

COISA JULGADA PENAL: CONTINGÊNCIAS, EXPECTATIVAS E ALTERABILIDADE DAS CONDENAÇÕES

RES JUDICATA: CONTINGENCIES, EXPECTATIONS AND THE ALTERABILITY OF CONDEMNING SENTENCE

Renan Posella Mandarinol¹

RESUMO: O artigo objetiva demonstrar o dinamismo e a fluidez dos atos processuais numa ação penal, a partir do referencial teórico de James Goldschmidt, denominado de “situação jurídica do processo”. Para examinar a aplicabilidade dessa teoria, a pesquisa utilizou o método dedutivo e a metodologia de análise de decisão penal, em que um processo penal específico já havia sido decretado o trânsito em julgado da sentença penal e a defesa do acusado propôs a ação de Revisão Criminal para desconstituir a condenação. O julgado permite concluir que o processo penal é um espaço de incertezas, expectativas e contingências. A coisa julgada reforça que os atos judiciais estão inseridos num ambiente de contingências e expectativas jurídicas que, apesar de reduzir as possibilidades de modificação dos efeitos da decisão penal, sujeita à alterabilidade em casos de condenações injustas e erros judiciais.

694

Palavras-chave: Incertezas. Situação jurídica. Decisão penal.

ABSTRACT: The article aims to demonstrate the dynamism and fluidity of procedural acts in a criminal case, based on James Goldschmidt's theoretical framework, known as the "legal situation of the case". To examine the applicability of this theory, the research used the deductive method and the methodology of analyzing a criminal decision, in which a specific criminal case had already been declared res judicata and the defendant's defense filed a Criminal Review action to overturn the conviction. The judgment allows us to conclude that the criminal process is a space of uncertainties, expectations and contingencies. Res judicata reinforces that judicial acts are inserted in an environment of contingencies and legal expectations which, despite reducing the possibilities of modifying the effects of the criminal decision, is subject to change in cases of unjust convictions and judicial errors.

Keywords: Uncertainties. Legal situation. Criminal decision.

¹Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP/Jacarezinho-PR). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca-SP). Docente no curso de Direito da Universidade Paulista (UNIP) e da Faculdade Rede Gonzaga de Ensino (REGES).

INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea a “expectativa de ação” tem maior relevância do que a própria “ação”. Os algoritmos é um bom exemplo, na medida em que eles conseguem captar as tomadas de decisões e as possibilidades de ações antes da efetiva ação. Essa complexidade de informações e expectativas gera o fenômeno da “contingência”, isto é, para um problema determinado existirão múltiplas respostas possíveis, cuja escolha será passível de frustrações e acertos dentro das expectativas.

Niklas Luhmann (2010, p. 316) define contingência como “[...] algo que não é necessário nem impossível, algo que é (era ou será) assim como é, mas também pode ser diferente.” Na perspectiva do referido autor, seria uma variedade de alternativas de ações pautadas pelo grau de liberdade de escolher entre elas. Esse livre arbítrio gera insegurança e incertezas para o observador do sistema e, conseqüentemente, o próprio sistema aumenta sua complexidade interna para responder às expectativas e irritações provocadas pelos relacionamentos de contingência dos outros sistemas.

Como subsistema da sociedade contemporânea, o processo penal não é diferente, pois os atos judiciais convivem com as expectativas da nulidade, prescrição, decadência, limitações das produções probatórias, etc. A teoria da “situação jurídica” de James Goldschmidt importa essa perspectiva da sociedade contemporânea ao processo penal, o qual seria formado por “cargas”, que gerariam “expectativas” e “possibilidades” de ações a partir do sistema acusatório. As cargas geram alterações no cenário processual, visto que geram expectativas diferentes a cada ato do procedimento.

A coisa julgada é o fator limitante dos atos processuais. Com o selo do trânsito em julgado, a dinâmica processual se encerraria. Contudo, no processo penal, mesmo diante da coisa julgada, é possível requestionar alguns fundamentos da sentença penal condenatória, por meio da ação de Revisão Criminal.

O artigo objetiva demonstrar o dinamismo e a fluidez dos atos processuais numa ação penal, a partir do referencial teórico de James Goldschmidt, denominado de “situação jurídica do processo” e sua relação com a coisa julgada penal. Para examinar a aplicabilidade dessa teoria, a pesquisa utilizou o método dedutivo, pois a partir dos conceitos de contingência e expectativa (abstrato), procedeu-se à análise do caso concreto (decisão penal).

Também foi utilizada a metodologia de análise de decisão penal, em que um processo penal específico já havia sido decretado o trânsito em julgado da sentença penal e a defesa do acusado propôs a ação de Revisão Criminal para desconstituir a condenação.

O exame da decisão penal permite aprofundar os conhecimentos contemporâneos de que o processo penal pode ser um espaço de incertezas, expectativas e contingências. A coisa julgada é um mecanismo de segurança jurídica, na medida que impede a rediscussão do processo judicial. Contudo, é curioso notar que os atos judiciais estão inseridos num ambiente de contingências e expectativas jurídicas que, apesar de reduzir as possibilidades de modificação dos efeitos da decisão penal, sujeita à alterabilidade em casos de condenações injustas e erros judiciais.

I. O CASO CONCRETO: SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADA E O PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL

Antes de examinar a aplicabilidade da teoria da “situação jurídica”, oportuno compreender o caso concreto que desafiou a ação de Revisão Criminal, que tramitou perante o 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. O acórdão foi proferido em 05 de fevereiro de 2015, momento em que os desembargadores, por decisão unânime, deferiram a Revisão Criminal e absolveram o peticionário, com fundamento no artigo 621, inciso I e III do Código de Processo Penal.

696

O peticionário foi condenado a uma pena de 24 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, porque, em tese, teria praticado o crime de atentado violento ao pudor contra suas duas filhas. Os fatos ocorreram de 1995 a 1997. O réu foi condenado em 2011 e preso em 2013.

Assevera o acórdão que “[...] a única evidência contra o peticionário foi a palavra das vítimas; nem sequer se pode contar com exame direto de materialidade, já que os fatos imputados não deixam vestígios.” (BRASIL, 2015).

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, passados mais de 15 anos após a data dos fatos, as vítimas voltam a Juízo e apresentam nova versão acerca dos fatos. Afirmam que levaram o falso fato ao conhecimento das instâncias policiais, pois não aceitavam a separação e a forma de tratamento que o pai dispensava à mãe e a elas; sentiam a grande diferença de tratamento que o acusado fazia entre elas e as meio-irmãs do novo

casamento. Em razão da pouca idade, não tinham a real noção das consequências que a acusação causaria ao pai.

Após audiência de justificação judicial, em que as vítimas desmentiram o que haviam dito, a “prova válida” para a condenação se tornou contrária à evidência dos autos, em face do surgimento de “fatos novos”.

2. OS LIMITES DA COISA JULGADA E A REVISÃO CRIMINAL

O caso concreto ressalta a fragilidade das provas penais e a volatilidade da segurança jurídica efetivada pela coisa julgada. No sistema judicial brasileiro, a impossibilidade de se impugnar a sentença e de sua revisão por parte do julgador dentro do “mesmo processo” (coisa julgada formal) e a imutabilidade do comando proveniente da sentença que não permite a rediscussão em nenhum outro *juízo* ou *ação* (coisa julgada material), dependerá do tipo de sentença prolatada: absolutória ou condenatória.

A sentença absolutória transitada em julgado faz coisa julgada formal e material. O trânsito em julgado da absolvição impossibilita a rediscussão da matéria sob qualquer hipótese, em respeito às exigências éticas do princípio do *ne bis in idem*. Conforme o artigo 8.4, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Por outro lado, a sentença condenatória transitada em julgado faz apenas coisa julgada formal. Não haverá coisa julgada material, pois a condenação pode ser revista a qualquer tempo, mesmo após a morte do condenado. O escopo é viabilizar a presunção de inocência. Não há sentido lógico ou ético em se manter uma pessoa com o crivo de culpado caso surjam provas novas sobre sua inocência ou se verifique alguma irregularidade procedimental durante o seu julgamento.

Esse raciocínio teórico fica bem evidenciado na ação autônoma impugnativa da Revisão Criminal, a qual é meio para correção de condenações errôneas. Assim, o pressuposto é que haja sentença penal condenatória transitada em julgado. Não se admite Revisão Criminal de sentença absolutória nem mesmo para que seja alterado o fundamento da absolvição (para isso, há a apelação). Há apenas uma hipótese em que se admite a referida ação impugnatória de sentença absolutória, que é o caso da sentença absolutória imprópria, ou seja, aquela que impõe medida de segurança (DEZEM, 2018, pp. 950; 1.242).

Inadmissível a Revisão *pro societate*, em razão da vedação expressa do artigo 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em síntese, toda sentença produz “coisa julgada formal”, mas nem toda sentença produz “coisa julgada material”. É correto afirmar que a coisa julgada material pressupõe a existência da coisa julgada formal.

A Revisão Criminal tem a finalidade de desconstituir a sentença condenatória transitada em julgado, com substituição por outra. Sua admissão, consoante artigo 621 do Código de Processo Penal², está relacionada a uma dessas situações: contrariedade ao texto expresso de lei ou à evidência dos autos; falsidade dos elementos ou meios de prova; descoberta de novas provas acerca da inocência ou diminuição da pena.

É uma ferramenta bastante ampla e eficiente para a defesa, pois também permite a anulação do processo (com posterior encaminhamento do julgamento a partir da anulação para continuidade do julgamento a partir da anulação), a alteração da classificação do fato delituoso, a modificação da pena ou a absolvição do acusado, de acordo com o artigo 626 do Código de Processo Penal³.

O caso concreto em análise coloca em discussão as construções dogmáticas e as categorias teóricas absolutistas. Há tempos, o processo penal se esteia em categorias teóricas que não se verificam na prática jurisdicional: provas como “verdade real”, coisa julgada como “segurança jurídica”, decisão judicial como “concretização da justiça”.

Confrontar os referidos equívocos conceituais com as críticas teóricas relativistas, as quais oferecem argumentos que permitem superar a leitura passiva e utópica dos problemas jurídicos e políticos do processo penal, é um exercício reflexivo fundamental no desenvolvimento deste trabalho. Para proceder ao comentário do julgado, será apresentado o referencial teórico de James Goldschmidt, mais especificamente sua observação do “processo como situação jurídica”, em que o autor reavalia a natureza e o objeto do processo penal. Essa premissa teórica estabelece o vínculo com a complexidade e a contingência na

² 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.

³ Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

formação da verdade e no manuseio das provas processuais, além de contribuir para a constatação acerca da crise da segurança jurídica com a coisa julgada.

3. O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL: VERDADE CONTINGENCIAL E A CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA

A natureza jurídica do processo penal possibilita compreender o que ele representa e se constitui, com o escopo de determinar os vínculos que unem os sujeitos, a sua finalidade jurídica e a estrutura complexa que cerca o processo. Duas teorias que buscam explicar a natureza jurídica do processo são veementemente debatidas.

A primeira, sustentada Oskar Von Bülow, estabelece o rompimento do direito material com o direito processual e a conseqüente independência das relações jurídicas verificadas nessas duas dimensões. É o definitivo sepultamento das ideologias privatistas em torno do processo, as quais concebiam o processo como contrato ou acordo. Com a teoria do “processo como relação jurídica”, criada em 1868, Bülow inaugura o estudo acerca do conceito de partes, que representou uma evolução no conteúdo democrático-liberal do processo, num momento em que o processo penal era visto como simples intervenção estatal com fins de defesa social. Para Bülow (1964, p. 293), o processo é uma relação jurídica de natureza pública, que se estabelece entre as partes e o juiz, através de uma reciprocidade de direitos e obrigações fundamentais na dinamicidade processual. Nessa concepção, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônomo e independente da relação de direito material.

Bülow trouxe sensíveis avanços ao processo penal. O imputado deixou de ser mero objeto processual e tornou-se verdadeiro sujeito desta relação, com direitos subjetivos próprios e em condição de exigir a adequada prestação jurisdicional. Ademais, os pressupostos de existência e validade do processo efetivaram-se como elementos essenciais para nascimento e desenvolvimento válido da demanda penal.

Em sentido oposto, James Goldschmidt, no ano de 1925, apresenta sua instigante teoria do “processo como situação jurídica”. Aponta que o erro de Bülow foi afirmar que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica isonômica entre as partes. Goldschmidt (2018, pp. 34-42; 49) parte do pressuposto que o Direito Penal é um “direito justicial material”, porque exclusiva e imediatamente está voltado a uma realização processual. A exigência no sentido material civil, objeto do pleito, não tem analogia no processo penal. A

exigência punitiva é uma abstração, porque inexiste direito de punir fora do processo e referido direito é um direito estatal, mas não uma exigência. É uma pretensão acusatória (“exercício do direito judicial de punir”).

O processo é uma atividade que tem por objetivo perseguir a formação da coisa julgada: um conjunto de situações processuais pelas quais as partes caminham em direção a uma sentença definitiva favorável. Trata-se de uma concepção de processo que abandona a ideia de segurança jurídica das decisões judiciais e da certeza abstratamente considerada na realidade processual protagonizada pela teoria da relação jurídica. Há uma elevada preocupação com o estado de incerteza e as contingências absorvidas pelo processo, contrariando a concepção clássica de formação da verdade material. O conceito de situação jurídica é, em sua essência, processual.

Em repúdio aos pressupostos da relação jurídica, inexistem direitos e obrigações processuais. Os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo, na medida em que deixam de condicionar o nascimento da relação jurídico-processual para serem concebidos como pressupostos da decisão sobre o mérito. As situações processuais são formadas por atos processuais (atos das partes e atos judiciais), cujo objetivo é constituir, modificar ou extinguir “expectativas”, as quais estão ligadas ao aproveitamento de “cargas processuais”.

O laço jurídico dos indivíduos processuais não é estabelecido por “relação”, mas por “chances processuais”, as quais, se aproveitadas, poderão conduzir a uma expectativa de sentença favorável ou perspectivas de uma sentença desfavorável. A parte que se encontra em situação de proporcionar uma vantagem processual em razão de ato, tem uma possibilidade, ocasião ou oportunidade processual. Em caso negativo, a perda de uma chance/oportunidade processual poderá conduzir à perspectiva de uma decisão desfavorável. Os atos processuais se atrelam à carga probatória para o acusador e uso da técnica pela defesa para repudiar a prova e liberar-se de tal carga. Assim, a “expectativa de uma vantagem processual, em último lugar, uma sentença favorável, a dispensa de uma carga processual e a possibilidade de chegar a tal situação pela realização de ato processual, são os direitos no sentido processual da palavra” (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 52).

A situação jurídica é o “estado de uma pessoa, no que diz respeito a seu direito, sob o ponto de vista da sentença judicial que se espera com a observância à lei” (Goldschmidt, 2018, p. 53). Há uma substituição de perspectivas: a estática e segura “relação jurídica” é

deslocada para a “dinâmica do direito”, ao transformar certeza do direito material em incerteza inerente à atividade processual. O processo é formado por “cargas”, “expectativas” e “possibilidades” (GOLDSCHMIDT, 2018, pp. 59-60).

Processo é uma contínua construção de complexas situações jurídicas. Foschini, aliás, ressalta que processo é uma “entidade jurídica complexa”, “[...] a combinação de uma *pluralidade* (atos, relações e situações) e de uma *unidade* (coordenação e escolha desses elementos)”, combinando as doutrinas da relação e da situação jurídica (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1974, p. 440).

Calamandrei (1951, p. 5-8) reafirma sua fé na teoria da relação jurídica. Contudo, em artigo científico, o autor rende homenagens e deferências a J. Goldschmidt, sublinhando o seu espírito individualista e liberal. A “incerteza” e a “aleatoriedade” permitem o desenvolvimento de uma estrutura receptiva ao princípio dispositivo, o qual prevê o dever de o juiz julgar conforme alegado e provado pelas partes.

Na mesma linha de Calamandrei, Liebman (1962, p. 146) avalia que a teoria da relação jurídica processual (Bülow) ressalta a função instrumental do processo: autonomia do processo ante o direito material, destacando a legalidade, unidade e abstração do processo. Contudo, esclarece que, no que tange a como essa relação deve ser entendida, as objeções de Goldschmidt são amplamente corretas. As teorias não devem ser analisadas como *tese* (relação jurídica) e *antítese* (situação jurídica), pois elas guardam a integração superadora de uma *síntese*.

Apesar das discussões acerca do partilhamento (ou não) da posição de Goldschmidt, irrefutável que a sua compreensão sobre imprevisibilidade e as incertezas processuais oferecem substrato para o caráter fluído e dinâmico da produção da verdade no processo penal. A postura clássica de “busca da verdade real” não é suficiente para nutrir as expectativas criadas pelo sistema penal, justamente porque não explica a interferência das contingências na dinâmica processual.

A prova é o combustível para a atividade processual. Seja oral ou escrita, a atividade probatória é uma reconstrução analógica dos fatos pretéritos por narrativas de um sujeito cognoscente e comunicativo. O ato de narrar se confunde com a história do conhecimento. E conhecer é algo que exige um refinamento reflexivo. No processo judicial, a banalização das narrativas pode gerar equívocos pelo julgador, pois a perspectiva narrativista dos fatos parte da premissa de que a materialização de direitos não ocorre sem que, antes, uma história

seja contada no processo. A narratividade pressupõe a normatividade nas decisões judiciais, o que, de certa forma, limita as possibilidades de cognição. Daí a necessidade de se verificar a epistemologia narrativa, analisando os critérios de coerência e consistência da verdade narrativa (FERRAREZE FILHO, 2018, pp. 23-24; 29-38; TARUFFO, 2016, pp. 73-84).

Inexiste linearidade do tempo no processo, pois a materialização dos fatos é feita por intermédio de narrativas. Narrar é trazer o pretérito para o presente, com a expectativa de uma decisão judicial futura.

A verdade no processo penal é uma construção de procedência humana que visa ao convencimento do julgador. E por ser a mente humana falível, a certeza que se obtém nos provimentos jurisdicionais não é absoluta. A busca pela verdade ontológica, eventualmente maquiada ou redimensionada como certeza, permanece apta a legitimar a atuação inquisitória do magistrado (KHALED JUNIOR, 2013, p. 394).

Provar é convencer narrativamente. É inserir no processo informações acerca de evidências de fatos pretéritos. São rastros que conectam analogicamente com o evento que pertence a um tempo escoado. A construção da verdade no processo penal é uma representação de fatos pretéritos, analogicamente produzida sob a forma narrativa a partir de rastros da passividade. A verdade é uma evidência reelaborada narrativamente. Uma substituição do presente através da conexão cognitiva com o tempo passado, legitimadas através de um procedimento. A partir desses fundamentos, compreende-se a verdade como algo *contingencial* (KHALED JUNIOR, 2013, pp. 388; 590-593).

A verdade contingencial é fruto da complexidade do sistema processual. Niklas Luhmann (1980, pp. 23-27; 79-84; 97-101) pontua que o procedimento é um sistema de representações, em que cada participante assume papéis para o impulso da decisão judicial, logo, um sistema de incertezas. O critério de verdade é paradoxal e complexo no procedimento, pois nem sempre que se alcançar a verdade, se encontrarão as decisões certas. A isso se opõe a necessidade de decisão. Contudo, não descarta a função pragmática da “busca da verdade” nos procedimentos jurídicos, ao destacar que a verdade é um *mecanismo social* de redução (contenção) da complexidade sistêmica e não um *valor* ontológico a ser considerado na consecução dos fins processuais. A “verdade”, assim como o “poder”, possui função relevante na legitimação das decisões judiciais e na estabilização das expectativas do entorno social.

O dispositivo probatório comporta, em termos funcionais, um duplo mecanismo: uma “maquinaria processual das convicções” e uma “maquinaria processual das expectativas” (MARTINS, 2013, p. 40).

Além da funcionalidade sistêmico-contingencial da verdade (maquinaria processual das expectativas), a operação dos atos processuais, no nível interno, visa a potencializar a confiança na evidência (maquinaria processual das convicções). Neste sentido interno, a verdade é produto de “critérios de conectividade”, pois o processo é estruturado para direcionar a conectividade para um fim; logo, a evidência é fruto do sentido processual dado, da redistribuição dos lugares na dinâmica processual e da conectividade dos atos processuais. E também de “critérios da democraticidade”, pois a verdade dependerá do modelo democrático adotado, isto é, do nível de maturidade “contra-autoritário” do processo, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limitador ao poder punitivo (MARTINS, 2013, p. 63-75).

O processo é um fenômeno de circunstancialidade, condicionado às incertezas e aleatoriedade das situações geradas pelos atos processuais. Convive com as expectativas e as incertezas de seu contexto probatório. É necessário relativizar esse ambiente, assumindo que a verdade é produto de oportunidades, aproveitamento de cargas processuais. Além disso, a verdade sofre a limitação da cognição dos participantes no decorrer do procedimento narrativo. Depreende-se, portanto, que o processo penal é um ambiente altamente sensível à concretização da segurança jurídica, principalmente, com a coisa julgada da sentença penal condenatória.

A função da segurança jurídica está em antecipar, aos destinatários da norma, o conhecimento dos comportamentos que lhe são proibidos, obrigatórios ou permitidos. A segurança cumpre o seu papel de “planificação das condutas, ao estabelecer previamente as consequências jurídicas que lhes advêm, ou seja, é um conhecimento que pode orientar o agir” (CUNHA, 2012, p. 50).

O problema é que a referência do ideal de segurança se sedimenta no *formalismo jurídico*, uma “concepção do Direito que se enclausura em um corpo de idealidade formal-normativas, em que o papel da facticidade é sonogado ou reconduzido a um plano secundário” (CUNHA, 2012, p. 50).

Define Cunha (2012, p. 57) que a segurança jurídica é a segurança no Direito, é a possibilidade de conhecimento que confere previsibilidade de comportamentos. Destaca,

porém, o autor que a segurança não pode ser assumida como função de controle e regulação, “porque não pode ser assumida como uma previsibilidade absoluta. Segurança jurídica já se dá no âmbito de uma dupla possibilidade: possibilidade de conhecimento e possibilidade de ocorrência do previsível.” (CUNHA, 2012, p. 58).

O excesso de confiança na codificação da previsibilidade de condutas gera uma crise no Direito. A positivação das normas jurídicas limita-se a estabilizar as expectativas das condutas; contudo, ela é insuficiente para controlar as contingências geradas no decorrer do processo. Essa circunstancialidade dos efeitos processuais da coisa julgada impulsiona a alterabilidade da decisão, o que se evidencia no julgado a ser analisado.

4. ANÁLISE JURÍDICA DA JURISPRUDÊNCIA: CONTINGÊNCIAS, EXPECTATIVAS E ALTERABILIDADE DA COISA JULGADA PENAL

O julgado retrata, fidedignamente, o plexo teórico delineado acima. Três pontos merecem ser destacados para proceder com a análise: estrutura e os nexos processuais (*expectativas*); produção da verdade (*contingências*); finalidade do processo (*alterabilidade da coisa julgada*).

Em relação à estrutura e os nexos processuais, um excerto do julgado ressalta a circunstancialidade proposta na teoria de Goldschmidt:

[...] as novas declarações das vítimas se lhe mostraram convincentes. Certo a esta altura não vige o *in dubio pro reo*; contudo, não se trata disto: ante a nova situação, impossível negar que a condenação se tornou contrária à evidência dos autos, que se resumia a prova que se tornou inexistente (BRASIL, 2015).

Uma nova situação alterou os efeitos e a constituição de uma decisão penal condenatória transitada em julgado. O referido julgado demonstra que a estrutura e os nexos processuais são dinâmicos, de maneira que eles “*não podem ser uma transformação ou irradiação do Direito material. [...] faz-se a transposição do Direito material em um complexo de expectativas, possibilidades e ônus*” (GOLDSCHMIDT, 2021, p. 39).

A unidade que se obtém mediante o conceito da relação jurídica processual é apenas aparente. A relação do direito material com o direito processual é uma abstração, pois há fatores processuais que impedem a concretização do direito material. Há necessidade de converter todas as relações jurídicas em expectativas ou perspectivas de uma decisão judicial de conteúdo determinado (consideração dinâmica do direito), em contraste com a

consideração comum, que é estática, porque enfoca todas as relações jurídicas como consequências juridicamente necessárias de fatos presumidos como realizados.

A incerteza é consubstancial às relações processuais, visto que a sentença judicial nunca pode ser prevista com segurança (GOLDSCHMIDT, 2021, pp. 36-37). Os atos processuais são estruturas fluídas, dinâmicas e em movimento, que geram expectativas e perspectivas aos participantes do processo. A crítica ao viés da inércia e da falsa noção de segurança fica clara na decisão em análise, o que torna irrefutável a constância do risco na atividade processual.

O segundo ponto de análise é a produção da verdade. O julgado destaca que a sentença penal condenatória se baseou em provas frágeis, já que a única evidência levada em consideração foi a palavra das vítimas, não havendo nem mesmo constatação direta da materialidade do crime. Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao executar a pena de prisão, as vítimas desmentiram o que haviam dito, de maneira que a “prova válida” para condenação tornou-se “inválida”, pois contrária à evidência dos autos.

Essa é uma reflexão importantíssima, pois nutre o prisma de que a produção da verdade no processo é *contingencial*, isto é, sua ocorrência é incerta. Aproveitar as oportunidades é determinante no resultado das pretensões processuais, pois a construção da verdade é baseada em narrativas frágeis e facilmente moduláveis. Na “primeira situação processual” (até o trânsito em julgado), a narrativa do testemunho serviu para condenar; na “segunda situação processual” (depois do trânsito em julgado), a narrativa do mesmo testemunho serviu para absolver.

As “situações processuais”, apesar de distintas, reafirmam o mesmo contexto: a precariedade epistemológica das provas e a vulnerabilidade da decisão penal. A narrativa das vítimas serviu para condenar e, posteriormente, absolver. Não é que houve o “surgimento de fatos novos” que tornou a prova inválida, como asseverou o julgado; na realidade, a “situação processual” é nova diante das narrativas distintas. A única novidade é a flexão narrativa das mesmas vítimas.

A nova situação processual, criada a partir do aproveitamento da chance juridicamente permitida pela Revisão Criminal, admitiu a readequação probatória para desconstituir a certeza de uma decisão, o selo da culpa. A verdade é produto das contingências processuais. Além disso, existe um “ponto cego” (*blind spot*) no processo

judicial, que é um excesso de confiança no privilégio e nas capacidades conjugadas dos sentidos e da razão para ver e para decidir (MARTINS, 2013, p. XVI).

A pasteurização da evidência, no sentido de que o “evidente dispensa prova”, tornou a convicção um mero ato de crença, de confiança no ambiente de captação e instalação da prova, e de percepção do destinatário. Há uma ostensão da confiança nas narrativas processuais e na presunção das evidências, que Martins (2013, p. 3) denomina de “prova alucinada”.

O terceiro ponto de análise é a finalidade do processo. O processo é o procedimento cujo fim é a constituição da coisa julgada, pois o direito se materializa pela sentença. A coisa julgada é a força vinculatória do ato jurisdicional. Contudo, Goldschmidt observa que o trânsito em julgado da sentença, produzindo o efeito da coisa julgada, não necessariamente põe fim a uma relação jurídica, pois a coisa julgada é uma “nova situação” processual: “[...] a situação jurídica processual se desvinculou, mesmo quando produziu, ao mesmo tempo, uma nova situação em atenção a outro processo futuro”. (GOLDSCHMIDT, 2021, p. 117).

A coisa julgada da sentença penal condenatória é uma ficção jurídica, não se amolda aos preceitos da segurança jurídica. Isso porque o princípio do *in dubio pro reo* é perene, rompe as barreiras do formalismo processual. Conforme se depreende no presente julgado, a desconstituição da sentença penal transitada em julgado afasta as teorias absolutas e as certezas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal se imbuí na noção de situação jurídica e pode ser compreendido como uma assunção de riscos. À luz da epistemologia da incerteza, que marca a atividade processual, o fato de a sentença ser um ato de convencimento, a não produção de elementos de convicção para julgamento favorável ao interesse da acusação faz com que o réu acabe por potencializar o risco de uma demanda ser julgada improcedente.

A análise do julgado permite considerar que existe a prevalência constante das expectativas e riscos processuais, razão pela qual coexistem as noções de carga para o acusador e aproveitamento de chances à defesa. O âmbito processual é um contexto de imbricações instáveis, de modo que não há juízos puramente seguros e certos, nem mesmo com o trânsito em julgado, pois a coisa julgada é uma construção técnica do direito. O direito

material é um universo de entes irrealis, construído à semelhança da racionalidade pura, enquanto o universo do processo identifica-se com as realidades e concretizações.

A coisa julgada reforça o espaço processual que, apesar de reduzir as possibilidades de modificação dos efeitos da decisão penal, sujeita à alterabilidade em casos de condenações injustas e erros judiciais.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso: 1945-1972**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Revisão Criminal n. 0051179-85.2014.8.26.0000. 5º Grupo de Direito Criminal. São Paulo, 05 de fevereiro de 2015.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1964.

CALAMANDREI, Piero. Um maestro di liberalismo processuale. **Rivista di diritto processuale**, 6 (1), 1-8, 1951.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes. 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão judicial no Brasil: narratividade, normatividade e subjetividade**. Florianópolis: EMAIS, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2021.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale. In LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Morano, pp. 132-146, 1962.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MARTINS, Rui cunha. **O ponto cego do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.