



UM ESTUDO ACERCA DA SENTENÇA E COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL COMPARADO BRASILEIRO-ALEMÃO

A STUDY ABOUT SENTENCE AND RES JUDICATA WITHIN THE BRAZILIAN-GERMAN CRIMINAL PROCEEDINGS

Kelly Susane Alflen da Silva

RESUMO

Apresenta estudo acerca da sentença e da coisa julgada no âmbito do processo penal comparado brasileiro-alemão, percorrendo desde aspectos atinentes à etimologia, historicidade e tópicos atuais segundo a doutrina e a legislação de cada país.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal, sentença penal; coisa julgada penal; processo penal – brasileiro, alemão

ABSTRACT

This study discusses both sentence and res judicata within the Brazilian-German criminal proceedings, ranging from aspects related to etymology, historicity and current topics pursuant to each country's legislation and legal literature.

KEYWORDS

Criminal Procedure Law, sentence; criminal res judicata; Brazilian, German – criminal proceedings.

1 LINHAS INTRODUTÓRIAS

Antes de tudo, é preciso estabelecer-se uma pré-compreensão sobre o processo penal¹. É preciso, pois, expor, desde logo, o que é processo, sua natureza, seus fins e suas formas, tal como se entende no direito processual contemporâneo. No período pré-legislativo, o processo penal segue a norma do costume, e, a esta etapa remota pertencem os Códigos religiosos, escassos em preceitos de direito processual, tal como o Código de Hammurabi, que regeu os 15 séculos antes da Era Cristã (ESTENOS, 1946, p. 13). O processo penal antigo foi substituído pelo processo penal canônico empregado pelo Tribunal de Santo Ofício e pelo sistema laico de ajuizamento inquisitório (ESTENOS, 1946, p. 16). Já o processo misto se organizou sobre a base do processo penal antigo e do canônico, sendo que este processo conservou para o sumário os elementos determinantes do sistema inquisitório, i.e., o secreto e a escritura (ESTENOS, 1946, p. 17). A publicidade e a oralidade foram os elementos que imperaram no plenário. E o regime de provas teve a dualidade de ambos os processos: a teoria do critério de consciência e o sistema da prova legal ou tarifada (ESTENOS, 1946, p. 17). Na Alemanha, os estudos dos juristas de Bolonha contribuíram sobremaneira ao estabelecimento do processo penal, na Constituição Criminalis Carolina de 1532 (ESTENOS, 1946, p. 17). Mas foram as ideias democráticas que substituíram o antigo conceito do direito divino dos Reis pela soberania do povo e que fizeram surgir o processo penal moderno, cujo antecedente pode encontrar-se no célebre edito de 8 de maio de 1777, que modificou as disposições codificadas na Ordenança de 1670. Foi neste edito que se estabeleceu a obrigação para os juizes de motivar suas sentenças expressando as razões de fato e os fundamentos jurídicos que tivessem tido para decidir a causa (ESTENOS, 1946, p. 18). Saliente-se, com aporte em Percy Mac Lean Estenos, que, *entre os alemães se chegou a sustentar que a vontade suprema era a do Chefe de Estado, quem detinha a ampla faculdade para ordenar a abolição de um processo, sendo que, além disso, foi considerado que o juiz estava submetido à vontade da lei, como emanção da vontade do Chefe do Estado, não sendo respeitado o princípio universalmente admitido da irretroatividade da lei, que poderia deixar de aplicar-se em se tratando de interesse do Estado, pois deveria prevalecer a vontade do führer* (ESTENOS, 1946, p. 19). E, nesse sentido, não é de passar que o processo moderno – não só no âmbito brasileiro, mas com razão *a fortiori* na Alemanha – venha a refletir doutrinas autoritárias, consideradas as circunstâncias históricas notórias, e que propugna Carnelutti em múltiplas manifestações essas tendências de prepotência do Estado contra o indivíduo (CARNELUTTI *apud* ESTENOS, 1946, p. 21). Nessa perspectiva, é que Percy Mac Lean Estenos chega a falar de um exemplo de três espécies de sentença: de disposição, de integração

e de atuação. Segundo o autor, consideradas estas três espécies, apenas se conhecem as duas primeiras, modalidades nas quais diante do silêncio da lei, deve o juiz comportar-se como legislador, sendo que, quando os juizes “legislam”, *no hacen, en el fondo, más que consagrar la manera de sentir de la colectividad, traduciendo el sentir histórico de la actualidad, pero éste, en los regímenes autoritarios, no es outro que la voluntad del Estado, que gobierna sin peso ni examen*” (ESTENOS, 1946, p. 21). E, desta forma, decorre que durante muitos anos os processualistas elaboraram suas teorias com base em conceitos autoritários.

Mas, o que constitui, ou melhor, o que dá vida à sentença no mundo jurídico, afinal? [...] trata-se de uma questão debatida entre os juristas: se a sentença é um ato de vontade ou um ato da mens judicis, isto é, se é um ato de inteligência ou um ato de inteligência e vontade de per se.

No entanto, uma nova apologética processual exurgiu, particularmente em virtude da preclusão pelo eminente Professor da Faculdade de Direito de Bologna, Chiovenda, que estabeleceu originais princípios relacionados com a ação, sendo que as novas tendências italianas e alemãs encontraram exponenciais expositores no âmbito latino, particularmente introduzidas no âmbito latino pelo Professor Tomás Jofré (ESTENOS, 1946, p. 26). Assim é que, para Carnelutti o processo é a *escola de atos desenvolvidos para resolver a lide*, sendo que no processo penal moderno, Santiago Sentís Melendo, magistrado espanhol, radicado em Buenos Aires, pronunciou-se na Conferência realizada em 30 de outubro de 1944, na Faculdade de Direito da Universidade do Litoral, em Santa Fé, dizendo que antes de Chiovenda não se conhecia processo (ESTENOS, 1946, p. 26), pois o que tem ocorrido, é que o vocábulo processo havia passado a representar uma ideia com substantividade própria, sendo que o processo é o conjunto de todos os atos que se realizam para a solução de uma lide, e, o procedimento é a combinação dos diversos atos que se devem realizar para a solução de uma lide (CARNELUTTI, t. IV, p. 396). Nesse ínterim, acrescenta Sentís Melendo: *yo llego a creer que el concepto de proceso es al moderno derecho procesal lo que el concepto de negocio jurídico es al moderno derecho civil. Ni uno ni outro representan figuras jurídicas nuevas; el uno, no pasa de ser construcción moderna realizada por elementos que ya poseyeron los romanos, pero a los que no llegaron a percibir con el sentido de unidad y de generalidad con que há sabido contemplarlos la ciencia de nuestros días, merced a los estudios de hombres geniales como Windscheid y Vittorio Scialoja; y, sin embargo, el empeño en contemplar todas las*

instituciones, desde el ángulo visual del derecho civil, hizo que un absurdo jurídico tan formidable como el del cuasi-contrato de litiscontestatio gravitase, durante siglos, sobre el derecho procesal, sin más razón que la de la ayuda que significaba para resolver problemas particulares del procedimiento (MELENDI, 1944, apud ESTENOS, 1946, p. 31).

A partir dessa noção conceptual, processualistas e procedimentalistas se dividiram. No entanto, como bem esclarece o jurista Estenos, tem-se concebido o processo penal como uma relação jurídica que nasce da relação jurídica criada entre o Estado titular do direito de repressão e o indivíduo a quem se imputa o delito. Destarte, o Estado só pode colocar em movimento seu direito pela via processual e, diante dos tribunais, conforme a lei. O processo penal, resulta, pois, no meio para a total definição das relações jurídicas surgidas pela infração penal (ESTENOS, 1946, p. 3).

[...] impende asseverar-se que no sistema processual penal alemão, um impedimento processual implica, indubitavelmente, numa decisão de caráter eminentemente processual, tornando impraticável uma decisão de caráter substancial (de fundo/mérito).

A partir disso, centrar-se-á este trabalho, que é um estudo referente ao processo penal comparado numa perspectiva entre os sistemas jurídicos brasileiro e alemão; mais especificamente, a respeito da sentença e da coisa julgada no processo penal comparado brasileiro-alemão. Pelo que, desde logo, cabe dizer que, na Alemanha, o processo penal, hodiernamente, é regido pelo *Strafprozeßordnung* (StPO), de 1º de fevereiro de 1877, consideradas as suas mais recentes atualizações, tendo sido modificado e repromulgado. Segundo Howard D. Fischer, o StPO é complementado pelos dispositivos do Estatuto do funcionamento dos Tribunais relativo aos tribunais criminais e à *Staatanwaltschaft* (FISHER, 2013, p. 445). No entanto, o processo penal alemão possui três etapas: a) *Vorverfahren*, i.e, etapa preliminar investigatória, que envolve o Ministério Público (*Staatanwaltschaft*); b) *Zwischenverfahren*, ou seja, a etapa intermediária, na qual o tribunal decide se o caso deve ser levado a julgamento; e, c) *Hauptverfahren* (*Hauptverhandlung*) ou seja, o procedimento principal (julgamento) em si. Já no Brasil, o processo penal é regido pelo Código de Processo Penal instituído pelo Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, e suas respectivas atualizações, constando-se as mais recentes incluídas pela Lei 13.257, de 2016.

2 SENTENÇA PENAL, PROCESSO E JURISDIÇÃO

A sentença, segundo Piero Calamandrei é *il cuore del organismo processuale* (CARNELUTTI, 1965, p. 12) (NORONHA, 2015, p. 108 e 109), pois é o *ápice da vivificação da execução do poder judicante, ao qual incumbe, na tripartição dos poderes do Estado, o poder-dever de julgar, compondo as lides* (POLONI, 2003, p. 9), e, como bem menciona o Prof. Vincenzo Cavallo, *Se la giurisdizione costituisce l'attività dello Stato, nel suo svolgimento, per eliminare i conflitti di diritti sgettivi e regolare*

l'armonia social, ed il processo il modo come essa si svolge, per garantire il rispetto delle forme legali (...); logo, estudar a sentença penal enquanto ato, significa estudá-la em relação à jurisdição e ao processo. Por tais motivos, o cerne deste estudo no âmbito da processualística penal comparada brasileira-alemã constitui-se no estudo da sentença e, por consectário, da coisa julgada (POLONI, 2003, p. 6).

Outrossim, pode-se afirmar que a sentença cumpre uma função decisória da própria Ciência Jurídica. E, nesse sentido, posiciona-se Maria Helena Diniz, ao afirmar que: *A ciência do direito aparece como teoria da decisão ao assumir o modelo teórico empírico, visto ser o pensamento jurídico um sistema explicativo do comportamento humano regulado normativamente, sendo uma investigação de instrumentos jurídicos de controle da conduta. A ciência jurídica, nesse sentido, é uma teoria para obtenção da decisão, indicando como se deve fazer para exercer aquele controle. Decidir é um ato que visa a tornar incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem criar novas situações até mais complexas que as anteriores. Logo, se o conflito é condição de possibilidade da decisão, esta não o elimina, mas tão somente o transforma. É por isso que se diz, como vimos, que a decisão jurídica (a lei, o costume, a sentença judicial, etc.) não termina o conflito, mas o soluciona, pondo-lhe um fim, impedindo que seja retomado ou levado adiante (coisa julgada)* (DINIZ, 1998, p. 205).

É essa, pois, a função decisória da sentença, acerca da qual, em sua perspectiva terminológica, elucida Carlos Silveira Noronha: *Etimologicamente, o vocábulo sentença vem do verbo latino sentire e, segundo alguns, teria derivado de sentiendo, gerúndio desse verbo, donde a expressão sententia no Direito Romano. Diante de tal origem, não se torna tarefa difícil conceber que a semântica da palavra envolve o sentimento ou a sensibilidade de quem se encontra diante de determinado fato, com o encargo de defini-lo, valorá-lo e atribuir-lhe um comando jurídico* (NORONHA, 2015, p. 108 e 109).

No mesmo sentido, encontra-se em Tourinho Filho (1977, p. 167), que afirma que a sentença dá a ideia, a partir de sua etimologia, de que o juiz declara o que sente (*quod iudex per eam quid sentiat declarat*), tendo-se o registro de sua evolução no surgimento da *Lex Aelvia*, do séc. II a. C., e da *Lex Iulia Iudiciorum*, do ano de 17 a. C., e que servia às decisões finais para dizer o direito reclamado, não obstante outras decisões, no *iter* do julgamento, serem tidas, à época, como meras decisões interlocutórias, possuindo o *iudex*, por sua vez, plena liberdade na formação do seu convencimento, embora – caso não estabelecesse se a razão estava com uma das partes – devesse declinar o julgamento.

Ademais, Carlos Silveira Noronha alude, ainda, que: (...), *na década dos anos trinta do século passado, Enzo Enriques, em substancial monografia, na Itália, concebe a sentença como fato jurídico stricto sensu, em contraposição ao ato jurídico desta mesma categoria. Este autor peninsular foi seguido por Eduardo Couture, no Uruguai, em duas de suas obras publicadas, uma em 1973 e a outra em 1976, concebendo a sentença como um fato jurídico e como documento que emerge de raciocínio crítico-evolutivo, mediante o qual o Poder Judiciário*

elege a solução que entender mais conforme com o direito e a justiça. Também na Itália, proclama Calamandrei não constituir-se a sentença em ato de exatidão ao teor das ciências exatas, nem um juízo de pura lógica formal, mas, é mais que isso, porque no conteúdo da equação silogística estão insertos valores morais que participam da vida humana e que não devem ser ignorados. E em razão dessa profunda visão humana, este insigne processualista italiano considera a sentença “il cuore del organismo processuale”, na página 12, da obra abaixo referida (NORONHA, 2015, p. 108 e 109) (CALAMANDREI, 1965, p. 11-54).

No entanto, o Prof. Vincenzo Cavallo aponta a sentença como um ato jurisdicional, particularmente a sentença penal, em virtude da relação processual penal, já que *Der Strafprozess ist grundsätzlich vom Zivilprozess. In diesem stehen (Ausnahmen im Eheprozess und einigen anderen Fällen) Privatinteressen; bei jenem handelt es sich um ein öffentliches Interesse, um das Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung. Daher können die Parteien im Zivilprozess über den geltend gemachten Anspruch unmittelbar frei verfügen; (...).* (LISZT, 1906, 225 e ss.) (WALTER, 1992, p. 7 e p. 161 e ss.). Assim, considerando que a sentença penal é um ato do Estado, deixa solar que a sentença penal deve ser estudada em relação à jurisdição e ao processo, elucidando que assim deve ser porque a sentença penal em relação à jurisdição se apresenta como o ato em que a atividade jurisdicional se explica no caso concreto, já que representa o momento em que exprime e estabelece o seu fim (CAVALLO, 1986, p. 110). Afinal, se a jurisdição é a atividade do Estado que declara imperativamente o direito no caso concreto para resolver um conflito de direitos subjetivos, o ato mediante o qual o Estado realiza, estabelece uma solução é a sentença (CAVALLO, 1986, p. 110).

Mas, o que constitui, ou melhor, o que dá vida à sentença no mundo jurídico, afinal? Esta, pois, trata-se de uma questão debatida entre os juristas: se a sentença é um ato de vontade ou um ato da *mens judicis*, isto é, se é um ato de inteligência ou um ato de inteligência e vontade *de per se* (RUPP, 1981).

Para alguns juristas, como, *v.g.*, Alfredo Rocco e Vincenzo Cavallo, a sentença é, substancialmente, um juízo lógico, um ato de inteligência, um ato da *mens judicis* (CAVALLO, 1986, p. 146 e p. 147) (ROCCO, p. 34 e, p. 135 e ss), particularmente porque se a sentença é um ato de inteligência, de vontade da lei expressa no caso concreto, este trabalho é liberado pelo juiz, no momento em que traz à tona o que pode ou não pode ser segundo a vontade da lei. Deste modo, o juiz cumpre um ato de vontade, que traduz aquele juízo conclusivo do processo deliberativo de um ato de vontade (CAVALLO, 1986, p. 149).

Entretanto, se o Estado é o sujeito da vontade expressa na lei, que é expressa, por sua vez, na sentença cabe perguntar-se, ainda, se esses órgãos são diversos. E, nesse sentido, elucida Vincenzo Cavallo: *La legge è la volontà del legislatore, la sentenza è la volontà del giudice; la legge è un comando generale, la sentenza è un comando particolare; la legge è sancionata e promulgata dal Re, qual organo del potere legislativo, la sentenza emanata in nome del Re quale organo del potere giudiziario; la legge ha fini generali, la sentenza ha fini particolari concreti; ora, come può essere soltanto un giudizio logico un atto emeo da organi diversi, che ha finalità diverse?* (CAVALLO, 1986, p. 150).

[...] Assim, se a sentença, por um lado, declara existente o direito de punir emanado da violação da prescrição normativo-penal, por outro lado, aplica ao caso in concreto a coercitividade imanente à ordem jurídica, em virtude da aplicação da consequência jurídica, que é a sanção concreta.

Com isso, pode-se inferir, por um lado, que se a sentença penal tem um escopo a realizar, logo, uma atividade que tem uma finalidade não pode não ser um ato de vontade, motivo pelo qual, por consectário, a sentença não é mero ato de um juízo lógico, como bem afirma Florian, em sua obra *Principi di Diritto Processuale Penal* (FLORIAN, 1932, p. 432), mas, então, é um ato da própria *mens judicis* (CAVALLO, 1986, p. 151). Por outro lado, há quem afirme que a sentença é, propriamente, um ato de vontade, porque apenas no comando imperativo vive o elemento que o distin-

gue da sentença, e que advém do juiz, dos seus juízos prolatados.

É, com base nessa perspectiva, pois, que se encontra o liame entre sentença e jurisdição, haja vista, como bem esclarece Bartolotto, citado por Vincenzo Cavallo, que *La più saliente caratteristica della sentenza, esaminata secondo i criteri che hanno guidato il presente studio è quella che la dimostra atto di volontà, espressione precisa di esercizio di giurisdizione, e, allo stesso tempo, di adempimento del dovere, che spetta al giudice quale organo dello Stato* (BARTOLOTTI, 1935, p. 351 e ss.) (CAVALLO, 1986, p. 151).

Destarte, enquanto ato jurisdicional, pode-se dizer que a sentença aplica o direito ao caso concreto, ao passo que, enquanto ato processual, é apenas uma etapa do *iter* processual, que representa o término da fase cognitiva, na qual se concluem as indagações acerca da verdade que é declarada (CAVALLO, 1986, p. 117). Particularmente, porque se por ato processual se entende todo ato pelo qual se manifesta a atividade de um sujeito processual penal, segundo as garantias e as formas estabelecidas pela lei processual penal, imbricada no seu desenvolvimento e pela persecução de seus fins, é de todo manifesto que a sentença é ato processual como todos os atos atinentes aos outros sujeitos processuais

(CAVALLO, 1986, p. 116). Em outras palavras, enquanto ato jurisdicional, a sentença exaure a jurisdição, na medida em que, enquanto ato processual, o processo nela não se exaure; Logo, a sentença, enquanto ato jurisdicional, manifesta a vontade do órgão jurisdicional, ou seja, a manifestação da concreta da *voluntas legis*, constituindo a própria declaração do direito no caso *in concreto*. Trata-se, pois, da essência do ato, como bem elucida Vincenzo Cavallo em sua obra *La Penale Sentenza* (CAVALLO, 1986, p. 116); é, pois, a decisão do conflito de direitos subjetivos que lhe constitui o conteúdo

(CAVALLO, 1986, p. 119). Já, enquanto ato processual, refere-se à forma na qual se exprime a atividade do sujeito que a prola. Nesse ínterim, ainda que o art. 15 do Código de Processo Civil não faça alusão de ser subsidiário ao Código de Processo Penal (BUENO, 2017, p. 83), é de todo pertinente, numa interpretação sistemático-analógica do ordenamento jurídico brasileiro, mencionar-se que, o ordenamento jurídico brasileiro conta com o art. 489, que trata a respeito dos requisitos da sentença, para que esta possa irradiar eficácia.

A respeito, pois, pertinente a alusão a Vincenzo Cavallo, segundo o qual: *Sembrebbe che il rapporto, tra la sentenza quale atto giurisdizionale e la sentenza quale atto processuale possa essere quello tra forma e contenuto; ma come nella natura o nell'arte che nel riprodurla raggiunge la sua vera espressione, non esiste una separazione fra forma e contenuto, così non esiste una separazione fra forma e contenuto, così non siste nemmeno negli atti giuridici. La forma non è soltanto la veste esteriore, perchè essa dà valore alla sostanza. Non esiste una sentenza, la quale possa dirsi che sia tale, anche se esista no tutti i requisiti formali, se effetti il contenuto, nè può esistere una sentenza, anche se abbia i requisiti sostanziali, se difetti dei requisiti formali che sono indispensabili per la sua esistenza giuridica* (CAVALLO, 1986, p. 120).

Todavia, importa saber o que é, efetivamente, a sentença, em termos conceituais.

3 SENTENÇA PENAL EM SENTIDO CONCEPTUAL

Doutrinariamente, segundo Carmignani, *La sentenza criminale, in senso generico presa, è qualunque decreto del giudice intorno a un delitto in quistione* (CARMIGNANI, 1834, p. 189). Assim como, segundo Carrara, *Sentenza criminale dicesi qualunque pronunzia emanata dal giudice intorno al delitto del quale è chiamato a conoscere.* (CARRARA, 1924, p. 500). No entanto, uma definição deste modo, ampla, não traz, propriamente, a noção conceptual específica de sentença penal: se decisão é toda manifestação de vontade que apresenta uma solução entre as distintas possíveis, ou se sentença também compreende outros provimentos do juiz; pelo que, muito embora sejam estas definições relevantes, ainda assim, são de todo genéricas. Se, por um lado, essas definições apresentam uma nota fundamental quanto à sentença, que corresponde à solução de conflitos, por outro lado, não são suficientes (CAVALLO, 1986, p. 126). Já uma definição encontrada em Borsani e Casorati apresenta um liame com a fase procedimental em que é prolatada, como decorre *in verbis*: *La sentenza è atto con cui il giudice statuisce sopra una domanda propostagli. La definizione nella sua larga significazione comprende senza essezione le diverse specie di sentenze: le preparatorie, le interlocutorie e le definitive* (BORSANI E CASORATI, 1879, p. 472). Entretanto, esta é uma definição que, igualmente às referidas alhures, traz um caráter genérico, pois reconhece como sentença ato que possa ser prolatado em qualquer fase procedimental, atrelando-a a outros atos do juiz².

Assim é pertinente – muito embora, como bem salienta Scarpinella Bueno (BUENO, 2017, p. 83), o Novo Código de Processo Civil não contenha prescrição considerando-o como subsidiário aos processo penais – trazer-se a lume o art. 203 do

Novel *Codex* de Processo Civil brasileiro, eis que o Código de Processo Penal brasileiro não contém prescrição de igual teor. Ademais, o ordenamento jurídico alemão também não apresenta dispositivo de igual teor. Pelo que, segundo o art. 203, do NCPC, se por um lado *os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos* (art. 203, NCPC), por outro lado, (§ 1º) *ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts 485 e 487 põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Já decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadra no § 1º deste artigo (§2º)*. E os despachos, consoante o § 3º do artigo cotejado são *todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, sendo que os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho(...)* (§4º).

É nesse sentido, que Massari não só apresenta uma definição de sentença, como também distingue entre sentença em sentido substancial e em sentido processual. Para Massari, portanto, a sentença em sentido substancial é *la decisione, cioè, che investe la domanda dedotta nel processo, dichiarando fondata o infondata la pretesa azionata, in guisa da giustificare la condanna o l'assoluzione, o almeno il rinvio dell'imputato a giudizio, ovvero dichiarandola estitna per una delle cause stabilite dalle norme di diritto materiale* (MASSARI, 1934, p. 341). Já a sentença em sentido processual é *a sentenze che non toccano la pretesa dedotta nel proceso, ma estinguono una fase del rapporto processuale pur non impedendo che questo risorga dinanzi allo stesso o ad altro giudice, dello stesso grado o di altro grado, o dinanzi ad una giurisdizione speciale*.

Decorre disso que, para Massari, sentença substancial é a que resolve a demanda em seu mérito, ao passo que sentença processual apenas soluciona uma fase do processo, impulsioando seu *iter*.

Por isso, é de todo pertinente o dispositivo do Novo *Codex* Processual Civil mencionado, segundo o qual, subsidiariamente, pode-se inferir, *mutatis mutandis*, que a sentença é ato definitivo, particularmente em sede de direito processual penal. Assim é que Manzini considera a sentença *La decisione che definisce la istruzione o il giudizio* (MANZINI, 1969, p. 409). E segue dizendo que, *Con la sentenza il giudizio esaurisce il suo compito in via assoluta o nel grado di giurisdizione nel quale la decisione è pronunziata* (MANZINI, 1969, p. 406), sendo esta a definição de sentença penal mais aproximada do conceito legal erigido pelo Novo *Codex* de Processo Civil brasileiro.

Ad simili ao ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do art. 203, do Novo *Codex* de Processo Civil, o ordenamento jurídico alemão também designa sentença como sendo a definitiva, pois como bem alude Klaus Volk, em sua obra *Grundkurs*, não há sentenças intermediárias, já que a sentença deve esgotar o objeto processual, assim como não há sentenças parciais, devendo ser a sentença penal, propriamente dita, absolutória ou condenatória (VOLK, 2016, p. 399).

Já para Florian, *In sostanza la sentenza consiste nella definizione del rapporto giuridico processuale (in modo assoluto o relativo) o del rapporto giuridico obgetto principale*

del processo (e degli accessori) o dell'uno insi (FLORIAN, 1986, p. 135). Todavia, há de se inferir que, muito embora esta definição contenha um elemento essencial, pelo fato de considerar sentença a que define a instrução ou o juízo, e exaurir o dever do juiz, daí seu caráter definitivo, ainda assim, Florian considera que a sentença também pode ser provimento que não seja de mérito (CAVALLO, 1986, p. 135-136).

Com base nisso, cumpre salientar desde já, que, comparativamente, no que tange às disposições relativas à sentença do ordenamento jurídico brasileiro, em particular, esta definição refoge à definição legal brasileira. No entanto, para o ordenamento jurídico alemão, há razão nesta definição de Florian, o que se depreende da obra de *Klaus Volk*, ao erigir a questão a respeito de qual a distinção entre sentença substancial (ou de fundo) e sentença de caráter processual (VOLK, 2016, p. 404), com base no § 260, inc. 1 e inc. 3, do StPO.

Não obstante, cabe a exigência de se reconhecer que *L'essenza della sentenza è dunque in ogni caso in questa formulazione autoriativa, e non mai nel giudizio logico che è necessario per formularla (...)* (CHIOVENDA, p. 33); no entanto, *mutatis mutandis* no que pertine ao processo civil em relação ao processo penal, pode-se dizer que [...] *è gravemente erroneo ridurre la differenza tra sentenza di accertamento e di condanna alla differenza tra un mero giudizio logico e di un atto di volontà* (CHIOVENDA, p. 33). Nessa perspectiva, consoante Bartolotto, a essência mais notável da sentença é ser um ato de jurisdição, e, simultaneamente, um cumprimento do dever que se espera do juiz enquanto órgão do Estado, (BARTOLOTTI, 1935, p. 331 e ss) sendo, pois, a sentença *o l'atto mediante il quale si individua il diritto* (CAVALLO, 1986, p. 145).

Passa-se, pois, a analisar a sentença enquanto ato que individua o direito, sob a perspectiva do direito processual penal tanto alemão quanto brasileiro, bem assim a traçar algumas linhas sobre a coisa julgada.

4 A SENTENÇA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL ALEMÃO

Cabe dizer, pois, de entrada, que do curso do processo penal de conhecimen-

to alemão decorrerá uma sentença. Veja-se, esquematicamente:

Parte 1. O procedimento de inquérito (§ § 151 e ss, do StPO) ³		
Ausência de elementos suficientes de autoria		Autoria suficiente
Arquivamento do Inquérito § 170, 2	Proposição da Denúncia § 170, 1	Arquivamento (§§ 153 e ss.)
Parte 2 – O Processo Incidental (§§ 199 e ss.)		
Decisão sobre a abertura do processo principal (§§ 203, 207)		Decisão sobre a não abertura do processo principal (§ 204)
Parte 3 . O Processo Principal (§ § 213 e ss, 226 e ss.)		
Sentença Absolvição – Condenação – Extinção por impedimento processual		Extinção conforme §§ 153 e ss

Assim, antes de tudo, impende asseverar-se que no sistema processual penal alemão, um impedimento processual implica, indubitavelmente, numa decisão de caráter eminentemente processual, tornando impraticável uma decisão de caráter substancial (de fundo/mérito). Dessa maneira, decorre, basilamente, do § 260, incisos 1 e 3, do StPO, que distinguem a sentença substancial da processual, como mencionado alhures. Todavia, mesmo uma decisão processual requer uma “maturidade decisória”, ou seja, se no decorrer do processo, já na fase probatória, não ficar provado delicto ao acusado, não devendo ser contestada a presunção de inocência, o acusado poderá aguardar por uma decisão absolutória, ao invés de, desde logo, intentar uma decisão processual (VOLK, 2016).

No processo penal alemão, a sentença não pode ultrapassar os limites da acusação. Em outras palavras, *ad simili* ao processo civil, não pode ser nem *extra petita*, nem *citra petita*. Assim, num juízo lógico, a sentença decorrerá de uma comparação entre a acusação admitida no auto de investigação e a parte dispositiva da sentença, consoante o § 264, inc. 1, do StPO.

A sentença deve ser una, i.e., só é factível decidir-se unificadamente, ainda que o auto de investigação verse sobre um concurso ideal (abstrato) entre diversos delitos, tal como decorre do § 52 do StGB (VOLK, 2016, p. 400). Assim, se a sentença condenatória se dá por um dos delitos apenas, não é possível

que na parte dispositiva conste “absolvição parcial” (VOLK, 2016, p. 401). Com

isso, torna-se evidente que a regra geral quanto à sentença de mérito no processo penal alemão é a de que haja absolvição ou condenação (VOLK, 2016, p. 400), o que resulta apenas dos fundamentos da sentença.

No entanto, cabe exceção a esta regra. Trata-se, essa exceção, da ocorrência de um só fato em sentido processual. Isto se dá em três hipóteses principais. Na primeira hipótese, a unidade fática era manifestamente errônea e há pluralidade de fatos. Nesse caso, então, o acusado não pode ser privado de uma absolvição parcial, como bem elucida Klaus Volk. Na segunda, os delitos, materialmente, encontram-se em uma relação de concurso real entre si, porém um dos fatos ou não foi cometido ou não é provado. E isso deve ser manifesto na parte resolutória da decisão, que normalmente exsurge sob a fórmula “no restante se absolve o acusado”. E na terceira hipótese, o tribunal não quer condenar, porque o fato delituoso concorre com outros, tal como decorre da margem legal deixada pelo § 264.

A *deliberação* de sentença, como estatui o § 260, inc. 1, não integra o juízo oral (que é relevante nos moldes do § 273) e realiza-se secretamente (§§ 43, 45, inc 1º e 2º). Tão logo concluída a deliberação, prossegue-se a votação (§§ 192-197, Gerichtsverfassungsgesetz – GVG). No entanto, cabe ressaltar que a lei não regula “como” nem “sobre o quê” deve se dar o voto, mas apenas regula a or-

dem de quem vota. Assim sendo, e considerando-se a *natur der Sache* no processo judicial, entende-se, com aporte em Klaus Volk, que primeiramente deve-se votar os pressupostos processuais, com maioria simples (consoante o disposto no § 263, III, e, § 196, inc 1, do GVG). Após, então, deve-se decidir sobre a questão de culpabilidade, i.e., sobre a totalidade dos pressupostos materiais para a consequência jurídica da pena, mas isto deve ser votado sob um aspecto geral, e não de modo específico sobre tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade etc. (VOLK, 2016, p. 401). Importante notar que é necessário uma maioria de 2/3 (§ 263, inc. 1º e 2º) para a deliberação de uma condenação, bem como para regulamentação especial, conforme § 196, inc 1, do GVG. O mesmo quórum é necessário para a aplicação da pena, i.e., da sanção jurídica (VOLK, 2016, p. 402), salientando-se que – no que diz respeito à culpabilidade e à pena – os escabinos⁴ da Câmara Penal em primeira instância não podem impor-se aos juízes profissionais.

Já o pronunciamento da sentença no processo penal alemão faz parte do juízo oral⁵, afinal *Nur das darf in das Urteil einfließen, was zuvor in der – grundsätzlich öffentlichen – Hauptverhandlung mündlich verhandelt wurde, in ständiger Anwesenheit des Angeklagten, seines Verteidigers und des Vertreters der Staatsanwaltschaft* (HENEMSTREIT, 2011, p. 51). Por tal razão, é que devem estar presentes as pessoas referidas no § 226, e caso necessário, ainda, o defensor deverá se fazer presente. E, deste modo, o juiz presidente (§ 238, inc. 1º) pronuncia a sentença fazendo a leitura da parte dispositiva, previamente documentada por escrito, informando os seus fundamentos, que, normalmente, não estão assentados por escrito (§ 226, inc. 2º), bem como sobre a possibilidade de recurso. De todo pertinente notar que até a última palavra proferida por ocasião do pronunciamento oral da sentença em relação aos fundamentos, é possível aos integrantes da lide adentrarem o debate judicial. Porém, iniciado o pronunciamento da sentença já não caberão mais petições (VOLK, 2016, p. 402).

Em relação ao conteúdo e à estrutura da sentença, pode-se dizer que contém três grandes partes principais: a) o cabeçalho da sentença; b) a parte dispositiva; e c) a indicação detalhada das normas aplicadas, ou fundamentação legal (VOLK, 2016, p. 402). No cabeçalho da sentença deve ser feito constar a frase “sentença em nome do povo, segundo dispõe o § 268, inc. 1º, bem como os dados do acusado, os dias de audiência e os juízes e defensores que dela participaram” (§ 257, inc. 3º). À parte dispositiva cabe o *decisum* propriamente dito, ou seja, se a sentença é absolutória ou condenatória, sendo imprescindível o teor do dispositivo para o alcance da coisa julgada, e, em caso de condenação, relevante para fins da execução da pena. Maiores detalhes quanto a esta parte da sentença são encontrados no § 260, inc. 4º. Já em relação à fundamentação legal da sentença, cabe dizer que é a base para sua admissibilidade e registro no Registro Central Federal (§§ 20, inc. 1, nº 6BZRG). No entanto, ressalva-se que a sentença não é lida tal como no âmbito do juízo oral (VOLK, 2016, p. 402).

No que diz respeito à fundamentação da sentença, há de se salientar a existência de uma estrutura a ser observada, quer a sentença seja de natureza absolutória, conforme o § 267, inc. 1, 3º, quer

de natureza condenatória, como decorre do § 267, inc. 5, 1ª parte.

A sentença condenatória, pois, segue a seguinte estrutura esquematizada quanto à sua fundamentação:

- 1) As identificações e relações pessoais do acusado (como, *v.g.*, data de nascimento, se cursou escola básica, se está realizando algum curso de capacitação, etc.)
- 2) O circunstanciamento do desenvolvimento do fato (§267, inc. 1, 1ª parte)
- 3) A valoração da prova⁶
- 4) A valoração jurídica
- 5) A quantificação da pena

A respeito desta estrutura, deve-se asseverar a necessidade de seguir um juízo lógico na elaboração da sentença, independentemente de títulos, ou subtítulos ou números, etc. Igualmente, cabe dizer, com aporte em Klaus Volk, que, no que concerne à regulamentação legal, só existe um programa mínimo no § 267, e que tem sido, na prática dos tribunais, ampliado pela jurisprudência dos tribunais superiores (VOLK, 2016, p. 403). E, no que diz respeito à valoração da prova, esta deve ter seu correlato na fundamentação escrita da sentença mais além do disposto no § 267, inc. 1, 2ª parte, *devendo o leitor da sentença reconhecer facilmente as comprovações fáticas essenciais e as considerações jurídicas fundamentais* (VOLK, 2016, p. 403).

Se a sentença for absolutória, a parte dispositiva deverá dispor quanto à absolvição, devendo ser feito constar se esta decorre de falta de provas ou se é resultante de inocência comprovada, ou ainda, se deriva unicamente dos fundamentos, que, tal como no caso de uma condenação, devam ser passíveis de controle por um tribunal de cassação. Assim, por exemplo, é que não é factível considerar-se a exposição de argumento externo como, *v.g.*, a falta de dolo.

Por fim, assevera-se, ainda, que no que concerne à fundamentação da sentença, esta poderá ser abreviada, caso não venha a ser impugnada, o que vale tanto para a condenação (§ 267, inc. 4), quanto para a absolvição (inc. 5º, 2ª parte) (VOLK, 2016, p. 404). E uma vez abordada a sentença no processo penal alemão, passa-se, pois, à abordagem sobre o tema numa perspectiva do processo penal brasileiro.

5 A SENTENÇA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O juiz penal, diz Manzini, *è di regola completamente libero nel suo convincimento rispetto a tutt ciò che riguarda l'accertamento concreto delle condizioni che legittimano, escludono o modificano la pretesa punitiva dello Stato* (MANZINI, 1955, p. 1). No entanto, ao se tratar a respeito da sentença no processo penal brasileiro, imperioso fazer-se alusão ao princípio da correlação entre imputação e sentença, também conhecido como princípio da *congruência* (LIMA, 2016, p. 1160), segundo o qual deve haver correspondência entre a sentença e o fato descrito na denúncia, implicando que o objeto do processo permaneça inalterado em sua identidade (BADARÓ, 2009, p. 98, 100 e 103), durante todo o desenvolver do *iter* procedimental (BADARÓ, 2009, p. 97), muito embora em observância do contraditório

(BADARÓ, 2009, p. 98). Juntamente com este princípio vigora, ademais, o princípio *jura novit curia*, o princípio da livre dicção do direito. Decorre de ambos esses princípios que o réu não se defende da capitulação dada do delito na denúncia, mas sim, da sua descrição fática, dos fatos propriamente narrados (MIRABETE, 2003, p. 440). A respeito dessa correlação dispõe o Código de Processo Penal brasileiro, nos arts. 383 a 385. Nesse sentido, o *Codex Processual Penal* permite que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos constantes na denúncia, ainda que tenha que aplicar pena mais grave (MIRABETE, 2003, p. 441). Elucida Mirabete, pois, que estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, ou até mesmo por outro crime, não capitulado na inicial (MIRABETE, 2003, p. 441).

O que, por consectário, não seria o caso de *mutatio libelli*⁷, mas de *emendatio libelli*, sendo que assim autoriza o art. 383 do Código de Processo Penal, dispondo, claramente, que o juiz poderá dar nova definição jurídica ao fato, mesmo aplicando pena mais grave, desde que o fato narrado se encontre plenamente circunstanciado.

Outrosim, há de se salientar que a *mutatio libelli* pelo Ministério Público (art. 384, CPP), assim como qualquer outro, só será possível antes da sentença, e sempre por parte do Ministério Público na ação penal pública ou, querelante, em se tratando de ação privada subsidiária da pública, pois impera na ação pública, já que deve ser observado o princípio da obrigatoriedade, ao contrário do princípio da continuidade, que vigora em relação à ação penal privada exclusiva (LIMA, 2016, p. 1175).

Todavia, o juiz não fica adstrito ao aditamento previsto no art. 384 do Código de Processo Penal, já que deverá realizar a correlação com toda a imputação, ou seja, com a denúncia e o seu aditamento, pois este complementa aquela. Logo, poderá o juiz julgar, inclusive, em

desconsideração ao aditamento, cabendo recurso da Promotoria (LIMA, 2016, 1178). Assim, com base no § 3º do art. 384, aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383, ao caput deste artigo, os quais *in verbis* dizem: § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Da sentença, deverá ser lavrado o termo de publicação e registrada a sentença, excepcionando-se os casos em que ela for prolatada em audiência, tomando as partes ciência de seus termos, devendo então ser intimadas [...].

Não obstante esses aspectos principiológico-legais e iniciais, tem-se que, em geral, a sentença penal deverá observar a exposição, motivação e conclusão. Todavia, a sentença penal condenatória tem um duplo conteúdo. Assim, se a sentença, por um lado, declara existente o direito de punir emanado da violação da prescrição normativo-penal, por outro lado, aplica ao caso *in concreto* a coercitividade imanente à ordem jurídica, em virtude da aplicação da consequência jurídica, que é a sanção concreta. Pelo que, a correlação ou congruência entre imputação e sentença não existe tão somente em relação ao fato delituoso, porém também em relação às sanções que devem ser aplicadas ao réu, que não podem ultrapassar os limites do objeto da acusação formalizada, devendo ser fundamentadas pelo órgão decisório na sentença condenatória. A aplicação da pena, pois, deve ser fundamentada (MIRABETE, 1994, p. 499-500).

Além desses princípios abordados, segundo o processo penal brasileiro, na elaboração da sentença, o juiz deve observar tanto os requisitos estruturais do art. 381 quanto o disposto no art. 387, ambos do CPP. É dizer que, embora não apresente um conceito de sentença à luz do que realiza o novel Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal traz os requisitos essenciais quanto ao seu conteúdo, quer condenatória (art. 387, CPP), quer absolutória (art. 386, do CPP).

Para tanto, ao proferir sentença conde-

natória, o juiz: Art. 387. (...) I – mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal; III – aplicará as penas de acordo com essas conclusões; IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; V – aten-

derá quanto à aplicação provisória de interdição de direitos e medidas de segurança ao disposto no Título XI deste Livro. VI – determinará se a sentença deverá ser prejudicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73 § 1º, do Código Penal) (o dispositivo do CP não mais está em vigor). § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012). § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

No entanto, cabe salientar que, não obstante o advento das Leis 11.719/2008 e 12.736/2012, que alteraram o art. 387 do Código de Processo Penal, já com a reforma penal de 1984 não existia a pena acessória referida no inciso III deste artigo, significando o fim do denominado sistema duplo binário, assim como já com a reforma passou a não existir a pena acessória de publicação de sentença, que passaria a violar o princípio constitucional da presunção da inocência, particularmente, com o lançamento do nome do réu no rol de culpados (LIMA, 2016, p. 1180).

Assim, hodiernamente, e de modo esquemático, a sentença penal condenatória segue a seguinte estrutura:

Estrutura da sentença condenatória (art. 381, CPP)
Pressuposto: princípio da correlação imputação e sentença (congruência) (art. 383, CPP)
I) Fixação da pena (critério trifásico), considerando circunstâncias agravantes ou atenuantes, e ainda as causas de aumento ou diminuição de pena (arts. 59, 60, 61, 62, e 68, do CPP). Cada etapa da pena deve ser fundamentada.
II) Regime do cumprimento da pena privativa da liberdade (art. 59, III, do CP)
III) Decisão, se caso de pena restritiva de direitos ou pena de multa.
IV) Se delito de trânsito, deve ser estabelecida a multa reparatória (CTB)
V) Se caso de inimizabilidade, estabelecer a conversão da pena em medida de segurança (art. 26, CP)
VI) Se caso de concessão de suspensão condicional da pena, a audiência de aceitação ou não, pelo condenado, será feita <i>a posteriori</i> .
VII) Poderá ser arbitrada fiança ao condenado, se for o caso.
VIII) Efeitos da condenação, se for o caso, fundamentadamente. (art. 92, do CP)
IX) Decretação da prisão ou a manutenção de prisão provisória, já em cumprimento, se presente o <i>periculum libertatis</i> , salvaguardado o direito de recorrer.

Ademais, há de se ressaltar que a sentença penal condenatória poderá produzir efeitos outros (LIMA, 2016, p. 1181) (TOURINHO FILHO, 2009, p. 799), como bem elucida Enrico Di Dedda, em // *Consenso delle Parti nel Processo Penale* (DI DEDDA, 2002, p. 200). Dentre esses efeitos, no direito brasileiro, tem-se, exemplificativamente, a suspensão de direitos políticos (art. 15, III, da CF/88) e o impedimento à naturalização do estrangeiro (art. 12, II, b, da CF/88), dentre demais efeitos de caráter civil, administrativo (DI DEDDA, 2002, p. 201 e ss),

tributários e contábeis (DI DEDDA, 2002, p. 215), trabalhistas, políticos (DI DEDDA, 2002, p. 211), quer com previsão constitucional, quer em lei especial. Esses efeitos, porém, só irradiam na ordem jurídica uma vez transitada em julgado a sentença penal, pois, em realidade, são efeitos secundários⁸ da sentença penal, eis que se trata de uma decorrência *da lei na e por meio da sentença*.

Já a sentença absolutória no sistema processual penal brasileiro se dará em hipóteses taxativas. Essas hipóteses estão previstas no art. 386 do Código de Processo Penal (CPP), muito embora, regra geral, seja factível afirmar-se, que a sentença será absolutória se improcedente a imputação aduzida em face do acusado, ou mesmo se a incidência de hipótese de isenção de pena, inclusive, em caso de inimputabilidade, caso de sentença absolutória imprópria, que não elide a propositura de ação civil de reparação do dano, na forma do art. 64, do CPP (LIMA, 2016, p. 1187).

Saliente-se, pois, que as hipóteses de absolvição previstas legalmente (art. 386, CPP), são I) estar provada a inexistência do fato; II) não haver prova da existência do fato; III) não constituir o fato infração penal; IV) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI) existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e o art. 28, § 1º, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação. Além disso, decorre do próprio *verbo* do art. 386 do CPP que na sentença absolutória, o juiz (I) mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; (II) ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; e (III) aplicará medida de segurança, se cabível.

Ficando provado que não existiu o fato, decorre a absolvição. Mas também a ausência de nexos causal se enquadra na hipótese do inciso I do art. 386 do CPP, já que pode suceder que o fato tenha se dado, mas não tenha sido o acusado a lhe cometer. Logo, não deve o juiz analisar apenas se houve resultado prejudicial ao bem jurídico, mas, em especial, se a ação ou omissão foi “praticada” pelo im-

putado. Outrossim, decorre da aplicação do inciso I do art. 386 do CPP, a coisa julgada com efeito civil, nos termos do art. 66, do CPP, não podendo, pois, da sentença absolutória com base nesta hipótese ser culminada qualquer indenização de caráter civil.

No que se relaciona à hipótese II, do dispositivo mencionado, impera, obviamente, a aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo*, o que não obstaculiza qualquer discussão na esfera cível, se for pertinente. Ademais, de destacar-se que, no que tange ao fato não constituir infração penal (art. 386, III, do CPP), o art. 43, I, do Código de Processo Penal já autorizava, inclusive, a rejeição da denúncia, pois não se subsumindo o fato a nenhum tipo penal, torna-se atípico. Mas, nesta hipótese, caberá o pleito de indenização civil.

No entanto, foi com a Lei n. 11.690/2008, introduzida no Código de Processo Penal, a hipótese de sentença absolutória de ficar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, do CPP), que, até então, era tópicos lacunosos no processo penal brasileiro. E no que se relaciona à hipótese dispositiva de que inexistindo prova de que o réu tenha concorrido para a infração, dar-se-á a absolvição, pode-se referir que de modo distinto à hipótese do art. 386, I, do CPP (que trata da certeza quanto à inexistência de ocorrência do fato), no inciso V, a que se faz alusão, trata-se de caso de dúvida quanto à autoria ou participação, em virtude da prova colhida. Neste caso, também remanesce a aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo* (LIMA, 2016, p. 1184).

Também com a Lei supra referida, mister dizer que o inciso V do art. 386 do CPP – que passou a constar como inciso VI, e segundo o qual haverá absolvição se existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência – fora adequado em sua redação com o disposto nos arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 28 do CPP. Destarte, o inciso apresenta excludentes de antijuridicidade ou de excludente de culpabilidade, pelo que, neste caso, não só se reconhecem as hipóteses reais tais como o erro, a legítima defesa, dentre outras, mas também as formas putativas, como a legítima defesa putativa (LIMA, 2016, p. 1185).

Outrossim, em relação à hipótese

de absolvição em virtude de não existir prova suficiente para a condenação, há de se mencionar que, neste caso, muito embora haja a probabilidade de o agente ter sido o autor da infração penal, as provas carreadas para os autos não são suficientes, de modo a afastar a dúvida. Não há que se falar, neste caso, de ausência de culpabilidade do acusado, já que constitucionalmente, não há nem ao menos que se perquirir quanto à presunção de inocência, na hipótese de ausência de elementos probatórios suficientes. Neste caso, em virtude do princípio da congruência ou correlação entre acusação e sentença⁹, pode-se dizer que, se a imputação foi recebida, então havia uma probabilidade de culpa, que, se por um lado não houve prova o bastante, por outro lado, a defesa pode ter realizado prova da dúvida no sentido favorável ao acusado.

Ademais, ainda no que tange ao art. 386, há de se cotejar o seu parágrafo único, que se reportou alhures, pois em se tratando de sentença absolutória este dispositivo também disciplina quanto aos efeitos da sentença de absolvição. Como primeiro efeito, o juiz mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade. Como segundo efeito, o juiz ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas, o que foi incluído pela Lei 11.690/2008, alterando a redação do inciso II do parágrafo único do art. 386 do CPP, já que antes a redação disciplinava que o juiz deveria ordenar a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas. A respeito desse inciso, cabe salientar que não há mais penas acessórias no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Reforma Penal de 1984, as quais inclusive ofenderiam o princípio constitucional da presunção de inocência, tal como decorria pela imposição, *ad exemplum*, de um gravame ao réu antes da condenação transitada em julgado, em virtude da pena acessória de publicação da sentença (LIMA, 2016, p. 1180). Como terceiro efeito, aplica-se medida de segurança, se cabível. Ressalte-se o teor da Súmula 422 do STF, *a absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe a privação de liberdade*.

Afora esses efeitos, pois, que decor-

rem da sentença absolutória, previstos no art. 386 do Código de Processo Penal, identificam-se outros ainda, tais como a restituição de fiança e o levantamento do sequestro ou da hipoteca legal, consoante os arts. 337 e arts 125 a 141 do CPP, respectivamente.

Da sentença, deverá ser lavrado o termo de publicação e registrada a sentença, excepcionando-se os casos em que ela for prolatada em audiência, tomando as partes ciência de seus termos¹⁰, devendo então ser intimadas, já que, como bem afirma Mirabete, *a publicação e o registro da sentença, porém, não implicam conhecimento real das partes, que necessariamente deverão ser intimadas para que decorram os prazos de recurso, o que é feito no caso de sentença publicada em audiência em que as partes estejam presentes* (MIRABETE, 1994, p. 505).

[...] rara vez uma sentença penal transitada em julgado vincula outro tribunal em um processo distinto (§ 190, 2ª parte, do StGB), uma vez que o próprio tribunal penal decide questões de natureza civil, resultantes de sentenças civis transitadas em julgado [...].

A intimação da sentença é disciplinada pelos arts. 390 a 392 do CPP, devendo, em primeiro lugar, ser intimado o Ministério Público, no prazo de três dias, dispondo a lei que tal intimação deve se dar *pessoalmente*, para que o membro do *parquet* aponha o seu ciente. A respeito disso, hodiernamente, o STF entende que o prazo começa a correr da entrega do processo ao Ministério Público, mesmo sendo feito em departamento administrativo da instituição. Passou a entender, também, que, havendo outra forma de ciência certificada nos autos, o prazo dali passa a correr. Em caso de ação penal privada, poderá se dar a intimação pessoal ou mesmo na pessoa do advogado que os represente e, não sendo qualquer deles encontrado, poderá se dar a intimação via edital, no prazo de dez dias. Se a sentença for absolutória, entende o STF que não há necessidade de intimar pessoalmente o réu, caso o seu defensor tenha sido intimado e tenha funcionado no processo em grau de recurso; mas evidente que tal en-

tendimento não prevalece para as sentenças absolutórias impróprias.

6 A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL ALEMÃO

Objetivamente, uma sentença produz autoridade de coisa julgada quando já não é mais passível de recurso pelas partes e intervenientes no processo. Assim, produzem coisa julgada: a) quando o prazo para recurso tenha transcorrido *in albis*; b) quando rejeitado o recurso interposto, ou quando renunciaram a ele todos aqueles que poderiam tê-lo interposto; e, ainda, c) quando o próprio Tribunal de Cassação já tenha se pronunciado sobre a matéria (§ 354, inc. 1) (VOLK, 2016, p. 405, § 32).

Destaca-se que no processo penal alemão, há produção de coisa julgada relativa quando um dos intervenientes no processo possa impugnar a sentença e

outro não (VOLK, 2016, p. 405, § 32). É o que ocorre, *v.g.*, quando, notificado da sentença, o acusado renuncia aos recursos possíveis, mas o Ministério Público não. Nesse sentido, a coisa julgada relativa apenas é relevante a quem aproveita a modificação na instância recursal, e para o cômputo da prisão preventiva (§ 450, inc. 1). Isso porque apenas a coisa julgada absoluta – que produz a impugnabilidade da sentença para todas as partes no processo (intervenientes) – torna a sentença executável e produz o efeito *bloqueador de coisa julgada material*.

Uma sentença, portanto, impugnável ou imodificável é uma sentença de mérito (material), que produz um efeito *bloqueador*, pelo que se dá um “esgotamento da ação penal”, pois a coisa julgada material não só ocasiona um impedimento processual como também constitui um direito subjetivo (BVerfGE, 23, p. 191 e ss), como afirma Klaus Volk (VOLK, 2016, p. 206). Deste modo, não pode mais o acusado ser condenado pelo mesmo fato¹¹ (*ne bis in idem*, art. 103, inc. 3º, GG), resultando, assim, a

impossibilidade de um novo processo sobre o mesmo objeto. Iguamente, em relação àquele que tenha sido absolvido, não caberá mais processo da mesma natureza. Por consectário, se da sentença condenatória restar coisa julgada material, o reconhecimento da condenação colimará uma sentença executável (§ 449, *efeito executório*). Assevera-se, no entanto, que as sentenças processuais também acarretam a imutabilidade da sentença, quando declararem o sobrestamento do processo em virtude de um impedimento processual não sanável (VOLK, 2016, p. 406) (PERONI, 2001, p. 710-732).

Consoante o processo penal alemão, porém, apenas a parte dispositiva da sentença tem efeito de coisa julgada, pois os fundamentos “não bloqueiam”, “nem obrigam”, já que por ocasião de outra demanda processual, poderão ser afastados, ou ainda, contestados (contra-argumentados), muito embora acerca disso haja posição em sentido contrário¹².

É da essência da coisa julgada, no entanto, que a sentença evitada de erro substancial não cria direito material novo. Em outros termos, a sentença não se torna apta a fundar uma pretensão penal em relação ao imputado, e nem ao menos estabelece situação jurídica em que o inocente passe a ser culpado. Neste caso, os efeitos da coisa julgada se restringem ao direito processual, consoante decorre da teoria da coisa julgada jurídico-processual. Como consectário, é inadmissível que uma sentença equivocada seja executada, porquanto para o condenado injustamente resta, evidentemente, um erro do qual cabe uma legítima pretensão jurídica. No entanto, apenas pode intentar sua defesa mediante recurso.

78

[...] pode-se afirmar que o processo penal alemão [...] possibilita a relativização da coisa julgada. Já o processo penal brasileiro é mais conforme a uma garantia de caráter constitucional em virtude da segurança jurídica assegurada por meio da coisa julgada.

Porém, há dois casos em que não pode haver a relativização da coisa julgada. Em primeiro lugar, se da prolação da sentença ficar comprovado que o fato não tenha sido plenamente esclarecido, ou mesmo que se um aspecto jurídico tenha sido passado por alto, mantém-se o efeito da coisa julgada. Em segundo lugar, quando uma determinada situação não puder ser comprovada de modo absoluto nos autos processuais, pois fato novo surge após a sentença como, *v.g.*, se da lesão corporal resultar, após a sentença, o evento morte. Logo, não é admissível ação complementar com relativização da coisa julgada (VOLK, 2016, p. 407).

Outrossim, pode ocorrer a supressão dos efeitos da coisa julgada já produzidos em situações bem específicas, como a) no caso de haver uma retomada do estado anterior; b) em caso de configurar exitosa revisão criminal (§ 359); c) na hipótese de o próprio tribunal vir a revogar uma sentença que o imputado não tenha impugnado (§ 357); e, ainda, d) no caso de o Tribunal Constitucional Federal revogar uma sentença (VOLK, 2016, p. 407).

Por fim, cabe asseverar que rara vez uma sentença penal transitada em julgado vincula outro tribunal em um processo

distinto (§ 190, 2ª parte, do StGB), uma vez que o próprio tribunal penal decide questões de natureza civil, resultantes de sentenças civis transitadas em julgado, pois estas vinculam aos tribunais, bem como os atos administrativos vinculam o juiz penal, quando são criadores do direito ou quando constituírem pressuposto da punibilidade (VOLK, 2016, p. 408).

7 COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No período Imperial brasileiro a formulação doutrinária se realizou com base nas *Ordenações Filipinas*, que, em realidade, serviram de base ao direito português até a promulgação da codificação do século XX. Algumas destas disposições permaneceram em vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. Justo neste contexto é que exsurge a definição de coisa julgada, particularmente nos idos de 1850.

Deste modo é que José Antônio Pimenta Bueno, em seus *Apontamentos sobre as formalidades do Processo Civil*, conceitua, *ipso literis*, que *Coisa Julgada significa a decisão formulada por uma sentença definitiva, que já não pende do recurso de apelação; e coisa soberanamente julgada se diz aquela que não só não pende mais do recurso de apelação, porém, nem ainda da revista ou ação rescisória ou de nulidade, por não ser no caso dela admitida pela lei* (apud NEVES, 1971, p. 220).

Nesse sentido, Elio Fazzalari deixa claro, *Fra giudicato ed efficacia della sentenza non vi è rapporto di causa e effetto; la sentenza proietta la sua efficacia per virtù propria, in forza della sovranità di cui organo giudiziario investito; il passaggio in giudicato costituisce soltanto dies a quo di quell'efficacia; ma anche questo è vero soltanto per la sentenza di accertamento e per quella costitutiva, non per quella di condanna* (FAZZALARI, 1988, p. 590).

E, ainda, esclarece Elio Fazzalari, *Insomma, i due fenomeni – promanazione dell'efficacia dalla sentenza; conclusione del processo (“res iudicata”) – sono e restano ontologicamente distinti. E, sebbene “cosa giudicata” comprenda la sentenza, rectius, la sua efficacia (“cosa”), e la sua incontrovertibilità (“giudicata”, “passata in giudicato”), il propium della nozione è costituito dall'incontrovertibilità; in fatti, c'è sentenza che svolge efficacia sostanziale mentre il processo è ancora in corso; non c'è, invece, “cosa giudicata” prima della conclusione del processo* (FAZZALARI, 1988, p. 591).

É nesse sentido, que nas palavras do Jurista Imperial Paulo Batista (apud NEVES, 1971, p. 224): *A autoridade de coisa julgada não provém, como pensam alguns do quase contrato judiciário, oriundo da contestação; mas é um elemento indispensável de ordem pública e tem o mesmo fundamento que a autoridade das leis. A autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos. Significa dizer que os motivos da sentença não são objeto da coisa julgada, mas devem ser considerados para atender o verdadeiro e cabal alcance da decisão.*

Depreende-se, pois, das conceituações dos Juristas imperiais que se mantinham nos lindes do Direito Processual Civil, particularmente, como bem esclarece Celso Neves, *O tema da coisa julgada sempre foi tido como de direito civil, a linha de entendimento predominante no sistema*

francês e, dali, irradiado para o italiano, e para outros sistemas legislativos, inspirados no Código Napoleão (...) (NEVES, 1971, p. 236). No entanto, com o advento da Constituição de 1891, os Estados-membros da Federação, passaram a ter competência para legislar sobre matéria processual e, nesse sentido, houve uma emancipação do direito processual, tanto que o Código de Processo Civil do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, em seu art. 509, firmou entendimento quanto ao momento em que a sentença adquire autoridade de coisa julgada (RANGEL, 2012, p. 131). Entretanto, com a Revolução de 1930, com a chegada do poder de Getúlio Vargas, os Estados-membros perderam a competência de legislar sobre o processo com o advento da Constituição de 16 de julho de 1934 (RANGEL, 2012, p. 131), tendo sido unificado o Direito Processual (Civil e Penal) como de competência para legislar da União. Em função disso, se de um lado, exsurtem o Código de Processo Civil de 1939 e o Código de Processo Penal de 1941, por outro lado, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) define coisa julgada ou caso julgado como sendo a decisão judicial de que já não caiba recurso, muito embora ambos Códigos (o de Processo Civil e o de Processo Penal) tratem a respeito, mas, de modo muito rarefeito (RANGEL, 2012, p. 132).

Diante disso, hodiernamente, pode-se dizer que o sentido de coisa julgada – tal como no sistema processual penal germânico – tem sido, no processo penal brasileiro, que da sentença penal transitada em julgado sem a interposição de recurso dá-se a coisa julgada penal, que, de modo basilar, tem como supedâneo a segurança jurídica e a realização da justiça (LIMA, 2016, 1192). Pelo que, com aporte em Arturo Rocco, em seu *Tratato della cosa giudicata come causa di estinzione della azione penal*, assim como em Maizini, ambos citados por Francesco Carnelutti, pode-se afirmar: *in quello (in penale) la cosa giudicata ha un 'autorità assoluta, in questo (in civile) soltanto relativa...il giudicato...col quale si definisce il processo (penale) facit ius erga omnes...; il*

giudicto, che pone termine alla controversia di ordine privato, facit ius modo inter partes (CARNELUTTI, 1950, p. 87).

Isso, não obstante na teoria processual penal estrangeira seja encontrada tese que se opõe à coisa julgada absoluta a partir da sentença passada em julgado, como é o posicionamento do Professor Valentín Cortés Domínguez – segundo o qual a tese é de que a força de coisa julgada não se produz pela sentença que põe termo ao processo, porém, pelos autos de investigação e de abertura do juízo oral que produzem tal efeito¹³ (DOMINGUEZ, 1975, p. 142).

Mas segundo o que vige pelas fontes jurídicas do direito brasileiro, pode-se afirmar que as sentenças terminativas (das quais não caibam mais recursos) produzem *coisa julgada formal*, sendo, assim, depositárias da verdade. Nesse sentido, os romanos proclamavam: *Res iudicata pro veritate habetur*. Porém, apenas as sentenças de mérito produzem *coisa julgada material*, cumprindo salientar que são sentenças de mérito não só as absolutórias ou condenatórias, mas, igualmente, aquelas que extinguem a punibilidade, bem como as que rejeitam a denúncia ou queixa e, ainda, aquelas que resolvem incidentes de forma definitiva (LIMA, 2016, p. 1194).

Entretanto, no processo penal brasileiro a coisa julgada apenas tem caráter absoluto se a sentença for absolutória, produzindo, deste modo, sua plena efetividade (LIMA, 2016, 1193), uma vez que a sentença condenatória é passível de alteração a qualquer tempo, quer por meio de revisão criminal, nos casos previstos em lei, quer por meio da ação constitucional *habeas corpus*, ou ainda, pela extinção da punibilidade (LIMA, 2016, p. 1192).

Assim sendo, com aporte em Marcellus Polastri Lima, pode-se dizer que “no processo penal a necessidade de preservação do *ius libertatis*, além de outros princípios próprios (LIMA, 2016, p. 1193) *imprime à sentença condenatória passada em julgado uma estabilidade menor que a res iudicata dá às sentenças penais de absolvição*. (MARQUES, 1997, p. 84 e p. 86). Desse modo, Frederico Marques esclarece: *A não intangibilidade da condenação penal, em nosso sistema*

jurídico, não só encontra consagração na admissibilidade dos pedidos revisionais, como ainda em outro remédio decisório, que é o habeas corpus (...) as sentenças absolutórias, ao reverso do que se dá com as de condenação, encontram-se a coberto de qualquer ato decisório ou revisional. Passando em julgado a sentença de absolvição, não há erro judiciário que torne possível, dentro das limitações objetivas e subjetivas da res iudicata, a derrogação do pronunciamento jurisdicional em que se declarou improcedente a acusação. (MARQUES, 1997, p. 84 e p. 86)

Há de se salientar, além disso, que no processo penal, em sede de execução penal, pode haver modificações tanto no que se refere à acusação do acusado quanto no que se refere à sanção imposta, sucedendo-se fatos extintivos ou modificativos. Em outras palavras, pode-se afirmar que o título executório sofre modificações, ao passo que a parte declaratória da sentença de condenação remanesce inalterada. Assim, consoante o art. 259 do CPP, a qualificação do réu poderá ser retificada – ainda que em fase de execução penal, por simples termo –, bem como, no que tange à sanção, poderão incidir os denominados benefícios da execução, tais como, *v.g.*, regime, livramento condicional, unificação de penas, sendo vedada, evidentemente, a majoração da sanção penal.

É nesse sentido, portanto, que Frederico Marques elucida que a coisa julgada não pode impedir a realização do princípio da individualização da pena, regra programática da Constituição, pois a coisa julgada mantém-se incólume em relação à decisão sobre a prática da infração penal. Assim, o teor declarado no *judicium* permanece inquestionável e intangível. O título executório sofre modificações, adaptando-se a fatos jurídicos e à *voluntas legis*, de modo que circunstâncias supervenientes que devem ser atendidas pelo juiz da execução submetem o título executório a tais alterações. No entanto, a parte dispositiva da sentença que declara a condenação permanece inalterada (MARQUES, 1997, p. 85).

CONCLUSÃO

Do exposto, pode-se inferir que os

sistemas jurídicos alemão e brasileiro – não obstante tenham suas raízes no *civil law* –, no que diz respeito aos institutos da sentença e da coisa julgada no processo penal, apresentam convergências e, igualmente, divergências. Destarte, no que diz respeito à sentença no sistema processual penal alemão, destaca-se a evidente distinção entre sentença substancial e sentença processual, porquanto a sentença (embora regra geral deva ser uma, excepcionando-se quando houver um só fato em sentido processual) não integra o juízo oral – de todo imprescindível na estrutura do processo penal alemão –, apesar de o seu pronunciamento assim integrá-lo, devendo ser, necessariamente, lida com a presença das pessoas arroladas no § 226 e § 238, 1º. A sentença, em sua fundamentação, no entanto, poderá ser abreviada, caso não seja impugnada. Em face disso, particularmente, são aspectos divergentes em relação ao processo penal brasileiro: a necessidade de o pronunciamento da sentença integrar o juízo oral e a possibilidade de fundamentação abreviada da sentença.

De salientar-se que outro aspecto distintivo do processo penal brasileiro é o fato de haver a possibilidade de coisa julgada relativa no processo penal alemão, o que não há de se falar no processo brasileiro, que trata apenas da coisa julgada material e formal. De todo relevante, ainda, possível é a perda dos efeitos da coisa julgada absoluta no processo penal alemão, em hipóteses específicas, muito embora seja convergente ao processo penal brasileiro no que diz respeito a considerar como coisa julgada absoluta apenas aquela da qual não caiba mais recurso. Portanto, pode-se afirmar que o processo penal alemão, não obstante em situações pontuadas legalmente, possibilita a relativização da coisa julgada. Já o processo penal brasileiro é mais conforme a uma garantia de caráter constitucional em virtude da segurança jurídica assegurada por meio da coisa julgada.

Por fim, há de se salientar, no tange à sentença, que o sistema processual penal brasileiro traz avanço que poderá ser recepcionado pelo próprio processo penal brasileiro, no que se relaciona com a noção conceptual de sentença, e sua distinção de outras decisões, em virtude do contributo trazido pelo Novo *Codex* Processual Civil, o que faz com que mereça foro de discussão imbricadamente com o processo penal, muito embora ao art. 15 do NCPC não faça alusão à aplicação subsidiária aos processos penais, mas que, em termos de interpretação sistemático-analógica no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se factível. Nesse sentido, o sistema processual brasileiro avança em relação ao processo penal alemão que não traz a definição de sentença em sua legislação processual, muito embora estabeleça os critérios alhures vistos em relação à determinação da sentença penal condenatória e absolutória em seu processo penal. E, no que tange ao direito alemão, de salientar-se que, sendo a *Grundgesetz* uma das fontes principais do processo penal germânico (HEBENSTREIT, 2011, p. 46), há de ser considerada, também, no que diz respeito à análise da sentença e da coisa julgada, a doutrina da responsabilidade compartilhada, quando estiverem presentes questões de ordem constitucional que são desenvolvidas tanto pelo *Bundesverfassungsgericht* quanto pela *Europäischen Gerichtshof* (STÜMER, 2011, p. 117 e 118).

NOTAS

- 1 Acerca da finalidade e função do processo penal, vide CARNELUTTI (1970).
- 2 Importante notar-se, quanto a isso, que Francesco Carnelutti, em sua obra *lecciones del proceso penal*, apresenta uma noção particularmente distinta do que se tem por sentença, pois não fala de sentença, mas de decisão, trazendo à lume, que “El concepto de decisión, bien transparente em la palabra (*de-caedere* significa cortar em dos), alude a aquella separación de la razón respecto de la sinrazón, que lo sábios dicen que es, si no una absoluta imposibilidad, por lo menos una dificultad seria.” E, salienta Carnelutti, que “La estructura del proceso penal de cognición conduce, decíamos, al cultivo e incluso a la excitación de la duda; em la requisitoria y em la defensa se presenta al juez, ya que noon siempre, em la mayor parte de los casos, um violento contraste de opiniones; la culpabilidad ou inocência, el ergástulo o la libertad, la pureza o la falsedad de una prueba, la existência de uma norma o su abrogación. Puede ocurrir y hasta no deja de ser frecuente que, ante tal contraste, el juez se quede perplejo; pero llegado a um certo punto la perplejidad debe ser superada.”
- 3 Extraído e adaptado de HEBENSTREIT (2011, p. 53).
- 4 Se esclarece que os escabinos são juizes eleitos.
- 5 Acerca disso, pertinente a alusão ao princípio do juiz legal, como decorre de GÖSSEL (1977, 2012).
- 6 A respeito da valoração da prova, vide a obra de KNIJNIK (2007).
- 7 A respeito da *mutatio libelli*, ver TOURINHO FILHO (2009).
- 8 Acerca dos efeitos secundários da sentença vide LIEBMAN (1984). *Sorge cosi un problema nuovo che non è stato ancora mai affrontato con la necessaria franchezza: quali saranno dunque i rapporti tra cosa giudicata e questi effetti della sentenza vari e diversi, ora meramente dichiarativi, ora costitutivi?*
- 9 Nesse sentido, BADARÓ (2009).
- 10 Trata-se, pois, esta ciência, do direito à informação das partes envolvidas no processo no que diz respeito às suas fases, especialmente, em relação ao seu termo final. Em relação a isso, nota-se, com aporte em ALFLEN e ANDRADE (2018), que a União Europeia chegou à regulamentar o direito à informação nos procedimentos criminais como um todo, tendo sido aprovada, pelo Parlamento Europeu, em 22 de maio de 2012, a Diretriz 2012/13/EU.
- 11 A respeito dessa questão, vale mencionar-se DENTI (1984, p. 445), pois, particularmente a esse respeito, verifica-se que, está presente a questão relativa ao “justo processo”, e, segundo o qual o justo processo representa um dos grandes temas do jusnaturalismo processual, e que tem sua origem no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948, bem como o art. 6º da Convenção Europeia de 1950, posto que, não ser julgado pelo mesmo fato implica não só garantia de segurança jurídica, mas também em justeza do processo.
- 12 Nesse sentido, em posição contrária, MEYER-GÖBNER, *Introducción*, n. 172.
- 13 Segundo DOMÍNGUEZ (1975) parece ser um consectário lógico que a força da coisa julgada decorra dos autos de investigação e da abertura do juízo oral, já que a coisa julgada, como é comumente aceita, não produz o chamado efeito positivo, realizando-se tão só o efeito negativo, ou melhor dito, na produção do efeito negativo, consoante se depreende das páginas 142 e ss, da obra referida. Acrescenta o autor, que o efeito negativo produz a impossibilidade que tem o juiz de conhecer do mesmo assunto pela segunda vez. Trata-se da impossibilidade total que reste subsumida a questão no aforismo *ne bis in idem*. Em contrapartida, no juízo positivo, o juiz não pode conhecer de maneira distinta o assunto, porém, pode conhecer de maneira conforme. De acordo com o autor, por mais que a sua tese possa parecer estranha, no sentido de que subtrairia a relevância da sentença, esta tem a sua importância no momento de determinar e especificar o direito do Estado de reprimir as condutas delituosas, e o direito a que esse Estado leve a efeito. Para o autor, não é lógico, nem ao menos consequente, a coisa julgada, ou seja, essa impossibilidade de voltar a conhecer sobre determinado assunto, apenas na sentença, pois nesta não só não se reconhece nem se desconhece a ação penal, mas tão só ao direito de coerção punitiva do Estado Tanto é assim, que supõe um reconhecimento da ação penal, ou seja, na sentença já sempre se reconhece a ação penal. Porém, isto é algo inexistente, já que no processo penal há duas resoluções distintas, ou seja, uma delas para admitir a ação satisfatória e outra para não reconhecê-la. O que resta, pois, é que sendo a jurisdição a obrigação correlata à ação e, portanto, sua resposta, se satisfaz com a sentença como tal, porém, também é evidente que, com a anterioridade no momento em que se decreta a abertura da instrução penal, é nesse momento, e não na

sentença, em que se decide se a ação é ou não fundada. Dominguéz, ainda, apresenta uma exposição acerca das teorias que negam a coisa julgada penal como, por exemplo LEONE (1964). No que diz respeito ao *Non bis in idem*, vide RANGEL (2012).

REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Audiência de Custódia*. 3. ed., ver., atual. e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá: Editorial Temis, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Vyahy. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARTOLOTTI, Guido. *Saggi di studi sul Processo penale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1935.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales: introducción sobre la base de casos*. Tradução do título original Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts Eine Einführung an Hand von Fällen por Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986. 299 p.
- BAUR, Fritz; WALTER, Gehard. *Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*. München: Beck Verlag, 1992.
- BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Codice di procedura penale italiano*. Milano: L.G. Pirola, 1879, v. 4.
- CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*. Napoli: Francesco Sanvito Editore, 1834.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones del proceso penal*. Buenos Aires: Bosch y Cia Editores, 1970, Traduzido do original italiano *Lezioni sul processo Penale*. Roma: Editorial dell'Ateneo, 1946. Traduzido por Santiago Sentís Melendo.
- CARNELUTTI, Francesco. *Questioni sul processo penale*. Bolgna: Dorr, Cesare Zuffi Editore, 1950.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1924, Parte Generale. V. 2
- CAVALLO, Vincenzo. *La sentenza penale*. Napoli: E. Jovene, 1986.
- DENTI, Vittorio. Valori costituzionale e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, anno 39, (segunda serie), n. 3, luglio-sett., p. 443-464, 1984.
- DI DEDDA, Enrico. *Il consenso dele parti nel processo penale*. Milani: Cedam, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOMINGUEZ, Valentín Cortés. *La cosa juzgada penal*. Bolonia: Real Colegio de España, 1975. 142 p.
- DOSI, Ettore. *La sentenza penale di proscioglimento*. Milano: Giuffrè, 1955,
- MAC-LEAN Y ESTENÓS, Percy. *El proceso penal em el derecho comparado*. Buenos Aires: Libreria Juridica Valerio Abeledo, 1946.
- FAZZALARI, Elio. Il camino della sentenza e della "cosa giudicata". *Rivista di diritto processuale*. Padova, anno 43, (segunda serie), n. 3, luglio-Sett., p. 589-597, 1988.
- FISHER, Howard D. *O Sistema Jurídico Alemão e sua Terminologia*. Tradução do título original: The german legal system and legal language, por Regina Lyra, Rio de Janeiro: Atlas, 2013.
- FLORIAN, Eugenio. *Principi di diritto processuale penale*. 2. ed. riveduta e coordinata al nuovo codice di procedura penale. Torino : Giappichelli, 1932.
- GÖSSEL, Karl Heinz. El principio de estado de derecho y estrutura del proceso penal. *Lex: Revista de la Facultad de Drecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Lima, v. 10, n. 9, p. 287-302, 2012.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal em el estado de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007. v. 1.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *Strafverfahrensrecht*. Stuttgart: Kohlhammer, 1977.
- HEBENSTREIT, Ulrich. *Grundzüge des Strafprozess*. In: *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Thompson Flores*: 16 a 17 de junho de 2011, Florianópolis/Brasil, Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Coordenação Márcio Flávio Mafra Leal, *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal*. 27; 129, Brasília: CJF, 2011, p. 45-57
- HEBENSTREIT, Ulrich. Grundzüge Des Deutschen Strafprozesses. In: *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários Seminário Internacional- Alemanha: Thompson Flores* (português-alemão): 16 e 17 de junho de 2011, Florianópolis. Brasil. Conselho da Justiça Federal. Coord. Científica Márcio Flávio Mafra Leal. Brasília: CJF, 2011, p. 53.
- KNJUNIK, Danilo. *A Prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KNJUNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- LEONE. *Il Mito del Giudicato: intorno ala Riforma del Codice di Procedura Penale*, Milano: 1964, p. 93.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução: Ada Pellegrini Grinover, após a edição de 1945. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.
- LIMA, Marcellus Polastri. Curso de processo penal. Brasília, DF: Teoria Jurídica, 2016.
- LISZT, Franz von. *Strafrecht und Strafprozessrecht*. In: VON R. STAMMLER et al. *Systematische Rechtswissenschaft*. Berlin und Leipzig: Druck und Verlag von B. G. Teubner, 1906. p. 225-.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3.
- MASSARI, Eduardo. *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Jovene, 1934.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto processuale penale*. Torino: Utet, 1961. v. 3
- SENTÍS MELENDO, Santiago. In: *CONFERENCIA EN LA UNIVERSIDAD DEL LITORAL, 1944, Buenos Aires. Anais [...]*. Buenos Aires: Universidad del Litoral, 1944.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2003.
- NORONHA, Carlos Silveira. Um estudo acerca da sentença no transcurso dos tempos, até sua prática no direito português antigo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 33, p. 104-156, set. 2015.
- PERONI, Francesco. Giusto proceso e doppio grado di giurisdizione nel merito. *Rivista di diritto processuale*. Padova, ano 56, (segunda serie), n. 3, lugglio-sett. p. 710-732, 2001.
- POLONI, Ismair Roberto. *Técnica estrutural da sentença: juízo comum e juizado especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ROXIN, Claus. Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán. Trad. de Esteban González Jiménez e Revisão de John Zuluaga. In: PEDROZA, Andrés F. Duque. *Perspectivas y retos del proceso penal*. Medellín: U. Pontificia Bolivariana, 2015. p. 360-376.
- STÜMER, Rolf. Die Rolle der obersten Gerichte in Deutschland. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA THOMPSON FLORES, 2, 2011, Florianópolis, SC. Coordenação científica: Márcio Flávio Mafra Leal, Rolf Stürner; tradução: Márcio Flávio Mafra Leal; Reinhard Gaier et al. *Anais [...]*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2011. p. 109-119. (Série Cadernos do CEJ; 27)
- TIEDMANN, Klaus. O direito processual penal. In: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Mndes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 141-230.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 3.ed. Bauru: Jolovi, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VOLK, Klaus. *Curso fundamental: ordenanza procesal alemana*. 7.ed. tradução de Alberto Nanzer, Noelia T. Nuñez, Daniel R. Pastor e Eugenio Sarraboyrouse. Tradução revisada por Noelia T. Nuñez. Argentina: Hammurabi, 2016. Tradução do título original alemão: Grundkurs. München: Beck Verlag, 2010.
- ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *erecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Kraft, 1945. Tomo 1.

Artigo recebido em 22/4/2019.

Artigo aprovado em 18/6/2019.

Kelly Susane Alflen da Silva é advogada em Porto Alegre, atualmente licenciada para fins de doutoramento.