

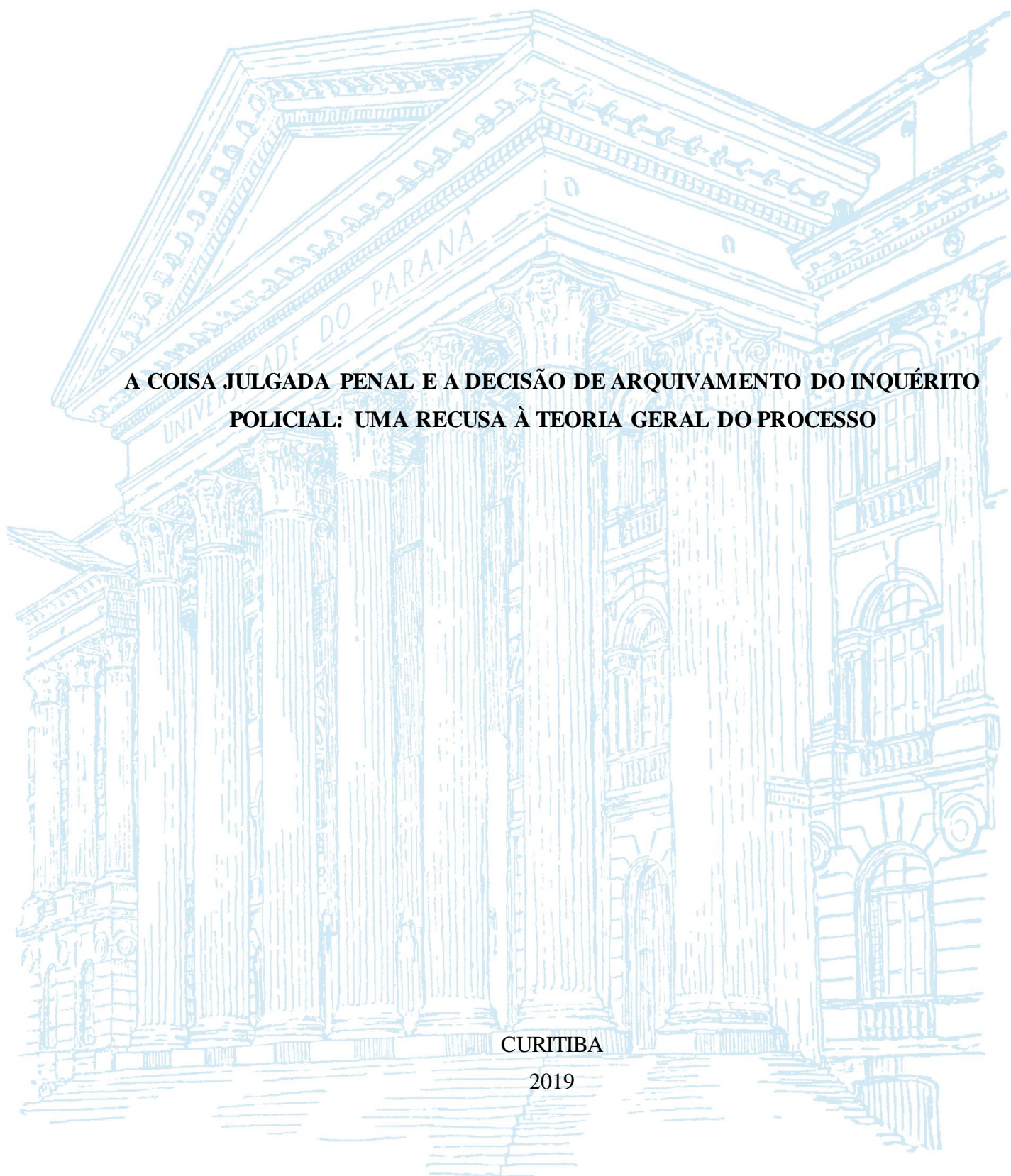
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HEITOR HENRIQUE ROSS

**A COISA JULGADA PENAL E A DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO  
POLICIAL: UMA RECUSA À TEORIA GERAL DO PROCESSO**

CURITIBA

2019



HEITOR HENRIQUE ROSS

**A COISA JULGADA PENAL E A DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO  
POLICIAL: UMA RECUSA À TEORIA GERAL DO PROCESSO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira

CURITIBA  
2019

## TERMO DE APROVAÇÃO

HEITOR HENRIQUE ROSS

### **A coisa julgada penal e a decisão de arquivamento do inquérito policial: uma recusa à teoria geral do processo**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

*MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA*  
Orientador

---

Coorientador

---

*BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ*  
Primeiro Membro

---

*JEFFERSON AUGUSTO DE PAULA*  
Segundo Membro

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

abr. – abril

art. – artigo

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

Cit. – já citado(a)

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

c/c – combinado com

DF – Distrito Federal

DJ – Diário da Justiça

ed. – edição

HC – *Habeas corpus*

*Ibid.* – mesma obra

*Id.* – mesmo autor

i. e. – isto é

jun. – junho

n. – número

Op. – obra

Org. – organizador(es)

p. – página

pp. – páginas

PR – Paraná

Recl. – Reclamação

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

trad. – tradução de

Vol. – Volume

vs. – versus

## RESUMO

No direito processual penal, a recusa à teoria geral (ou unitária) do processo permite estudar a coisa julgada como uma garantia do indivíduo em face do poder punitivo do Estado e com esteio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dentro de uma mentalidade e de uma cultura prevalentemente inquisitórias, a coisa julgada surge como um ponto final à persecução penal, a qual não poderá ser repetida no futuro com base nos mesmos fatos, independentemente da interpretação jurídica que foi realizada pela acusação. Esta garantia pode surgir para o indivíduo mesmo que não se tenha instaurado um processo de conhecimento, porque é possível que a jurisdição decida, ao final do inquérito policial e após a provocação pelo órgão ministerial, que a pena é definitivamente inaplicável, com o que se resolve negativamente o caso penal. Impõe-se considerar, portanto, os motivos que podem levar à provocação da jurisdição por parte do Ministério Público, bem como os efeitos que decorrem deste ato.

Palavras-chave: Arquivamento do inquérito policial; Coisa julgada; Condições da ação penal; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Limites objetivos e subjetivos; Teoria geral do processo.

## ABSTRACT

In criminal procedural law, the refusal of the procedural law's general (or unitary) theory allows to study *res judicata* as an individual guarantee against the state's power to punish based on the American Convention on Human Rights. Within a prevailing inquisitorial mindset and culture, *res judicata* appears as an end to the criminal prosecution, which cannot be continued in the future for the same facts, regardless of the legal interpretation that was made by the prosecution. This guarantee may arise for an individual even if no discovery processes have been instigated, as it is possible for the court to decide, at the end of a criminal investigation and after the Public Ministry's request, that the criminal sanction is definitely inapplicable, with which the criminal case is dismissed. Therefore, it is necessary to consider the reasons that may lead the Public Ministry to make a request from the Judiciary branch, as well as the effects that result from it.

Keywords: Police investigation's archiving act; *Res judicata*; Causes of action; American Convention on Human Rights; Objective and subjective limits; Procedural law's general theory.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1. TEORIA GERAL DO PROCESSO E COISA JULGADA .....</b>	<b>3</b>
1.1. A autonomia científica do direito processual penal: uma recusa à teoria geral do processo .....	3
1.2. Fundamento da coisa julgada: uma garantia do acusado em face do poder punitivo do Estado .....	6
1.3. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua importância para a compreensão da coisa julgada no processo penal .....	12
<b>2. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA .....</b>	<b>16</b>
2.1. A relação entre coisa julgada e poder jurisdicional.....	16
2.2. Limites objetivos: o fato como realidade histórica.....	22
2.3. Limites subjetivos: princípio da intranscendência da pena .....	28
<b>3. A COISA JULGADA NA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL .....</b>	<b>31</b>
3.1. O sistema de arquivamento do inquérito policial e a natureza jurisdicional da decisão de arquivamento .....	31
3.2. A coisa julgada material na decisão de arquivamento do inquérito policial .....	35
3.3. O arquivamento do inquérito policial por falta de base para a denúncia e a coisa julgada condicionada à existência de prova nova .....	40
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

É cômodo explicar o processo penal a partir das premissas, das regras e dos conceitos processuais civis, desenvolvidos ao longo de séculos entre os estudiosos desta ciência. A vinculação entre os dois ramos tinha como objetivo, num primeiro momento, retirar o processo penal do seu “atraso teórico” e aproximá-lo de um irmão mais velho, supostamente mais sábio. Nada obstante, este enxerto não só foi incapaz de lidar adequadamente com os problemas do processo penal, como também agravou a sua situação. As incoerências dele decorrentes impedem um tratamento tipicamente processual penal da disciplina, conforme às garantias constitucionais e convencionais do processo.

Alguns exemplos demonstram esta crise: (i) no que tange às condições da ação, a importação da tríade processual civil, composta pela possibilidade jurídica do pedido, pela legitimidade de parte e pelo interesse de agir constitui um filtro incapaz de evitar acusações desnecessárias e levianas; (ii) com relação à competência, o princípio do juiz natural (segundo o qual a competência para o julgamento do caso é definida no momento do crime) impede a qualificação da competência territorial como espécie de competência relativa; (iii) diferentemente do processo civil, não há no processo penal um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, vez que o processo se faz necessário mesmo quando não exista um conflito real<sup>1</sup>.

No processo civil, a coisa julgada material é concebida como um atributo de imutabilidade de que se revestem as sentenças de mérito, que incide sobre o comando da decisão e que assegura a segurança jurídica, a paz social e a estabilização das relações sociais. Distingue-se a coisa julgada formal da coisa julgada material; seus limites objetivos recaem sobre o dispositivo, enquanto seus limites subjetivos abarcam as partes que participaram do processo. Os problemas que decorrem da transposição desses conceitos para o processo penal merecem nossa atenção.

Com estas considerações chegamos ao objetivo do presente trabalho, que é uma compreensão da coisa julgada não a partir dos teoremas do direito processual civil, mas a partir do marco constitucional-convencional do processo penal, da especificidade do seu objeto e dos princípios que o orientam. É necessário construir uma teoria da coisa julgada consentânea com

---

<sup>1</sup> LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 68-69.

a própria razão de ser do processo penal, que é, mais do que a mera aplicação do direito material, servir de instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

O tratamento da coisa julgada não pode desconsiderar a responsabilidade da acusação para com a correta imputação do fato criminoso, a decisão de arquivamento do inquérito policial, os fundamentos que podem embasar esta decisão, sua natureza jurídica e os efeitos dela decorrentes.

Seria mesmo a coisa julgada um instituto voltado à estabilidade das relações jurídicas e à resolução definitiva de um conflito, mesmo que já se tenha rechaçado o conceito de lide como objeto do processo penal?

É correto afirmar que a coisa julgada penal recai tão somente sobre o comando da sentença, em desconsideração à Convenção Americana sobre Direitos Humanos?

A cogência da decisão está vinculada à resolução do mérito, ou seja, ao acertamento do caso penal? É possível que uma decisão judicial que não resolva o mérito do processo seja protegida pelo manto da coisa julgada?

O arquivamento do inquérito policial por falta de base para a denúncia, embora não elimine definitivamente a dúvida sobre a aplicação da pena, permite que o Ministério Público continue a realizar atos materiais de investigação?

Pode o Ministério Público provocar a jurisdição em relação ao caso penal para que a dúvida sobre a aplicação da pena seja eliminada definitivamente em benefício do acusado, embora não tenha sido formulada a imputação?

Para responder estas questões, deve-se enfrentar uma dificuldade: a coisa julgada foi parcamente regulada pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal. É, portanto, inviável estudar o instituto a partir dos dispositivos infraconstitucionais que dele trataram, devendo-se tomar, como ponto de partida, o regramento convencional da matéria.

Quem sabe o processo penal possa, então, deixar de se alimentar dos restos que o processo civil lhe oferece, tal como na história da Cinderela, em metáfora já consagrada pelo jurista italiano Francesco Carnelutti: *“Ela parecia tão bonita em seu vestido dourado que suas irmãs e sua madrinha não a reconheceram e pensaram que ela fosse uma princesa estrangeira. Elas nunca imaginaram que pudesse ser Cinderela; pensaram que ela estava sentada em casa, na sujeira, colhendo lentilhas das cinzas”*<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> [trad. do autor] “She looked so beautiful in her golden dress that her sisters and stepmother did not recognize her and thought she must be a foreign princess. They never imagined it could be Cinderella; they thought she was sitting at home in the dirt picking lentils out of the ashes.” (GRIMM, Jacob e Wilhelm. *The Complete Fairy Tales of the Brothers Grimm*. Traduzido por Jack Zipes. 3. ed. Nova York: Bantam, 2003, p. 81).

## 1. TEORIA GERAL DO PROCESSO E COISA JULGADA

### 1.1. A autonomia científica do direito processual penal: uma recusa à teoria geral do processo

A teoria geral do processo (ou teoria unitária) está assentada no conceito de lide, formulado por Francesco Carnelutti: um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida. A lide seria o conteúdo do processo, tanto civil quanto penal, e a justa composição da lide seria o escopo da jurisdição. Sobre este conceito deveria se erigir todo o direito processual, sob o argumento de que a unidade da jurisdição tem como consequência a unificação do direito processual e da teoria que o explica<sup>3</sup>.

O processo penal, todavia, é campo estranho aos conceitos subjetivistas do processo civil. A importância das partes é mitigada pelo sistema inquisitório, cujo escopo não é a resolução de um conflito, mas a aplicação da norma penal material e a busca da verdade real por meio dos poderes instrutórios do juiz.

Pietro Calamandrei, refutando o conceito de lide no processo penal, sustenta que este não tem por objetivo remover um suposto desacordo entre o acusado e o acusador quanto à existência do crime e à dosimetria da pena, uma vez que o processo não perde a sua razão de ser quando o acusado e o acusador entram em um acordo<sup>4</sup>.

Mesmo que exista, na realidade, um conflito entre o acusador e o acusado, este conflito é absolutamente irrelevante para o processo penal. Se o acusado confessar a prática da conduta criminosa e concordar com a pena sugerida pela acusação, ainda nesta hipótese o processo será necessário, por diversos motivos. É possível que alguém esteja coagindo o acusado a confessar, ou ele pode estar cometendo o crime de autoacusação falsa, por exemplo.

Dada a incompatibilidade do conceito de lide com o processo penal – tanto que o próprio Carnelutti chegou a renunciá-lo –, foi desenvolvido por Giovanni Leone e Girolamo Bellavista o conceito de lide penal, que seria um conflito imanente entre o “direito” de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado. Não mais um conflito aparente de interesses, qualificado por

---

<sup>3</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 33.

<sup>4</sup> Idem. *Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 60.

uma pretensão resistida, mas um conflito permanente e indisponível de interesses, que transcenderia os interesses particulares e contingentes<sup>5</sup>.

O problema desta tese é que ela pressupõe uma absoluta indisponibilidade do conteúdo do processo. Porque as partes não poderiam renunciar ao conteúdo do processo, o conflito de interesses estaria sempre presente (imaneante). Existem, entretanto, mitigações ao princípio da indisponibilidade na legislação processual, como, por exemplo, a ação penal de iniciativa privada, regida pelo princípio da indisponibilidade, e a possibilidade de o Ministério Público não recorrer da sentença que absolve o acusado<sup>6</sup>.

Enquanto o processo civil seguiu o seu rumo, “com as rupturas e revoluções inerentes ao desenvolvimento científico”, o processo penal “segue padecendo ante a postura epistemológica que insiste em explicá-lo desde os postulados da ciência processual civil e em ignorar suas peculiaridades”<sup>7</sup>.

A teoria geral do processo serve apenas para mostrar o que o processo penal não é<sup>8</sup>. Nas palavras de Jacinto Coutinho, “teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”<sup>9</sup>.

O direito penal, não sendo autoexecutável, só possui realidade concreta dentro do processo. O processo penal possui um caráter instrumental com relação ao direito penal, porque é caminho necessário para a pena, enquanto o direito civil, ao contrário, é aplicado todos os dias sem necessitar do processo – apenas no momento patológico, quando não é aplicado como deveria, é levado para o processo<sup>10</sup>. Assim, o princípio da necessidade ou da indefectibilidade (o processo penal não falha) marca uma diferença insuperável entre os dois campos<sup>11</sup>.

Ademais, o Ministério Público não oferece a ação penal para que se tutele um direito subjetivo que foi violado pelo acusado, derivado de uma relação jurídico-material<sup>12</sup>. O processo penal nasce da afirmação de que o acusado cometeu um fato de aparência típica, que levanta a dúvida sobre a aplicação de uma sanção penal, a qual incidirá sobre a liberdade do indivíduo. A pena, por sua natureza pública, diz respeito à relação entre o autor do fato criminoso e o

---

<sup>5</sup> *Id. Ibid.*, p. 61.

<sup>6</sup> *Id. Ibid.*, pp. 62-63.

<sup>7</sup> *Id. As condições... Op. Cit.*, p. 23.

<sup>8</sup> LOPES JR. Aury. *Fundamentos... Op. Cit.*, p. 73.

<sup>9</sup> COUTINHO, J. N. M. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 123.

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 34.

<sup>11</sup> *Id. Fundamentos... Op. Cit.*, p. 67.

<sup>12</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 83.

Estado. Já no processo civil, como regra, estão em jogo interesses disponíveis, sobre os quais é possível transigir.

Assim, Jacinto Coutinho rechaça o conceito de lide no processo penal e afirma que o seu objeto é o caso penal, que pode ser entendido como “uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal”<sup>13</sup>.

O objeto da declaração penal não é o fato, mas sim um efeito jurídico. O processo penal serve para decidir se um indivíduo deve ser condenado ou absolvido, e não se determinado fato da vida ocorreu. A declaração sobre o fato é um pressuposto para a aplicação da pena, porém não esgota o conteúdo da sentença<sup>14</sup>.

Os problemas que derivam da teoria unitária são incontáveis e dizem respeito à própria atuação do juiz. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição teria três escopos que deveriam orientar o magistrado, tanto no processo civil quanto no processo penal: o social (pacificação), o político (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado) e o jurídico (atuação da vontade concreta da lei)<sup>15</sup>.

Estas afirmações, quando trazidas para o processo penal, podem justificar a figura de um juiz pacificador, defensor da segurança pública e indiferente ao marco constitucional-convencional do processo, que impõe o respeito aos direitos humanos fundamentais<sup>16</sup>.

O funcionamento da jurisdição deve se orientar pela realização dos direitos humanos fundamentais, que não estão previstos taxativamente no artigo 5º da CF; estão espalhados por toda a Constituição e incluem, ainda, os que decorrem dos tratados, dos princípios e do regime por ela adotados (art. 5º, § 2º, da CF).

A refutação da lide surte efeitos na própria concepção de coisa julgada. Se não há lide (nem “lide penal”) no processo penal, a jurisdição penal não pode ser entendida como a justa composição da lide (Carnelutti), mas sim como a atuação da vontade concreta da lei (conforme à Constituição e à CADH) de forma cogente e vinculante (Chiovenda). Tampouco é possível atrelar a coisa julgada à pacificação social, como demonstraremos no item a seguir.

---

<sup>13</sup> COUTINHO, J. N. M. *A lide...* Op. Cit., p. 138.

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficiência e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1978, p. 21.

<sup>15</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002 *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 2. ed. Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 167.

<sup>16</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação...* Op. Cit., p. 167.

## 1.2. Fundamento da coisa julgada: uma garantia do acusado em face do poder punitivo do Estado

“Não há vencedor nem vencido no processo penal brasileiro. Somos todos perdedores, a começar pela vítima”.

Eugênio Pacelli e Douglas Fischer<sup>17</sup>.

No direito brasileiro, a coisa julgada penal tem sido compreendida independentemente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do papel que incumbe ao processo penal num Estado Democrático de Direito e das características que orientam o sistema acusatório.

O sistema inquisitório, adotado principalmente pela Igreja, substituiu o duelo entre o acusado e o acusador para fazer do processo uma disputa desequilibrada entre o acusado e o juiz-inquisidor. A pessoa não era tratada como um sujeito de direitos, mas como um objeto de investigação, que possuía a verdade dentro de si e deveria declará-la sob pena de coação. Ao juiz incumbia a função de instaurar o processo de ofício, enquanto o procedimento costumava ser escrito, sigiloso e não contraditório<sup>18</sup>.

Nas palavras de Jacinto Coutinho, o sistema inquisitório é o “maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (...), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve (...), mantém-se hígido”<sup>19-20</sup>.

Parte da doutrina sustenta que o critério de distinção entre o sistema acusatório e o inquisitório deve ser a existência ou não de partes. Assim, afirma-se que no sistema inquisitório “um único órgão (da jurisdição) preside a fase de investigação e responde pela acusação e pelo julgamento do processo”<sup>21</sup>, enquanto o sistema acusatório tem como característica essencial a

<sup>17</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 829.

<sup>18</sup> LOPES JR. Aury. *Fundamentos... Op. Cit.*, pp. 185-186.

<sup>19</sup> COUTINHO, J. N. M. O papel do novo juiz no processo penal. In: ARENHART, Bianca Georgia Cruz; CAMARGO, Acir Bueno; COUTINHO, J. N. M. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

<sup>20</sup> Esta engenhosidade é explicada por Antonio Schioppa: a Inquisição era instrumento declaradamente religioso, mas que estava, de fato, a serviço da monarquia e do poder político. Na Espanha, por exemplo, a acusação de heresia e o recurso ao juízo da Inquisição foram utilizados pelo rei como pretexto para intervenções judiciais repressivas impulsionadas por convicções políticas (SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 169).

<sup>21</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op., Cit.*, p. 353.

“atribuição, a outro órgão, público ou privado, da função acusatória, tendo por consequência o afastamento do juiz também da fase de investigação preliminar”<sup>22</sup>.

Entre os que adotam esta concepção, não se ignora que a produção de provas pelo magistrado pode levar à substituição da atividade do Ministério Público pela atividade judicial. Esta possibilidade, todavia, não diria respeito à definição do tipo de sistema processual, mas ao possível comprometimento da imparcialidade do juiz. Dito de outro modo, a iniciativa probatória do juiz não descaracterizaria, por si só, a natureza acusatória do sistema<sup>23</sup>.

Ocorre que ao Ministério Público incumbe o ônus total e intransferível de provar a autoria e a materialidade do delito. Ao acusador cabe “provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”<sup>24</sup>. Se a acusação não se desincumbiu desse ônus, há apenas uma alternativa possível, conforme a lei: a absolvição do acusado. Pode-se dizer, portanto, que o magistrado não produz provas senão com a intenção de condenar o acusado.

De pouco adianta a separação entre as funções de acusação e de julgamento (atribuindo a primeira a um órgão distinto da jurisdição) se durante a instrução o magistrado pode se portar como acusador, exercendo função que não é sua<sup>25</sup>. Das duas, uma: “ou a dúvida significa absolvição por força do *in dubio pro reo*, ou significa uma espécie de autorização para que o juiz interfira na gestão da prova, para buscar o que ele já elegera como verdade, conscientemente ou não”<sup>26</sup>.

O que diferencia, então, o sistema inquisitório do acusatório?

Sistema é “um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”<sup>27</sup>. Os princípios que dão sustentação àqueles sistemas são, respectivamente, o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo. A característica essencial do sistema inquisitório não é a inexistência de partes – é possível haver um processo inquisitório e partes –, mas a *gestão da prova*, a qual incumbe principalmente ao magistrado. Confere-se ao julgador a possibilidade de decidir primeiro, e, depois, buscar o material necessário à confirmação da sua hipótese (um “quadro mental paranoico”, na expressão de Franco Cordero)<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> *Id. Ibid.*, p. 353.

<sup>23</sup> *Id. Ibid.*, p. 354.

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 357.

<sup>25</sup> KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: uma introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 85.

<sup>26</sup> *Id. Ibid.*, p. 85.

<sup>27</sup> COUTINHO, J. N. M. *O papel... Op. Cit.*, p. 16.

<sup>28</sup> *Id. Ibid.*, pp. 24 e 32.

O sistema misto ou napoleônico existe apenas formalmente, porque não possui um princípio unificador que o diferencie dos demais. Ele assume, na sua essência, ou um caráter essencialmente inquisitório ou um caráter essencialmente acusatório<sup>29</sup>.

O discurso de que o processo penal brasileiro seria misto – porque separa as funções de acusar e julgar, embora com traços inquisitivos – apenas “faz sobreviver toda uma estrutura essencialmente inquisitiva – na qual *o manejo da prova, de ofício, pelo magistrado, é o ponto essencial* – mas não o único – a corromper a gramática constitucional-convencional para o processo penal”<sup>30</sup> (grifo do autor).

Na realidade histórica não existem sistemas puros; eles sempre mesclam características inquisitórias e acusatórias. O que os separa é uma opção política: no sistema inquisitório imputa-se ao juiz o dever de trazer à luz o conhecimento sobre o fato (sua iniciativa probatória se sobrepõe à das partes), enquanto no acusatório essa iniciativa é atribuída, com prioridade, às partes<sup>31</sup>. Naquele, a investigação do fato supostamente criminoso não pertence exclusivamente às partes, mas em último termo ao juiz, sobre o qual recai o ônus de elucidar, independentemente das partes, o fato levado a julgamento<sup>32</sup>.

O CPP de 1941, fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, é orientado pela busca da verdade real; confere ao magistrado poderes de instrução com vistas a esse fim, porém inconciliáveis com a imparcialidade que dele se espera. A postura prevalente desse sistema é reforçar a aplicação oficial da norma penal vigente – em oposição aos modelos de gerenciamento dos conflitos irrompidos pela transgressão normativa –, “conferindo-lhe um escopo político alheio à solução dos conflitos sociais alegadamente tutelados pelo direito penal material”<sup>33</sup>.

O mito da verdade real é reconfortante: faz acreditar que o ser humano é capaz de perceber a realidade tal como ela é, e o passado tal como ele foi. O passado, entretanto, é insuscetível de ser reconstruído na sua essência. Certos aspectos do fato podem ser afirmados como certeza, para além de qualquer dúvida, enquanto outros se perdem no transcurso do tempo. Entre um relativismo exagerado, que esvazia a importância do trabalho cognitivo do ser

---

<sup>29</sup> *Id. Ibid.*, p. 17.

<sup>30</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 49.

<sup>31</sup> COUTINHO, J. N. M. *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. 1. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 109.

<sup>32</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. [Coimbra]: Ed: Coimbra, 1974, p. 192.

<sup>33</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do processo penal brasileiro e suas opções políticas e jurídicas: breve homenagem a Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, p. 411. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

humano, e o discurso da verdade real, que apenas justifica autoritarismos e mantém intacto o sistema inquisitório, deve ser buscado um meio-termo: uma noção que não desconsidere a complexidade do real; uma verdade como verossimilhança (Calamandrei) ou como certeza (Carnelutti), que significa uma escolha fundamentada em provas e criada a partir de uma representação narrativa<sup>34</sup>. Neste sentido, Nilo Bairros de Brum ensina que<sup>35</sup>

em termos de conhecimento humano, não existe a Verdade. Esta, como valor absoluto e marco universal para todos os valores, somente existe no interior uma doutrina religiosa, social ou política extremistas: a verdade totalitária. No momento em que colocamos essas doutrinas na dimensão ideológica que lhes cabe, a Verdade desaparece, dando lugar a muitas verdades. Sem um marco superior e externo, as verdades passam a ser intra-sistêmicas e, portanto, ideologicamente determinadas. Para que haja a Verdade, é necessário que exista um deus-mensageiro, chame-se ele Jeová, Alá, Grande Ser, Sociedade sem Classes etc. e que os portadores da mensagem acreditem-se socialmente, como ocorreu com Moisés, Cristo, Maomé, Comte e Marx.

O processo penal não é meio adequado para se obter a verdade, mas para serem construídas narrativas com rastros do passado. O próprio Carnelutti reconheceu que é estéril a discussão entre verdade material e verdade formal: “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”<sup>36</sup>. Para o autor, jamais se obtém a verdade, mas apenas a certeza baseada em uma escolha. Ao juiz incumbe julgar, fazer uma opção, e elaborar “uma representação narrativa que não equivale plenamente ao que ocorreu no passado, que jamais superará o limite da representância”<sup>37</sup>.

O fato pertence ao passado, e sua captação sempre depende da intermediação do sujeito que, antes de tudo, pretende captá-lo. É da necessidade de o juiz escolher uma narrativa que exsurge a importância da coisa julgada: “a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador, razão por que precisamos da coisa julgada”<sup>38</sup>.

Característica do sistema inquisitório é o fato de que a sentença absolutória não transita materialmente em julgado. No futuro e à luz de novas provas, pode ser deduzida nova acusação contra a mesma pessoa e pelos mesmos fatos. Num sistema acusatório, de outro lado, impede-

<sup>34</sup> KHALED JR., Salah H. *Ambição... Op. Cit.*, pp. 137-145.

<sup>35</sup> BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 99.

<sup>36</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Trad. Eduardo Cambi. Folha Acadêmica nº 116/1997, Curitiba. Centro Acadêmico Hugo Simas. Composição Gráfica Linarth. Originalmente publicado na Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1965, vol. XX (II Série), p. 5.

<sup>37</sup> KHALED JR., Salah H. *Ambição... Op. Cit.*, pp. 142 e 144.

<sup>38</sup> COUTINHO, J. N. M. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 176.

se que o acusado seja sucessivamente processado pelo mesmo fundamento. A proibição do *bis in idem* prevalece sobre a busca da verdade; coloca-se um ponto final na persecução penal, mesmo que após o trânsito em julgado surjam provas da materialidade e da autoria delitiva.

Para Ada Pellegrini Grinover, o fenômeno da coisa julgada seria idêntico no processo civil e no processo penal. As peculiaridades ressaltadas pela doutrina não indicariam uma natureza diversa do instituto<sup>39</sup>. Por meio da coisa julgada “oferece-se ao indivíduo a segurança de seus direitos, na medida em que se veda a ilimitada repetição de comandos com relação ao mesmo fato e à mesma pessoa”<sup>40</sup>.

De outro lado, Fauzi Hassan Choukr e Paulo Rangel entendem que poucos temas demonstram tão bem a inadequação de uma teoria geral do processo, com a transposição de conceitos próprios do processo civil, quanto a coisa julgada penal<sup>41</sup>.

No processo civil, define-se a coisa julgada como “a indiscutibilidade que se agrega àquilo que ficou decidido no dispositivo da sentença de mérito de que não caiba recurso”<sup>42</sup>. Há, entre os autores vinculados à teoria geral do processo, adesão praticamente unânime em torno deste conceito, derivado do art. 502 do CPC/15 (correspondente ao art. 467 do CPC/73).

Para estes autores, a coisa julgada é entendida como “a imutabilidade da entrega da prestação jurisdicional e seus efeitos, para que o imperativo jurídico contido na sentença tenha força de lei entre as partes”<sup>43</sup>; como a qualidade que “torna imutável o conteúdo proveniente da sentença, de sorte que em nenhum outro juízo poderá a mesma causa ser debatida entre as mesmas pessoas”<sup>44</sup>; ou como a imutabilidade da sentença ou seus efeitos não apenas no processo em que proferida, “mas também acarretando a proibição de outra decisão sobre a mesma causa em outro eventual processo”<sup>45</sup>.

O fundamento político da coisa julgada, para Tourinho Filho, é a “necessidade de paz social, com a conseqüente manutenção e segurança jurídicas”<sup>46</sup>. Para o autor, a razão de ser do instituto é pacificação social porque há um interesse público em que os litígios tenham fim. Do contrário, os litigantes “ficariam sempre preocupados com a possibilidade de a mesma causa

<sup>39</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia... Op. Cit.*, p. 5.

<sup>40</sup> *Id. Ibid.*, p. 13.

<sup>41</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 652; RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 159.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 614.

<sup>43</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. 3. Campinas: Bookseller, 1997, p. 79.

<sup>44</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 299.

<sup>45</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 342.

<sup>46</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 872.

ser reexaminada ou renovada, levando aos seus espíritos a intranquilidade e a insegurança dos seus direitos<sup>47</sup>.

Conforme explicado no tópico anterior, o processo penal não lida com um conflito real, de modo que ele perca sua razão de ser quando o acusado e o acusador entrem em acordo (Calamandrei). O sistema processual penal vigente é alheio à situação da vítima do crime e reforça a aplicação da norma penal material, pelo que não se adapta ao processo penal a ideia de pacificação da sociedade. Se não existe um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida e se o sistema inquisitório reforça a aplicação da norma penal material, como é possível afirmar que a coisa julgada, pedra de toque da jurisdição, se presta à pacificação social e à certeza do direito?

Não está em jogo a existência de um direito em face de outrem nem a satisfação de uma necessidade material (não há uma “prestação jurisdicional” como há no processo civil). A jurisdição penal não atua para reconhecer direitos, mas para decidir sobre a aplicação de uma pena *sobre uma pessoa*.

O processo penal é imantado de garantias para assegurar que o inocente seja absolvido e que apenas o culpado seja punido<sup>48</sup>. A coisa julgada surge, neste contexto, como uma garantia acusatória que protege o indivíduo de imputações penais reiteradas, com base no mesmo fundamento. É uma garantia pessoal do cidadão em face do poder de punir<sup>49</sup>.

Não é tanto a repetição de comandos sobre o mesmo fato e com relação à mesma pessoa, ou o perigo de decisões contraditórias, que atenta contra a garantia constitucional da coisa julgada. Antes disso, é a possibilidade de o acusado sofrer nova persecução penal pelos mesmos fatos. Mais do que a tutela do interesse da jurisdição (evitar pronunciamentos judiciais logicamente incompatíveis), a coisa julgada está assentada na dignidade da pessoa.

É conhecida a frase de Goldschmidt segundo a qual “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição”<sup>50</sup>. Assim, não se entende a coisa julgada em desconsideração à posição do indivíduo diante do poder punitivo do Estado e à função do processo penal como mecanismo de contenção deste poder.

---

<sup>47</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo... Op. Cit.*, p. 300.

<sup>48</sup> Aula ministrada pelo Prof. Marco Aurélio Nunes da Silveira na disciplina de Processo Penal B da UFPR no dia 08/05/2019.

<sup>49</sup> CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1963, p. 219.

<sup>50</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJEJA, 1936, p. 67.

### 1.3. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua importância para a compreensão da coisa julgada no processo penal

O art. 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos proíbe que a pessoa absolvida por uma decisão definitiva seja novamente julgada pelos mesmos fatos: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo *pelos mesmos fatos*” (grifo do autor).

A CADH, de estatura superior à do CPP, prevê uma proteção coadjuvante ou complementar da que estabelecem os Estados nacionais. É dos Estados a competência primária para proteger os direitos das pessoas sob sua jurisdição. Entretanto, nos casos de inação ou de proteção aquém da necessária, em desarmonia com as previsões convencionais, o sistema interamericano atua de forma concorrente para assegurar o direito ou a garantia<sup>51</sup>.

A norma do artigo 8.4 consagra a máxima do *ne bis in idem*, que pode ser entendida como uma “regra de segurança jurídica em favor daqueles que foram absolvidos e é, assim, uma das garantias que buscam proteger os indivíduos da ação arbitrária do poder punitivo estatal”<sup>52</sup>. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos possui norma menos protetiva, porque proíbe que o indivíduo seja julgado novamente pelo mesmo “delito” (artigo 14.7). Já o art. 110, §2º, do CPP de 1941 dispõe que “A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao *fato principal*, que tiver sido objeto da sentença” (grifo do autor).

O Código de Processo Penal deve ser lido a partir da Constituição e da CADH, e não o contrário. Logo, o limite à persecução penal não é dado pelo delito nem pela interpretação jurídica que se faça do fato, mas pelo próprio fato. Esta regra supre a lacuna da Constituição<sup>53</sup> no tratamento da coisa julgada material, pelo menos no que tange à sentença absolutória. Se o réu foi absolvido por sentença transitada em julgado, não poderá ser julgado pelo mesmo fundamento, embora possa ser ele o verdadeiro autor do fato<sup>54</sup>.

O sistema constitucional-convencional não permite a revisão criminal em favor da acusação. O art. 8.4 da CADH traz uma norma jurídica superior, a qual estabelece um limite material negativo para a norma jurídica inferior, porquanto proíbe esta última de possuir

<sup>51</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 975.

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira de. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 153.

<sup>53</sup> O art. 5º, XXXVI, da CF dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>54</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 114.

determinados conteúdos sob pena de invalidade (isto é, prever a revisão criminal em favor da acusação)<sup>55</sup>.

A CIDH expressou os requisitos que caracterizam a violação ao art. 8.4: (i) o imputado deve ter sido absolvido; (ii) a absolvição deve ter resultado de uma decisão definitiva, e (iii) o novo juízo deve estar fundado nos mesmos fatos que motivaram o trâmite do primeiro juízo<sup>56</sup>.

A autoridade da coisa julgada material, segundo o magistério de Rogério Lauria Tucci, somente tem lugar quando a decisão não possa mais ser modificada, a fim de que não haja um *bis in idem*. Esta característica só está presente no tocante à sentença absolutória, que faz coisa julgada material, mas não com relação à sentença condenatória, que é coberta apenas pela coisa julgada formal ou preclusão máxima, a última do processo<sup>57</sup>.

A sentença condenatória pode ser revista mesmo após o cumprimento da pena – e mesmo após a morte do condenado, com vistas ao retorno do inocente ao seu *status illesa dignitatis*<sup>58</sup>. Portanto, não são imutáveis o conteúdo da decisão condenatória nem seus efeitos, embora se trate de decisão de mérito. O legislador dá preferência à coisa julgada nas absolvições injustas e à justiça nas condenações injustas<sup>59</sup>.

O conteúdo da condenação e seus efeitos podem ser modificados a qualquer tempo por meio da revisão criminal, uma ação autônoma de impugnação, porquanto manejada em processo alheio àquele em que a decisão foi proferida, com vistas à desconstituição da condenação e, eventualmente, à obtenção de uma reparação pelo erro judiciário<sup>60</sup>.

A revisão criminal se coaduna com o espírito da CADH, que procura impedir que um vício substancial da decisão constitua um prejuízo permanente à pessoa que foi injustamente condenada<sup>61</sup>. É um meio extraordinário de impugnação, não submetido a prazos, que se destina a rescindir uma sentença condenatória, uma sentença absolutória imprópria, um acórdão condenatório ou um acórdão condenatório impróprio<sup>62</sup>.

---

<sup>55</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 628.

<sup>56</sup> Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Sentença 27.11.2013. Série C, nº 275, parágrafo 262 *apud* PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. O. *Comentários... Op. Cit.*, p. 153.

<sup>57</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 327.

<sup>58</sup> *Id. Ibid.*, p. 459.

<sup>59</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 115.

<sup>60</sup> Há entendimento doutrinário no sentido de que, se um inocente foi condenado em processo criminal, sequer é necessário esperar a desconstituição do julgado por meio da revisão criminal para propor a ação indenizatória, desde que a prova sobre o erro judiciário seja robusta (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1053).

<sup>61</sup> PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. O. *Comentários... Op. Cit.*, p. 155.

<sup>62</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 1106.

Assim, segundo Fauzi Hassan Choukr, é necessário observar, no estudo da coisa julgada, duas características que não se adequam ao processo civil: (i) a coisa julgada de sentença absolutória tem efeitos permanentes e imutáveis, uma vez que não é possível desconstituir o trânsito em julgado por meio da revisão criminal para deduzir nova acusação; e (ii) a sentença condenatória gera efeitos sujeitos a revisão sem limitação temporal<sup>63</sup> (também não há limites de tentativas, embora não se possa repetir o mesmo fundamento, conforme o art. 622, parágrafo único, do CPP).

Em suma, a exigência de imutabilidade de uma decisão de mérito não é absoluta no processo penal, em especial no que tange à sentença condenatória<sup>64</sup>.

Embora a coisa julgada de sentença absolutória não encontre exceções no direito interno, o mesmo não é válido para as relações do Brasil com a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>65</sup>. Esta Corte vem decidindo que o Estado-parte não pode alegar a coisa julgada produzida no direito interno de forma fraudulenta, i. e., com o fim de afastar a responsabilidade criminal pelo cometimento de graves lesões a direitos humanos.

No Caso *Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*, a CIDH afirmou que a coisa julgada produzida no direito interno não é aplicável em três hipóteses: (i) quando o tribunal absolveu o acusado por graves violações de direitos humanos ou determinou a suspensão do processo com o fim de subtrair o imputado da responsabilidade penal; (ii) quando o procedimento não foi instruído de forma imparcial ou independente, conforme as garantias do devido processo legal; ou (iii) quando não houve a intenção de submeter o acusado à ação da justiça<sup>66</sup>.

Este entendimento da Corte deve ser lido com extrema cautela, já que pode ser utilizado para criar, por via oblíqua, uma revisão criminal em favor da acusação. Se isto ocorresse, estaria sendo legitimada a manipulação do processo penal como mecanismo de repressão política. No direito interno, a questão é melhor resolvida por meio da imparcialidade do juiz, cujo comprometimento é causa de inexistência do seu ato.

São três os requisitos de existência do processo, que se resumem ao estudo do processo como *actum trium personarum*: um juiz com jurisdição, um órgão regular de acusação e um réu com legitimidade passiva<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 653.

<sup>64</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos... Op. Cit.*, pp. 324-325.

<sup>65</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 664.

<sup>66</sup> PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. O. *Comentários... Op. Cit.*, p. 154.

<sup>67</sup> BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. In: *Revista do Ministério Público*, a. 9, n. 9. Curitiba, 1980, p. 175.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, a coisa julgada exerce o papel de sanatória geral dos atos nulos, e mesmo dos inexistentes, praticados no curso do processo. Só mediante revisão criminal ou *habeas corpus* poderia ser alegada a inexistência de atos processuais. Porém, em se tratando de sentença inexistente, não poderia o vício ser declarado em favor da acusação, a permitir nova pretensão punitiva pelo mesmo fato, por força dos princípios do *favor rei* e do *favor libertatis*. Para os autores, o dogma do *ne bis in idem* deve prevalecer, impedindo a manifestação de segundo juiz em outro processo<sup>68</sup>.

O impedimento do juiz priva-o do exercício da jurisdição para o caso e faz com que seus atos sejam inexistentes. A inexistência é a falta de um elemento essencial do ato, que não chega a ingressar no mundo jurídico (não há remédio processual capaz de sanar este defeito). Sequer se discute a validade ou a invalidade do ato, pois o problema da inexistência é anterior ao plano da validade. Inclusive, o reconhecimento da inexistência prescinde, em tese, de declaração judicial<sup>69</sup>. Por conseguinte, a sentença absolutória proferida por juiz impedido é sentença apenas na sua forma e não produz coisa julgada<sup>70</sup>.

Do mesmo modo, o juiz subornado que sentencia não tem jurisdição para o caso. A sentença por ele proferida não existe no mundo jurídico, não faz coisa julgada, e sequer precisa ser desconstituída por meio da revisão criminal. Poderá a acusação, portanto, oferecer nova denúncia contra o acusado, pelos mesmos fundamentos.

A imparcialidade, além de ser o traço distintivo e legitimante do julgador<sup>71</sup>, repercute na própria legitimidade da jurisdição, porque sem ela o sistema judicial é objeto de descrédito perante a sociedade<sup>72</sup>. Esta garantia vem consagrada, ainda, no art. 8.1 da CADH: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)”.

Sendo a coisa julgada uma garantia da pessoa, com assento no art. 8.4 da CADH, de que não sofrerá persecução penal no futuro em função dos mesmos fatos de aparência delituosa, impõe-se a análise particularizada dos seus limites objetivos e subjetivos, bem como da sua relação com o poder jurisdicional, o que se fará no capítulo a seguir.

---

<sup>68</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 43-44.

<sup>69</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 937.

<sup>70</sup> BREDÁ, Antonio Acir. *Efeitos... Op. Cit.*, 1980, p. 183.

<sup>71</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 133.

<sup>72</sup> PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. O. *Comentários... Op. Cit.*, p. 122.

## 2. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

### 2.1. A relação entre coisa julgada e poder jurisdicional

Segundo Chiovenda, a jurisdição é uma das funções por meio das quais o Estado exerce a soberania. A função jurisdicional se diferencia da legislativa e da administrativa porque “consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade dos órgãos públicos à atividade de terceiros, seja ao afirmar a existência de uma vontade da lei, seja ao determinar ulteriormente a sua efetivação”<sup>73</sup>, sendo que a decisão jurisdicional proveniente desta atividade produz coisa julgada, ou seja, é irrevogável para as partes e também para o juiz<sup>74</sup>.

Para o autor italiano, a jurisdição teria duas características: a subsidiariedade, uma vez que o seu atuar serviria para afirmar a vontade preexistente da lei, mesmo que esta fosse injusta; e a substitutividade, no sentido de que a jurisdição se substituiria às partes para resolver o conflito<sup>75</sup>.

Estas características não se adequam, entretanto, ao processo penal (a primeira delas não se adequa sequer ao direito como um todo). Não há subsidiariedade na medida em que não existe uma “vontade da lei”. A norma é produto da atuação do intérprete, e essa atividade é limitada pelas diferentes circunstâncias (políticas, ideológicas, sociais, econômicas, morais) em que o juiz está inserido. Não é possível apreender um objeto sem a participação criadora do sujeito, o que afasta a suposição, típica do juspositivismo, de que o magistrado simplesmente realiza a subsunção do fato à norma. A interpretação sempre depende da pré-compreensão daquele que interpreta; e a pré-compreensão depende da tradição que constitui seus preconceitos<sup>76</sup>.

Tampouco está presente o caráter de substitutividade no processo penal, uma vez que a jurisdição penal é indefectível frente à prática de um delito (*nulla poena sine iudicio*). A vítima do delito não pode fazer justiça com suas próprias mãos, impondo ao infrator uma sanção penal. Mais uma vez se percebe a inadequação de conceitos do processo civil, no qual a jurisdição é

---

<sup>73</sup> [trad. do autor] “la giurisdizione consiste nell’attuazione della legge mediante la sostituzione dell’attività di organi pubblici all’attività altrui, sia nell’affermare l’esistenza di una volontà di legge sia nel mandarla ulteriormente ad effetto.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 301).

<sup>74</sup> *Id. Ibid.*, p. 300.

<sup>75</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. 2005. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 60.

<sup>76</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 23-24.

definida como “a função de resolver conflitos em lugar dos litigantes, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico”<sup>77</sup>.

Postas de lado essas duas características, a definição de Chiovenda pode ser aproveitada. Apenas a jurisdição dá a palavra final sobre determinadas questões, pelo que a coisa julgada é seu elemento distintivo<sup>78</sup>. Tanto a administração pública quanto a jurisdição aplicam o direito no caso concreto, mas apenas a jurisdição o faz com definitividade.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a jurisdição é a função exercida pelo Estado ao tomar decisões com força de coisa julgada, enquanto a função administrativa é a desempenhada mediante comportamentos infraleais, submetidos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário<sup>79</sup>.

Partindo de Chiovenda, Jacinto Coutinho afirma que a jurisdição é<sup>80</sup>

*o poder de dizer o direito no caso concreto de forma vinculante e cogente. A par da sua finalidade primeira (dizer o direito no caso concreto) e da sua maior característica (a possibilidade, se for o caso, da vinculação e cogência das decisões, ou seja, a coisa julgada) é na noção de poder que se encontra o grande elemento a ser entendido.*

*Como uma face do poder do Estado, quem a detém emite ordens, comanda. Não se trata, assim, de um mero dizer o direito, algo possível a qualquer um; e sim de um dicere ius marcado pelo poder jurisdicional, ou seja, revelado em decisões que podem se transformar em res judicata.*

Ao mesmo tempo em que a coisa julgada é de fundamental importância para a jurisdição, por destacá-la de outras funções do Estado, também coloca um peso sobre o ser humano investido no seu poder, pois não é “sem *infindáveis* dificuldades que alguém ‘assume’ a função de *dizer a palavra final*”<sup>81</sup>.

A natureza da jurisdição é de poder. Mesmo que sua atividade se desvie dos deveres que lhe são impostos pela Constituição e pelas leis, não perde sua natureza de poder. Para Max Weber, poder é “a probabilidade de um ator impor sua vontade a outro, mesmo contra a resistência deste”<sup>82</sup>. O poder indica uma situação de hierarquia entre os atores sociais, pois um deles deve se submeter, se sujeitar à vontade do outro.

<sup>77</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. Vol. 1. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 108.

<sup>78</sup> COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 411.

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 36.

<sup>80</sup> COUTINHO, J. N. M. *Observações... Op. Cit.*, p. 197.

<sup>81</sup> *Idem*. Jurisdição: deslizar no imaginário. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 71.

<sup>82</sup> ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 512.

O Estado é a instância que detém o monopólio legítimo da coerção física para impor respeito aos seus comandos e às suas regras; é “uma relação de homens dominando homens, uma relação sustentada por meios de violência legítima”<sup>83</sup>.

A violência legítima não se restringe às medidas de coerção efetivamente tomadas, pois compreende também a simples ameaça de que estas medidas sejam acionadas quando necessário, o que constitui um discurso da violência<sup>84</sup>. Os Estados contemporâneos “têm ao seu serviço um poderoso e complexo aparelho coercitivo detentor do monopólio da violência legítima, que envolve várias forças policiais, para-militares e militarizadas (...), para além do universo totalitário das instituições que integram o sistema prisional”<sup>85</sup>.

Assim, a segurança jurídica supostamente protegida pela jurisdição é menos um mecanismo de orientação para comportamentos futuros do que a ameaça de que meios legítimos de violência serão acionados, se for necessário e se houver provocação. Por isto se diz que a segurança jurídica “pela qual em tese deve velar o juiz jamais existiu e nela só fingem acreditar aqueles que pretendem esconder o aspecto político da jurisdição para de alguma maneira manter inquestionável a dominação engendrada por seu intermédio”<sup>86</sup>.

A coisa julgada, portanto, é um *dicere ius* qualificado, cuja marca distintiva é o poder jurisdicional, capaz de conferir cogência ao ato de dizer o direito. Apesar disso, em geral se distinguem duas espécies de coisa julgada: a material e a formal. Coisa julgada formal seria a imutabilidade da decisão dentro do processo em que proferida (autoridade endoprocessual), enquanto coisa julgada material seria a imutabilidade da decisão para além do processo (autoridade extraprocessual).

A coisa julgada formal decorre da preclusão dos prazos para a interposição dos recursos, independentemente de ter havido ou não resolução do mérito. Em algum momento a decisão se torna indiscutível no processo em que proferida, embora esta indiscutibilidade não impeça que os fatos sejam debatidos novamente em outro processo, inclusive entre as mesmas partes (ou, no processo penal, com relação ao mesmo acusado).

Na Itália, Francesco Carnelutti entendia a coisa julgada material como os efeitos de imperatividade e de imutabilidade da sentença<sup>87</sup>, os quais não se confundem com os seus efeitos

---

<sup>83</sup> DREIFUSS, René. *Política, Poder, Estado e Força: uma leitura de Weber*. 2. Ed. Petrópolis, Vozes, 1993, p. 91.

<sup>84</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 54.

<sup>85</sup> *Id. Ibid.*, p. 54.

<sup>86</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição... Op. Cit.*, p. 62.

<sup>87</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. 1. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 143.

materiais (a eficácia condenatória ou absolutória do comando). Enquanto a imperatividade significa a força emprestada pelo Estado para que o ato jurisdicional seja respeitado perante a sociedade, a imutabilidade consiste na proibição de que qualquer outro juízo, da mesma instância ou de instância superior, decida o caso penal que já foi resolvido<sup>88</sup>. Giovanni Leone, em um sentido muito próximo, concebia a coisa julgada material como a imutabilidade do mandamento que nasce da sentença. A coisa julgada seria uma entidade passada, fixa e firme no tempo, a qual se contrapõe a coisa que deve ser julgada<sup>89</sup>.

Na Alemanha, Claus Roxin define a coisa julgada material como o efeito impeditivo da decisão: estando esgotado o poder de persecução penal, a mesma causa não pode ser objeto de nenhum outro processo (tem-se, aqui, o efeito de imutabilidade de que tratava Carnelutti). Já a coisa julgada formal seria o efeito conclusivo, isto é, a intangibilidade de uma decisão no marco do mesmo processo<sup>90</sup>.

Enrico Tullio Liebman recepcionou a tese de Carnelutti, consagrando-a no Brasil com algumas alterações. Para o autor, a coisa julgada não poderia ser propriamente um efeito da sentença – como queria Carnelutti –, mas sim uma qualidade de que se revestem os seus efeitos, porquanto “a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente”<sup>91</sup>.

Assim, para Liebman a coisa julgada é a imutabilidade do comando que exsurge da sentença; não é apenas a definitividade ou a intangibilidade do ato em si, porém uma qualidade que reveste o seu conteúdo e que torna imutáveis os seus efeitos<sup>92</sup>.

No processo penal brasileiro, por outro lado, a adoção deste conceito não pode desconsiderar a relação do Brasil com a CIDH e a possibilidade de discutir a justiça da sentença condenatória a qualquer tempo no futuro. Levando em conta estas especificidades – que não se verificam no direito processual civil –, Fauzi Hassan Choukr conceitua a coisa julgada como o atributo da sentença que decorre do trânsito em julgado do provimento jurisdicional impassível de impugnação, pelo qual se tornam imutáveis os efeitos da sentença

<sup>88</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 162.

<sup>89</sup> LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. v. 3, p. 320 *apud* LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 919.

<sup>90</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Del Puerto, 2000, p. 434 *apud* LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 921.

<sup>91</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 53.

<sup>92</sup> *Id. Ibid.*, p. 54.

absolutória no direito interno, mas apenas condicionalmente imutáveis os efeitos da sentença condenatória<sup>93</sup>.

A referida distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material não é pacífica, uma vez que a imutabilidade da decisão no processo em que prolatada decorre da preclusão, entendida como a perda, a extinção ou a consumação de uma posição jurídica. É por isso que a coisa julgada formal não é, em verdade, coisa julgada, mas tão-só “uma modalidade de preclusão (preclusão temporal), a última do processo, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida”<sup>94</sup>.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que a coisa julgada formal se confunde com o trânsito em julgado da decisão. Entretanto, a partir do HC 126.292/SP o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento sobre o que considera trânsito em julgado, excluindo deste conceito o processamento do recurso especial e do recurso extraordinário, com o que se permitiu a “execução provisória” da condenação<sup>95</sup>.

Para Gustavo Badaró, existem limites hermenêuticos insuperáveis para a interpretação do que seja o trânsito em julgado. Não há margem para que a expressão seja interpretada, como foi pelo STF, no sentido de que o acusado é presumido inocente apenas até o julgamento condenatório em segunda instância<sup>96</sup>. Aury Lopes Jr., no mesmo sentido, afirma que os conceitos do processo penal têm origem histórica e que não é dado ao STF criar “um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação”<sup>97</sup>.

Ao STF incumbe o papel de guardião da Constituição, e não o de “corresponder às expectativas sociais criadas (se fosse assim, teria de admitir a tortura para obter a confissão, a pena de morte, a pena perpétua e outras atrocidades do estilo, de forte apelo popular, mas constitucionalmente impensáveis)”<sup>98</sup>.

No plano dos tratados internacionais de direitos humanos, a CADH dispõe que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência *enquanto não se comprove legalmente sua culpa*” (art. 8.2). A CEDH, por sua vez, afirma que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente *enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente*

---

<sup>93</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 652.

<sup>94</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 669.

<sup>95</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 656.

<sup>96</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 66-67.

<sup>97</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 1092.

<sup>98</sup> *Id. Ibid.*, p. 1093.

*provada*” (art. 6.2). A CF/88, nada obstante, foi além da proteção conferida pelo direito internacional: condicionou a quebra da presunção de inocência ao trânsito em julgado da decisão, e não à comprovação da culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF). Portanto, qualquer restrição à liberdade ou ao patrimônio da pessoa antes do trânsito em julgado só é admitida a título cautelar, e não como cumprimento antecipado de sentença penal<sup>99</sup>.

De todo modo, a coisa julgada formal não cria para o acusado a garantia de não sofrer futura persecução penal e é insuficiente para destacar a jurisdição da Administração Pública. A CF/88 adotou o modelo de unidade da jurisdição (ou sistema de jurisdição única), segundo o qual apenas os órgãos do Poder Judiciário exercem a função jurisdicional e, portanto, proferem decisões com caráter de definitividade<sup>100</sup>.

A Administração Pública produz decisões definitivas no interior de seu próprio âmbito. É a impropriamente chamada “coisa julgada administrativa”, pela qual determinada questão decidida na esfera administrativa não poderá ser alterada nessa mesma via. Todavia, ela não impede que terceiros atingidos pelo ato busquem sua correção, tampouco vincula o Poder Judiciário, que sempre poderá reexaminar a legalidade do ato administrativo<sup>101</sup>.

Para Paulo Rangel, a diferença entre a coisa julgada penal e a administrativa é que esta somente é irretratável no âmbito da própria Administração, podendo ser desfeita perante o Poder Judiciário, enquanto a coisa julgada de sentença absolutória é irretratável e imutável perante todos os Poderes, inclusive o Judiciário<sup>102</sup>.

A coisa julgada, como qualidade dos efeitos da decisão definitiva, é fruto da linguagem<sup>103</sup>. Superado o paradigma da consciência, não se pode mais dizer que a coisa julgada faz do branco, preto, e do quadrado, redondo. Trata-se de uma conquista acusatória que faz com que a sentença absolutória e a sentença declaratória de extinção da punibilidade jamais possam ser revistas em prejuízo da pessoa, enquanto a sentença condenatória, porque sempre poderá ser desconstituída por meio da revisão criminal, tem o seu espaço de injustiça limitado<sup>104</sup>. A condenação de uma pessoa inocente causa muito mais repúdio à sociedade do que a absolvição de um culpado. Esta qualidade dos efeitos da decisão, com a qual estes se tornam imutáveis, não é absoluta; comporta limites de natureza subjetiva e de natureza objetiva.

---

<sup>99</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 653.

<sup>100</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, pp. 64-65.

<sup>101</sup> *Id. Ibid.*, pp. 64-65.

<sup>102</sup> *Id. Ibid.*, p. 65.

<sup>103</sup> COUTINHO, J. N. M. *Observações... Op. Cit.*, p. 109.

<sup>104</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, pp. 115-116.

## 2.2. Limites objetivos: o fato como realidade histórica

A divisão doutrinária entre os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada decorre do processo civil e merece ser superada. Afinal, a proibição do *bis in idem* significa que o *acusado* não poderá ser processado duas vezes pelos mesmos *fatos*, ou a “impossibilidade de novo processamento em relação ao mesmo fato e mesmo autor”<sup>105</sup>. Optamos por utilizar a classificação por razões meramente didáticas, pois o tratamento do instituto a partir destes limites permite explorar as suas especificidades no processo penal.

A denúncia possui requisitos formais e materiais. Requisitos materiais são as condições da ação penal: (i) legitimidade, (ii) tipicidade aparente, (iii) punibilidade concreta e (iv) justa causa ou lastro probatório mínimo. Requisitos formais, por sua vez, são três (art. 41 do CPP): (i) a qualificação do acusado, sendo suficiente a descrição física que permita identificá-lo; (ii) a classificação jurídica do crime, que definirá o procedimento aplicável, embora seja provisória e possa ser alterada no curso do processo, inclusive pelo juiz; e (iii) a imputação, que é a narração do fato com todas as suas circunstâncias, devendo ser certa, precisa e determinada. A imputação é o centro do processo, porque define o que será objeto de julgamento. Ela deve ser clara, individualizar os fatos e a participação de cada réu<sup>106</sup>.

O dever da acusação, portanto, é de bem delimitar o fato criminoso, ou seja, recortar e delinear o acontecimento com precisão, trazendo o fato ao processo por meio de uma valoração jurídica. Mas se este acontecimento da vida (condicionado por circunstâncias de tempo, lugar e modo) não for adequadamente descrito na peça inicial, poderá a acusação oferecer nova denúncia ou queixa após o trânsito em julgado, submetendo o indivíduo ao processo por uma circunstância ou um elemento do fato que não havia sido imputado?

Parcela da doutrina, percebendo a injustiça que exsurge dessa possibilidade, afirma que a coisa julgada não recai apenas sobre o dispositivo (comando) da sentença, visto que a acusação tem a possibilidade de aditar a denúncia ou a queixa, incluindo na imputação uma circunstância que não havia sido narrada. Se a acusação não realizou o aditamento quando deveria, a sua inércia não pode gerar uma consequência negativa para o acusado.

Este é o argumento de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer. Para os autores, a maior virtude da *mutatio libelli* é servir de fundamento para a formação da coisa julgada sobre a realidade histórica, e não sobre o fato imputado, recortado e levado ao processo pela acusação.

---

<sup>105</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 923.

<sup>106</sup> *Id. Ibid.*, p. 898.

É a possibilidade de o Ministério Público aditar a denúncia até a sentença, trazendo ao processo um fato novo ou um elemento do fato que não foi narrado na denúncia, que justifica a projeção da coisa julgada sobre a “realidade histórica” do fato<sup>107</sup>.

Por exemplo: o Ministério Público imputou ao acusado a subtração de coisa alheia móvel, porém não descreveu na denúncia a violência ou a grave ameaça que fez parte daquele fato. A autoridade da coisa julgada impedirá que se instaure novo processo quanto à ameaça ou à violência praticada no curso da subtração, porque o fato naturalístico é o mesmo.

A CADH proíbe que o acusado absolvido por sentença passada em julgado seja submetido a novo processo *pelos mesmos fatos* (art. 8.4). A disposição é mais abrangente que a previsão do CPP de 1941, que alude ao fato *principal* que tiver sido objeto da sentença (art. 110, § 2º). “Fato” é qualquer acontecimento histórico que possa se enquadrar numa norma penal. A identidade que se exige, para fins de caracterização da coisa julgada, é a identidade fática, e não sobre qualificações jurídicas. Do contrário, o mesmo fato poderia ser objeto de duas persecuções penais, simultânea ou sucessivamente, invocando-se diferentes qualificações jurídicas<sup>108</sup>.

Para Aury Lopes Jr., o foco é diferente da correlação entre a acusação e a sentença. Nesta, importa a adequação do fato processual, que engloba o fato penal e o fato real (natural), para que o réu possa exercer adequadamente o seu direito de defesa. Já na coisa julgada “a situação é distinta, pois ainda que se possa falar em fato processual, o que realmente importa é o fato natural”<sup>109</sup>.

Nada obstante a importância da qualificação jurídica feita pela acusação (que definirá o procedimento a ser adotado e se é cabível ou não a prisão preventiva), ela não constitui o cerne da proteção da coisa julgada, que recai sobre os fatos imputados<sup>110</sup>.

O fato da vida, o acontecimento histórico, é apenas um, mas pode ser objeto de diferentes interpretações jurídicas<sup>111</sup>. Se a investigação não foi bem-sucedida ou se a narrativa fática

<sup>107</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 828.

<sup>108</sup> MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2004, p. 600 *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 347.

<sup>109</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, pp. 922-923.

<sup>110</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 661.

<sup>111</sup> Exemplo didático é a distinção entre o crime de lesão corporal e o de tentativa de homicídio. Neste, há o dolo de matar; naquele, apenas o de lesar o corpo ou a saúde. É possível enquadrar a conduta em diferentes tipos penais, dependendo do elemento subjetivo que orientou a conduta do agente: maus-tratos (art. 136 do CP), tentativa de homicídio (arts. 121 e 14, II, do CP), tentativa de lesões corporais (arts. 129 e 14, II, do CP), perigo de vida ou à saúde de outrem (art. 132 do CP). (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 216).

contida na denúncia foi defeituosa, o acusado não poderá pagar com o preço de uma garantia constitucional<sup>112</sup>.

Assim, os limites objetivos da coisa julgada penal não são dados pela narrativa fática, mas pelo próprio fato histórico que deu origem à dúvida sobre a aplicação da sanção penal. Esta é uma diferença importante entre a coisa julgada no processo civil e no processo penal: no processo civil, limite objetivo da coisa julgada é o dispositivo da sentença, que aprecia os pedidos; no processo penal, a garantia do acusado de não sofrer nova persecução penal pelo mesmo fundamento não pode ser mitigada pela atuação insuficiente da acusação.

No processo civil, a coisa julgada incide sobre a declaração do juiz contida na sentença, que somente pode existir como resposta jurisdicional à demanda, de modo que “a coisa julgada atingirá apenas a *parte dispositiva* da sentença”<sup>113</sup>.

No processo penal, ao contrário, “não há correlação entre a coisa julgada e a matéria efetivamente decidida”<sup>114</sup>. A coisa julgada se reporta aos acontecimentos históricos, ainda que não haja identidade entre a imputação e os fatos que se passaram concretamente, e mesmo que estes fatos não tenham sido trazidos ao processo<sup>115</sup>.

Para o direito penal, o fato se relaciona com o tipo abstrato, que é a descrição hipotética da conduta a partir de elementos selecionados pelo legislador; para o processo penal, o fato se confunde com o fato concreto, o acontecimento da vida, real e indivisível<sup>116</sup>.

Na sentença, o juiz deve eleger uma das versões do fato, segundo as provas que lhe pareçam mais convincentes ou que conduzam a uma solução mais justa<sup>117</sup>. Antes de fundamentar a sentença, é preciso escolher se o réu deve ser absolvido ou condenado. Esta escolha, explica Nilo Bairros de Brum, nem sempre é feita com base em motivos lógicos ou derivados da lei. Pode ser influenciada, por exemplo, pela gravidade do delito praticado, pela integração do acusado na comunidade em que vive, ou pelo fato de o réu ser trabalhador e possuir muitos filhos. Estes argumentos, no entanto, não se justificam publicamente. O juiz deve, então, dar ao texto da sentença um efeito de verdade, conferindo-lhe verossimilhança fática com base nas provas<sup>118</sup>.

---

<sup>112</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 197.

<sup>113</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso... Op. Cit.*, p. 682.

<sup>114</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 854.

<sup>115</sup> *Id. Ibid.*, p. 854.

<sup>116</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 898.

<sup>117</sup> BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos... Op. Cit.*, p. 74.

<sup>118</sup> *Id. Ibid.*, pp. 72-73.

A afirmação de que se atinge a verdade real por meio do processo é uma “afirmação dogmática sem nenhuma correspondência com a realidade”<sup>119</sup>. O recurso à verdade real pretende legitimar a saída do juiz de seu lugar constitucionalmente demarcado. Tanto que o juiz deve, se ao final do processo não estiver provada a imputação, absolver o acusado com base no *in dubio pro reo*.

Por um lado, o magistrado deve se ater aos fatos narrados na denúncia ou na queixa e eventualmente provados; por outro, não está vinculado ao cálculo da pena efetuado pela acusação, tampouco ao entendimento sobre o tipo penal e a classificação jurídica do fato<sup>120</sup> (*juria novit curia*). O juiz pode atribuir ao fato definição jurídica diversa da contida na denúncia ou queixa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave, desde que não altere a narrativa fática (art. 383 do CPP).

Segundo José Manuel Damião da Cunha, o princípio do *ne bis in idem*, mais do que uma proibição de segundo julgamento, deve ser entendido como proibição de nova dedução de acusação<sup>121</sup>. No direito brasileiro, porém, significa algo a mais: proibição de nova investigação pelo mesmo fato de que a pessoa foi absolvida.

As maiores dificuldades no tratamento dos limites objetivos da coisa julgada surgem nas hipóteses de concurso material de crimes, concurso formal, crime continuado, crime habitual, crime permanente e consumação posterior de resultado mais grave.

No concurso material de crimes, o agente pratica, mediante mais de uma ação ou omissão, dois ou mais crimes, idênticos ou não (art. 69 do CP). Há dois fatos distintos entre si, e, portanto, não já que se falar em eficácia da coisa julgada<sup>122</sup>. Se o Ministério Público imputou apenas um deles, o fato que não foi submetido a julgamento poderá ser objeto de futura acusação<sup>123</sup>.

No concurso formal de crimes, o agente pratica, mediante uma única ação ou omissão, dois ou mais crimes, idênticos ou não (art. 70 do CP). Por exemplo: “A” atropela duas pessoas que se encontravam no ponto de ônibus, causando-lhes a morte. Para Paulo Rangel, se o acusado for absolvido de um dos resultados delituosos, a coisa julgada não irá recair sobre o resultado que não foi imputado. Os fatos seriam distintos, devendo ocorrer a unificação das penas na fase

---

<sup>119</sup> *Id. Ibid.*, p. 73.

<sup>120</sup> PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 810.

<sup>121</sup> CUNHA, José Manuel Damião da. *O caso julgado parcial*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2002, p. 158 *apud* RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 199.

<sup>122</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 929.

<sup>123</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 202.

de execução<sup>124</sup>. Para Aury Lopes Jr., diferentemente, o concurso formal é uma ficção legal que beneficia o réu, “cuja desconsideração em sede da falta de proteção, pela via da coisa julgada, conduziria ao esvaziamento de toda legitimação penal construída”. O sistema é contra processos parciais, pelo que a coisa julgada abrange todas as circunstâncias do concurso que não foram imputadas<sup>125</sup>.

No crime continuado, o agente pratica, mediante mais de uma ação ou omissão, dois ou mais crimes da mesma espécie, devendo os subsequentes serem havidos como continuação do primeiro, em função das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (art. 71 do CP). Para Paulo Rangel, como existem vários crimes que são unidos pelo mesmo *modus operandi*, os fatos que não foram narrados na denúncia não fazem coisa julgada, nada obstante integrem a mesma cadeia delitiva, pois haverá a unificação de penas na fase de execução<sup>126</sup>. Já Aury Lopes Jr. entende que, se a ação penal é obrigatória e indivisível para o Ministério Público, incumbe à acusação oferecer a denúncia por todas as condutas praticadas, sob pena de ser fraudado o tratamento mais benigno ao réu criado pelo legislador. Assim, as condutas que integram a continuidade delitiva, mas que não foram objeto da sentença, fazem coisa julgada<sup>127</sup>.

No crime habitual, os fatos que, quando isolados, são atípicos, caracterizam um delito quando praticados de forma habitual (como, por exemplo, o exercício ilegal da medicina, previsto no art. 282 do CP). Para Aury Lopes Jr., os fatos descobertos após o trânsito em julgado, mas que integrem a habitualidade, são abrangidos pela coisa julgada. Poderá ser objeto de persecução penal, todavia, o exercício de outro conjunto de crimes que, por si só, constitua um crime habitual<sup>128</sup>. No mesmo sentido, Paulo Rangel entende que é “imprescindível que se saiba se os atos individuais que configuram o delito são integrantes da mesma cadeia de habitualidade ou se são pertencentes a outro contexto fático que autorizam nova persecução penal”<sup>129</sup>.

O mesmo raciocínio é aplicável, *mutatis mutandis*, ao crime permanente, no qual a consumação se alonga no tempo (por exemplo: o delito de formação de quadrilha, previsto no art. 288 do CP). A permanência cessa, segundo Paulo Rangel, ou pela prisão em flagrante do agente ou pelo oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Se os réus, após a instauração

---

<sup>124</sup> *Id. Ibid.*, pp. 203-205.

<sup>125</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 926.

<sup>126</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, pp. 206-210.

<sup>127</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 927.

<sup>128</sup> *Id. Ibid.*, p. 928.

<sup>129</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 217.

do processo, continuarem unidos com o fim de cometer crimes, poderão ser processados novamente pela formação de quadrilha<sup>130</sup>.

Quando se tratar de produção posterior de resultado mais grave, a proibição do *bis in idem* impede que o réu seja novamente processado pelo mesmo fundamento. Por exemplo: “A” é absolvido ou condenado por tentativa de homicídio e, após o trânsito em julgado, sobrevém o resultado morte. Se não houvesse coisa julgada “estaria sendo criada uma situação de pendência, em que, mesmo após o trânsito em julgado, o réu poderia, a qualquer tempo, voltar a ser processado – agora por delito consumado – em caso de morte da vítima”<sup>131</sup>.

Se o acusado é absolvido da imputação de um fato criminoso por participação, o art. 8.4 da CADH proíbe a dedução de nova acusação a título de coautoria, porque se trata do mesmo fato naturalístico. Da mesma forma, quem foi processado por crime culposo não poderá, após o trânsito em julgado, responder novamente pelo mesmo fato, desta vez a título de dolo<sup>132</sup>.

O STF já decidiu, contudo, que “A absolvição, pelo Conselho de Sentença, da imputação de participação no crime de homicídio – pela entrega da arma e auxílio à fuga – não veda a possibilidade de nova acusação pela autoria material”<sup>133</sup>.

Comentando esta possibilidade, Paulo Rangel afirma que<sup>134</sup>

na voz do STF, o réu se defende dos atos que compõem o fato e não do fato, em si. Logo, se houver mudança na descrição da conduta de cada um, dentro da unidade fática que é uma só, poderá haver nova acusação e assim, sucessivamente, quantas vezes ocorrerem as mudanças de comportamento dos agentes, o que significa dizer: **não há garantia do caso julgado**, *data venia*.

Em suma, a coisa julgada encerra a persecução penal com relação ao fato da vida – e com relação à pessoa acusada, como será visto no item seguinte. O fato de a coisa julgada recair sobre a realidade histórica, seja porque não se realizou o aditamento quando deveria, seja porque a norma do art. 8.4 da CADH impõe um limite, demonstra a urgência em se reconhecer a independência do processo penal com relação ao processo civil, lhe conferindo o caráter de ciência preocupada com a dignidade e a liberdade e que sirva como mecanismo de contenção do poder de punir da jurisdição.

<sup>130</sup> *Id. Ibid.*, p. 211.

<sup>131</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 929.

<sup>132</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 238.

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.980/DF*, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJE: 23/10/2009, p. 579 (1).

<sup>134</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 238.

### 2.3. Limites subjetivos: princípio da intranscendência da pena

Os autores vinculados à teoria geral do processo explicam os limites subjetivos da coisa julgada penal a partir das regras do processo civil. Neste sentido, afirma-se que a eficácia natural da sentença vale *erga omnes*, atinge a todos, enquanto a autoridade da coisa julgada atinge as partes do processo, não prejudicando nem beneficiando terceiros.

A limitação subjetiva da coisa julgada é entendida como decorrência do princípio do contraditório: apenas “quem foi parte no processo teve oportunidade de expor os seus argumentos e produzir suas provas, podendo influenciar o convencimento judicial. Assim, apenas para estes a decisão será imutável”<sup>135-136</sup>.

No processo civil, a distinção entre a autoridade da coisa julgada (imutabilidade) e a eficácia natural da sentença, sustentada por Enrico Tullio Liebman, permite explicar a produção de efeitos antes do trânsito em julgado. A sentença civil pode produzir todos os seus efeitos antes mesmo e independentemente do trânsito em julgado, quando só então se torna imutável<sup>137</sup>.

Esta constatação não tem cabimento no processo penal, vez que a presunção de inocência impede efeitos antecipados da sentença penal. Não se permite, no marco constitucional-convencional, que a sentença condenatória surta efeitos antes do trânsito em julgado<sup>138</sup>. Francesco Invrea já alertava que a sentença de mérito não forma verdadeiramente um comando antes do trânsito em julgado, quando só então pode se impor de forma a submeter as partes aos seus efeitos<sup>139</sup>.

A explicação processual civil dos limites subjetivos – como decorrência do princípio do contraditório – oculta o objeto do processo penal: o caso penal, que é a situação de incerteza quanto à aplicação de uma pena, i. e., saber se uma pessoa deve ou não ser punida. Oculta-se, por conseguinte, a finalidade da coisa julgada, garantia acusatória que serve para proteger o indivíduo dos arbítrios do Estado. Há um protagonismo absoluto da pessoa acusada, por projeção do princípio da intranscendência da pena<sup>140</sup>: nenhuma pena passará da pessoa do

<sup>135</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo... Op. Cit.*, p. 575.

<sup>136</sup> Todavia, o autor também afirma que, no processo penal, “a questão dos limites subjetivos toca exclusivamente ao acusado. Quanto ao legitimado ativo, pouco importa se a ação foi proposta pelo Ministério Público ou pelo querelante, pois ambos são legitimados pelo Estado para exercer o *ius persequendi in iudicio* e a sentença proferida contra qualquer um deles, vale perante o outro” (BADARÓ, G. H. *Processo... Op. Cit.*, p. 576).

<sup>137</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia... Op. Cit.*, p. 42.

<sup>138</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, pp. 652-653.

<sup>139</sup> INVREA, Francesco. *La servitù del giudicato*. Rivista di diritto processuale civile, Padova: Cedam, 1930, p. 232 *apud* BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição... Op. Cit.*, p. 32.

<sup>140</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 663.

acusado<sup>141</sup> (artigo 5º, LXV, da CF). Ademais, a ação penal deve ser movida contra todas as pessoas que supostamente praticaram a conduta delituosa. O princípio da indivisibilidade é uma decorrência lógica do princípio da obrigatoriedade: se a ação penal é obrigatória para o Ministério Público, logo este deve exercê-la em face de todos os autores e partícipes<sup>142</sup>.

Nas palavras de Paulo Rangel, o processo penal possui regra clara<sup>143</sup>

quanto ao limite subjetivo do caso julgado, pois pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que traz como consequência a sua indivisibilidade, e por força do princípio acusatório, a ação penal tem que ser proposta em face do genuíno autor do fato crime a fim de que haja perfeita correlação entre a acusação e a sentença.

Se a pena não pode passar da pessoa do acusado, tampouco as consequências penais e extrapenais (civis e administrativas) da condenação, a qual irradia efeitos para todas as esferas jurídicas.

A ilicitude penal e a ilicitude extrapenal podem ser representadas por círculos concêntricos, sendo aquela de raio menor. Portanto, um ilícito para o direito penal também é ilícito para os demais ramos do direito, mas o contrário não é verdadeiro<sup>144</sup>. O CP prevê efeitos genéricos (art. 91), que são automáticos, e efeitos específicos (art. 92), que devem ser declarados na sentença. Assim, não é possível mover a execução civil, pela reparação do dano, diretamente contra o responsável civil do condenado (é o caso, por exemplo, do empregado que comete um crime no exercício de atividade profissional)<sup>145</sup>.

No processo civil, a autoridade da coisa julgada recai sobre as partes e sobre terceiros que participaram do processo, posto que puderam exercer contraditório, influenciar o conteúdo da decisão e impugnar seus fundamentos. No processo penal, a coisa julgada é uma garantia do acusado de não sofrer indefinidamente uma persecução penal pelo mesmo fundamento, sendo circunscrita subjetivamente pela pessoa do réu, e objetivamente pela identidade de fato<sup>146</sup>.

<sup>141</sup> Segundo Marco Aurélio Nunes da Silveira, a questão mais séria que envolve o princípio da intranscendência da pena é a das crianças que cumprem pena junto com suas mães (aula ministrada na disciplina de Processo Penal B da UFPR no dia 07/10/2019). Segundo levantamento do CNJ divulgado em janeiro de 2018, ao todo 249 bebês vivem com suas mães dentro de presídios (DANTAS, Tiago. Em todo o Brasil, 249 bebês vivem com suas mães em presídios. *O Globo*. 15 fev. de 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/em-todo-brasil-249-bebes-vivem-com-suas-maes-em-presidios-22399504>>. Acesso em 23 de out. de 2019).

<sup>142</sup> No direito penal, o princípio da personalidade possui três dimensões: (i) vedação de imposição de pena (ou de efeitos acessórios da sanção criminal) a terceiros que não participaram do delito; (ii) restrição da responsabilidade criminal ao autor da ação ou omissão típica; e (iii) proibição da responsabilidade penal objetiva ou solidária. (CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 262-263).

<sup>143</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 173.

<sup>144</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas... Op. Cit.*, p. 490.

<sup>145</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo... Op. Cit.*, p. 577.

<sup>146</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. 10. ed. Madrid: Aagesa, 1997, p. 313 *apud* LOPES JR., A. *Direito... Op. Cit.*, p. 923.

Segundo Fauzi Hassan Choukr, pode haver a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada a terceiros que se encontrem nas mesmas situações fáticas e jurídicas, tema que é tratado pelo CPP como efeitos extensivos dos recursos ou de ações autônomas<sup>147</sup>.

O art. 580 do CPP dispõe que “No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”<sup>148</sup>.

Trata-se do efeito extensivo dos recursos. No concurso de agentes, o provimento de eventual recurso deve ser estendido aos demais agentes envolvidos, caso não tenham recorrido; ou, se recorreram, não impugnaram especificamente o fundamento que levou ao provimento do recurso, desde que o recurso interposto por um dos réus não seja de caráter exclusivamente pessoal dele<sup>149</sup>.

Deve-se verificar se o fundamento utilizado para reformar a decisão recorrida é aplicável aos demais corréus. Se a resposta for positiva, haverá uma extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, posto que a decisão transitou em julgado para o réu que não recorreu. Esta regra também é aplicável para as ações autônomas de impugnação, notadamente o *habeas corpus*<sup>150</sup>.

A proibição do *bis in idem* é a função negativa ou excludente da coisa julgada, que proíbe que a mesma pessoa seja julgada, processada ou investigada duas vezes, de forma sucessiva, pelo mesmo fato. Sendo a coisa julgada uma garantia do acusado, “nada impede que outras pessoas sejam acusadas pelo mesmo fato (seja porque se demonstrou a participação ou coautoria, ou ainda porque o réu foi absolvido), ou ainda que o réu seja novamente processado por outros fatos criminosos praticados”<sup>151</sup>.

Em suma, a coisa julgada consiste no caráter cogente e vinculante da decisão jurisdicional que aplica o direito no caso concreto. Em seu sentido material, está atrelada à resolução do mérito, i. e., à eliminação da dúvida sobre a aplicação de uma sanção penal. No mais das vezes, esta questão é respondida ao término de um processo de conhecimento, no qual o acusado teve a oportunidade de produzir provas e de contestar os argumentos da acusação. Por outro lado, esta certeza pode ser obtida ao fim do procedimento de investigação, hipótese em que não será oferecida a acusação. Disto decorre a importância de se considerar o inquérito policial, a decisão que ordena o seu arquivamento e os efeitos que dela derivam.

---

<sup>147</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 663.

<sup>148</sup> O artigo corresponde no Código Penal, após a reforma de 1984, é o artigo 29: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

<sup>149</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 1174.

<sup>150</sup> *Id. Ibid.*, p. 1175.

<sup>151</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 924.

### 3. A COISA JULGADA NA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

#### 3.1. O sistema de arquivamento do inquérito policial e a natureza jurisdicional da decisão de arquivamento

No processo penal brasileiro, a persecução penal encontra-se dividida em três etapas: a investigação preliminar (realizada, no mais das vezes, por meio do inquérito policial), a ação penal (o poder de provocação da jurisdição em relação a um caso penal) e o processo penal (o conjunto de atos logicamente concatenados que se dirige para a sentença, decisão do juiz que resolve o caso penal).

A investigação preliminar tem por objetivo “construir um acervo de conhecimento sobre a conduta criminalmente relevante praticada por pessoas físicas ou jurídicas de modo a embasar a tomada de decisão pelo acusador público ou privado de propor a acusação formal ou provocar o arquivamento”<sup>152</sup>. Embora a propositura da acusação formal e o pedido de arquivamento sejam as hipóteses mais frequentes a serem tomadas pelo acusador ao final do inquérito policial, nem sempre é o que ocorre. Pode ser o caso de provocar a jurisdição para proferir uma decisão de mérito, sempre que for possível realizar um juízo de certeza com relação à inaplicabilidade da pena, como é o caso, por exemplo, da declaração de extinção da punibilidade.

Mais do que possibilitar à acusação o exercício da ação penal perante o órgão jurisdicional, o inquérito policial tem por objetivo evitar acusações desnecessárias, precipitadas, infundadas ou temerárias. Daí a importância do juízo de admissibilidade da acusação, fase da persecução penal que representa, para o investigado, a diferença entre ser acusado ou não em um processo penal, com a estigmatização e os prejuízos que dele decorrem. Para o Estado, esta fase representa a diferença entre despendar ou não uma gama de recursos materiais, financeiros e técnicos<sup>153</sup>.

O procedimento de inquérito policial é finalizado por meio de um relatório, no qual o delegado de polícia realiza uma exposição objetiva e impessoal do que foi investigado. Os autos são remetidos ao juiz junto dos instrumentos utilizados no delito e dos demais objetos que interessarem à prova, devendo o juiz, em seguida, dar vista ao Ministério Público. As

---

<sup>152</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 238.

<sup>153</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *As condições... Op. Cit.*, p. 14.

conclusões da autoridade policial não vinculam o promotor, que poderá entender em sentido completamente contrário ao apontado pelo delegado<sup>154</sup>.

Ao receber o inquérito policial, o Ministério Público possui três opções: (i) oferecer a denúncia, se entender que se encontram preenchidas as condições da ação; (ii) requerer o arquivamento do inquérito, se entender que não estão presentes as condições da ação e que estas são, por ora, inalcançáveis com novas diligências; ou (iii) requerer a baixa dos autos à autoridade policial para a realização de novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, com o fim de colher os elementos de informação faltantes<sup>155</sup>.

Assim, quando não estiverem presentes as condições da ação penal, mas houver diligências imprescindíveis a serem tomadas, o Ministério Público deverá requisitá-las no âmbito do controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF). Como se trata de requisição, à autoridade policial não é dado fazer qualquer juízo de valor sobre a pertinência ou correção da diligência pretendida<sup>156</sup>.

Se, de outro lado, não estiverem presentes a tipicidade aparente ou o lastro probatório mínimo, sendo insuscetíveis de serem preenchidos por meio de novas diligências, o Ministério Público deverá pedir o arquivamento do inquérito policial à jurisdição, questão que será resolvida com uma decisão.

Se o juiz concordar com o pedido do órgão ministerial, isto é, decidir que não estão presentes as condições da ação, determinará o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Se, todavia, discordar das razões invocadas pelo Ministério Público, deverá remeter o inquérito ou as peças de informação ao Procurador-Geral, que, por sua vez, terá três opções, conforme o art. 28 do CPP: (i) oferecer a denúncia; (ii) designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la; ou (iii) concordar com o pedido de arquivamento feito pelo órgão de primeira instância, hipótese em que o juiz estará obrigado a determiná-lo.

Esta sistemática do art. 28 pode levar a crer, como pugna parcela da doutrina nacional, que a natureza jurídica do arquivamento seria administrativa, e não jurisdicional. Seria desnecessário fundamentar o ato, e as investigações poderiam ser retomadas em qualquer hipótese, mesmo se reconhecida a atipicidade do fato. Com este tratamento, não apenas se oculta

---

<sup>154</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 150.

<sup>155</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A natureza cautelar... Op. Cit.*, p. 49.

<sup>156</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 48.

a real natureza jurídica do ato, como se distorcem os efeitos que dele podem surgir com relação ao desarquivamento<sup>157</sup>.

À primeira vista, parece que o juiz apenas provoca o controle hierárquico no interior do Ministério Público, já que é possível que o Procurador-Geral tome a última decisão com relação ao arquivamento. Isto não é, entretanto, o que efetivamente ocorre. A análise da natureza jurídica do arquivamento “deve partir da sua realidade no processo e não de mera aparência”<sup>158</sup>.

Ao receber o pedido de arquivamento dos autos de investigação, o juiz realiza um efetivo controle das razões invocadas pelo órgão ministerial, porquanto lhe incumbe cotejar as razões invocadas com as provas que constam dos autos. O juiz verifica, em suma, se estão presentes ou não as condições da ação. Disto decorre a natureza jurisdicional do ato de arquivamento, uma vez que, “como ocorre hoje, o MP leva ao Juiz uma questão jurídica a ser decidida; e essa decisão é jurisdicional”<sup>159</sup>.

Não deveria caber ao juiz o controle da atuação ministerial, isto é, verificar a correção do juízo negativo de propositura da ação penal. A adoção de um modelo sem a intervenção jurisdicional (denominado “hierárquico”) preservaria a imparcialidade do julgador, que deixaria de se manifestar sobre o caráter aparentemente ilícito do fato. De todo modo, ao discordar das razões do pedido de arquivamento, o magistrado deverá submeter a questão à instância revisora do Ministério Público, que dirá a palavra final. A revisão incumbe, no âmbito do Ministério Público dos Estados, ao Procurador-Geral de Justiça; no âmbito do Ministério Público Federal, incumbe às Câmaras de Coordenação e Revisão Criminais<sup>160</sup>.

Este controle por parte do magistrado decorre da adoção, pelo CPP de 1941, do sistema misto de controle de legitimidade do arquivamento, cuja característica central (a intervenção do julgador) é de matriz inquisitória. Neste sistema, embora o promotor requeira o arquivamento, a legitimidade do seu pedido é controlada, em primeiro lugar, pelo magistrado. Se fosse adotado o modelo hierárquico, no qual o juiz não intervém nesse controle, poderíamos dizer com tranquilidade que a natureza do ato seria administrativa. O controle caberia exclusivamente ao Ministério Público, que encaminharia o pedido de arquivamento à instância superior, preservando a imparcialidade do juiz. A adoção desse modelo representaria “verdadeira

---

<sup>157</sup> MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. A contribuição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho à dogmática da investigação preliminar: indiciamento, defesa e regime de arquivamento. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de (org.). *Mentalidade inquisitória... Op. Cit.*, p. 309.

<sup>158</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A natureza cautelar... Op. Cit.*, p. 53.

<sup>159</sup> *Id. Ibid.*, p. 54.

<sup>160</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 79.

evolução, notabilizando a independência do MP e oferecendo ao ofendido a possibilidade de participar da discussão a respeito do arquivamento, que hoje não tem”<sup>161</sup>.

Portanto, ao magistrado compete proferir, após receber o pedido de arquivamento, uma decisão fundamentada, quer concordando com o pedido formulado pelo órgão ministerial, hipótese em que determinará o arquivamento, quer rejeitando o pedido, hipótese em que remeterá os autos ao Procurador-Geral. Se o Procurador-Geral concordar com o pedido de arquivamento promovido pelo órgão de primeira instância, o juiz estará obrigado a determiná-lo, o que abre margem para o princípio da oportunidade na ação penal de iniciativa pública<sup>162</sup>.

Deve-se ressaltar que, para a jurisprudência, o recebimento da denúncia é mero despacho, que prescinde de fundamentação e do qual não cabe recurso. Todavia, a rejeição da denúncia é tratada como decisão, que deve ser fundamentada. Em outras palavras: decidir que estão presentes as condições da ação para processar o acusado é despacho, não fundamentado; decidir que não estão presentes as condições da ação, para rejeitar a denúncia, é decisão. A contradição é evidente.

O arquivamento do inquérito policial, além de possuir natureza jurisdicional, possui natureza cautelar, posto que o acusador o requer com vistas a assegurar a possibilidade de oferecer, no futuro, uma acusação com melhores provas (exceto nos casos em que o arquivamento é verdadeira decisão de mérito).

Esta decisão jurisdicional é proferida no âmbito de um processo cautelar, vez que “o caso a ser decidido é eminentemente *cautelar* em relação à questão de fundo. Basta ver que no caso do Juiz não acolher o pedido, o Procurador-Geral poderá – ou outro órgão do MP, designado, deverá – oferecer denúncia, isto é, exercer a ação penal”<sup>163</sup>.

Pode-se concluir, quanto a este item, que o arquivamento não é mero despacho, mas sim uma decisão de natureza jurisdicional, vez que incumbe ao magistrado examinar a correção do juízo negativo formulado pelo Ministério Público. Por força da adoção do sistema misto de controle do arquivamento, o primeiro filtro sobre a legitimidade do ato é feito pelo juiz; se este discordar do órgão ministerial, o segundo filtro será feito pelo Procurador-Geral, que poderá oferecer a denúncia, designar outro órgão para oferecê-la ou concordar com o arquivamento promovido em primeira instância.

---

<sup>161</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A natureza cautelar... Op. Cit.*, p. 52.

<sup>162</sup> *Id. Ibid.*, p. 52.

<sup>163</sup> *Id. Ibid.*, p. 54.

### 3.2. A coisa julgada material na decisão de arquivamento do inquérito policial

O CPP deixou de tratar com o devido cuidado dos motivos que dão ensejo ao arquivamento do inquérito policial, bem como dos seus reflexos com relação à possibilidade de reabertura da investigação<sup>164</sup>, dispondo no art. 18 que “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

Sendo o inquérito policial procedimento administrativo com vistas à obtenção dos elementos de informação necessários ao oferecimento da acusação, o arquivamento do inquérito guarda íntima relação com as provas nele produzidas e com as condições da ação penal, em especial a tipicidade aparente e a justa causa ou lastro probatório mínimo<sup>165</sup>.

A legitimidade de parte, embora seja uma condição da ação, não é fundamento para o pedido de arquivamento. O juiz, ao rejeitar a denúncia ou a queixa com base na ilegitimidade de parte, não irá determinar o arquivamento, mas sim a oitiva do Ministério Público, se oferecida a queixa em ação penal de iniciativa pública, ou aguardar a manifestação da parte legítima, se oferecida a denúncia em ação penal de iniciativa privada. Portanto, a ilegitimidade de parte “permite que seja promovida nova ação, eis que tal decisão faz apenas coisa julgada formal. Corrigida a falha, a ação pode ser novamente intentada”<sup>166</sup>.

Na falta de punibilidade concreta, o Ministério Público não pede propriamente o arquivamento do inquérito policial, mas a declaração de extinção da punibilidade, que o juiz decretará com uma decisão de mérito<sup>167</sup>. Neste caso, o arquivamento nada mais é que um ato burocrático de conservação dos autos, posto que a decisão faz coisa julgada material e impede a reabertura das investigações<sup>168</sup>.

Por fim, a falta de tipicidade aparente ou de justa causa são os típicos fundamentos para a decisão de arquivamento, a permitir a retomada das investigações se o quadro fático-probatório sofrer alteração (art. 18 do CPP). Disto decorre a Súmula 524 do STF: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

---

<sup>164</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 314.

<sup>165</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 88.

<sup>166</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 195.

<sup>167</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A tipicidade... Op. Cit.*, p. 89.

<sup>168</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A natureza cautelar... Op. Cit.*, p. 50.

Por outro lado, se a prova do inquérito não deixar dúvidas de que o fato é atípico ou inexistente, questões que fogem às condições da ação, “é difícil e injusto, pelos gravames que os Autos (pelo seu conteúdo, naturalmente), mesmo arquivados, provocam, não aceitar a idéia de que a decisão faz coisa julgada material”<sup>169</sup>.

Para Fauzi Hassan Choukr, o reconhecimento da ocorrência de prescrição ou de decadência, bem como da ausência de tipicidade, impedem a reabertura das investigações pela mesma conduta inicialmente apurada<sup>170</sup>. Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, no mesmo sentido, ensinam que, acolhido o pedido de arquivamento por extinção da punibilidade, a decisão “terá a mesma eficácia de coisa julgada material, do mesmo modo que ocorre em relação ao arquivamento por atipicidade”<sup>171</sup>.

Gustavo Badaró, por sua vez, entende que a decisão de arquivamento impede tanto o desarquivamento quanto a propositura da ação penal nas hipóteses em que, “com base em uma reconstrução fática segura, a partir da investigação realizada, há um acerto da inexistência do crime – e não do fato – ou do poder de punir”<sup>172</sup>.

Tem-se da doutrina supracitada que o arquivamento fundamentado na atipicidade ou na extinção da punibilidade faz coisa julgada material e impede o desarquivamento, mesmo se surgirem novas provas, posto que a decisão resolve negativamente o caso penal.

Portanto, deve-se distinguir os casos em que o arquivamento permite a retomada das investigações, porque fundamentado na ausência de justa causa ou na falta de tipicidade aparente (para a jurisprudência, como será visto, também nas hipóteses de excludentes de ilicitude e de culpabilidade), daqueles casos em que o arquivamento é verdadeira decisão de mérito, que faz coisa julgada material e impede a retomada das investigações, mesmo com outros elementos de informação.

Em sede do juízo de admissibilidade da acusação, deve-se distinguir os casos em que o juízo negativo preclui a via judiciária (rejeição) – porque não será possível iniciar nova persecução penal pelos mesmos fundamentos – dos casos em que a decisão não preclui a via judiciária (não recebimento), pois será possível o oferecimento da denúncia no futuro, desde que corrigido o vício ou a falta.

Assim, se for rejeitada a denúncia ou a queixa por falta de legitimidade de parte, de lastro probatório mínimo ou de uma das condições específicas da ação penal, será possível

---

<sup>169</sup> *Id. Ibid.*, p. 55.

<sup>170</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 314.

<sup>171</sup> PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 52.

<sup>172</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo... Op. Cit.*, p. 154.

promover nova ação penal, ante a ausência de resolução do mérito<sup>173</sup>. O mesmo se dá na hipótese de ausência dos elementos do art. 41 do CPP – a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação jurídica do crime –, que conduz à inépcia da peça inicial. Esta decisão produz apenas coisa julgada formal e não impede nova acusação, desde que corrigido o vício<sup>174</sup>.

Da mesma forma, se a rejeição por falta de justa causa tiver por fundamento a ausência de provas ou indícios suficientes de autoria e materialidade, essa decisão produzirá apenas a coisa julgada formal, pois nada impede que a acusação seja formulada com novos elementos<sup>175</sup>.

Diferentemente, se for rejeitada a denúncia ou a queixa por falta de punibilidade concreta (art. 107 do CP), esta decisão preclui a via judiciária e impede a admissibilidade de uma nova acusação, tendo a mesma eficácia preclusiva da coisa julgada material, tal como o arquivamento ordenado pelo mesmo fundamento.

Para Paulo Rangel, todavia, não haveria que se falar em coisa julgada na decisão de arquivamento – que seria ato administrativo complexo, formado pela manifestação sucessiva de vontade do promotor de justiça e do juiz –, porque “em se tratando de inquérito policial não há ação, nem processo, logo não há que se falar em sentença e, por via de consequência, em caso julgado penal”<sup>176</sup>. Pelo mesmo motivo, o autor afirma que seria erro técnico proferir uma sentença após o pedido de declaração de extinção da punibilidade formulado pelo Ministério Público.

Ora, ação e acusação são dois conceitos que não se confundem. A acusação é apenas uma espécie de ação penal, a principal delas, que foi regulada pelo CPP. Não quer dizer, entretanto, que não existam outras formas de provocação da jurisdição para que esta se pronuncie sobre o caso penal, como, por exemplo, o arquivamento por falta de provas e a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição.

Segundo Marco Aurélio Nunes da Silveira, reduzir a ação penal àquela modalidade que encerra uma acusação, materializada na denúncia ou na queixa, é uma leitura muito restrita. Se “a adoção do princípio da inércia da jurisdição implica compreender que o juiz não poderá tratar do caso penal sem a provocação de outro sujeito processual”<sup>177</sup>, não há por que acreditar que só há ação quando a acusação oferece a denúncia ou a queixa. Quando o promotor pede a

---

<sup>173</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *As condições... Op. Cit.*, p. 206.

<sup>174</sup> LOPES JR., Aury. *Direito... Op. Cit.*, p. 205.

<sup>175</sup> *Id. Ibid.*, p. 736.

<sup>176</sup> RANGEL, Paulo. *A coisa julgada... Op. Cit.*, p. 262.

<sup>177</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *As condições... Op. Cit.*, p. 97.

declaração de extinção da punibilidade, “eis que contempla um pedido de acerto do caso penal, há ação, mas não há acusação”<sup>178</sup>.

A definição de Jacinto Coutinho de ação, como o ato de provocação da jurisdição para acerto do caso penal, não contempla a variedade de fenômenos que podem ocorrer no processo. Quando, por exemplo, o promotor pede o arquivamento do inquérito policial por falta de base para a denúncia, o juiz não realiza o acerto do caso penal, pois será possível a retomada da persecução penal se surgirem novas provas. Assim, pode-se definir a ação penal como a “provocação da atuação jurisdicional em relação a um caso penal”<sup>179</sup>.

Afirmou-se no item anterior que a decisão de arquivamento, uma vez que o juiz decide que não estão presentes as condições da ação, possui natureza jurisdicional. Esta decisão é proferida porque o órgão jurisdicional foi previamente provocado, i. e., chamado a se manifestar sobre o caso penal por meio de uma ação. Portanto, não se pode dizer que o arquivamento produziria mera coisa julgada administrativa.

Como dito, o Ministério Público pode pedir o arquivamento sob o fundamento da atipicidade do fato, cujo reconhecimento, por ser um juízo unicamente de direito, implicará decisão sujeita à coisa julgada material, tendo como consequência a impossibilidade de se modificar a definição típica por prova superveniente<sup>180</sup>.

O órgão ministerial também pode requerer o arquivamento com base em excludentes de ilicitude, de culpabilidade e nos respectivos erros, porém se entende que este reconhecimento, por demandar a produção de provas, não faz coisa julgada material. Assim, diferentemente do arquivamento por atipicidade, o arquivamento em razão das excludentes e dos erros de tipo e de proibição não produz coisa julgada material, “abrindo-se, ao contrário, à revisão, com o surgimento de novas provas (aplicando-se, então, o disposto no art. 18 do CPP)”<sup>181</sup>.

A jurisprudência do STF é firme no sentido de que o arquivamento de inquérito policial em razão do reconhecimento de excludente de ilicitude não faz coisa julgada material<sup>182</sup>, de modo que novos elementos de informação, se demonstrarem que a excludente invocada não refletia a dinâmica dos fatos, podem levar à reabertura do inquérito<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup> *Id. Ibid.*, p. 98.

<sup>179</sup> *Id. Ibid.*, p. 100.

<sup>180</sup> PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 83.

<sup>181</sup> *Id. Ibid.*, p. 83.

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 87.395/PR*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2017.

<sup>183</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 316.

Este entendimento cria uma situação, no mínimo, curiosa: se houver certeza quanto à excludente de ilicitude, é melhor para o investigado ser denunciado, apresentar a sua resposta à acusação e ser, em seguida, absolvido sumariamente – porque a decisão fará coisa julgada material e ele não será importunado pelo Estado se surgirem novas provas – do que ter o seu inquérito policial arquivado por falta de base para a denúncia.

A atipicidade do fato não está prevista no art. 395, que traz as hipóteses de rejeição da denúncia ou da queixa, mas no art. 397, que traz os casos de absolvição sumária. Todas as hipóteses do art. 397 são de certeza – seja com relação à atipicidade, seja com relação a uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, exceto inimputabilidade. Assim, conforme Antonio Santoro, pode-se dizer que todas as hipóteses de absolvição sumária devem ser também fundamento para o pedido de arquivamento<sup>184</sup>.

Se houver certeza quanto a uma excludente de ilicitude, não cabe ao legitimado à propositura da ação penal o ato de acusar. Sua postura “deve ser o pedido de arquivamento, mas não com base nas previsões do artigo 395 do CPP, e sim com base nas hipóteses de absolvição sumária do artigo 397 do CPP”<sup>185</sup>. Dado que ocorre o enfrentamento do caso penal, entende-se (contrariamente à jurisprudência do STF) que esta decisão faz coisa julgada material e impede nova persecução penal pelos mesmos fatos (limite objetivo).

No que tange ao juízo de admissibilidade da acusação, com as mudanças advindas pela Lei 11.719/2008, a constatação de que o fato narrado não constitui crime deixou de ser uma hipótese de rejeição da denúncia ou da queixa (art. 43, inciso I, do CPP), passando a ser tratada como hipótese de absolvição sumária (art. 397, inciso III, do CPP). Assim, segundo Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, constatada a atipicidade da conduta, não será o caso de rejeição da acusação, mas de ulterior absolvição sumária, após a apresentação da defesa<sup>186</sup>.

Com este sistema tem-se “uma grave incoerência de dimensões teórica e prática, eis que, mesmo quando patente a extinção de punibilidade ou a ausência de natureza criminosa do fato, parece impor ao juiz o recebimento da denúncia e posterior absolvição sumária”<sup>187</sup>. Em outras palavras, se o fato é evidentemente atípico e o juiz está decidido que irá absolver o investigado, por que receber a denúncia e citar o acusado para a apresentação da resposta?

---

<sup>184</sup> SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. *Arquivamento do inquérito policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4. 2018, p. 1107.

<sup>185</sup> *Id. Ibid.*, p. 1108.

<sup>186</sup> PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários... Op. Cit.*, p. 865.

<sup>187</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 211-212.

É assim que se propõe, conforme o magistério de Marco Aurélio Nunes da Silveira, um princípio da provocação ampla, segundo o qual a provocação da jurisdição por meio da acusação não permite ao juiz tão-só a instauração do processo em desfavor do réu, mas também a solução antecipada do mérito em seu benefício<sup>188</sup>. Segundo o autor, “oferecida a denúncia em relação a fato que evidentemente não constitui crime, ou em situação na qual esteja extinta a punibilidade, deve o juiz decidir o próprio mérito, ainda que só haja provocação pelo próprio acusador”<sup>189</sup>, o que soluciona a incoerência criada pela Lei 11.719/2008.

Se o promotor entender, ao final da investigação, que o fato apurado não constitui crime, não haverá a típica decisão de arquivamento (por falta de provas), mas sim uma decisão de mérito a ser proferida pelo magistrado. Se este acolher o pedido, a eficácia será a mesma da rejeição da denúncia pelo mesmo fundamento, o que proíbe futura acusação com base no fato que se decidiu não criminoso.

Em suma, o arquivamento do inquérito policial opera coisa julgada material quando há um enfrentamento do mérito – isto é, quando o magistrado decide que não se aplica a pena –, fazendo surgir para o investigado a garantia de que não sofrerá futura persecução penal pelos mesmos fatos, como consequência da proibição do *ne bis in idem*.

Nestes casos, a jurisdição profere a última palavra com relação àquele fato da vida, e a determinação do arquivamento é mero ato burocrático de conservação dos autos, porque será impossível a retomada das investigações. No próximo item, trataremos especificamente dos efeitos da decisão que arquiva o inquérito policial por falta de base para a denúncia, decisão que se reveste de uma modalidade muito específica de coisa julgada, embora não adentre no mérito.

### **3.3. O arquivamento do inquérito policial por falta de base para a denúncia e a coisa julgada condicionada à existência de prova nova**

Como visto, a decisão de arquivamento, se fundamentada na atipicidade ou na antijuridicidade manifesta da conduta, é verdadeira decisão de mérito, cujos efeitos são análogos aos da sentença absolutória. Forma, por conseguinte, coisa julgada material, e impede o desarquivamento pelo surgimento de novas provas (art. 18 do CPP). O mesmo ocorre em relação ao arquivamento com base na extinção da punibilidade, que reconhece o falecimento do poder punitivo estatal<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> *Id. Ibid.*, p. 224.

<sup>189</sup> *Id. Ibid.*, p. 224.

<sup>190</sup> MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *A contribuição... Op. Cit.*, pp. 311-312.

Em todas estas hipóteses – reconhecimento da atipicidade, da antijuridicidade ou da extinção da punibilidade – será impossível a retomada das investigações, mesmo que surjam novas provas. A decisão tem um conteúdo de absolvição, porque afirma que não se aplica a pena, ou seja, resolve negativamente o caso penal. Sendo que a decisão jurisdicional de não processar já foi manifestada de forma definitiva, aplica-se a norma convencional de que ninguém poderá sofrer dupla persecução penal pelos mesmos fatos (art. 8.4 da CADH)<sup>191</sup>.

Portanto, o arquivamento não pode se restringir ao disposto no art. 18, o que levaria à conclusão de que o desarquivamento é permitido em toda e qualquer hipótese. O fundamento da decisão deve ser sempre levado em consideração, sob pena de se cometer uma grande injustiça por meio da interpretação<sup>192</sup>. Dependendo da fundamentação que é utilizada, o arquivamento afasta grandes prejuízos ao *status dignitatis* do indivíduo<sup>193</sup>.

Por outro lado, se o fundamento do arquivamento for a falta de tipicidade aparente ou de justa causa ou lastro probatório mínimo, composto pela prova do fato e pelos indícios de autoria, não haverá resolução do mérito. Estaremos diante da típica decisão de arquivamento, de natureza jurisdicional e cautelar, cujo objetivo é assegurar o oferecimento da denúncia no futuro, se e quando surgirem melhores provas.

Eugênio Pacelli e Douglas Fischer entendem que, nestes casos, os efeitos do arquivamento equivalem àqueles da coisa julgada formal, pois o entendimento manifestado sobre aquele conjunto probatório não poderá ser alterado enquanto não surgirem novas provas. “Novas provas”, para os autores, são provas desconhecidas, que não foram objeto de exame pelo Ministério Público ou pelo ofendido, seu representante legal ou seus sucessores. Se o arquivamento for motivado pela falta de base para a denúncia, a eficácia preclusiva da decisão será restrita ao conjunto probatório que constava dos autos de investigação, conjunto que foi analisado pelo legitimado à ação penal<sup>194</sup>.

No mesmo sentido, Bruno Milanez distingue duas situações: de um lado, quando o arquivamento afeta o mérito, a decisão opera efeitos análogos aos da sentença absolutória e produz coisa julgada material, impedindo-se o desarquivamento no futuro; de outro, se a decisão for motivada pela ausência de justa causa para a acusação, tem-se a coisa julgada formal com

---

<sup>191</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 316.

<sup>192</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A natureza cautelar... Op. Cit.*, p. 55.

<sup>193</sup> NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A tipicidade... Op. Cit.*, pp. 89-90.

<sup>194</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 51.

efeitos análogos aos da cláusula *rebus sic stantibus*, porque a decisão é estável enquanto não surgirem novas provas<sup>195</sup>.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, uma interpretação *a contrario sensu* do art. 18 leva a concluir que não é autorizado o desarquivamento do inquérito por simples mudança de opinião do Ministério Público, nem por mera reavaliação da situação. É imprescindível o surgimento de novas provas, ou pelo menos de novas linhas de investigação. Tampouco é possível a reabertura para explorar linhas de investigação que já estavam disponíveis quando do arquivamento<sup>196</sup>.

Para além da interpretação literal do art. 18, Fauzi Hassan Choukr ensina que, se o marco constitucional-convencional impõe uma investigação efetiva e completa, as provas novas de que trata o art. 18 não podem ser entendidas como provas meramente desconhecidas<sup>197</sup>. Importa saber se a investigação foi desempenhada com efetividade e completude. Se foi insuficiente, ou seja, não explorou linhas de investigação que já estavam disponíveis, a prova surgida após o arquivamento não pode ser considerada efetivamente “nova”.

Ora, se o arquivamento do inquérito policial é decisão jurisdicional – o juiz decide que não estão presentes as condições para o oferecimento da denúncia ou da queixa –, deve haver, também, uma ordem judicial para autorizar o desarquivamento do inquérito policial. O magistrado deve fazer uma análise do mérito da nova prova, um verdadeiro controle material das medidas de investigação<sup>198</sup>.

Se o juiz autorizar o reinício da investigação sem uma alteração no quadro fático-probatório, será considerado autoridade coatora para fins de impetração de *habeas corpus* para o trancamento da investigação<sup>199</sup>.

Uma vez proferida a decisão jurisdicional que determina o arquivamento, esta decisão não pode ser solapada *sponte propria* pelo órgão ministerial ou pela autoridade policial. Não é

---

<sup>195</sup> MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *A contribuição... Op. Cit.*, p. 314.

<sup>196</sup> “A investigação foi instaurada sem estar instruída com provas, na medida em que requisitadas cópias de ambos os procedimentos anteriores. As diligências determinadas por ocasião da instauração consistiram na solicitação de documentos a órgãos públicos e na renovação do pedido de assistência internacional determinado no anterior inquérito civil. Disso se conclui que, em parte, o Ministério Público do Estado de São Paulo retomou as investigações iniciadas no inquérito civil, desta feita sob a roupagem criminal. (...) O fato de o Ministério Público ter extraído dos fatos uma suspeita maior quanto ao período e quanto aos crimes não é relevante. As provas existentes e o contexto fático são os mesmos. Essas novas definições são simples tentativa de dar nova roupagem às investigações. O Ministério Público não pode simplesmente arrepender-se do arquivamento de investigação, mesmo por falta de provas. Sem que surjam novas provas, ou ao menos meios de obtê-las, não é cabível retomar as pesquisas. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl. 20.132/SP*, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, DJE: 28/04/2016).

<sup>197</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação... Op. Cit.*, p. 317.

<sup>198</sup> *Id. Ibid.*, p. 317.

<sup>199</sup> *Id. Ibid.*, p. 318.

possível interpretar a norma processual penal de modo a lesar a legalidade estrita, mitigando direitos humanos fundamentais<sup>200</sup>.

Assim, se os fatos forem os mesmos ou se não houver uma alteração no panorama probatório, a continuidade das investigações será ilícita. A investigação, como se disse, é a primeira fase da persecução penal e objetiva colher elementos de informação sobre um fato que supostamente configura um ilícito. Se o Ministério Público, ao término da investigação, pede o arquivamento, que é determinado por uma decisão judicial, não pode futuramente se arrepender do seu pedido para retomar a persecução, ou simplesmente alterar a classificação jurídica do fato, muito menos pretender repetir diligências tomadas anteriormente.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a decisão de arquivamento por falta de provas “adquire uma estabilidade provisória, isto é, mantém-se imutável até que apareçam novas e melhores provas. É, assim, uma decisão gravada com efeitos análogos aos da cláusula *rebus sic stantibus*, da qual, nessas condições, é lícito dizer que faz *res judicata*”<sup>201</sup>.

A cláusula *rebus sic stantibus* significa que se as condições materiais que levaram à conclusão do contrato sofrerem uma alteração imprevisível, de modo a romper o equilíbrio econômico-financeiro, as cláusulas do contrato também devem sofrer uma alteração, com vistas à recomposição daquele equilíbrio. Se a vontade dos contratantes se vincula a uma certa situação e na esperança de determinados efeitos, o contrato não pode se manter tal como pactuado “em vista de situação e efeitos totalmente diversos, surtidos à margem do comportamento dos contraentes”<sup>202</sup>.

À semelhança, o Ministério Público manifesta sua opinião com base num conjunto fático-probatório, mas se este conjunto sofrer uma alteração – tal como se alteram as condições materiais de contratação, para a teoria da imprevisão –, sua opinião também poderá mudar. Por isto a decisão de arquivamento, segundo Jacinto Coutinho, tem efeitos análogos aos da cláusula *rebus sic stantibus*.

Este autor entende que a decisão de arquivamento por falta de base para a denúncia não corresponde estritamente à coisa julgada formal, por dois motivos. Em primeiro lugar, desarquivar significa, em última análise, reiniciar a discussão no mesmo processo em que a decisão foi proferida<sup>203</sup> – não há, portanto, a imutabilidade interna ou a preclusão máxima que caracteriza a coisa julgada formal. O inquérito policial não poderá ser desarquivado, nem a

---

<sup>200</sup> *Id. Ibid.*, p. 71.

<sup>201</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A natureza cautelar... Op. Cit.*, p. 55.

<sup>202</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso... Op. Cit.*, p. 674.

<sup>203</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A natureza cautelar... Op. Cit.*, p. 55.

acusação poderá ser oferecida, enquanto não surgirem novas provas. Suponha-se que estavam presentes, nos autos de investigação, todas as condições da ação penal. Todavia, o promotor requereu o arquivamento do inquérito por falta de justa causa, que foi determinado pelo juiz. Se a ação penal for oferecida no futuro com base nas mesmas provas, nada obstante estejam preenchidas as condições da ação, haverá ofensa à coisa julgada. O caso penal não poderá ser discutido em outro processo com base no mesmo conjunto probatório que fundamentou o pedido de arquivamento (Súmula 524 do STF).

Em segundo lugar, surge para o investigado a garantia de que não sofrerá nova persecução penal com base nos mesmos elementos de conhecimento que estiveram à disposição do legitimado à ação penal, senão com outras provas. Embora não se trate de decisão de mérito, a decisão de arquivamento por falta de provas se reveste de caráter cogente (de observância necessária) e vinculante (que se estende), que faz verdadeira lei para o Ministério Público, cuja possibilidade de retomar a investigação fica condicionada ao surgimento de novas provas.

A coisa julgada é atributo da jurisdição que a destaca da Administração Pública e que faz com que o ato de dizer o direito se torne imutável e de observância obrigatória. O caráter cogente e vinculante que a caracteriza está presente na decisão de arquivamento, pois é desautorizada a intervenção do Estado na esfera do indivíduo por meio de atos de investigação até que se verifique uma alteração no quadro fático-probatório.

Se ao final da investigação não estiverem preenchidas as condições da ação, cabe ao Ministério Público tomar as diligências necessárias para colher os elementos necessários ao oferecimento da acusação, ou então requisitá-las à autoridade policial. Por outro lado, não é dado ao órgão ministerial, julgando que não estão preenchidas as condições da ação, requerer o arquivamento do inquérito ou das peças de informação à jurisdição e, mesmo após a decisão judicial, continuar realizando atos de investigação sobre o indivíduo sem que se verifique a condição de que trata o art. 18.

Mais uma vez o processo penal mostra sua diferença com relação ao processo civil: faz *res judicata* uma decisão que não elimina definitivamente a dúvida sobre a aplicação da pena, e que, portanto, não resolve o mérito (será possível o oferecimento da denúncia no futuro). Contudo, trata-se de decisão imperativa, pois a jurisdição proferiu a última palavra com relação àquele conjunto probatório, e também cogente e vinculante – para o Ministério Público e para a autoridade policial, que não poderão retomar a persecução penal independentemente de novas provas, e para a jurisdição, que não poderá autorizar essa retomada sem que novas provas tenham surgido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição é um poder, eis que impõe sua vontade aos sujeitos independentemente da resistência destes. O que destaca a jurisdição de outras funções do Estado é a coisa julgada. Tanto a Administração Pública quanto a jurisdição dizem o direito no caso concreto, mas apenas a jurisdição o faz com caráter cogente e vinculante, isto é, definitivamente, com imperatividade e imutabilidade.

Se o processo penal não tem por objeto um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, mas uma situação de dúvida com relação à aplicação da pena (o caso penal), não se pode dizer que, no processo penal, a coisa julgada tem por escopo a pacificação social. O nosso sistema processual penal é marcadamente inquisitório, tem origem fascista e reforça a aplicação da norma penal material.

Se, no processo civil, a coisa julgada surge como forma de impedir a discussão da lide *ad eternum*, por meio da estabilidade que é conferida à decisão, no processo penal ela surge como a segurança do indivíduo de que não sofrerá futura persecução penal pelo mesmo fundamento, com assento no art. 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nos sistemas inquisitórios, tomados aqui como um modelo ideal (i. e., que não existem de forma pura na realidade), a sentença absolutória não transita materialmente em julgado. Sempre é possível, à luz de novas provas, submeter o réu a novo processo pelo mesmo fato. Nos sistemas acusatórios, ao revés, a sentença absolutória e a sentença declaratória de extinção da punibilidade são insuscetíveis de revisão em prejuízo do réu, por força da proibição de revisão criminal em favor da acusação, enquanto a sentença condenatória está sempre sujeita à modificação do seu conteúdo e dos seus efeitos.

O arquivamento do inquérito policial tem natureza jurisdicional, porque ao juiz incumbe decidir se estão presentes as condições da ação penal, e cautelar, porque pretende assegurar uma possível dedução da acusação no futuro, se e quando surgirem novas provas (art. 18 do CPP c/c Súmula 524 do STF).

Quando o Ministério Público pede o arquivamento à jurisdição, cabe ao juiz analisar se estão presentes as condições para o oferecimento da denúncia. Se o magistrado discordar do fundamento apresentado, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral, que poderá oferecer a denúncia, designar outro órgão para oferecê-la ou anuir com o arquivamento feito pela primeira instância, hipótese em que o juiz estará obrigado a determinar o arquivamento. Deve sempre ser levado em consideração o fundamento da decisão que ordena o arquivamento, pois cada

fundamento produz diferentes consequências para o investigado no que tange à possibilidade de uma futura persecução penal.

Se o fundamento da decisão de arquivamento for a falta de tipicidade aparente ou a falta de justa causa (lastro probatório mínimo), composta pelos indícios de autoria e pela prova do fato, formar-se-á a coisa julgada *rebus sic stantibus*, porque a decisão será imutável – e será ilícita a reabertura das investigações – até o surgimento de nova prova.

A decisão de arquivamento por falta de base para a denúncia é cogente e vinculante (Chiovenda) para o Ministério Público, para a autoridade policial e para a jurisdição. Enquanto não houver alteração no quadro fático-probatório, o Ministério Público e a autoridade policial não poderão praticar atos materiais de investigação; a jurisdição, por sua vez, não poderá autorizar o desarquivamento do inquérito.

A notícia de novas provas permitirá o desarquivamento do inquérito policial e a retomada das investigações. Portanto, arquivado o inquérito, surge para o investigado a garantia de que não sofrerá nova persecução penal pelos mesmos fundamentos (fato supostamente criminoso) e com base no mesmo conjunto probatório que fundamentou o pedido de arquivamento pelo legitimado à propositura da ação penal.

Se o arquivamento for subsequente à resolução do mérito, não se admite a continuidade das investigações nem a instauração do processo penal no futuro. A dúvida sobre a aplicação da pena, neste caso, é eliminada de forma definitiva, aplicando-se a base axiológica da CADH segundo a qual ninguém poderá sofrer dupla persecução penal pelos mesmos fatos. É o caso da declaração de extinção da punibilidade, que reconhece a extinção do poder de punir, e do arquivamento fundamentado na atipicidade do fato. Por outro lado, se o fundamento do arquivamento for a falta de base para a denúncia, admite-se a retomada da investigação apenas com uma alteração do quadro fático-probatório (*rebus sic stantibus*).

Forçoso concluir que, diferentemente do processo civil, no processo penal uma decisão pode se tornar cogente e vinculante mesmo que não resolva o mérito (i. e., não dissipe a dúvida sobre a aplicação da pena), porquanto atos materiais de investigação, após o arquivamento por falta de base empírica, que é determinado por uma decisão jurisdicional, serão ilícitos enquanto não surgir nova prova.

No processo civil, os limites objetivos da coisa julgada recaem sobre o dispositivo (comando) da sentença ou da decisão interlocutória de mérito. No processo penal, ao revés, o que importa não é o fato imputado (recortado pela acusação), mas a realidade histórica ou o fato natural, tal como ocorrido no mundo. Ao Ministério Público é vedado, após o trânsito em

julgado da sentença absolutória (ou com um conteúdo de absolvição), deduzir acusação pelo mesmo fato com uma nova interpretação jurídica, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, que possui assento convencional.

Os limites subjetivos, por sua vez, não são as partes e terceiros que exerceram contraditório no processo, mas o próprio acusado, como decorrência do princípio da intranscendência da pena, pois é sobre ele que surtirão os efeitos da condenação. Nada obstante, estes limites podem ser estendidos aos corréus que se encontrem na mesma situação fática e jurídica, tema que é tratado pelo CPP como efeitos extensivos dos recursos e de ações autônomas de impugnação (art. 580).

Por todas estas diferenças, deve ser rechaçada a possibilidade de uma teoria geral, ou unitária, do processo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. 2005. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.980/DF*, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJE: 23/10/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 87.395/PR*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Rcl. 20.132/SP*, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, DJE: 28/04/2016.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. In: *Revista do Ministério Público*, a. 9, n. 9. Curitiba, 1980.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Vol. 1. Buenos Aires: EJE, 1960.

\_\_\_\_\_. *Verdade, dúvida e certeza*. Trad. Eduardo Cambi. Folha Acadêmica nº 116/1997, Curitiba. Centro Acadêmico Hugo Simas. Composição Gráfica Linarth. Originalmente publicado na Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1965, vol. XX (II Série).

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 2. ed. Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.

\_\_\_\_\_. A reforma do processo penal brasileiro e suas opções políticas e jurídicas: breve homenagem a Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: SC: Empório do Direito, 2017.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1963.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

\_\_\_\_\_. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 18, n. 70, abr./jun., 1993.

\_\_\_\_\_. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. Jurisdição: deslizar no imaginário. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEL, 1996.

\_\_\_\_\_. *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. 1. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

\_\_\_\_\_. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: ARENHART, Bianca Georgia Cruz; CAMARGO, Acir Bueno; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CUNHA, José Manuel Damião da. *O caso julgado parcial*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2002.

DANTAS, Tiago. Em todo o Brasil, 249 bebês vivem com suas mães em presídios. *O Globo*. 15 fev. de 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/em-todo-brasil-249-bebes-vivem-com-suas-maes-em-presidios-22399504>>. Acesso em 23 de out. de 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. [Coimbra]: Ed: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DREIFUSS, René. *Política, Poder, Estado e Força: uma leitura de Weber*. 2. Ed. Petrópolis, Vozes, 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJEA, 1936.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. 10. ed. Madrid: Agesa, 1997.

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

GRIMM, Jacob e Wilhelm. *The Complete Fairy Tales of the Brothers Grimm*. Traduzido por Jack Zipes. 3. ed. Nova York: Bantam, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1978.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

INVREA, Francesco. *La servitù del giudicato*. Rivista di diritto processuale civile, Padova: Cedam, 1930.

KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: uma introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. v. 3.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. 3. Campinas: Bookseller, 1997.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. A contribuição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho à dogmática da investigação preliminar: indiciamento, defesa e regime de arquivamento. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_. *As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

\_\_\_\_\_. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira de. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. *Arquivamento do inquérito policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Persecução penal: prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. Vol. 1. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 108