

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PENAL: UM DEBATE SOBRE A POSSIBILIDADE DE REABERTURA DO PROCESSO NA DESCOBERTA DA FALSIDADE DA CERTIDÃO DE ÓBITO DO AUTOR DO CRIME

LA RELATIVISATION DE LA CHOSE JUGÉ PÉNAL: UM DEBÁT SUR LA POSSIBILITÉ DE LA REOUVERTURE DU PROCÈS APRÈS LA DECOUVERTE DE LA FAUSSETÉ DU DOCUMENT DE DÉCÈS DE L'AUTEUR DU CRIME.

Tarsis Barreto Oliveira;¹Enio Walcácer de O. Filho²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a coisa julgada no Direito Processual Penal, tendo como foco a emblemática hipótese de reabertura do processo criminal após a descoberta do incidente de falsidade da certidão de óbito do autor do crime, analisando-se as suas implicações jurídicas, limites e consequências. Inicialmente, aborda-se o garantismo penal e os limites de atuação do Estado punitivo, a teoria das invalidades processuais, os limites e reflexos da modificação da coisa julgada e a revisão criminal, com destaque para a revisão *pro societate*, para, em seguida, adentrar-se nas consequências jurídicas engendradas pelo Art. 107, I do Código Penal, de extinção da punibilidade pela morte do autor do crime, caso se comprove a falsidade da certidão de óbito, e suas repercussões no plano da denominada *relativização da coisa julgada*.

Palavras-chave: Coisa Julgada; Relativização; Reabertura do Processo; Certidão de Óbito.

RESUMÉ

Ce travail a comme but l'investigation de la chose jugé dans le Droit Processuel Pénal, dont le cèrne est l'hipotèse emblematic de la reouverture du procès criminelle après la decouverte de la fausseté du document de decés de l'auteur du crime, concernant les implications juridiques, ses limites et consequences. Inicialement, on investigue le garantisme pénal e ses limites dans la branche de L'État punitive, la théorie des invalidés processuèles, les limites et reflets dans la modification de la chose jugé et la revision criminelle, surtout dans le cas de la revision *pro societate*. En suite, on analyse les consequences juridiques de l'article 107, I du Code Pénal, de l'extintion de la punibilité

¹Doutor em Direito Público pela UFBA. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal do Tocantins. Coordenador e Professor do Curso de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT. Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Ciências Criminais da UFT. Editor Científico da Revista de Direito da Escola Superior de Magistratura Tocantinense. Editor Adjunto da Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Parecerista da Revista Jurídica da Presidência da República. Autor de obras jurídicas.

² Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT. Possui graduação em Direito e graduação em Comunicação Social pela mesma universidade. Professor da Sociedade de Ensino Serra do Carmo, na cadeira de Processo Penal. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e servidor efetivo da Polícia Civil do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito processual penal, direitos humanos, direitos fundamentais, biossegurança, sociedade de risco e genética.

par la mort de l'auteur du crime, après la découverte de la fausseté du document de décès, et ses conséquences dans le plan de la dénominé *relativisation de la chose jugé*.

Mots-clé: Chose Jugé; Relativisation; Reouverture du Procès; Document de Décès.

1. INTRODUÇÃO

O respeito à coisa julgada no processo fundamenta-se na necessidade de estabilização dos conflitos trazidos à justiça, promovendo-se, concomitantemente, a paz e a tranquilidade no meio social. Com a certeza sobre a imutabilidade da *res judicata*, os jurisdicionados têm a garantia de que as questões postas ao exame da justiça terão um fim, demarcando com definitividade a vontade da lei aplicada ao caso concreto.

Ocorre, entretanto, que, por diversas razões, o processo não consegue deduzir e espelhar a pretensa vontade da lei evidenciada sobre o caso concreto, promovendo-se injustiças atentatórias às regras e aos princípios do Direito. Note-se que tais injustiças podem ocorrer não apenas por uma deficiência da máquina estatal, mas por direta intervenção das partes, mormente através da manipulação de provas trazidas ao processo.

No processo penal, revela-se o esforço do réu em ver-se livre da acusação contra ele formulada. Com efeito, o cometimento do crime faz nascer uma relação jurídica entre o indivíduo e o Estado, autorizando este a exercer o *jus puniendi* no processamento criminal do violador da norma. Nasce, assim, um conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do indivíduo (este seguramente a parte mais fraca neste conjunto de forças).

Por esta razão, consagra-se na doutrina processual penal pátria o princípio do *favor rei*, segundo o qual no conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, deve a balança pender em favor deste último. Nesta ordem, o processo penal deve permitir ao acusado o uso de todos os meios (lícitos) para fazer deduzir a sua pretensão, opondo-se à ação estatal tendente à supressão de sua liberdade.

O processo penal apresenta peculiaridades em relação a outras áreas do processo. Elas se justificam em função da especificidade e natureza da sanção atribuída pelo Direito Penal. Esta implica, via de regra, na supressão da liberdade do indivíduo,

ao contrário das demais sanções do Direito, que repercutem, predominantemente, sobre o patrimônio.

Portanto, o processo se desenvolve com uma sucessão de atos ordenados previstos em lei tendentes à mitigar ou mesmo limitar uma alegada *violência estatal*, preservando os direitos fundamentais inerentes ao acusado.

Com especificidade em todo o ordenamento jurídico de natureza processual, permite-se, ainda, a revisão da coisa julgada penal a qualquer momento, diferentemente do que ocorre com a ação rescisória no processo civil, cujo prazo é de 2 anos para o seu exercício.

Neste trabalho, foca-se um ponto de grande destaque na doutrina processual pátria, referente à possibilidade de modificação da coisa julgada penal, estando esta em suposto desacordo com o ordenamento. Examina-se, neste contexto, a possibilidade de reabertura do processo criminal após a descoberta da falsidade da certidão de óbito do autor do crime, tendo o juiz decretado a extinção da sua punibilidade. Note-se que esta prática é conhecida dos tribunais brasileiros, revelando-se, no entanto, posicionamentos judiciais díspares no que se refere à resposta dada pelo ordenamento jurídico frente a tal situação.

Por um lado, a jurisprudência do STF inclina-se no sentido da admissibilidade de reabertura do processo, com fulcro na *teoria da existência jurídica*, de Karl Salomon Zachariae von Ligenhal, defendida no Brasil por Pontes de Miranda. De outro, a jurisprudência de alguns tribunais inferiores manifesta-se no sentido da irreversibilidade da decisão extintiva da punibilidade, com reflexo na vedação de nosso ordenamento à *revisão pro societate*.

A doutrina, neste mister, também se revela conflitante, já que (apesar de minoritária), parte da corrente se manifesta pela possibilidade de reabertura do processo e retomada do *jus perseguendi in judicio*, baseando-se na interpretação de que a decisão extintiva da punibilidade do agente foi baseada em *ato inexistente*, e que, por esta natureza, não geraria coisa julgada em sentido material, autorizando-se, destarte, a retomada do processo em prejuízo do agente.

Na busca de posicionamentos seguros sobre a matéria, analisa-se, inicialmente, o garantismo penal e os limites de atuação do Estado punitivo, a examinar o alcance protetivo que a lei confere ao indivíduo como reação a uma alegada *violência punitiva estatal*.

No capítulo seguinte, será feita uma breve análise da teoria das invalidades no processo penal, a fim de se determinar a natureza jurídica da decisão do magistrado que encerra o processo declarando a extinção da punibilidade do agente em função da comprovada falsidade na certidão de óbito. Este capítulo mostra-se fundamental para a resposta, ao final do trabalho, sobre a eventual possibilidade de convalidação do referido ato, a dar reinício à relação processual.

Em seguida, passa-se à caracterização dos limites e reflexos da denominada *relativização da coisa julgada*, dando-se especial destaque para as possibilidades de modificação do *decisium* em matéria penal.

Posteriormente, analisar-se-á a possibilidade, presente no artigo 107, I do Código Penal, de extinção da punibilidade pela morte do réu, para, por fim, passar-se à caracterização da revisão criminal e da limitação à revisão *pro societate*.

No último capítulo será delimitada a possibilidade de reexame da coisa julgada penal, relativa à eventual reabertura do processo crime em função da descoberta da falsidade da certidão de óbito anexa aos autos, autorizando-se o processamento criminal do agente.

2. GARANTISMO PENAL E LIMITES DE ATUAÇÃO DO ESTADO PUNITIVO

O Direito Penal apresenta peculiaridades que o distinguem de outras ciências do Direito. Estas peculiaridades se estendem ao Processo Penal, cujos princípios e normas conduzem a uma sistemática peculiar no âmbito do Direito Processual.

A tentativa, levada a efeito por inúmeros processualistas, de erigir princípios e regras comuns, aplicáveis a todo processo, seja ele cível, trabalhista, tributário ou penal, acaba por esbarrar, inequivocamente, nas especificidades deste último, compreendendo um processo voltado à salvaguarda das liberdades e garantias constitucionais, em limites estritos, de modo a permitir um equilíbrio de forças entre o

jus puniendi estatal e o *jus libertatis* do indivíduo, este ameaçado pela persecução penal. Com efeito, quando um indivíduo comete um crime, nasce uma relação jurídica entre ele e o Estado, autorizando-o a exercer o *jus puniendi* no intuito de processar o agente violador da norma penal incriminadora.

O caráter singular do processo penal repousa na construção, e, ainda, no redimensionamento de regras processuais de modo a permitir que o *jus puniendi* não obstaculize as possibilidades plenas do indivíduo de contrapor-se à ação estatal tendente à privação de sua liberdade, exercendo, assim, de modo pleno, o seu *direito à liberdade*.

Como fruto das prerrogativas de que goza o réu no processo penal, construíram-se historicamente princípios *constitucionais penais*, correspondendo a um conjunto de garantias mínimas a serem observadas no âmbito processual.

O modelo garantista, cujo grande expoente é Luigi Ferrajoni, traz em seu conceito um conjunto de garantias ao condenado no processo penal, fazendo realçar, com a maior intensidade em todo o ordenamento, o caráter protetivo das liberdades e garantias de um indivíduo.

Note-se que este conjunto de liberdades e garantias não se limita ao processo penal; do contrário, faz parte do próprio Direito Penal, com a construção de princípios de natureza garantista limitadores da atuação punitiva do Estado. O conjunto de liberdades e garantias do Direito Penal consagra princípios³ que cada vez mais se voltam à imposição de barreiras à uma denominada *violência punitiva estatal*.

Bouloc, Lavasseur e Stefani (1992, p. 17) apontam que as sanções de natureza penal só devem ser utilizadas nos casos mais graves, cabendo ao Estado determinar quais as prescrições cuja importância justifica reprimendas de tal natureza, no que é conhecido como o princípio da *fragmentariedade*.

Por um lado, predomina um discurso (bastante difundido na doutrina penal) tendente à consagração e delimitação de um direito penal mínimo, em consonância com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. A lógica do direito penal

³ Como princípios do Direito Penal, citam-se a adequação social, a fragmentariedade, a intervenção mínima, a lesividade, a insignificância, a proporcionalidade, a culpabilidade, dentre outros. Muitos dos princípios de natureza penal ganharam, com o advento da Constituição, o *status* de princípios *constitucionais penais* ou, para alguns, *penais constitucionais*.

mínimo repousa na constatação fática da inadequação e incongruência de um direito penal punitivo e não ressocializador.

Desafortunadamente, entretanto, por não lograr êxito nos fins a que se propõe, o direito penal passa a perder crédito como instrumento efetivo de resolução de conflitos, desautorizando-se a sua incidência sempre que outras instâncias de controle puderem atingir os fins por ele propostos. A ineficiência e irrazoabilidade de um direito penal punitivo fez engendrar uma linha de pensamento tendente à consagração do chamado *direito penal mínimo*.

Não obstante, o legislador brasileiro vem trilhando, não raro, caminho inverso. A incriminação de novas condutas, com a criação de novos tipos penais (alguns deles absolutamente desnecessários diante da multiplicidade de alternativas punitivas em nosso ordenamento) acaba por fortalecer um *direito penal máximo*, cada vez mais sancionador e incriminador.

A ânsia incriminadora percebida no direito penal, se não pode ser totalmente explicada, tem, ao menos, uma grande mola propulsora na inquietação de uma sociedade cada vez mais apavorada com o crime, a demandar do legislador o aumento das penas dos crimes existentes, bem como, não raro, a incriminação de novas condutas anteriormente não tipificadas. Não é difícil perceber, neste contexto, o papel que a mídia promove no aumento da insegurança e do medo na mente coletiva, ao reportar com intensidade um aumento da incidência de crimes na sociedade.

Sobre este ponto, Garcia (2007, p. 69-70) aponta que:

Los medios de comunicación masiva han ido conformando una determinada gramática de producción de imágenes de la inseguridad y, singularmente, de la inseguridad ante el delito; puede afirmarse, sin temor a incurrir en hipérboles, que esta gramática ha contribuido sobremanera a priorizar la inseguridad ciudadana en la percepción subjetiva de los riesgos contemporáneos, así como a generar la desproporción entidad objetiva-sensación subjetiva de los peligros. La atención de los medios al delito se relaciona con la facilidad del mismo para ser objeto de presentación espectacular, y con los consiguientes beneficios en un mercado de la comunicación con una notable tensión competitiva. En efecto, tal dependencia mercantil contribuye a enfatizar los elementos emocionales de las informaciones, lo que redundará en una mayor atención a los fenómenos criminales, objeto de sencilla dramatización y, en apariencia, políticamente neutrales.

Em sentido diametralmente oposto, apregoam os abolicionistas a total supressão do Direito penal punitivo. Hulsman e Cellis (1993, p. 140), grandes expoentes do abolicionismo, enxergam o surgimento de uma nova era, que jamais poder-se-ia sonhar com um sistema penal repressivo com o atual, a ser substituído pelos próprios membros de uma sociedade, no entendimento de que “o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça”. Defendem a substituição deste por outras instâncias de controle, capazes de compor os conflitos entre os indivíduos, pensamento este radicalmente combatido por muitos penalistas, ao apregoar a falta de solidez das concepções abolicionistas, vistas como absolutamente irrealísticas e incongruentes com a realidade da criminalidade em que vivemos.

Claus Roxin (2006, p. 5) critica diretamente as concepções abolicionistas, de tal sorte que:

quem deveria compor e fiscalizar essas instâncias de controle? Quem garantiria a segurança jurídica e evitaria o arbítrio? E, principalmente: como se pode evitar que não sejam pessoas justas e que pensem socialmente, mas sim os poderosos a obter o controle, oprimindo e estigmatizando os fracos? A discriminação social pode ser pior que a estatal. Liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social. Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se poderá reagir de modo eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos). Minha primeira conclusão intermediária é a seguinte: também no Estado Social de Direito, o abolicionismo não conseguirá acabar com o futuro do direito penal.

Independentemente do caminho a ser trilhado pelo direito penal, se pelo direito penal mínimo ou pelo direito penal máximo, o fato é que inegavelmente advêm, destas antagônicas manifestações em seu âmbito material, influências decisivas sobre o processo penal.

A salvaguarda de princípios como o *in dubio pro reu* (na dúvida, a favor do réu) e o *favor rei* (no conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do indivíduo, a balança deve pender em favor deste último), ou mesmo a vedação de certos institutos processuais (não obstante presentes em legislação estrangeira), como, por exemplo, a vedação, entre nós, da revisão *pro societate*, ou, ainda, a tolerância à

mentira⁴ proferida pelo réu em seu interrogatório, não punida como fato típico em nosso ordenamento, acabam por eivar de críticas o processo penal pátrio, ao se inferir, por parte de alguns críticos, uma suposta *benevolência* da lei penal frente aos criminosos, ainda que estas manifestações de âmbito processual tenham salvaguarda em alegados princípios constitucionais de natureza individual.

Este processo penal garantista se evidencia, no entanto, exclusivamente no plano teórico-doutrinário. De fato, não se pode negar que determinadas práticas policiais no âmbito de investigações e inquéritos policiais neste país representam abusos e retrocessos, a relembrar os mais tenebrosos procedimentos medievais. Também no âmbito processual, notam-se irregularidades nas prisões, seja na prisão em flagrante, prisão temporária ou preventiva, cujos rigores formais são rotineiramente vilipendiados em nome de uma atividade administrativo-judicial empenhada em desvendar e punir crimes a qualquer custo.

Entretanto, fugindo às discrepâncias dessas práticas, cumpre verificar se certos dispositivos de natureza processual penal adéquam-se, de *per si*, às exigências de um direito processual moderno e comprometido, de um lado, com a salvaguarda das garantias constitucionais e, de outro, com um sistema penal punitivo capaz de punir com efetividade os violadores da norma penal em proteção à sociedade.

Neste conjunto de fatores, dá-se enfoque à discussão sobre a coisa julgada em matéria penal e a sua *relativização*, que, longe de aplinar dúvidas, alimenta discussões das mais acaloradas. No foco desta discussão, está a possibilidade de reabertura do processo criminal após a comprovação da falsidade da certidão de óbito do autor do crime. Faz-se mister, entretanto, uma abordagem preliminar sobre a teoria das invalidades no processo penal, capítulo essencial para a iluminação de pontos de vista sobre a matéria.

3. AS INVALIDADES NO PROCESSO PENAL

A teoria das invalidades engendra discussões das mais polêmicas não somente no âmbito do processo penal, mas de qualquer área do direito processual. As diferentes concepções sobre ato inexistente, ato nulo e anulável, explicitadas pela

⁴ No processo penal brasileiro não constitui crime a mentira proferida pelo réu em seu interrogatório, ao contrário de outros países, como os EUA, em que este fato constitui crime de perjúrio.

doutrina, promovem mais dúvidas do que certezas, em especial no que se refere à mal compreendida definição e caracterização de *ato inexistente*.

Calmon de Passos (2005, p. 144-145), explicitando o tema *invalidade*, remete à necessária caracterização de ato-fato jurídico, de tal sorte que:

Se o elemento vontade é desconsiderado pela ordem jurídica, tem-se o ato-fato jurídico, operando-se apenas em termos de relação de causalidade, sendo irrelevante o problema da invalidade. Já no extremo oposto, quando o sistema privilegiou a vontade privada e legitimou os sujeitos de direito a harmonizarem seus interesses, formalizando com autonomia sua regulação, o elemento vontade se revestiu de máxima relevância. Destarte, foi com vistas a essa vontade e aos objetivos por ela perseguidos que se disciplinou a invalidade, valorizando-se, inclusive, tudo quanto a macula. No espaço intermediário, colocam-se os atos jurídicos em sentido estrito, aqueles em que a vontade é considerada, e nisso se distinguem dos atos-fatos, mas não se exige esteja ela considerada, e nisso se distinguem dos atos-fatos, mas não se exige esteja ela conscientemente direcionada para o resultado consumado, porque o ordenamento é que se reserva fixar as conseqüências cuja imputação autoriza seja feita a quem o determinou agindo do pleno domínio de sua vontade. Nesse espaço, os vícios da vontade e a vontade do resultado carecem de maior relevo, dando-se ênfase à tipicidade ou atipicidade do suposto invocado para fins de incidência, na perspectiva e com relevância da conseqüência posta pelo direito objetivo. E é nesse espaço que se situam os atos processuais e se trabalha a teoria de sua invalidade.

Quando o ato se reveste de um mínimo de elementos que permitam enquadrá-los na hipótese de incidência normativa, mas está privado de determinados requisitos, o problema é de invalidade. (TALAMINI 2005, p. 53). Do contrário, quando se tem a mera *aparência vazia* do ato, não estando presentes os elementos nucleares para a sua configuração, trata-se de inexistência jurídica. Lacerda (1953, p. 72), por seu turno, aponta que o critério que os distingue irá repousar na natureza da norma.

Os atos nulos tendem a converter-se em atos ineficazes, conforme defende Wambier (2007, p. 139). Para ela, entretanto, faz-se necessário ressaltar que nem toda ineficácia é fruto de nulidade, havendo diversas causas que impedem que nasçam os efeitos de um ato, o que nada têm a ver com a nulidade.

Argumenta a citada autora que há atos válidos ineficazes (se se entender por eficácia a efetiva produção de efeitos), citando como exemplo aquele ato cuja eficácia está suspensa por um prazo determinado. A ineficácia, neste sentido, seria uma conseqüência da decretação da nulidade, constituindo-se em uma infração à lei. Assim, não cabe chamar de sanção à nulidade, já que esta seria um estado de irregularidade que levaria à ineficácia. (WAMBIER, 2007, p. 139)

Entre os processualistas penais, a distinção é, se não mais, igualmente polêmica. Mirabete (2007, p. 614), ao diferenciar ato inexistente, nulo e anulável, aponta que no ato inexistente falta um elemento considerado pelo direito como essencial. Este ato existiria de fato, mas, em virtude desta ausência essencial, tornar-se-ia inexistente *de jure*, caracterizando-se como um não-ato. Os atos nulos, por seu turno, não produziriam efeitos até serem convalidados. Caso isso seja possível, sanando-se o ato com sua ocorrência, falar-se-á em nulidade relativa, e, caso isso não seja possível, nunca produzirá efeitos, estando-se diante de uma nulidade absoluta.

Nesta ordem, as nulidades relativas devem ser invocadas no momento oportuno e só são declaradas quando causarem prejuízo à parte. Já as nulidades absolutas podem ser alegadas a qualquer momento, não são sanáveis e o prejuízo é presumido. O ato anulável, por seu turno, é aquele que produz efeitos até que seja invalidado e, assim, sua eficácia está sujeita a condição resolutiva. Difere da nulidade relativa, em que o ato não produz efeito, a não ser depois de sanada a nulidade. (MIRABETE, 2007, p. 614).

Defende Aury Lopes Jr (2009, p. 415) que falta ao ato inexistente elemento essencial. Por essa razão, sequer permite-se que ele entre no mundo jurídico, ou, ainda o suporte fático é insuficiente para que ele ingresse no mundo jurídico. Aliás, é este o entendimento de Pontes de Miranda (1999, p. 52) ao argumentar sobre a diferenciação entre o fato no mundo e o fato no direito, sendo que no direito, que é o mundo jurídico, só se produz efeito o ato que é admitido pela lei, ou seja, que tem eficácia de conduzir a uma alteração tanto no mundo fático quanto no mundo jurídico.

Aury Lopes Jr. (2009) visualiza a nulidade absoluta quando, por exemplo, ocorre uma violação de norma cogente que tutela interesse público, bem como quando existe violação a princípio constitucional. Assim, a nulidade absoluta pode ser declarada de ofício ou mediante invocação da parte interessada, sendo que o prejuízo e o não atingimento dos fins são presumidos, razão pela qual é insanável, não se convalidando pela preclusão ou trânsito em julgado.

Quanto à nulidade relativa, esta pode ser entendida a partir dos seguintes aspectos: viola uma norma que tutela um interesse essencialmente da parte, ou seja, um interesse privado; não pode se conhecida de ofício, dependendo da postulação da parte

interessada; convalida com a preclusão; a parte deve demonstrar o prejuízo sofrido, no que é conhecido como princípio do *pas de nullité sans grief*.⁵

A distinção entre atos nulos e inexistentes se dá porquanto os últimos não produzem efeito algum, o mesmo não se dizendo quanto aos atos nulos, que não só produzem efeitos até serem anulados, como também implicam consequências jurídicas mesmo após o reconhecimento de sua nulidade. (PACELLI, 2009, p. 749)

Os atos inexistentes não produziram, assim, efeitos, tal como ocorre com as decisões proferidas por quem não se achar investido de função jurisdicional, não podendo, ainda, ser convalidados, já que a convalidação representaria a própria instituição do ato, sem qualquer efeito pretérito. Faltariam, portanto, aos atos inexistentes, os elementos essenciais para a produção de quaisquer consequências jurídicas, ao contrário do que acontece com os atos nulos, estes passíveis de convalidação, engendrando o aproveitamento de algum de seus efeitos. (PACELLI 2009, p. 749)

Feitas estas caracterizações, passa-se ao cerne deste trabalho, qual seja, a investigação da possibilidade de reabertura do processo criminal após a descoberta da falsidade da certidão de óbito do autor do crime. As informações contidas neste capítulo servirão de base para a resposta à indagação inicialmente formulada, concernente à eventual possibilidade de desconstituição do ato que extinguiu a punibilidade do agente.

4. A “RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA”: LIMITES E REFLEXOS NO PROCESSO.

A relativização da coisa julgada corresponde a um tema bastante controverso na doutrina pátria. As polêmicas geradas pelo tema iniciam-se na própria terminologia empregada pela doutrina: *relativização*. Poder-se-ia falar, efetivamente, em *relativização da coisa julgada*?

Barbosa Moreira, ao analisar o tema, deixa clara e patente a imperfeição deste termo. Para ele, a coisa julgada somente prevalece dentro das fronteiras que o ordenamento jurídico lhe traça. Nesta lógica, reconhecer e respeitar essas fronteiras de

⁵ O Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal - *pas de nullité sans grief* - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta (HC 85.155/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 15.04.05 e AI-AgR. 559.632/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 03.02.06).

modo algum equivale a relativizá-la. Entende nesta concepção que não importa como seja concebida a coisa julgada material; ela sempre se caracteriza pela sua imutabilidade. A imutabilidade é, pois, o cerne da coisa julgada material, o que faz revelar a imperfeição da concepção trazida de *relativização da coisa julgada*. (MOREIRA, 2005, p. 44-47)

Note-se que semelhante crítica é trazida por Barbosa Moreira no que se refere à terminologia *coisa julgada constitucional*. Para ele, “o que pode ser incompatível com a Constituição é a sentença e não na sua imutabilidade é que se poderia descobrir alguma norma contrária à Constituição”. Assim, se uma sentença for contrária à Constituição, ela já o será antes mesmo de transitar em julgado, de tal sorte que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade, mas continuará a ser verdade que o defeito já lhe preexistia. (MOREIRA, 2005, p. 44).

A proposta de relativização encontra como mola propulsora a alegada injustiça de algumas decisões. Estas representariam uma flagrante violação aos fins do próprio Direito, deslegitimando a decisão proferida transitada em julgado que violasse de forma flagrante a justiça, esta reconhecidamente o fim do Direito. Fala-se, então, na inconveniência, para o Direito, de uma *injustiça* transitada em julgado, a qual, devido a sua clara evidência, mereceria e autorizaria a desconstituição da coisa julgada.

Mais uma vez, a crítica ferrenha de Barbosa Moreira (2005, p. 48) adentra o tema. Para ele, a lei procura criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie. Entretanto, para Barbosa Moreira, há um momento em que à preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize, impedindo a lei que, desse momento em diante, possa-se novamente, em qualquer processo, rediscutir a questão. Para o autor, subordinar a prevalência da *res judicata* à *justiça da decisão*, a ser auferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto da coisa julgada de seu sentido essencial.

A parte vencida pode (e costuma) lamentar o resultado de uma decisão judicial. Entretanto, superados os acidentes psicológicos e emotivos, agora ela sabe em que termos e em que medidas o seu interesse deve subordinar-se ao interesse do adversário, o que, também para a parte vencida, não deixa de ser um aspecto positivo. A

par disso, o interesse na conservação da coisa julgada estende-se não apenas às partes, mas também a toda a sociedade, já que a estabilidade das decisões é condição essencial para que os interessados possam confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. (MOREIRA, 2005, p. 48-50)

Assim, ainda que se perpetue, num ou noutro caso, uma injustiça, conclui o referido autor que este é o preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida pela preservação de outros interesses. Vê-se que estes interesses revelam-se na estabilidade das relações sociais, certamente um dos fins colimados pelo processo. (MOREIRA, 2005, p. 48)

Semelhante crítica é trazida por Ovídio Batista, que, em sintonia com o pensamento de Barbosa Moreira, critica de forma flagrante o pensamento de José Augusto Delgado, Humberto Theodor Júnior, Cândido Dinamarco e Paulo Otero, ao afirmar que não se deve, primeiramente, condicionar a coisa julgada a que ela não produza injustiça e, em segundo lugar, estabelecer, como pressuposto para a sua desconsideração, que esta injustiça seja *grave* ou *séria*, o que acabaria inevitavelmente por destruir o próprio instituto da coisa julgada. (BATISTA, 1996, p. 105-106)

Tampouco, para Barbosa Moreira (2005, p. 59), deve-se relativizar a coisa julgada em função da existência de casos merecedores de tratamento diferenciado. Para ele, isso equivaleria a *golpear de morte o próprio instituto*, já que engendraria um casuísmo exacerbado no âmbito do processo, sendo impossível estabelecer critérios seguros para a distinção entre uma injustiça *grave* ou *leve*.

A crítica à denominada *relativização da coisa julgada* assenta-se na errônea veiculação entre coisa julgada e imutabilidade da sentença. A sentença, com o trânsito em julgado, tornar-se-ia imutável, adquirindo vida própria, o mesmo não se dizendo dos seus efeitos, estes sim perfeitamente mutáveis. Assim, enquanto não sobrevenha outro pronunciamento que a nulifique, a sentença valerá como norma de conduta para as partes. (MOREIRA, 2005, p. 54)

A coisa julgada não é, para Moreira (1984, p. 281-282), um efeito da sentença, tampouco um efeito da declaração nela contida ou, mesmo, uma qualidade dos efeitos sentenciais, correspondendo, isto sim, a uma situação jurídica formada no

momento em que a sentença se converte de instável em estável. Neste tocante, Ovídio Batista concorda em todos os seus termos com o pensamento do referido jurista.

No que se refere ao processo penal, lembra Barbosa Moreira (2005, p. 60) que uma injustiça ou uma inconstitucionalidade poderia ocorrer tanto em uma sentença penal condenatória quanto absolutória. Entretanto, a revisão da coisa julgada somente se daria em favor do réu, e observando-se a taxatividade das hipóteses enumeradas no art. 621 do CPP.

A uniformização do entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da admissão exclusiva das três hipóteses previstas nos incisos do art. 621 do CPP corrobora a visão de um processo penal garantidor e protetivo das liberdades e garantias individuais.

5. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA MORTE DO AGENTE (Art. 107, I CP)

O crime, em sua dimensão (ou classificação) analítica, comporta a existência de três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Assim, pode-se dizer que um crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Para haver fato típico, é necessária a existência de uma conduta (comissiva ou omissiva), um resultado, um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, bem como a tipicidade.

A tipicidade é elemento apenas indicativo da antijuridicidade. Assim, via de regra, a consequência de um fato típico (fato descrito em uma norma penal incriminadora) é de ser antijurídico (contrário ao Direito). Ocorre que, em alguns casos, este fato típico pode estar legitimado (salvaguardado) em um dos excludentes de ilicitude, presentes no Art. 23 do Código Penal, a saber: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal. Os excludentes de ilicitude (ou de antijuridicidade) correspondem a hipóteses de norma penal não incriminadora permissiva, já que retiram o caráter ilícito de certas condutas incriminadas em lei.

Por fim, para que o fato típico e antijurídico seja culpável é preciso, inicialmente, que o agente seja imputável. Quanto a este critério, os menores de 18 anos e os loucos são considerados penalmente inimputáveis. Se o agente for imputável,

investigar-se-á se houve, por parte dele, potencial consciência da ilicitude (possibilidade de o agente discernir se o fato por ele praticado era contrário ao Direito), bem como a exigibilidade de conduta diversa, a verificar se se podia exigir do agente que tivesse atuado de forma contrária a que ele atuou. Assim, sendo o agente imputável, e em havendo potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, falar-se-á, então, em fato culpável.

Dessa forma, sendo o fato considerado típico, antijurídico e culpável, poder-se-á, então, falar em crime, cuja consequência natural será a pena, sanção destinada aos infratores da norma penal.

Ocorre que, em certas hipóteses, a um fato típico, antijurídico e culpável não se poderá aplicar pena, isso porque se operou a extinção da punibilidade do agente. Nessas circunstâncias, a consequência natural de imputação de pena a um agente pela prática de um fato típico, antijurídico e culpável não se verificará.

As hipóteses de extinção da punibilidade estão previstas no art. 107 do Código Penal, em seus incisos I a IX. Frise-se, no entanto, a existência de causas extintivas da punibilidade fora das hipóteses enumeradas no art. 107, verificando-se que este rol é apenas exemplificativo, e não taxativo. De fato, preveem-se hipóteses de extinção da punibilidade em outros momentos no Código Penal, como, por exemplo, no crime do art. 312, § 2º CP: (“Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem” – pena: detenção, de 3 meses a 1 ano). Isso porque o § 3º do mesmo artigo dispõe que: “No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”.

Feitas as considerações a respeito da extinção da punibilidade do agente, volta-se a atenção para uma hipótese em especial: a extinção da punibilidade pela morte do agente (hipótese esta prevista no inciso I do art. 107 CP).

É conhecido de longas datas o brocardo latino *mors omnia solvit* (a morte extingue tudo). Assim, em decorrência do falecimento do autor do crime, caberá tão somente ao juiz decretar a extinção da punibilidade do agente.

O Código de Processo Penal, neste tocante, dispõe, em seu artigo 62, que “No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o ministério Público, declarará extinta a punibilidade.”

Com efeito, a morte põe fim ao processo. Não se vislumbra mais, como em épocas remotas, a punição dos familiares (ascendentes e/ou descendentes) do autor do crime. A própria evolução histórica do Direito Penal consagrou o princípio da *intranscendência*, segundo o qual a pena não deve passar da figura do criminoso. Tampouco se vislumbra a conveniência ou necessidade de se prosseguir no processo apenas para se averiguar se o acusado realmente cometeu o crime, mesmo porque restaria inócua a persecução criminal devido à impossibilidade prática de se punir o seu autor. Assim, por razões lógicas, opera-se a extinção da punibilidade do agente, decretada pelo juiz (após manifestação do Ministério Público), com fulcro na certidão de óbito anexa aos autos.

Chavanne e Lasseur (1971, p. 212) ressaltam a obviedade da morte como um termo final às penas privativas de liberdade, estendendo, em tese, este mesmo fim para as penas pecuniárias, de multa e de confisco, devido ao princípio da personalidade das penas, não podendo estas estenderem-se aos sucessores do falecido réu.

Lembram os citados autores que esta regra corresponde à necessidade de assegurar a segurança dos cidadãos, que não podem ficar sob a ameaça de novas acusações da prática de fatos sobre os quais já foram julgados.

Esta é a lógica de Kolb e Leturmy (2005, p. 405), que apontam ser essa a consequência óbvia do princípio da personalidade das penas, que impede que esta incida sobre os herdeiros do infrator, sendo que a morte gera a extinção da sanção penal e o apagamento da condenação.

Feitas estas considerações, indaga-se, entretanto, da seguinte possibilidade: descoberta a falsidade da certidão de óbito que gerou a declaração da extinção da punibilidade do réu, pode o juiz reabrir o processo ou, em nome do garantismo penal, está impossibilitado de fazê-lo, visto inexistir em nosso ordenamento a revisão *pro societate*, podendo, nesta hipótese, quando muito, punir o réu somente pelo crime de falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal)?

A resposta para esta questão sugere, previamente, a caracterização da revisão criminal e uma adequada análise sobre a revisão *pro societate*, a serem abordadas no capítulo seguinte.

6. A REVISÃO CRIMINAL E A VEDAÇÃO À REVISÃO PRO SOCIETATE

A revisão criminal, considerada uma ação de impugnação (portanto, erroneamente denominada, pelo legislador, de *recurso*), permite o reexame da questão criminal após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Trata-se de uma ação autônoma tendente ao desfazimento dos efeitos da sentença condenatória transitada em julgado, considerando-se, portanto, uma ação de conhecimento de natureza constitutiva. (ISHIDA, 2010, p. 316)

A revisão criminal tem como fulcro permitir ao condenado a revisão de decisões injustas, a afetar o *jus libertatis* ou o *jus dignitatis* do condenado. Esta revisão pode ser autorizada em função da existência de novas provas, bem como por nova interpretação a ser dada pelos tribunais, além, é claro, de equívocos de natureza processual quando do julgamento do processo.

Anne-Marie Larguier e Jean Larguier (1996, p. 278) argumentam acerca da necessidade de que a justiça tenha o conhecimento das infrações, não correndo o risco de cometer erros, sejam eles relacionados à participação dos indivíduos no crime, seja em relação às condições de seu cometimento ou à identidade dos criminosos.

O Estado, por meio da persecução criminal, procurar deduzir, no processo, toda a realidade dos fatos de forma a não cometer injustiças. Entretanto, isto nem sempre é possível, verificando-se, em alguns casos, o cometimento de erros judiciários. No entanto, a revisão criminal constitui-se medida processual de natureza extrema, sendo somente permitida caso se comprovem os requisitos presentes na lei, não havendo prazo para o seu requerimento, podendo, consoante dispõe o art. 623 do CPP, ser requerida a qualquer tempo, antes ou após a extinção da pena, seja pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado, ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

A revisão criminal será admitida nas hipóteses elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal. De acordo com a lei, o requerimento de revisão criminal será

distribuído (juntamente com a certidão de haver passado a sentença transitada em julgado e peças comprobatórias dos fatos alegados) a um relator e a um revisor, funcionando como relator um desembargador que não tenha proferido decisão em qualquer fase do processo. Caso o requerimento não seja suficientemente instruído, poderá indeferi-lo liminarmente. Caso contrário, apresentará o processo em mesa para julgamento, relatando-o, sem tomar parte da decisão. Em caso de deferimento do pedido, dispõe o artigo 626 do CPP que será aberta vista dos autos ao procurador-geral, a este incumbindo emitir parecer no prazo de 10 dias.

Caso seja julgado procedente o pedido, o tribunal terá as seguintes opções: poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo, sendo que, em caso de absolvição, restabelecer-se-ão todos os direitos perdidos em virtude de condenação, devendo o tribunal, se for o caso, impor a medida de segurança cabível.

Note-se que a nossa legislação admite, em caso de erro judiciário, o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos, a ser liquidada em juízo cível, excetuando-se as hipóteses em que o erro ou a injustiça da condenação advierem de ato ou de falta imputável ao próprio impetrante, a exemplo da confissão ou a ocultação de prova em seu poder, ou se a acusação houver sido meramente privada.

A revisão criminal é revestida do caráter de *excepcionalidade*, sendo que a intangibilidade da sentença transitada em julgado tem fundamento na justiça e na segurança jurídica, a fim de que o imperativo contido na sentença se faça lei entre as partes. Entretanto, no processo penal, esta intangibilidade deve ceder ante os imperativos da justiça substancial, devendo-se impor a verdade real à verdade formal, razão pela qual se admite a revisão criminal a qualquer tempo pelos tribunais. (MIRABETE, 2007, p. 614)

Na legislação brasileira somente se admite a revisão *pro reo*, e não a revisão *pro societate*, constituindo-se a revisão criminal um remédio conferido pela lei somente ao condenado, a fim de reparar injustiças ou erros judiciários, livrando-o de decisão injusta. (MIRABETE, 2007, p. 614)

A vedação da revisão *pro societate* também é mencionada por Ishida (2010, p. 339), lembrando que a Súmula 160 do STF considera nula a decisão do tribunal que

acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício, proibindo o Tribunal de reconhecer *ex officio* as nulidades absolutas ou relativas em prejuízo do réu.

Para Aury Lopes Jr. (2009, p. 628), de um lado estão os fundamentos jurídicos, políticos e sociais da coisa julgada; de outro, está a necessidade de relativização deste mito em decorrência das exigências da liberdade individual. A revisão criminal situar-se-ia, pois, numa linha de tensão entre a segurança jurídica instituída pela imutabilidade da coisa julgada e a necessidade de se desconstituí-la em nome da justiça.

Nesta linha de pensamento, Pacelli (2009, p. 844) coloca-se, juntamente à doutrina majoritária, contrariamente à possibilidade de revisão criminal pela acusação. Para ele, ela não é permitida à acusação, pois o princípio da vedação da revisão *pro societate* a impediria. Assim, absolvido o réu, nada mais se poderia fazer em relação aos fatos apreciados. Mesmo posicionamento é compartilhado por Alimena, aqui citado por Tourinho Filho (1999, p. 375), para quem: “Amessa la revocabilità delle sentenze assolutorie, nessun imputato assolto protebbe più essere sicuro della sua sorte e si prolungherebbero indefinitamente le sue ansie e suoi timori, con grave ofessa della tranquillità.” Assim, admite-se a revisão de uma sentença condenatória, mas não de uma sentença absolutória.

Não obstante, para Machado (2009, p. 636), admite-se a revisão criminal em face de decisão absolutória, na hipótese de sentença absolutória *imprópria*, bem como na sentença que concede o perdão judicial. De qualquer modo, entretanto, as hipóteses visualizadas permitirão o reexame da questão em favor do réu, jamais contrariamente a ele.

7. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REABERTURA DO PROCESSO NA DESCOBERTA DA FALSIDADE DA CERTIDÃO DE ÓBITO DO AUTOR DO CRIME

Descoberta a falsidade da certidão de óbito que gerou a declaração da extinção da punibilidade do réu, pode o juiz reabrir o processo ou está impossibilitado de fazê-lo, visto inexistir em nosso ordenamento a revisão *pro societate*?

O ordenamento jurídico, seguramente, dispõe de mecanismos que permitem aos litigantes deduzir toda a prova em juízo, fazendo valer a alegada verdade dentro de um processo. Nesse sentido, em um processo, os litigantes devem agir com boa-fé, cooperando na dedução da verdade a ser decidida na sentença. Debates acalorados repousam na suposta exigibilidade da *boa-fé* em matéria penal, para a qual começa a convergir parte da doutrina e da jurisprudência.

O grande óbice à admissão da reabertura do processo penal na descoberta da falsidade da certidão de óbito do autor do crime encontra-se na vedação da revisão *pro societate*, o que impediria, caso a decisão de extinção da punibilidade por parte do juiz já houvesse transitado em julgado, qualquer tentativa de se reabrir o caso.

Há de se distinguir, no entanto, duas situações. Caso se comprove a falsidade da certidão de óbito anexa aos autos antes do trânsito em julgado da sentença de extinção da punibilidade, nada impediria a retomada do processo, bastando ao juiz, por despacho, retomar o seu curso, já que aí não haveria, de fato, ofensa à coisa julgada. A questão que se coloca é se a mesma solução poderia ser adotada caso a decisão de extinção da punibilidade já houvesse transitado em julgado.

Para Capez (2000), não haveria maiores empecilhos processuais em se reabrir o processo. O citado autor, para justificar o seu ponto de vista, volta-se à teoria das invalidades no processo penal, a fim de enquadrar a natureza jurídica da decisão do juiz que extinguiu a punibilidade do agente. Faz então referência ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a considerar que a decisão do juiz de extinção do processo pela morte do agente padece do vício da *inexistência*, e não da nulidade absoluta, passível, portanto, de desconsideração, já que, não tendo a morte ocorrido, estar-se-ia diante do *nada*, e o *nada* não produziria *coisa alguma*. Nesta lógica, bastaria desconsiderar a certidão de óbito e proferir nova decisão.

Entretanto, para Grinover, Scarance e Magalhães, mesmo no caso de inexistência, não poderá ser violada a garantia da coisa julgada, em prejuízo do réu, tendo em vista que o rigor técnico da ciência processual deve ceder perante princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*. (CAPEZ, 2000, p. 603).

Com efeito, a doutrina se divide quanto a esta admissibilidade. Como evidencia Benedetti (2004, p. 142):

se houver falsificação da certidão de óbito, que serviu de base para a extinção da punibilidade, temos duas posições a respeito. Uma corrente entende que não se poderá mais reabrir o processo uma vez apurado o falso, pois não existe revisão criminal contra o réu (*pro societate*). Já a outra corrente entende que, se a morte não ocorreu, a decisão não adquire força de coisa julgada, pois o pressuposto da declaração da extinção da punibilidade é a morte.

Greco (2007, p. 710-711) lembra que “A maioria de nossos autores entende que não, podendo o réu ser processado tão somente pelo crime de falso, uma vez que nosso ordenamento jurídico não tolera a chamada revisão *pro societate*”.

Para Prado (2007, p. 735): “Transitada em julgado a sentença declaratória da extinção da punibilidade, a eventual comprovação da falsidade da certidão de óbito não autoriza a reabertura do processo. O nosso sistema não acolhe a revisão criminal em detrimento do acusado”.

Por seu turno, Tourinho Filho, com referência ao texto do art. 626 do CPP, aponta ainda uma outra consequência da vedação à revisão em prejuízo do réu: a impossibilidade de se agravar a pena do condenado pelo tribunal nos casos de revisão criminal. Para Tourinho Filho (1999, p. 395):

O parágrafo único do art. 626 não deixa margem a dúvida. Se o caput do artigo previu a possibilidade de o Tribunal absolver, alterar a classificação da infração, modificar a pena ou anular o processo, e, no parágrafo, incisivamente dispôs que, de *qualquer maneira não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista*, impossível se torna o agravamento. De *qualquer maneira*, diz a lei. Pouco importa qual seja. Se desclassifica a infração ou modifica a pena, não a pode agravar. Se anular o processo, também não o poderá fazer. Tal regra imperativa não se sujeita a exceções doutrinárias ou pretorianas. Note-se que houve a coisa julgada, cuja autoridade tem força irreversível e impede, por isso mesmo, seja a sentença reexaminada, esteja ou não certa, seja ou não justa, tenha ou não deixado de ter perfeito enquadramento no modelo legal. *Res judicata pro veritate habetur*. Entretanto, em benefício do próprio réu, como garantia do seu *status libertatis* ou até mesmo do seu *status dignitatis*, permite-se, de maneira excepcional, o reexame da questão selada pela força da coisa julgada. Só o réu, e exclusivamente ele – e não o Acusador – é quem tem o direito de requerer novo exame da causa, a despeito do trânsito em julgado”. TOURINHO FILHO, 1999, p. 395.

Para Tourinho Filho (1999, p. 395), através da revisão criminal o processo poderá ser revisto e inclusive anulado, não se concebendo, entretanto, nova instauração de instância penal contra o acusado, de forma a prejudicá-lo, funcionando o § único do art. 626 como um *freio a angustiar* o novo requisito e a nova sentença.

Assim, se a revisão é instituto destinado a fazer cessar o erro judiciário de forma a sempre beneficiá-lo, não pode ser esquecido pelo Ministério Público quando da propositura da ação penal. Assim, se anulada a sentença, outra deva ser proferida, não poderá o juiz exasperar a pena. Da mesma forma, não poderá o Ministério Público dar ao fato uma qualificação jurídica mais grave. (TOURINHO FILHO, 1999, p. 395)

Para Damásio de Jesus (1991, p. 248):

há duas posições a respeito da hipótese de, decretada a extinção da punibilidade pela morte do agente, ficar provada a falsidade da certidão de óbito: 1ª) se a sentença que decretou a extinção da punibilidade ainda não transitou em julgado, deve o órgão acusador interpor recurso em sentido estrito, em face do que a ação penal terá prosseguimento, sem prejuízo da responsabilidade penal do autor ou autores da falsidade. Se a sentença que decretou a extinção da punibilidade já transitou em julgado, o processo não pode ter andamento e contra o suposto morto não pode ser intentada ação penal pelo mesmo objeto, restando a ação penal contra o autor ou autores da falsidade. Não se admite revisão contra o réu. No sentido do texto: RT, 580:349 e 476:396; JTACrimSP, 35:284; 2ª) ainda que a sentença que declarou extinta a punibilidade já tenha transitado em julgado, o processo pode ter prosseguimento, salvo a ocorrência de outra causa de extinção, como a prescrição (RTJ, 104:1063 e 93:986; RJTJSP, 98:485; RT, 475:293).

Nucci (2007, p. 251), por seu turno, discorre que, enquanto não houver uma alteração na legislação brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de revisão *pro societate*, como ocorre no Código de Processo Penal Italiano, restará tão somente ao Estado punir o agente pelo crime de falsidade. A solução apontada pelo referido autor é a recomendação aos juízes de *cautela redobrada* antes de declarar a extinção da punibilidade do réu, devendo, ao ver juntada aos autos a certidão de óbito falsa, oficiar ao cartório solicitando ao notário um outro documento para a devida comparação.

Do contrário, aceitando-se a reabertura do processo, estar-se-ia diante de uma autêntica *revisão criminal em favor da sociedade camuflada*, a qual, ainda que seja para reparar uma injustiça, não está prevista pela lei processual brasileira. (NUCCI, 2007, p. 251)

A solução processual estrangeira a que Nucci se refere está presente no Código de Processo Penal Italiano, que estabelece, *ipsi literis*, uma autêntica revisão *pro societate*. Com efeito, a possibilidade de revisão *pro societate* no Direito Italiano já estava prevista no art. 89 do *Codice di Procedura Penale*, de 1930, mas foi reafirmada pelo novo Código de Processo Penal Italiano (1988), em seu artigo 69 § 2º (*morte dell'imputato*).

O referido Código Italiano prevê expressamente que a sentença não impede o exercício da ação penal pelo mesmo fato e contra a mesma pessoa se posteriormente se descobrir que a morte do acusado foi erroneamente declarada. Esta solução, *expressa* na lei italiana, põe por terra qualquer discussão sobre a matéria, não tendo sido, infelizmente, seguida pelo nosso legislador.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, Andreucci (2004, p. 173) faz menção à emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal, que julgou admissível o desfazimento da decisão por equívoco na morte do agente (STF – HC 60.095-6/RJ – Rel. Rafael Mayer – DJU, 17-12-1982, p. 13203).

A este respeito, o posicionamento doutrinário brasileiro destoa do pensamento jurisprudencial. Passa-se neste momento ao exame de algumas decisões jurisprudenciais sobre a matéria.

São decisões jurisprudenciais no sentido da admissibilidade de reabertura do processo após a descoberta da falsidade da certidão de óbito:

Declarada a extinção da punibilidade do agente por força de sua morte, que, entretanto, se verificou, posteriormente, ser irreal, não constitui constrangimento ilegal a sua prisão. (TACRIM SP – HC 55.654 – Rel. Juiz Valentim Silva – 6ª C. – J. 10.9.74 – Un.) (RT 475/293).

Penal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Extinção da punibilidade amparada em certidão de óbito falsa. Decreto que determina o desarquivamento da ação penal. Inocorrência de revisão *pro societate* e de ofensa à coisa julgada. Fundamentação. Art. 93, IX, da CF. I – A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito (...) IV - H.C. indeferido - JSTF 315/405.

O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou extinta a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada. (HC 60.095-6-RJ-DJU de 17-12-1982, p. 13.203). No mesmo sentido, STF: RTJ 93/986, 104/1.063.

A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. (HC 104.995 SP, Min. Dias Toffoli, 14/12/2010)

Percebe-se, nestas decisões, a ausência de óbices ao normal seguimento do processo, autorizando-se não somente a continuidade do *jus persequendi in juditio* em relação ao processo que estava em curso, mas, também, a punição do autor do *crimen falsum*, que, em se tratando de certidão de óbito falsa, corresponderá à responsabilização pelo Art. 297 do Código Penal (falsificação de documento público).

Note-se que ditas decisões declararam a inexistência de ofensa à coisa julgada, seja com a justificativa de que, não tendo ocorrido a morte do agente, a decisão que decretou a extinção da punibilidade fica eivada de erro material que, por sua natureza, não poderia transitar em julgado, seja com a alegação de que dita decisão, por conter vício flagrante, não faria coisa julgada em sentido estrito, autorizando-se, em qualquer caso, a continuidade do processo.

Em sentido oposto, verificam-se as seguintes decisões jurisprudenciais contrárias à reabertura do processo após a descoberta da falsidade da certidão de óbito:

A morte do agente equivocadamente reconhecida e que acarretou a extinção de sua punibilidade não pode reativar a ação penal após reconhecida a falsidade do óbito pela simples razão de que o que está extinto não reativa, não renasce. A lei reconhece a irreversibilidade da sentença declaratória da extinção da punibilidade a partir do momento em que transite em julgado a respectiva decisão, que se torna irrecorrível. (TACRSP - RT 580/349-50).

Embora julgada a extinção da punibilidade com base em documento falso, inadmissível é a reforma da sentença definitiva, em respeito à coisa julgada, sem prejuízo, porém, da apuração do delito praticado para a obtenção irregular do decreto extintivo. (JTACRIM 35/284). No mesmo sentido, TACRSP RT 475/293.

O respeito à coisa julgada serve, aqui, de argumento tendente à vedação da revisão *pro societate* em desfavor do réu, posição jurisprudencial que se coaduna ao pensamento doutrinário amplamente majoritário em nosso Direito.

Contrariando a doutrina dominante, verifica-se por certa corrente jurisprudencial um posicionamento tendente à admissão de reabertura do processo em função da descoberta da falsidade da certidão de óbito que gerou a declaração da extinção da punibilidade do réu. Nesta lógica, tal decisão não feriria o garantismo penal, visto que nenhuma de suas premissas ou princípios estaria violada, nem, tampouco, constituiria hipótese de revisão *pro societate*, já que não se partiria de ato nulo ou anulável, mas, sim, de ato *inexistente*, o qual, por esta natureza, não poderia produzir efeitos.

Este raciocínio se revela nos seguintes moldes: a decretação da extinção da punibilidade do réu pela morte do agente se baseia na morte do agente. E, se este está vivo, não pode produzir efeitos, devendo o juiz retomar o processo do estado em que se encontrava, podendo, inclusive, processar o agente não só pelo *crimen falsum* cometido (art. 297 CP – falsificação de documento público), mas, também, pelo crime objeto do processo extinto. Alega-se, neste diapasão, que a boa-fé processual é princípio também

extensível ao processo penal, não devendo perder espaço em favor de manobras tendentes a obstaculizar e fraudar um devido processo legal.

Este raciocínio, contudo, mostra-se equivocado. A razão de toda polêmica gira em torno da má compreensão, por parte significativa da jurisprudência, da teoria das nulidades processuais. A confusão repousa, especificamente, sobre a real caracterização e distinção entre *atos inexistentes* e *atos nulos*, já explicitada neste trabalho.

Com efeito, o ato que decretou a extinção do processo pela morte do agente, ao contrário do que é dito, *não é ato inexistente*; do contrário, este ato *existiu*, devendo-se averiguar, no entanto, se deve ou não ser invalidado. A confusão comumente feita entre atos nulos e atos inexistentes parece corromper e inviabilizar uma solução pacífica sobre o tema.

Retomando o pensamento exposto por Capez (200, p. 603), afirma o citado autor, em consonância com o pensamento do STF, que “no caso da nulidade (relativa ou absoluta), a inexistência não precisa ser declarada pelo juiz, bastando que se ignore o ato e tudo o que foi praticado em sequência, pois o que não existe é o “nada”, e o “nada” não pode provocar coisa alguma”.

Nota-se, claramente, o equívoco cometido. O ato do juiz que decretou a extinção da punibilidade, inegavelmente, *existiu*; portanto, não pode ser considerado um ato inexistente. Dessa forma, o raciocínio de que a vedação à revisão *pro societate* só se aplicaria aos atos nulos e anuláveis, mas não aos atos inexistentes cai por terra, pois, ainda que se mostre plausível, não se aplica à hipótese em questão, visto não se tratar de ato inexistente.

O mesmo erro é cometido na alegação de que a sentença de um juiz que aceitou suborno para proferir decisão tendenciosa constituir-se-ia em ato inexistente (para alguns sentença inexistente), e, nesta condição, não poderia fazer coisa julgada material. Este pensamento repousa no seguinte raciocínio: estando o juiz corrompido, faltaria o pressuposto processual da imparcialidade, o que tornaria, portanto, o processo inexistente, e não nulo, não fazendo, portanto, coisa julgada em sentido material e passível, por esta natureza, de desconstituição judicial. O equívoco mais uma vez se revela na constatação de que a hipótese de suborno do juiz é causa de nulidade absoluta,

e não de inexistência, consoante dispõe, *ipsi literis*, o Art. 564, I do CPP, ao estabelecer que a nulidade ocorrerá “por incompetência, suspeição ou suborno do juiz”.

Sendo assim, invariavelmente, em que pese a inconveniência ou injustiça do caso demonstrado, tendo o agente se locupletado ilicitamente por forjar a própria morte no curso de um processo criminal, não resta outra solução a não ser a de inadmitir a possibilidade de reabertura do processo após o trânsito em julgado da decisão que extinguiu a sua punibilidade, podendo, tão somente, ocorrer o processamento criminal do autor pelo crime de falsificação de documento público (art. 297 CP).

Reconhece-se, não obstante, a inadequação de nossa legislação pátria no tocante a certas incongruências no processo penal, como no caso mencionado. Urge, inegavelmente, a modificação legislativa no sentido de admissão *expressa* da revisão *pro societate* no direito Brasileiro, como única forma de se combater certas injustiças no processo penal, mormente quando o réu, utilizando-se de subterfúgios como o mencionado nesta pesquisa, procura abstrair-se à persecução penal, fraudando o próprio sistema pela falsificação da sua certidão de óbito.

Não obstante, sem a devida modificação legislativa, constituir-se-ia flagrante violação ao sistema garantista a admissão da revisão *pro societate* sem a necessária previsibilidade no ordenamento. Nesta lógica, qualquer quebra no sistema, a viabilizar soluções específicas para casos determinados (por mais injustos que pareçam), corresponderia a uma inversão tumultuária de nosso sistema penal, atentatória às liberdades e garantias individuais.

8. CONCLUSÃO

O processo penal apresenta, inegavelmente, especificidades em relação a outras áreas do direito processual. A especificidade dos bens jurídicos tutelados e a natureza da sanção penal atribuída justificam um conjunto peculiar de regras e princípios tendentes a efetivar o pleno exercício de garantias constitucionais individuais contra o abuso do Estado no exercício do seu direito de punir.

Tais garantias se revelam na construção histórica de princípios constitucionais penais limitadores da atuação do Estado, tendo como variante a possibilidade de revisão, a qualquer momento, da decisão transitada em julgado via revisão criminal, a fim de reparar injustiças cometidas no processo.

Esta verdadeira ação de impugnação, de natureza constitutiva, é destinada, exclusivamente, à revisão *pro reu*, e não *pro societate*, não incidindo o seu campo de ação sobre decisões injustas que tenham, eventualmente, beneficiado o réu.

Como exemplo apresentado neste trabalho, examinou-se a possibilidade de revisão da coisa julgada penal, em especial no que se refere à reabertura do processo criminal após a decretação da extinção da punibilidade do agente, em função da descoberta da falsidade da certidão de óbito anexa aos autos. Neste mister, encontram-se posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais conflitantes sobre a admissibilidade de reabertura do processo nessas circunstâncias.

Em que pesem entendimentos contrários, entende-se não ser possível a reabertura do processo após ter transitado em julgado a decisão de extinção da punibilidade do réu. Caso a referida decisão não houvesse ainda transitado em julgado, admitir-se-ia perfeitamente a retomada do processo, verificando-se que tal decisão, eivada de nulidade absoluta, poderia ser sanada pelo juiz, dando-se prosseguimento à relação processual.

Entretanto, uma vez transitada em julgado a decisão de extinção da punibilidade do agente, nada mais se poderá fazer, podendo-se, tão somente, processar o agente pelo crime de falsificação de documento público (artigo 297 do Código Penal).

Qualquer entendimento em sentido contrário, apesar de pretensamente moldar-se com maior inteireza a critérios de alegada justiça e moralidade, esbarra em um obstáculo visto, aqui, como intransponível, ao menos frente à sistemática processual penal vigente. Com efeito, não se admite a revisão *pro societate* em nosso ordenamento, ao contrário do disposto em certas legislações estrangeiras. Não se admitindo a revisão *pro societate*, mas somente a revisão *pro reo*, vislumbrar alguma justificativa de natureza processual que camufle princípios constitucionais em nome de alegada justiça constitui-se caminho perigoso na construção e interpretação da sistemática penal e processual penal vigente.

Em que pese a constatação flagrante de injustiça perpetuada pelo réu na falsificação de sua certidão de óbito, ludibriando e obstaculizando a persecução penal, a modificação da coisa julgada serviria de pretexto a outras *flexibilizações* da regra processual, com flagrante ameaça ao direito penal garantista, a engendrar outros casuísmos afrontadores da sistemática processual penal.

A este respeito, o entendimento, exposto por alguns autores, de que a decisão de extinção da punibilidade do réu deveria ser simplesmente ignorada por ter-se baseado em fato inexistente representa flagrante equívoco de natureza processual, revelando-se má compreensão e entendimento das invalidades processuais, trazidas, de forma sucinta, neste trabalho.

Nota-se, claramente, que a decisão de extinção da punibilidade, ora referida, não foi *inexistente*, tendo, de fato, *existido*. Inexistente foi o fato (alegada morte do réu), não se podendo dizer o mesmo quanto à decisão proferida. Assim, trata-se a decisão de extinção da punibilidade com base em certidão de óbito falsa de *ato nulo*, e não de *ato inexistente*, o que, não obstante, em função de já ter transitado em julgado, não poderá ser sanada, em função da proibição da *reformatio* em prejuízo do acusado.

A *relativização da coisa julgada* deve ter limites na medida do respeito à decisão judicial como forma de se garantir a estabilidade das relações sociais. Nesta ótica, ainda que ocorram injustiças, subjugar *ad eternum* o réu à possibilidade de reexame do processo a que este já respondeu (e sob o qual foi declarada extinta sua punibilidade) é arrastar o processo penal para o retrocesso obscuro da violência punitiva estatal. Inegavelmente, a alteração da coisa julgada penal só pode ocorrer em seu benefício, nunca em seu prejuízo.

Em que pese a injustiça do caso em exame, alternativa outra não há senão a de uma adequada e necessária modificação legislativa, a fim de erigir, expressamente, a possibilidade de revisão *pro societate* em determinadas situações, semelhantemente ao que ocorre no direito processual penal italiano. Até que esta modificação ocorra, abrir, forçosamente, uma exceção à regra por meio de fórmulas processuais moldadas ao casuísmo constitui-se medida violentadora às prerrogativas e garantias constitucionais de natureza individual e à própria sistemática processual penal garantista.

9. REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Resumo jurídico de direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. v. 3.

BOULOC, Bernard; LEVASSEUR, Georges; STEFANI, Gaston. **Droit pénal général**. 14. ed. Paris: Dalloz, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 603.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Culpabilidad y fines de la pena**: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. In: Ciências Penais: Revista da associação brasileira de professores de ciências penais. Ano 5, nº 8, jan-jun/2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, José Ángel Brandariz. **Política criminal de la exclusión**: el sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 144.

HERRERO, César Herrero. **Política criminal integradora**. Madrid: Dykinson, S. L., 2007.

HULSMAN, Louk; CELLIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: LUAM, 1993.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: atlas, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: e sua conformidade constitucional. Vol. II. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KOLB, Patrick; LETURMY, Laurence. **Droit pénal général**. Paris: Gualino, 2005.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: 1953.

LARGUIER, Anne-Marie; LARGUIER, Jean. **Droit pénal spécial**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1996.

LAVASSEUR, G.; CHAVANNE, A. **Cours élémentaire de droit**: droit penal et procédure pénale. 2. ed. Paris: Sirey, 1971.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. In: **Revista forense**. V. 377. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Revista de processo**. Ano IX. Nº 34, 1984.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Ovídio Batista da. Coisa julgada relativa? In: **Gênesis**: revista de direito processual civil. Curitiba: Gênesis, 1996.

SOUTO, Miguel Abel. **Teorias de la pena y limites al ius puniendi desde el estado democrático**. Madrid: Dilex, S. L., 2006.

TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. In: **Revista dialética de direito processual**. N.º 29. São Paulo: Dialética, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.