

# **A PEC DO TRÂNSITO EM JULGADO EM SEGUNDO GRAU: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E À TUTELA JUDICIAL EFETIVA**

Sumário: I) Introdução; II) A inconsistência da tese; III) O Juízo sobre as escolhas e o Juízo da constitucionalidade; IV) A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais; v) A desnaturação da revisão criminal; VI) Conclusões.

**Mauro Viveiros\***

## **I) Introdução**

A PEC 199/2019, em tramitação na Câmara dos Deputados, que extingue os recursos extraordinário e especial, transformando-os em ações de revisão, restringe o direito fundamental de presunção de inocência? Essa é a primeira questão em exame no presente artigo.

Afirmam alguns que a proposta, ao antecipar o momento em que o trânsito em julgado acontece -hoje só ocorre após esgotados todos os recursos previstos no sistema processual -representaria violação ao direito individual da presunção de não culpabilidade<sup>1</sup>, prevista no art. 5º, LVII, da CF<sup>2</sup>, constituindo, portanto, desobediência ao comando constitucional do art. 60 § 4º, IV da Carta Política.

A tese poderia ser assim enunciada: *A proposta de extinção dos recursos especial e extraordinário previstos nos artigos 102, III, e 105, III da Constituição Federal, por fixar o trânsito em julgado da decisão condenatória no segundo grau de jurisdição, fere o direito individual de presunção de não culpabilidade, que integra o núcleo imodificável do art. 60, § 4º, IV da Carta Política.*

## **II) A inconsistência da tese**

Essa visão parece não encontrar fundamento na ordem constitucional. Em primeiro plano, porque o sentido unívoco do art. 60, § 4º (*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I -(...); ...IV – os direitos e garantias individuais*) é o de proibir proposta encaminhada a excluir, suprimir direitos e garantias individuais, o que obviamente não é o caso, porque a referida PEC visa modificar *o momento* em que cessa a presunção de não-culpabilidade, isto é, após a condenação criminal em segunda instância.

A aceitação da tese implicaria admitir que o acusado em processo penal teria *direito adquirido* aos recursos especial e extraordinário no catálogo de direitos processuais penais constitucionais, concepção que padeceria de um *deficit* de ordem lógica.

---

\*Procurador de Justiça do MP/MT. aposentado, Mestre em Direito pela UNESP e Doutor em Direito Constitucional pela *Universidad Complutense de Madrid*, Professor da Escola Superior do MP/MT.

<sup>1</sup> A expressão presunção de não culpabilidade parece mais adequada que a de “presunção de inocência”. Do ponto de vista lógico, o fato de não se ter provado que o acusado cometeu a infração penal que lhe é imputada não implica assumir que não a cometeu. Isso porque: 1) o processo tem como objetivo a busca da verdade, a partir da hipótese de que o acusado é o autor da infração em razão das evidências de responsabilidade penal recolhidas na investigação criminal; 2) O acusado pode ser absolvido por razões diversas do fato de ser inocente (ilicitude ou insuficiência da prova). Colocar o acento da presunção na inocência do acusado não parece conforme a finalidade de apuração de infrações penais por meio do processo criminal. A presunção que se pode afirmar, antes da condenação, é a da não culpabilidade.

<sup>2</sup>Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...); LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

O direito seria vulnerado, não porque a proposta incida sobre o significado jurídico da presunção<sup>3</sup>, e sim porque um novo marco para sua cessação é fixado. O vício resultaria de aspecto externo ao direito: a alteração na sistemática de recursos atual<sup>4</sup>.

Se a Constituição Federal, ao assegurar a todos o direito de *não serem considerados culpados até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5º, CF), nada dispõe sobre o momento em que a condenação passa a ser definitiva, os recursos especial e extraordinário não pertencem ao âmbito de proteção do referido direito fundamental<sup>5</sup>.

As vias processuais disponibilizadas ao acusado, para o exercício do seu amplo direito de defesa, não integram o *domínio normativo do direito à presunção de não culpabilidade*. O que a norma de tratamento prescreve é a proibição a que se lhe imponham restrições baseadas em culpa presumida durante o processo penal.

O sentido inequívoco do direito fundamental é o de imunizar o acusado contra consequências jurídicas próprias da condenação criminal antes do trânsito em julgado da condenação, a mais notável delas a execução da pena, porque esta tem como pressuposto um título judicial definitivo<sup>6</sup>.

Parece bastante evidente, portanto, que a referida PEC não tem potencial para afetar o conteúdo do referido direito; ao suprimir o último nível dos recursos, a proposta não introduz restrição ao direito à presunção de não culpabilidade, que segue intacto no sistema processual penal, com plena eficácia, embora confinado no âmbito da jurisdição ordinária.

### **III) O Juízo sobre as escolhas e o Juízo da constitucionalidade**

Ao lado dessas razões de ordem lógica, parece-me que a ideia de reestruturar o sistema de recursos em si mesmo não encontra obstáculo na Constituição Federal brasileira.

O Poder Constituinte, visando a segurança jurídica, social e política do Estado e da sociedade, elege um rol de matérias protegidas contra o poder de reforma. Contudo, ciente de que o futuro não pode ser aprisionado eternamente em textos normativos, mantém aberta a possibilidade de desenvolvimento das instituições por parte das gerações futuras.

---

<sup>3</sup> “En el seno del proceso, en la contienda en que está inmerso el imputado o acusado, el derecho a la presunción de inocencia lleva aparejado un doble efecto: por un lado, que no puede serle exigida una actividad probatoria encaminada a hacer prueba de su inocencia, y por otro, correlativamente, que será sobre la parte contraria, la acusación que postula su culpabilidad, sobre quien recaiga la carga de hacer prueba de esa culpabilidad. El imputado o acusado se mantiene por tanto a lo largo del proceso y del juicio oral amparado por esta presunción, de tal forma que sólo las pruebas llevadas al juicio oral pueden desactivar sus efectos si, a partir de ellas, el Juez o Tribunal logra alcanzar un nivel de certeza, más allá de toda duda razonable, suficiente para afirmar su culpabilidad. Ello implica que será complemento necesario de esta presunción el principio in dubio pro reo, que impone al Juez o Tribunal la necesidad de dictar un fallo absolutorio en el caso de que se le presenten dudas razonables, que no logre despejar, ya sea sobre la realización del hecho delictivo, ya sea sobre la intervención en el mismo del acusado”. (Barrientos, Jesús María, Derecho a la Presunción de Inocencia, in VI/Lex, [www.praticopenal.es](http://www.praticopenal.es), acesso em 15.01.2020).

<sup>4</sup> O elemento externo poderia ser comparado ao caso de um barco que se diz afetado, não porque sua estrutura tivesse sido modificada, mas porque secou a água do lago em que navegava.

<sup>5</sup> Poder-se-ia cogitar de restrição ao direito à ampla defesa, ou o direito à proteção judiciária, mas, a bem da verdade, nada na Constituição Federal indica que o acusado tenha direito a uma terceira instância recursal, para revisar condenação mantida ou aplicada no segundo grau de jurisdição, obedecido o devido processo legal.

<sup>6</sup> A motivação da proposta de emenda constitucional de que se fala foi justamente a recente decisão do STF, proferida nas ADCs 43, 44 e 54, em que se alterou entendimento, até então vigente naquela Corte, quanto a compatibilidade da execução provisória de sentença penal condenatória após julgamento em segundo grau de jurisdição. Nesse julgamento a Suprema Corte concluiu, por seis votos a cinco, pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, que exige, como pressuposto da prisão, sentença condenatória transitada em julgado.

Canotilho, falando sobre a Carta portuguesa, porém no ponto a aplicável à brasileira, ensina, “Constituição implica, como ordem jurídica fundamental, a ideia de estabilidade e rigidez, designadamente quanto as suas dimensões estruturantes ou ao seu núcleo duro caracterizador (princípio do estado de direito, princípio democrático, direitos, liberdades e garantias, separação dos órgãos da soberania, descentralização territorial – federação- etc). Por outro lado (...), o futuro é uma tarefa indeclinável da constituição, devendo, por isso, a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social”<sup>7</sup>.

Entre as finalidades de estabilidade versus mudança, há de se observar a advertência de Nelson Sampaio: “cumpre evitar uma rigidez tão acentuada que seja um convite às revoluções, ou uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a ideia de segurança do regime sob que se vive”<sup>8</sup>.

A essa luz, pode-se dizer que o legislador reformador, representante da soberania popular tanto quanto o constituinte, dispõe de ampla liberdade para atualizar a ordem Constitucional e só conhece as limitações jurídicas traçadas pela própria Carta Política.

O seu juízo político nas escolhas (critérios da conveniência e da oportunidade) é distinto do juízo da constitucionalidade das escolhas, que se deve fazer sob critérios estritamente jurídicos, pois “a Constituição é um marco de convergência suficientemente amplo para comportar opiniões políticas muito diferenciadas, sem que se possa, *a priori*, impor-se, autoritariamente, uma delas, como a única interpretação correta”<sup>9</sup>.

Daí que a tarefa de regular, por meio de lei ou emenda constitucional, as condições do exercício de direito fundamental é própria do legislador. As medidas poderão ser mais restritivas ou mais abertas, em cada momento histórico, segundo certas diretrizes políticas. Desde que não se ultrapasse os limites impostos pela constituição, a questão quanto a amplitude ou restrição - na concepção e configuração de um direito fundamental - é ainda uma decisão política do legislador, insuscetível de controle jurisdicional.

#### **IV) A garantia do núcleo essencial de direito fundamental**

Isso firmado, deve-se destacar que os limites jurídicos impostos ao legislador constituído emanam diretamente, no caso brasileiro, das chamadas cláusulas pétreas, previstas no art. 60 § 4º, e também, quanto aos direitos fundamentais, a garantia do *núcleo essencial do direito fundamental*.

A despeito de a Constituição brasileira não consagrar expressamente tal figura como fazem outros ordenamentos<sup>10</sup>, o núcleo essencial do direito fundamental seria um postulado

---

<sup>7</sup>Canotilho, JJ Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p.1271. Prossegue o mestre português: “No mesmo sentido se fala da relação de continuidade/mudança garantida pelas constituições: 1) ao estabelecerem princípios e procedimentos socialmente institucionalizados, os textos constitucionais procuram assegurar a “segurança”, “certeza”, “vinculatividade” e “calculabilidade” indispensáveis a qualquer ordem jurídica; 2) ao introduzirem procedimentos de mudança (ex: normas de revisão) as constituições introduzem no estatuto jurídico do político horizontes temporais diferenciados que lhes permite continuar a assegurar um eventual consenso intergeracional e evitar uma insustentável distância entre a constituição escrita e a constituição material” (op. cit. p. 1272).

<sup>8</sup> O poder de reforma constitucional, Bahia, Liv. Progresso, 1954, p. 66, *apud* Gonet Branco, Paulo Gustavo, Poder constituinte, in *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., Saraiva/IDP, 2011, p. 137.

<sup>9</sup> SSTC, de 08 de abril de 1981 do Tribunal Constitucional Espanhol.

<sup>10</sup> No Direito Alemão, art. 19, parágrafo 2 da LF, no Direito espanhol, art. 53, I da CE, no Direito português o art. o art. 18, III, da CRP, na Constituição da Suíça art.36, na Constituição da Polônia, art.30.3, na Constituição da Romênia art.49.2, na Constituição da Eslováquia art.13.4, na Carta dos direitos fundamentais da República Checa art.4.4, na Constituição da Hungria, art.8.2, na Constituição da Turquia art.13, na Constituição da Albânia art.17.2, na Constituição da Estônia art.11.2, na Constituição do Kirdistão art.17.2, na Constituição da Moldávia art.54.2, na Constituição Federal Argentina -art.28, na Constituição do Chile art.19. (Cfr. Peti Guerra, Luis Alberto, *La*

imane; uma unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa<sup>11</sup>; existiria um espaço suscetível de limitação por parte do legislador, outro insuscetível de limitação (teoria absoluta); a teoria relativa propõe que o núcleo essencial deve ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade<sup>12</sup>.

A despeito da dificuldade para identificação do que seja o núcleo essencial – o bem/objeto que se visa proteger frente ao que seria passível de restrição ou “desgaste” –, inclusive porque direitos fundamentais apresentam perfis, características e funções distintas, o que se deve reter é que a limitação de direitos fundamentais é duplamente limitada pela Constituição Federal: por meio do art. 60, § 4º, IV, genericamente, e pelo conteúdo essencial de cada direito fundamental, especificamente.

No caso, independente da teoria que se siga, é fácil ver que a PEC em exame em nada interfere na ideia central, no núcleo essencial, da proibição a que se considere o acusado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Se de acordo com a teoria objetiva do núcleo essencial, proíbe-se de modo absoluto transpassar o limite que afetaria a essência do direito fundamental – sob pena de ele tornar-se irreconhecível – a ideia elementar de que o acusado não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação não pode ser afetada com a supressão dos recursos especial e extraordinário<sup>13</sup>.

A diminuição do tempo do processo criminal, dentro do qual essa garantia tem vigência, não induz restrição ao direito fundamental. Não se introduz exceção ao direito de não culpabilidade, tampouco modificação no seu conceito histórico, mas uma alteração na grade de recursos, que só indiretamente reflete no termo final do trânsito em julgado.

## V) A desnaturação da revisão criminal

---

*categoría del "contenido esencial" para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación*, Revista de Derecho de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho, nº 15, Montevideo, 2017).

<sup>11</sup> Cfr. Mendes, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito constitucional*, Saraiva/IDP, 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 241/242. E, estudo sobre as decisões do TC espanhol, Luís Prieto Sanchis destaca quatro notas a respeito do núcleo essencial: 1) se trata de conceito de valor absoluto e não relativo; 2) são os elementos mínimos que fazem reconhecível um direito, que impedem sua desapareção ou sua transformação em outra coisa; 3) cada direito possui um; 4) não basta ir a Constituição para descobri-lo, senão que se deve indagar na esfera dos conceitos jurídico tradicionais, atender as ideias e convicções geralmente admitidos pelos juristas. (*Estudios sobre derechos fundamentales*, pp. 143/144, *apud* Peces-Barba, Gregório, op. cit. p 512).

<sup>12</sup> Alexy entende que a garantia do conteúdo essencial não formula nenhuma restrição adicional da restringibilidade de direitos fundamentais. Considera que essa garantia é parte do princípio da proporcionalidade. (Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Clección El Derecho y la Justicia, Directores Elías Díaz García y Francisco J. La Porta San Miguel, Madrid, 2002, p. 291).

<sup>13</sup> As chamadas *cláusulas pétreas* devem ser compreendidas em conformidade com a natureza e o objeto de tutela das matérias protegidas, de acordo com o próprio estágio de evolução da ciência constitucional. Nessa diretriz, a violação dos limites impostos ao legislador reformador ocorre, não em razão de qualquer alteração que venha ser introduzida na matéria protegida, mas quando haja uma alteração substancial do direito constitucional tutelado, cujo resultado leve a desfiguração do instituto. Essa tem sido a posição do STF, inclusive em sede de controle abstrato de constitucionalidade, v.g. na ADI 2.024, julgada em 01.12.2000: “...as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.

O segundo tema em exame no presente artigo diz respeito à revisão criminal. A proposta promove uma reestruturação no campo dos recursos, os quais passam a confinar-se no âmbito da jurisdição ordinária, enquanto o acesso do acusado à jurisdição dos tribunais superiores ocorreria por meio da ação de revisão, sem prejuízo das ações mandamentais do *habeas corpus* e mandados de segurança.

Em princípio, a medida reforça a autonomia das instâncias ordinárias, encarregadas das atividades de instrução e julgamento acerca da matéria de fato e de direito; e a eliminação dos recursos excepcionais certamente contribui para a economia e duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII). Isso pode ser de consenso geral.

A questão fundamental é se essa reestruturação permite assegurar um nível adequado/suficiente de defesa de direitos fundamentais no ordenamento processual. Noutras palavras, deve-se indagar se o modelo que transforma a ação de revisão criminal em ação de revisão extraordinária e especial dificulta ou impede a correção de erros judiciários.

O primeiro ponto de atenção é o que eleva a ação revisional aos tribunais superiores. Sendo missão precípua daqueles tribunais a defesa do direito objetivo e a guarda da Constituição, atribuir-lhes competência para revisar decisões condenatórias proferidas pelos órgãos da jurisdição ordinária não parece conforme a esses papéis<sup>14</sup>.

Ainda que se possa esperar drástica redução das atividades nos tribunais superiores, com a eliminação de milhares de recursos futuros, é certo que os já admitidos haverão de ser julgados e, assim, diante do alto estoque hoje existente, as ações de revisão entrariam naquela longa fila de espera, salvo em caso de réus presos.

Aparte o óbice à duração razoável do processo - ações de revisão criminal nos tribunais estaduais e regionais são julgadas em até dois anos, em média - sob o ângulo da efetividade a questão é ainda mais preocupante.

Observa-se que as três hipóteses de cabimento da ação de revisão criminal previstas no art. 621 do CPP desaparecem na PEC; em seu lugar se introduz as hipóteses que autorizam os recursos especial e extraordinário<sup>15</sup>, com o que a revisão criminal perde a natureza de direito subjetivo para a reparação de erros ou injustiças<sup>16</sup>.

O condenado hoje dispõe de um amplo poder de rever sua condenação, fundando o pedido em quaisquer das situações previstas no dispositivo acima referido. O tribunal, por sua vez, ainda que vinculado a hipóteses taxadas, pode exercer juízo rescindente e juízo rescisório, e tanto proclama a absolvição quanto a desclassificação, a redução de pena ou mesmo a modificação de regime de cumprimento de pena.

---

<sup>14</sup> A menos que se possa rever a jurisprudência firme e consolidada no STF sobre a admissibilidade do RE (v.g. súmulas 279, 636 etc), a ação revisional, tal como posta da PEC, não se prestaria ao reexame de fatos e provas, bem assim a valoração, como é próprio da revisional, ainda que em menor profundidade.

<sup>15</sup> A PEC traslada as matérias do art. 102, III, pertencente ao RE, acrescentando a letra *s* ao inciso I, e as do art. 105, III, do REsp, acrescentando a letra *j* ao inciso I, para o âmbito da Ação de Revisão. Chama a primeira de ação revisional extraordinária, a segunda de ação revisional especial.

<sup>16</sup> “Expressiva parte da doutrina nacional representada por importantes vozes do Direito, como José Frederico Marques, Vicente Greco Filho, Júlio Fabbrini Mirabette, Guilherme de Souza Nucci, Fernando da Costa Tourinho Filho, Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Edilson Mougén Bonfim, Eugênio Pacelli de Oliveira, Ada Pellegrini Grinover, (Paulo Rangel e Norberto Avena), define a revisão criminal como ação penal de impugnação de natureza constitutiva, porquanto visa desconstituir a coisa julgada, ou seja, objetiva desfazer a decisão condenatória definitiva, para a qual se esgotaram todos os meios de impugnação pela via recursal, como observam os Profs. Freitas e Marques da Silva.” (Moreira da Silva, Ronaldo Sérgio, <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%202.pdf?d=636685514639607632>).

A proposta não contempla as mais relevantes e frequentes situações do erro judiciário: I) *sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos*; II) *sentença condenatória fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos*; III) *quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena*.

O condenado, nos termos da proposta, além de só ter acesso aos tribunais superiores nas mesmas excepcionais hipóteses do recurso extraordinário e especial, só lograria a admissão da revisão extraordinária se demonstrasse a *repercussão geral das questões constitucionais* nela discutidas, e, para a ação revisional especial, se demonstrasse o *interesse geral das questões infraconstitucionais* nela discutidas.

O legislador reformador, de maneira acrítica, apenas tomou de empréstimo o *nomem iuris* revisão, acrescendo-lhe as expressões *extraordinária* e *especial*, inoculando nessas figuras o objeto dos recursos especial e extraordinário. Com a estratégia de fundir institutos jurídicos inteiramente distintos, de um golpe eliminou um, ou dois, graus recursais e extinguiu a própria revisão criminal<sup>17</sup>.

A ação de revisão criminal, assim, é inteiramente desnaturada – dissolvida - por uma fórmula que leva ao completo esvaziamento do direito fundamental do condenado, de se insurgir contra erros de procedimento e de julgamento na condenação passada em julgado, perante a instância que o condenou, com o mínimo de possibilidade de êxito.

A proposta, portanto, impõe severa restrição ao direito à tutela judicial efetiva e à reparação do erro judiciário, garantidos pelo art. 5º, XXXV e LXXV<sup>18</sup> da Constituição Federal e por documentos internacionais de Direitos Humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU/1966) – art. 14, 5 e 6 - a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969), arts. 8 e 10, respectivamente; os dois últimos ratificados e internalizados no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos Decretos nº. 592/92 e 678/92<sup>19</sup>.

Essa intervenção intensa e não justificada em direitos fundamentais explícitos na Carta Política, não passa no teste da proporcionalidade. Para satisfazer o declarado propósito de desincentivar recursos protelatórios e autorizar a execução da pena em segunda instância – que a extinção dos recursos excepcionais proporcionaria - não é necessário eliminar do cenário processual a revisão criminal, ação de impugnação autônoma, de competência do tribunal o

---

<sup>17</sup> É curioso que a exposição de motivos da PEC, ao proclamar que “a proposta de emenda à Constituição visa, em apertada síntese, a transformação dos recursos extraordinário (art. 102, caput, III) e especial (art. 105, caput, III) em *ações revisionais*”, não tenha dado uma palavra sobre ter eliminado as hipóteses da revisão criminal e em seu lugar introduzido o objeto do RE e do REsp, levando-a para a terceira instância de jurisdição. Indaga-se: 1) o legislador reformador teria consciência do que fez? 2) subsistiria, ao lado das revisões excepcionais, a revisão criminal prevista no CPP? 4) as ações poderiam agora ser propostas também pela acusação (revisão *pro societate*)?

<sup>18</sup> Cfr. Aponta o Des. Ronaldo Sérgio Moreira da Silva: “É importante considerar que a revisão criminal tem previsão na Constituição Federal, haja vista o disposto no seu artigo 5º, inciso LXXV, segundo o qual o “Estado indenizará o condenado por erro judiciário”. Ora, ainda que o constituinte não tenha sido explícito quanto ao uso da expressão “revisão criminal”, evidentemente assegurou implicitamente a existência de instrumento judicial colocado à disposição do cidadão para, valendo-se do princípio também constitucional da inafastabilidade da jurisdição, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), buscar a rescisão de decisão condenatória definitiva – portanto, da coisa julgada –, seja para obter a absolvição, seja para alcançar a desclassificação do crime, seja reduzir a pena, seja, enfim, para anular o processo penal condenatório.” (op.cit.)

<sup>19</sup> Também o Protocolo nº 7 ao Convenio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, Estrasburgo, em 22.11.1984 prevê, no seu art. 3º, o direito à indenização por erro judiciário.

juízo da condenação está vinculado administrativamente, que tem como pressuposto o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O núcleo essencial do direito fundamental à reparação do erro judiciário seria indubitavelmente afetado pela PEC, porque, suprimida a via revisional na jurisdição ordinária, o condenado não disporia de via apropriada na instância excepcional, para combate eficaz de erros e injustiças, o que representaria flagrante vulneração ao seu direito fundamental à jurisdição.

No caso, a imagem do direito fundamental à reparação do erro judiciário, que resulta da regulação proposta, não seria reconhecível em seus traços determinantes, como pertencente à categoria abstrata teórica desse direito. Em verdade, desfigurado na sua estrutura e esvaziado em seu conteúdo, o instituto da revisão criminal, com sua funcionalidade histórica, na prática desaparece, sendo despojado de um significado mínimo, que o torna incapaz de servir como meio de reparação substancial de erros judiciários.

## **VI) Conclusões:**

A garantia do direito à presunção de não culpabilidade não é afetada com a mudança do parâmetro temporal em que opera o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Os recursos especial e extraordinário não integram o âmbito de proteção do art. 5º, LVII, da CF (*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*).

Para satisfazer o objetivo de impedir recursos protelatórios ao STF e ao STJ e autorizar a execução da pena em segunda instância, não é necessário eliminar do cenário processual a revisão criminal, ação de impugnação autônoma, de natureza subjetiva, que tem como pressuposto o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O núcleo essencial do direito fundamental à reparação do erro judiciário, previsto no art. 5º, LXXV da CF, seria indubitavelmente afetado pela PEC, porque, suprimida a via revisional na jurisdição ordinária, o condenado não disporia de via na instância excepcional para combate eficaz de erros e injustiças, representando vulneração ao seu direito fundamental à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

## **Bibliografia:**

Alexy, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección El Derecho y la Justicia, Directores Elías Dias García y Francisco J. La Porta San Miguel, Madrid, 2002.

Alfonso, Luciano Parejo, El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, in Dialnet-ElContenidoEsencialDeLosDerechosFundamentalesEnLaJ-249648%20(4).pdf.

Barrientos, Jesús Maria, Derecho a la Presunción de Inocencia, in VI/Lex, [www.praticopenal.es](http://www.praticopenal.es)., acesso em 15.01.2020.

Branco, Paulo Gustavo Gonet e Mendes, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito constitucional*, Saraiva/IDP, 6ª ed. Saraiva, São Paulo, 2011.

Canotilho, JJ Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

Moreira da Silva, Ronaldo Sérgio,  
<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%202.pdf?d=636685514639607632>.

Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1995.

Peti Guerra, Luis Alberto, *La categoría del "contenido esencial" para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación*, Revista de Derecho de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho, nº 15, Montevideo, 2017.