cânones do Direito Administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa, Ano 25, Número 97.** Brasília, 1988.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Caso dos Irmãos Naves – O Maior Erro Judiciário do Brasil... Por Enquanto.** Disponível em: <http://josecaldas.wordpress.com/2009/04/06/caso-dos-irmaos-naves-o-maior-erro-judiciario-do-brasil-por-enquanto/>. Acesso em: 13.07.2012.

DANNER, Leno Francisco. **Justiça Distributiva em Rawls.** Disponível em: http://sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/ARTIGOS/Justi%20%80%A1a_Distributiva_em_Rawls%5B1%5D.pdf. Acesso em: 25.07.2012.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito.** 5 ed. corr e actual. Coimbra: Arménio Amado, 1979. 643p.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 1999. 572 p.

DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres.** 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 430p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568p.

ESPÍNOLA Filho, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1943-1946. 528p.

FISCHER, Douglas. **Proibição de Insuficiência no Direito Penal e no Direito Processual Penal**. Ajuris: Curso de Atualização para Magistrados, 2011. Disponível em: www.escoladaajuris.org.br/.../Douglas_Fischer/Douglas_Fischer.pptx. Acesso em: 25.07.2012.

FARIA, Antonio Bento de. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941**. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. 3 v.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988. 687p.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005. 266p.

FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 3. 449p.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Processo Civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 467p.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 391p.

GRECO Filho, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 447 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7. ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 366 p.

GUEMBE, Maria José. Reabertura dos Processos pelos Crimes da Ditadura Militar Argentina. In: **Revista Sur, Volume 2, Número 3**. São Paulo: 2005.

HORTA, Ana Clélia Couto. **Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2344. Acesso em: 13.07.2012.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. 534p.

KIRSCHBAUM, Ricardo. **El país que creyó em la democracia**. Disponível em: http://www.clarin.com/juicio-a-las-juntas/pais-creyo-democracia_0_340766164.html. Acesso em: 12.12.2011.

LEAL, Saulo Brum; KINZEL, Inez Maria. **Notas sobre Revisão Criminal: Doutrina e Jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 102p.

LEVAL, Emeric. O Julgamento de Susana: Reflexões sobre a Primitiva Justiça Penal Mosaica. In: **Revista Justitia, Ano XXIX, Volume 57**. São Paulo: 1967.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. Araras: Bestbook, 2004. 148p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume II. Niterói: Ímpetus, 2012. 1148p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Revisão “Pro Societate”. In: **Revista Justitia, Ano XLVI, Volume 125**. São Paulo: 1984.

MEDEIROS, Michelle de Freitas Bagli Figueiredo de. **Erro Judiciário**. Presidente Prudente, 2003. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003. 79 p.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão Criminal**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 341 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo: Até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 1127p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616p.

MESAS DE PROCESSO PENAL DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Súmulas nºs 112, 113, 114 e 118**.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006-2008. 818p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. t. 4. Ações Constitutivas Negativas. 1 ed. São Paulo: Bookseller, 1998. 7 t. 796p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 4 ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editorial, 1990. 435p.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 307p.

MOSSIM, Heráclito Antônio. **Revisão Criminal no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997. 216 p.

NANNI, Giovanni Ettore. **A Responsabilidade Civil do Juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999. 363 p.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 498 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1088 p.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 822p.

PALACIOS, Ariel. **Ditadura argentina, a mais sanguinária da América do Sul, foi fracasso militar e econômico**. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/ariel-palacios/ditadura-argentina-a-mais-sanguinaria-da/>. Acesso em: 12.12.2011.

PENTEADO, Jacques de Camargo. Revisão Criminal. In: **Revista dos Tribunais, Ano 84, Volume 720**. São Paulo, 1995.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. 207p.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TERCEIRA SEÇÃO. **Processo nº 319/04.1GBTMR-B.S1, julgado em 01/07/2009.** Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/65958f17bfc61563802576350055114e?OpenDocument>. Acesso em: 15.07.2012.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar.** 13 ed. rev, aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 463p.

SALLA, Thomas Mio. **As Provas Ilícitas e o Princípio da Proporcionalidade.** Presidente Prudente, 2007. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2007. 145p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 98, Junho de 2005.** Porto Alegre: 2005.

SCHILLING, Voltaire. **Argentina, Ditadura e Terror.** Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/seculo/2006/03/24/000.htm>. Acesso em: 12.12.2011.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal.** Lisboa: Editorial Verbo, 1994. 434 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 878p.

SILVEIRA, Valdemar César da. **Dicionário de Direito Romano.** São Paulo: J. Bushatsky, 1957. 2 v. 749p.

STEELE, Evandro Barbosa. Revisão Criminal "Pro Societate". In: **Revista Justitia, Ano XXXV, Volume 83.** São Paulo: 1973.

STRASSERA, Júlio César. **Acusación del fiscal Julio Strassera Extracto Juicio a las Juntas Militares. Año 1985.** Disponível em: http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=152:acusacion-del-fiscal-julio-strassera&catid=46:derechos-humanos&Itemid=27. Acesso em: 12.12.2011.

STRECK, Lênio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: Da proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de Como não há Blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais. . In: **Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, Março de 2005**. Porto Alegre: 2005.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 181p.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 4. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 718p.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; PAIVA, Rodrigo Cambará Arantes Garcia de; BARBOSA, Sara Beatriz de Freitas. **Recursos e Ações de Impugnação no Processo Penal**. Leme: Imperium, 2008. 285p.