

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP**

Silvio Carlos Álvares

**Revisão criminal compulsória em defesa dativa – a dignidade
da pessoa humana e a ampla defesa constitucional**

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO / SP
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP**

Silvio Carlos Álvares

**Revisão criminal compulsória em defesa dativa – a dignidade
da pessoa humana e a ampla defesa constitucional**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais – sub-área Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos da Ponte.

**SÃO PAULO / SP
2008**

ÁLVARES, Silvio Carlos

CA_____ Revisão criminal compulsória em defesa dativa – a dignidade da pessoa humana e a ampla defesa constitucional.

Orientador: Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte.
São Paulo/SP, 2008. 182 fls.

Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Pós-Graduação da PUC/SP. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP.

1. Revisão Criminal 2. Defesa Dativa 3. Dignidade da Pessoa Humana 4. Ampla Defesa.

CDD _____.

Banca Examinadora

São Paulo, ____ de _____ de 2008.

DEDICATÓRIA

“A Deus, ser de amor supremo, possuidor de toda a minha vida, das alegrias, das tristezas, dos sonhos, dos pesadelos, das vitórias e das derrotas. Aquele diante de quem me prostro, pois, é o Grande Senhor da Vida. Entrego-lhe, sempre meus pensamentos e ações, meu coração e aflições, porque Ele, o Senhor da Vida, fecunda em mim paz e amor, encaminhando-me para a senda da felicidade. Daí porque o busco, incessantemente com pensamentos sinceros e leais. Trabalho e caminho pensando nele. Reverencio-o e sigo os seus passos fazendo o bem continuamente porque Ele não se esquece de mim um só segundo. Ele é o Grande e Justo Senhor da Vida. O Deus do impossível, para quem nada é impossível”.

“Aos meus pais Nicanor e Cuca, espero sinceramente não tê-los desapontados nos meus erros e que tenha sempre o perdão manifestado em todas as horas. Doutores da vida ensinaram sempre, dentro da humildade, o caminho da honestidade e do bem. Grandes presentes que Deus me deu. O eterno agradecimento por tudo e a certeza de grande parcela nas vitórias já conquistadas ou a conquistar. Nesta oportunidade o agradecimento aos meus irmãos, numerosos e maravilhosos comigo, cada um me ensinando algo da vida que foi indispensável em meu ser”.

“Aos meus amados filhos Juliana e Pedro. As mais lindas sementes de amor que Deus plantou na minha vida. Tradução maior do significado das palavras vida e amor. Perdão pelo tempo subtraído para consecução do trabalho, retirado do nosso convívio maravilhoso. Filhos que significam a concretização na Terra da existência do Céu. A única certeza incontestável é que os amo com todas as forças do meu ser, hoje, sempre e eternamente”.

“Ao amigo e grande mestre Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte, significado maior das palavras competência, responsabilidade, paciência e generosidade. Defini-lo com expressões determinadas seria um contra-senso já que possui as maiores virtudes de um ser humano. Profissional do mais alto gabarito quer na docência, quer na atividade junto ao Ministério Público. Honrado, faz seguidores não só ao seu trabalho acadêmico, mas acima de tudo ao seu lado humano, tendo a certeza de que após conhecê-lo fez desta humilde pessoa mais um de seus discípulos. O grande agradecimento pela oportunidade do sonho realizado, necessitando muito mais na orientação do trabalho demonstrar o lado humano em face das minhas deficiências. Afirmo: grande ser humano e enorme profissional ! Deus o abençoe hoje, sempre e eternamente”.

AGRADECIMENTOS

“Ao eterno amigo e mestre Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo, responsável por um sonho que sempre entendia impossível. Sua forma gentil de me seduzir ao mundo do direito e seu estudo aprofundado, fizeram de mim alguém que pôde realizar sonhos e concretizá-los. O agradecimento eterno pela amizade, pela ajuda e acima de tudo por estar sempre ao meu lado, desde o plantio em terras áridas até as colheitas em solo germinado. A certeza, sempre, de um divisor de águas em minha vida, como uma vez mencionado, quer profissional ou pessoal. Antes e depois do insuperável mestre Luiz Alberto David Araujo”.

“À Juliana Pereira de Almeida a gratidão pelos momentos de ajuda, sacrifício e incentivo indispensáveis para a consecução deste trabalho, com a certeza de que é responsável também por esta vitória”.

“À Instituição Toledo de Ensino, minha casa, quer na vida acadêmica, como profissional, a quem devo muito do que sou como docente e operador do Direito, a quem nunca conseguirei por mais atos que pratique, mostrar a gratidão eterna, por tudo que fez por mim, ensinando-me acima de tudo que o saber é infinito e a busca dele incessante”.

“À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que se tornou minha segunda casa. O agradecimento eterno pelos conhecimentos adquiridos e aperfeiçoados dentro de uma Instituição de Ensino das mais renomadas, possuidora de professores competentes, que não medem esforços para ensinar o que sabem em sua plenitude. A certeza da saudade dos professores, funcionários e colegas de curso”.

“Por fim os agradecimentos a eternos amigos, que se tornaram parte da minha família: Alberto Briani, Célia Romero Trefilio, Fernando Pinheiro Cavini, Ivan Vendrame e Patrícia Cozzolino de Oliveira, citados em ordem alfabética porque seria impossível colocar a prevalência de um sobre o outro na importância que tiveram com suas ajudas sempre efetivas e generosas na consecução deste trabalho. Vocês têm parcela no sonho que se realiza!”.

DEUS ABENÇÕE A TODOS !

RESUMO

ALVARES, Silvio Carlos. **Revisão criminal compulsória em defesa dativa – a dignidade da pessoa humana e a ampla defesa constitucional**. Tese de doutorado apresentada ao Setor de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2008.

O presente trabalho é uma análise da possibilidade de implantação em nosso sistema jurídico processual penal do instituto inédito da revisão criminal compulsória em defesa dativa. Sem dúvida, a Constituição de 1988, pós-regime ditatorial, trouxe significativa mudança na vida dos cidadãos brasileiros. Dentre os princípios constitucionais tidos como fundamentais temos a dignidade da pessoa humana e ampla defesa. A primeira, inovadora como princípio expresso. A segunda com maior intensidade sendo revelada como garantia e direito expresso de qualquer cidadão. Na conjugação das duas houve a elaboração deste trabalho. A necessidade de que o rol de atuação do instituto da Revisão Criminal, circunscrito às hipóteses definidas em 1941, com o avanço das relações sociais e suas conseqüências, primordialmente as garantias e direitos fundamentais do cidadão, alcançados pela Constituição Federal sofresse um estudo de ampliação, sem se perder de vista o caráter excepcional de tal medida. Justifica-se a importância do presente trabalho visto defender os interesses do agente condenado em caráter definitivo, alicerçado na dignidade da pessoa humana e na ampla defesa, tendo sua defesa efetivada por defensor dativo, que não é, obviamente, pessoa de sua confiança pessoal, já que nomeado por rodízio. Além disso, não se perde o caráter restritivo de sua aplicabilidade para não se transformar em instituto de impunidade, já que traz requisitos expressos, entre eles, o de que a decisão não tenha sido anteriormente reexaminada através de nenhuma espécie de recurso ordinário.

Palavras-Chave: Dignidade da Pessoa Humana, Ampla Defesa, Revisão Criminal, Revisão Criminal Compulsória em Defesa Dativa.

ABSTRACT

The present work is an analysis of the possibility of implantation in our criminal processual legal system, of the inedited institute of the compulsive criminal revision in dative defense. Without any doubt, the Constitution of 1988, post dictatorial regimen, brought a significant change in the life of the Brazilian citizens. Amongst the constitutional principles known as fundamental, we have the human being and dignity the ample defense. The first innovator as expressed principle. The second with bigger intensity, becoming the guarantee and expressed right of any citizen. In the union of both this work was developed. The necessity of the roll of performance of the institute of the Criminal Revision, circumscribed to the hypotheses defined in 1941, with the advance of the social relationships and their consequences, primordially the guarantees and fundamental rights of the citizen, reached by the Federal Constitution suffered a study of enlargement, without losing sight of the exceptional character of such instrument. It justifies the importance of the present work as it defends the interests of the agent condemned in definitive character, based on the human being dignity and in ample defense, having his defense accomplished by court appointed defensor, who is not, obviously, an individual of his personal confidence, since one is nominated by turn. Besides, it does not lose the restrictive character of its applicability in order not to transform itself into an institute of impunity, since it brings expressed requirements, among them, the one that the decision has not been previously reviewed by any kind of ordinary resource.

Key-Words: Human Being Dignity, Ample Defense, Criminal Revision, Compulsive Criminal Revision in Dative Defense.

RIASSUNTO

Questo lavoro é un'alisi della possibilita di introdurre nel nostro sistema giuridico processuale penale l'istituto inédito della revisione criminale compulsória in difesa nominata. Senza dubbio, la costituzione Del 1988, dopo il regime dittatoriale, ha apportato cambiamenti significativi nella vita dei cittadini brasiliani. Fra i principi costituzionali ritenuti fondamentali abbiamo la dignitá della persona umana e ampia difesa. La prima (citata) innovatrice come principio espresso. La seconda com maggiore imensitá essendo rivelata come garanzia e diritto espresso di qualsiasi cittadino. Nelaa coniugazione di queste due c'e stata l'elaborazione di questo lavoro. La necessita che ruolo di atuazione dell'istituto della revisione criminale, circoscritto alle ipotes definite nel 1941, com l'avanzare delle realzioni sociali e lê loro conseguenze, primordialmente le garanzie e diritti fondamentali del cittadino, ottenuti dalla costituzione federale soffresse uno studio di aumento, senza perdere di vista il carattere eccezionale di tale misura. L'importanza di questo lavoro é giustificata in vista della difesa degli interessi del soggetto condannato in carattere definitivo, basatto sulla dignitá della persona umana e sall'ampia difesa, essendo la sua difesa fatta per um difensore nominato, che non é, obbiamente, persona di sua fidúcia personale, já che nominato com sistema aleatorio. Oltre a questo, non si perde il carattere restittivo della sua applicabilitá perche non si trasformi in principio di impunitá, já che porta requisiti espressi, fra i quali, quello che la decisione non sia stata anteriormente esaminata attraverso nessuna specie di ricorso ordinario.

Parole-Chiave: Dignitá della Persona Umana, Ampia Difesa, Revisione Criminale, Revisione Criminale Compulsoria in Difesa Nominata.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | | |
|--------------------|---|----------------------------------|
| Ampl. | – | Ampliada |
| Art. | – | Artigo |
| Arts. | – | Artigos |
| Atual. | – | Atualizada |
| Aum. | – | Aumentada |
| CC | – | Código Civil |
| CF | – | Constituição Federal |
| CF/88 | – | Constituição Federal de 1988 |
| Coord. | – | Coordenador(a) |
| CP | – | Código Penal |
| CPP | – | Código de Processo Penal |
| D.P. | – | Data da Publicação |
| Dr. | – | Doutor |
| Dr ^a . | – | Doutora |
| EC | – | Emenda Constitucional |
| Ed. | – | Edição |
| Inc. | – | Inciso |
| Min. | – | Ministro |
| Org. | – | Organizador |
| Reform. | – | Reformada |
| Reimpr. | – | Reimpressão |
| Rel. | – | Relator |
| Rel ^a . | – | Relatora |
| Rev. | – | Revisada |
| RT | – | Revista dos Tribunais |
| Ss. | – | Seguintes |
| STF | – | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | – | Superior Tribunal de Justiça |
| Tirag. | – | Tiragem |
| TJ/SP | – | Tribunal de Justiça de São Paulo |
| Tur. | – | Turma |
| Vol. | – | Volume |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| RESUMO | 05 |
| ABSTRACT | 06 |
| RIASSUNTO | 07 |
| LISTA DE ABREVIATURAS | 08 |
| INTRODUÇÃO | 11 |
| PARTE I | |
| O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O INSTITUTO DA REVISÃO CRIMINAL | 14 |
| 1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 15 |
| 1.1 Introdução | 15 |
| 1.2 A Dignidade da Pessoa Humana: Origem e Fundamentação do Princípio | 18 |
| 1.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: sua Previsão Constitucional..... | 23 |
| 1.4 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Aplicado ao Direito Penal e ao Processo Penal: Conseqüências..... | 29 |
| 1.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Revisão Criminal.... | 53 |
| PARTE II | |
| DA REVISÃO CRIMINAL E SEUS ASPECTOS ANTE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 60 |
| 1 A REVISÃO CRIMINAL NO DIREITO PÁTRIO | 61 |
| 1.1 A Previsão Constitucional | 61 |
| 1.2 O Erro Judiciário e a Revisão Criminal Implícita | 61 |
| 1.3 A Coisa Julgada e sua Relativização: a Questão da Segurança Jurídica..... | 64 |
| 1.3.1 <i>Considerações históricas sobre a ‘res iudicata’</i> | 65 |
| 1.3.2 <i>A coisa julgada</i> | 65 |
| 1.3.3 <i>Coisa julgada formal e coisa julgada material</i> | 66 |
| 1.3.4 <i>A autoridade da coisa julgada</i> | 68 |
| 1.3.5 <i>A teoria da mitigação da ‘res iudicata’</i> | 69 |
| 1.4 Escorço Histórico | 75 |
| 2 A REVISÃO CRIMINAL NO DIREITO COMPARADO..... | 79 |
| 3 A REVISÃO CRIMINAL E O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL... | 87 |
| 3.1 Conceito | 87 |
| 3.2 Natureza Jurídica: Recurso ou Ação Penal Constitutiva? | 88 |
| 3.3 Pressupostos Legais | 91 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 3.4 | As Hipóteses Legais do Art. 621 do Código de Processo Penal..... | 93 |
| 3.4.1 | <i>Violação ao texto expresso de lei ou contrariedade à evidência dos autos ...</i> | 94 |
| 3.4.2 | <i>Sentença condenatória fundamentada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos</i> | 97 |
| 3.4.3 | <i>Descoberta de novas provas da inocência do acusado ou de circunstâncias que determine ou autorize diminuição especial da pena</i> | 99 |
| 3.5 | Legitimidade | 100 |
| 3.5.1 | <i>Capacidade postulatória</i> | 103 |
| 3.6 | Considerações com Relação a Algumas Situações na Revisão Criminal . | 104 |
| 3.6.1 | <i>A sentença condenatória criminal transitada em julgado diz respeito somente a crimes ou delitos?</i> | 104 |
| 3.6.2 | <i>A sentença do tribunal do júri e a soberania dos veredictos</i> | 105 |
| 3.6.3 | <i>A sentença estrangeira condenatória</i> | 109 |
| 3.6.4 | <i>A decisão de pronúncia</i> | 110 |
| 3.6.5 | <i>A sentença absolutória e a possibilidade de revisão criminal.....</i> | 112 |
| 3.6.6 | <i>A sentença absolutória imprópria e a revisão criminal</i> | 112 |
| 3.6.7 | <i>A sentença absolutória própria e a revisão criminal</i> | 113 |
| 3.6.8 | <i>A questão da possibilidade de interposição de revisão criminal diante de sentença condenatória em ação penal privada</i> | 116 |
| 3.6.9 | <i>A possibilidade da alteração da pena não proveniente de novas provas</i> | 117 |
| 3.6.10 | <i>Revisão criminal é o caminho correto para aplicação de lei nova mais benigna?.....</i> | 118 |
| 3.6.11 | <i>A questão do empate em revisão criminal e o julgamento 'pro reo' ou 'pro societate'</i> | 120 |
| 3.7 | A Imprescritibilidade: Prazo | 127 |
| 3.8 | O Processo da Revisão Criminal | 127 |
| 3.9 | As Possibilidades de Julgamento em Sede de Revisão Criminal... | 129 |

PARTE III

| | | |
|----------|---|------------|
| | A REVISÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA EM DEFESA DATIVA - CONTORNOS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AMPLA DEFESA..... | 131 |
| 1 | DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA | 132 |
| 2 | DA DEFESA DATIVA NA ESFERA CRIMINAL | 136 |
| 3 | DA REVISÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA E DA DEFESA DATIVA... | 142 |
| 4 | REQUISITOS PARA INTERPOSIÇÃO DA REVISÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA EM DEFESA DATIVA..... | 168 |
| 5 | PROJETO DE LEI VISANDO A ALTERAÇÃO DE DISPOSITIVO ATINENTE À REVISÃO CRIMINAL | 171 |
| | CONCLUSÕES..... | 173 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 176 |

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 fez com que o cidadão brasileiro tivesse a nítida impressão que seus direitos e garantias fundamentais estavam garantidos.

Não se pode olvidar que a redação do Art. 5º e de seus incisos, dentro das *Garantias e Direitos Fundamentais* nos dá esta impressão. A extensibilidade dos referidos incisos demonstra a preocupação do legislador de, no período pós-regime ditatorial, deixar bem claro, até pelos traumas advindos daquela época, quais seriam os direitos, as garantias e os deveres dos cidadãos. Muitos entendem que o Art. 5º da Constituição Federal poderia estar circunscrito a dois incisos, notadamente o direito de ação e o devido processo legal. Entretanto foi salutar, sem dúvida, a menção expressa e detalhada dessas garantias e direitos, mesmo sendo a maioria deles decorrentes do devido processo legal.

No presente trabalho a preocupação maior foi com a possibilidade de revisão criminal compulsória em defesa dativa, conjugando alguns dos mais importantes princípios fundamentais.

De início funda-se na possibilidade de indenização pelo erro judiciário, o que significa dizer que as decisões emanadas do Poder Judiciário proferem de seres humanos, portanto, falhos. Diz-se que a maior virtude do ser humano é ser falho, visto que se não tivesse a falibilidade humana, não teria sequer sentimentos, já que seria como um computador, totalmente racional, sem qualquer resquício sentimental.

Assim, identificada a possibilidade da indenização por erro judiciário, na seara criminal, o instituto para que se reconheça a existência ou não desse erro é o da revisão criminal.

Funda-se ele na afirmação de que nenhuma decisão injusta pode prosperar dentro da órbita judiciária. Não se admite, em hipótese alguma, a possibilidade de um direito injusto. A norma pode ser injusta, o direito nunca pode ser injusto, pois a palavra *direito* significa *justiça*.

Sendo a norma de qualquer forma injusta, compete ao operador do direito lutar para que seja modificada e traga em seu bojo a justiça que seu conteúdo requer.

Deixar com que uma decisão injusta torne-se definitiva, imutável e perene, afronta o segundo princípio lançado mão para consecução do trabalho: a dignidade da pessoa humana, que como se verá não deve ter definição restritiva e sim definição e aplicação irrestrita na defesa dos interesses do indivíduo. Daí porque dentro da dignidade da pessoa humana, com responsabilidade e fundamentação se defende a relativização da coisa julgada, diga-se, excepcionalmente.

A revisão criminal então é analisada conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana no afã de se tornar segura a aplicabilidade do instituto inédito que ora se propõe.

Por fim analisa-se a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita, notadamente, na área penal, com a defesa dativa, não se perquirindo sobre sua atuação, mas tão somente, com relação ao vínculo de confiança do acusado com sua defesa nomeada através de rodízio sem sua participação na escolha.

Na análise própria do instituto proposto toma-se o cuidado maior com a sua não banalização, fundamentando-se em aspectos de justiça ante as peculiaridades da forma como o direito brasileiro trata da defesa dativa.

A revisão criminal compulsória em defesa dativa atende aos requisitos da dignidade da pessoa humana, ampla defesa, impossibilidade de perenidade de decisões injustas e possibilidade de revisão de sentença anteriormente não analisada por outro grau de jurisdição.

Tal instituto ainda preocupa-se dentro da defesa de sua não banalização e pensamento de gerar impunidade com aspectos restritivos muito importantes de aplicação. Não se destina generalizadamente a todas as infrações penais, faz-se aplicação restritivas às infrações penais de maior potencial ofensivo, atrelando-se, ainda, sua efetividade ao quantum da pena imposta no julgamento destas infrações e a impossibilidade da decisão já definitiva ter sido anteriormente analisada por qualquer recurso ordinário e ainda defende-se, no caso de empate na decisão, que tal julgamento favoreça o requerente, realçando ainda mais a ampla defesa e dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 constitui naquela, entre todas as já promulgadas ou editadas que teve indiscutível e maior preocupação com o indivíduo, em todos os seus aspectos, quer seja como cidadão de direitos,

garantias e deveres, bem como em suas relações sociais, inclusive, familiares, com ele mesmo e com o Estado.

O estado democrático de direito firmado na Carta Constitucional, as garantias individuais e coletivas, o citado respeito incondicional ao cidadão faz com que os sentimentos de esperança se renovem e se encontrem presentes nos corações dos brasileiros.

Se a Constituição vigente, independentemente de eventuais críticas quanto a alguns de seus primados, nos traz estas preocupações relevantes com o indivíduo, devemos, dentro do sentido de justiça, tornar efetivos os dogmas constitucionais, reavaliando dentro da legislação infraconstitucional aquilo que não tem mais razão de ser frente aos dispositivos constitucionais, ampliando a aplicação em prol do indivíduo daquilo que pode ser ampliado e fazendo-se análise constante daqueles institutos, como o da revisão criminal, que podem ser aperfeiçoados na busca incessante da realização plena do Direito e da justiça.

O que importa dizer é que o trabalho em sua veia inédita procura, acima de tudo, não ficar inerte quanto à possibilidade de se lutar pelo aperfeiçoamento constante do direito, diminuindo as injustiças que muitos institutos do processo penal ainda possuem e que se refletem nas relações sociais, tornando-se contribuição importante e efetiva para a defesa dos direitos dos indivíduos que constituem nosso povo. Povo este tão ansioso por viver em uma sociedade onde se imperem o direito e a justiça como forma de pacificação social e de redução do desnível social.

PARTE I

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O INSTITUTO DA REVISÃO CRIMINAL

1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 Introdução

Uma das grandes inovações trazidas pela Constituição Federal vigente, dentro dos princípios fundamentais, sem dúvidas, foi o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conceituá-lo ou defini-lo tem sido motivo de grande repercussão no mundo jurídico, entendendo-se que conceitos e definições trariam restrições à tão importante princípio, restringindo sua aplicabilidade que deve ser plena.

Muitos doutrinadores¹ informam que tal princípio tem variados sentidos, não tendo uma única definição. Entretanto, todos estes sentidos variados estão ligados por um ponto em comum, já que princípio é ponto de partida e todos os sentidos tiveram um ponto inicial.

Dessa forma, tem-se a pessoa humana como a razão principal de todo o sistema constitucional em nosso país. Daí a grande preocupação com que essa pessoa humana seja portador de vida digna.

Tanto é verdade que o próprio texto constitucional positivado coloca no Art. 1º, em seu inc. III, a dignidade da pessoa humana como fundamento no Estado brasileiro.

Tal inovação, já que textos anteriores não citavam expressamente tal princípio, vem ao encontro da nova sistemática brasileira, donde saindo de um regime ditatorial lançamo-nos num regime de suposta democracia, tendo a Constituição Federal vigente eleito o homem como seu tema central, dispondo para ele de todos os possíveis direitos e garantias que uma carta constitucional pode prever.

¹ Dentre eles podemos citar: CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 4ª ed. São Paulo: Forense, 1993, vol. I, p. 128-129.

Este *status* de norma fundamental faz com que tal princípio se torne imprescindível para que aqueles que o seguem possam ser tidos como países em que vigora e é exercitado efetivamente o Estado Democrático de Direito.

O ser humano é o fim do Estado. O bem comum da atividade estatal visa, sem dúvida, o ser humano, proporcionando ao mesmo vida digna e condições seguras para seu desenvolvimento pessoal e em comunidade.

Outra questão que guarda celeuma diz respeito principalmente sobre a distinção entre princípio e valor. Luiz Antonio Rizzatto Nunes² ao comentar a distinção entre *princípio* e *valor*, aclara que o valor é sempre um relativo, na medida em que vale, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como absoluto como algo que não comporta qualquer tipo de relativização.

É, portanto, um axioma inexorável e que, do ponto de vista da ciência do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento, não sendo possível afastá-lo. Constatado o princípio ele é imposto sem alternativa de variação.

A eficácia dos princípios deve ser plena.

A dignidade do homem guarda incomensurável e necessário conteúdo ético.

Não se pode olvidar que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como sua implementação como princípio absoluto e fundamental se coloca como um marco na história ético-jurídico-universal.

As regras são determinações, em que se cumprem ou não; os princípios são mandados e otimização, pois ordenam algo que seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais.

O princípio estabelece uma razão, ou seja, que direciona o intérprete, mas não reclama dele uma decisão específica. Por sua vez, as regras são aplicáveis na forma do tudo ou nada.

As normas constitucionais, pois, ou são regras, ou são princípios.

² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 05-17.

Dessa forma conclui-se que a regra tem conotação geral, já que estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, sendo editada para aplicação a uma situação jurídica determinada. Outrossim, o princípio, ao contrário da regra, é geral, podendo ser aplicado indefinidamente.

Destarte, o princípio tem uma função de simplificação, condensação dos valores básicos que inspiram o direito, sendo indispensável à construção e à compreensão de um sistema jurídico lógico.³

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior ao tratarem dos princípios constitucionais asseveram que estes “[...] são regras-mestras dentro do sistema positivo”.⁴

Afiançam, ainda, que:

Devem (os princípios) ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais.⁵

A distinção entre regras e princípios não é de toda despropositada. Ao contrário, é de suma importância já que o fato de uma norma ter a natureza de uma regra ou um princípio faz-se determinante para o esclarecimento de sua eficácia jurídica e da posição em que se investe o particular. Assim, é dessa distinção que podemos entender a razão jurídica da norma, pela qual ela produz ou não efeitos.

Os princípios diferenciam-se das regras porque seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos.

Os princípios possuem sempre um conteúdo básico, já que são normas jurídicas que têm por fim produzir determinados efeitos concretos. Possuem eles indeterminação de seus efeitos.

³ Nesse sentido a opinião de: ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tirag. com acréscimos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 46.

⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 45.

⁵ Ibidem, mesma página.

Portanto, hoje as regras e princípios são consagrados como espécies do gênero *norma*, mas cada um com suas características, aplicação e alcance peculiares.

Dessa forma a dignidade da pessoa humana é princípio basilar para o entendimento dos direitos fundamentais. Trata-se de princípio e não de regra visto que impõe a todos sua observância, sendo norma jurídica positivada em sua plenitude, com eficácia plena e vigência imediata.

Trata-se do princípio constitucional de maior hierarquia dentre os princípios constitucionais. Dele advém a maioria dos demais, uns intimamente a ele ligados de maneira direta, dando em primeiro grau a extensão de sua definição e outros de maneira decorrente, sem perderem, quaisquer deles a linha direta de ligação com o princípio maior. Não se pode falar em vida, sem que se tenha a vida digna. Não se pode falar em liberdade sem que esta contenha possibilidade de liberdade com existência digna para poder usufruí-la com respeito e desenvolvimento das relações em comunidade e das próprias relações pessoais. Deve se observar o mínimo garantidor para a vida digna da pessoa humana como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência à maternidade, à infância, etc.

Deve-se dar a todos aqueles que estejam em território nacional sob a égide do Estado brasileiro a condição de cidadão, ou seja, igual dignidade social, independentemente de sua situação econômica, cultural, social ou política.

1.2 A Dignidade da Pessoa Humana: Origem e Fundamentação do Princípio

Em face do termo *persona* derivar do latim, é desconhecido dos povos antigos o conceito de pessoa, tal qual o temos em nossos dias.

O conceito de pessoa, surgiu com o Cristianismo, com a chamada *filosofia patrística*, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos.

Kant foi um dos precursores da idéia de dignidade da pessoa humana, sendo que em sua obra *Crítica da Razão Pura* de 1781, propõe uma mudança de método no ato de conhecer, que ele mesmo denomina *revolução copernicana*, ou

seja, em vez de o sujeito cognoscente girar em torno os objetos, são estes que giram ao redor daquele.

Dessa forma o pensamento kantiano coloca que o sujeito torna-se elemento decisivo na elaboração do conhecimento.

O que caracteriza o ser humano e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Pertencemos pela *práxis*, ao reino dos fins, que faz da pessoa um ser de dignidade própria, em que tudo o mais tem significação relativa.

Pelo princípio da autonomia da vontade, onde o homem está sujeito à lei de que afinal é o autor; a vontade, pois não apenas está submetida à lei, mas ela é, ao mesmo tempo, legisladora em relação a esta lei moral.

Dessa forma, conclui-se a autonomia da vontade é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.

Para Kant, portanto, a prerrogativa de legislador universal é que nos torna pessoa, um ser com dignidade, como fim em si mesmo.

O homem é um fim em si mesmo, e por isso, tem valor absoluto. Não se pode, por conseguinte, usá-lo como instrumento para algo, e é justamente por isso que é pessoa, que tem dignidade.

O conceito de *pessoa* e *dignidade* provém, o primeiro, da expressão latina *personare*, que se referia à máscara teatral usada para ampliar a voz dos atores, sendo que depois, designou a própria personagem que era representada, e, posteriormente foi incorporada no mundo jurídico, designando cada um dos seres da espécie humana. Por sua vez, a segunda expressão *dignidade*, de origem latina (*dignitas*), significa mérito, prestígio, o que é digno e merece respeito, com conotação sempre positiva.

Duas obras com visões divergentes são de suma importância para o entendimento da fundamentação da dignidade da pessoa humana. São as obras de John Rawls e de Michael Walzer.

Rawls em sua obra *Uma Teoria da Justiça* de 1971, coloca a justiça como equidade, partindo para tanto de uma concepção basicamente individualista e liberal a respeito do homem. Para ele, o homem é um ser racional que está só em

essência e é dotado de suas próprias concepções particulares sobre a sociedade, a justiça e o bem, bem como de objetivos pessoais que deseja perseguir.

Miguel Angel Ekmekdjian declara que o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.⁶

A dignidade é garantida por um princípio, sendo absoluta e plena, não podendo, em hipótese alguma, sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo. Nesse explícito sentido é a lição da v. julgado do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de *habeas corpus* nº 82.424, em que figurou como relator o eminente Ministro Maurício Côrrea, publicado no DJ de 19/03/2004, que assim preleciona:

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados, os limites definidos na própria Constituição (CF, Art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Assim, a dignidade nasce com a pessoa, é inerente à sua pessoa, portanto, inata ao ser humano.

Porém, como o ser humano não vive isolado, o conceito de dignidade deve ser visto perante as ações dentro da comunidade social a que pertence, ampliando sua aplicabilidade e conceito com a vida em sociedade. Dessa forma, tal garantia é ilimitada se não ferir outra.

Assevera referido doutrinador que:

A dignidade da pessoa humana identifica um espaço moral de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas

⁶ Miguel Angel Ekmekdjian, *Los valores en la Constitución argentina*, apud, BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146.

por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente de crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser e criar.⁷

Portanto, quem pensa o Direito, deve pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa em dignidade dos homens, portanto, em dignidade humana.

A dignidade nos dicionários comuns representa uma qualidade moral que infunde respeito, visto que traduz a consciência do próprio valor. Representa a qualidade daquele que é grande, nobre e elevado.

O conceito de dignidade da pessoa humana passa pela visão de Miguel Reale da existência básica de três concepções para explicitá-la: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

O individualismo caracteriza-se pelo entendimento de que cada homem, cuidando dos seus interesses, protege e realiza indiretamente os interesses coletivos, fazendo com que seu vetor de aplicação seja o indivíduo. Pensando em si mesmo é que o indivíduo cogita o bem social.

Decorre de tal pensamento que para a consecução dessa concepção primordialmente a função do Estado é a defesa das liberdades individuais, sendo que o fim e objetivo maior dos direitos fundamentais, nesse caso, é puramente de natureza individual. Num conflito entre o Estado e o indivíduo havendo colidência de interesses, deverá ser privilegiado, por esta concepção o indivíduo.

No transpersonalismo temos o contrário. Realizando o bem social, coletivo, é que se chega a salvaguardar os interesses individuais.

Neste caso nega-se a pessoa como valor maior, ou seja, havendo colidência de interesses ou conflito de interesses entre o bem social e o individual,

⁷ BARCELLOS, 2002, prefácio.

deve preponderar o interesse social, sendo que a dignidade da pessoa humana se concretiza no coletivo, sendo o homem um ser que tem essência social.

Assim, na interpretação do Direito os interesses individuais devem ser consentâneos e concordes com os interesses sociais, sendo que estes serão sempre preponderantes em relação àqueles.

Por fim, o personalismo, rejeita ambas as concepções anteriores, tentando harmonizar uma com a outra, sem preponderância de uma sobre a outra preliminarmente. A solução de preponderância deve ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias e características peculiares apresentadas naquele momento, sendo que pode ser dada como medida justa a compatibilização entre os valores individuais e os coletivos.

Entretanto sempre que tratamos de pessoa humana devemos colocar tal valor em primazia. Não é lícito, em nome de qualquer valor coletivo sacrificar-se o valor da pessoa. O Estado não pode ultrapassar o valor do indivíduo dentro da sociedade.

Portanto, a pessoa humana, enquanto valor e sua dignidade devem prevalecer sobre todo e qualquer outro princípio ou valor.

José Joaquim Gomes Canotilho,⁸ por sua vez, afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana tem o sentido de se buscar uma comunidade constitucional inclusiva, onde o indivíduo deve ser visto como limite e fundamento da própria República.

No campo processual penal, para explicitar o acima mencionado temos, como exemplo, de um lado a aplicação do direito penal, interesse coletivo de punição do indivíduo que afronta a norma vigente, o *jus puniendi* estatal. De outro, temos o direito fundamental de liberdade. Aqui reside a lide penal, de um lado uma pretensão punitiva (privação da liberdade do indivíduo), interesse coletivo estatal e de outro lado a pretensão resistida pelo acusado de manutenção de seu estado fundamental de liberdade, portanto interesse individual. Nesse caso, ambos os direitos são amparados em sede constitucional, mas na medida do

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 219.

possível, devemos em face da dignidade da pessoa humana, olhar o interesse maior de liberdade em supremacia à privação dela. Este valor se mostra superior àquele, portanto o indivíduo acusado tem benesses em relação à pretensão punitiva estatal, já que sua liberdade tem primazia, vejamos, por exemplo, os princípios do *in dubio pro reo* ou *favor rei*.

1.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: sua Previsão Constitucional

O princípio da dignidade da pessoa humana está inserto no Art. 1º da Constituição Federal de 1988, que assim preconiza:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana (grifo nosso).

Foi a primeira vez em nossa história que, expressamente, o princípio da dignidade da pessoa humana constou do texto constitucional.

Houve por parte do legislador constitucional pátrio uma enorme influência da Constituição Alemã de 1959, que trouxe em seu título I, como já asseverado anteriormente, a proteção da dignidade da pessoa humana, diga-se, sem qualquer fixação de limitação, como deveria ser, à sua aplicabilidade e eficácia plenas.

Da mesma sorte a Constituição Espanhola, de 27 de dezembro de 1978, também faz menção a tal proteção, assim como a Constituição Portuguesa de 1976, na qual a dignidade da pessoa humana é pilastra da própria República.

Fernando Ferreira dos Santos,⁹ informa que as Constituições de outros países mencionam como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. Cita como

⁹ SANTOS, 1999, p. 25.

exemplos, a da Irlanda, Índia, Peru, Bulgária e Venezuela, sendo estas em seu preâmbulo e as da Grécia, em seu Art. 2º; da China, em seu Art. 38; da Colômbia e Cabo Verde, em seu primeiro artigo e a da Namíbia não só no preâmbulo como no Art. 8º.

A própria Constituição cubana, tida como representação de um estado totalitário e centralizador, desrespeitador dos direitos humanos em seu preâmbulo enuncia:

CONSCIENTES de que todos los regimenes de explotacion del hombre por el hombre determinam la humillación de los explotados y la degradación de la condicion humana de los explotadores; de que sólo em el socialimos y el comunismo, cuando el hombre há sido liberado de todas lãs formas de explotación; de la esclavitu, de la servidumbre y del capitalismo, se alcanza la entera dignidad del ser humano; y de que nuestra Revolución elevo la dignidad de la patria e del cubano a superio altura; DECLARAMOS nuestra voluntd de que la Ley de leyes de la República este presidida por este profundo alhelo, al fin logrado, de José Martí: Yo quiero que la Ley primera de nuestra república se el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre.¹⁰

Não se pode olvidar a importância e imprescindibilidade de tal princípio, além de sua magnitude perante a nova ordem constitucional.

É indubitável que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na atual Constituição, deve servir de norte, de agora em diante, para o operador do Direito quando tratar das relações sociais e jurídicas.

Trata-se como salientado de *supra princípio* que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, não podendo ser, de forma alguma, desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Situação curiosa e que deve ser analisada detidamente, com raciocínio aguçado, é aquela que diz que a isonomia é o principal princípio

¹⁰ Tradução livre do autor: “Conscientes de que todos os regimes de exploração do homem pelo homem determinam a humilhação dos explorados e a degradação da condição humana dos exploradores; de que somente no Socialismo e o comunismo, quando o homem é libertado de todas as formas de exploração, da escravidão, da servidão e do capitalismo, se alcança a plena dignidade do ser humano; e de que nossa revolução elevou a dignidade da pátria e do cubano à uma nível superior. Declaramos nossa vontade de que a lei das leis da república esteja presidida por este profundo anseio, ao fim obtido, de José de Martin: Eu quero que a Lei primeira da nossa república seja o culto dos cubanos à dignidade plena do homem”.

constitucional. Ledo engano, muito embora tal princípio seja importante na órbita constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana engloba o princípio da isonomia, visto que esta serve para gerar equilíbrio real, portanto busca concretizar a dignidade. O princípio da dignidade da pessoa humana é *o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais*. Ele dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

É importante consignar o pensamento de Celso Antonio Pacheco Fiorilo,¹¹ informando que existe um piso vital mínimo imposto pela Constituição Federal como garantia da possibilidade de realização histórica e real da dignidade da pessoa humana no meio social.

Deve se iniciar a respeitar a dignidade da pessoa humana, assegurando concretamente os direitos sociais previstos no Art. 6º, que por sua vez estão atrelados ao *caput* do Art. 225, onde temos a previsão de normas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, somando-se a estes os direitos fundamentais, tais como o direito à vida, liberdade e privacidade, dentre muitos outros.

Até mesmo o direito à vida deve ser colocado não num plano subalterno com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas sim em conformidade com ele, não existe vida se esta não for digna. Biologicamente pode existir vida, mas eticamente uma vida sem dignidade nos remonta aos escravos que eram tratados como animais.

Aliás, mais recentemente, a maioria dos trabalhos relativos à fundamentação para a admissão do aborto do feto portador de anencefalia têm repousado suas fundamentações na dignidade da pessoa humana. Hoje, substitui-se a vida com início, extra-uterina, pela respiração do feto, padrão habitual, mesmo sem cérebro, com a vida concernente à atividade cerebral que

¹¹ FIORILO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000, passim.

leva sem dúvida alguma à vida digna. Se não pensa, não raciocina, não tem vida digna, daí porque a vida, para os defensores do aborto do feto anencefálico, começa com a atividade cerebral que levará o nascente à possibilidade de uma vida digna, que não teria se apenas respirasse sem atividade cerebral. Para os mesmos a morte se dá com a cessação da atividade cerebral, portanto, a vida também deve ser considerada como iniciada e com dignidade se houver início e desenvolvimento de atividade cerebral.

Assim, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana inserto no primeiro artigo da Constituição Federal é direcionamento lógico que deve ser considerado como principal núcleo de todo ordenamento jurídico e, a partir dele, deve-se interpretar e compreender, de maneira lógica, todo o sistema constitucional.

Examinando-se os fundamentos e objetivos do Constituinte de 1988, quando elege o indivíduo como norte da Constituição Federal editada, chamada, inclusive, pelo saudoso Ulysses Guimarães,¹² à época Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, como *Constituição coragem e cidadã*, feita do homem, pelo homem e para o homem, conclui-se que a dignidade humana foi alçada a condição de valor essencial, servindo de parâmetro para a interpretação de todas as normas que compõem o sistema constitucional vigente.

Tal qual os dispositivos atinentes ao devido processo legal, que é visto doutrinariamente como fonte de vários outros princípios constitucionais do processo e que na lição de Nelson Nery Júnior “[...] bastaria a Constituição Federal de 1988 ter anunciado o princípio do devido processo legal e o *caput* e a maioria dos incisos do Art. 5º seria de absoluta desnecessidade”,¹³ poder-se-ia entender que seria, da mesma forma, desnecessário constar expressamente tal princípio na órbita constitucional, em virtude de ser ele valor supremo, inerente a todas as pessoas pelo simples fato de pertencerem ao gênero humano, além de ser reconhecimento como pressuposto lógico de qualquer sistema jurídico. Não

¹² Conta-se que tal publicação da Imprensa Oficial do Senado trazia tal mensagem de Ulysses Guimarães, sendo que poucos exemplares chegaram a ser distribuídos, ante a grande pressão de outros Constituintes que entendiam que a manutenção de tal mensagem tinha fim eleitoreiro, ante o fato notório de o mesmo Ulysses Guimarães ser candidato à Presidência da República.

¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 183.

se discute que é o princípio da dignidade da pessoa humana que acolhe todos os direitos fundamentais, entre eles a proteção à vida, a honra, vida privada, imagem e os direitos sociais.

Porém, deve se entender que essa disposição expressa pela primeira vez no texto constitucional foi por demais salutar, ensejando não só o debate de sua amplitude como a certeza de que nenhum regime irá relativizá-lo em sua importância, diminuí-lo em sua aplicabilidade ou esvazia-lo em sua eficácia plena de defesa dos direitos fundamentais.

O país, quando da promulgação da Constituição vigente, acabara de sair de uma época de exceção em que os direitos individuais foram suprimidos, pela condição histórica que se apresentava, a ditadura militar. Assim, a clara, firme e expressa disposição de tal princípio constitucional como resultado das circunstâncias históricas que se apresentavam, saída do militarismo, temor de normas não abrangentes aos direitos fundamentais do indivíduo, que, como já frisado, tinham sido tolhidos, se fazia de rigor tal direito de maneira expressa no texto constitucional. Veja-se como exemplo a já citada Constituição alemã do pós-guerra em que se firmou o princípio da dignidade da pessoa humana como norma-vetor para todas as demais que nela se amparam para sua própria existência e vigência.

Ora, é evidente que a finalidade do legislador constituinte de 1988 foi deixar bem claro que tal ordenamento jurídico visava o enaltecimento do indivíduo, com o mínimo de intervenção estatal, ou seja, como é característico de qualquer regime democrático as normas constitucionais devem privilegiar o indivíduo com o mínimo de intervenção estatal nas relações individuais, ao contrário do que acontecia com a ordem constitucional anterior, onde pela característica do regime ditatorial o Estado se apresentava forte e as garantias e direitos fundamentais tolhidos em sua plenitude de eficácia e aplicação. Havia o detrimento em face da forte presença estatal da liberdade individual.

É inevitável concluir, como já mencionado, que o princípio da dignidade da pessoa humana, ante o fato de ser recentíssima sua inclusão na órbita constitucional, ainda vive no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica, daí porque dissemos que

conceituá-lo ou defini-lo seria restringir sua aplicabilidade. Evidente que uma noção do conteúdo de tal princípio é indispensável para sua compreensão e aplicabilidade. Entretanto, não podemos obstaculizar, de qualquer forma, que essa aplicabilidade aconteça de maneira ampla, irrestrita, em prol do cidadão, diretriz maior da Constituição vigente.

A doutrina diante do acima alegado, deve se comportar como se comportou quando da definição do princípio do devido processo legal, visto que se o definirmos restritivamente, colocando limites, o princípio perderá sua ampla aplicabilidade. Não tendo uma definição que o restrinja pode ser aplicado de forma ampla, adicionando sempre garantias e direitos constitucionais do indivíduo ao seu rol de efetividade.

Conforme bem denota, de maneira histórica, Fernando Ferreira dos Santos,¹⁴ a doutrina pátria, em algumas vezes, não raras, sequer faz menção ao tema. Da mesma forma a jurisprudência é muito reduzida, sendo que se limita a casos, ainda raros que dizem respeito, mais notadamente, as questões das relações de trabalho,¹⁵ de proteção à saúde,¹⁶ ao direito de propriedade¹⁷ e às questões de direito de família.¹⁸ Quase nenhuma com relação a temas processuais penais, notadamente com relação a revisão criminal e a defesa dativa, norte do presente estudo, que será de suma importância para a aplicação

¹⁴ SANTOS, 1999, p. 77-80.

¹⁵ Veja-se o caso *De Millus*, em que o Diretor-Presidente da empresa, calcado em normas internas, sujeitava funcionárias da empresa a revista pessoal, tendo as mesmas que se despirem, inclusive de suas peças íntimas, visando coibir eventuais subtrações de produtos da empresa, sob ameaça de demissão com justa causa. Foi denunciado pelo Ministério Público pelo crime de constrangimento ilegal, tipificado no Art. 146 do Código Penal, fundamentando sua denúncia o órgão acusatório no sentido de que tal revista violava o princípio da dignidade humana.

¹⁶ Tenha-se presente as diversas ações perpetradas pelo Ministério Público, notadamente o paulista, através das curadorias, principalmente dos idosos, deficientes, infância e juventude e cidadania, no sentido de impor ao ente público a compra de remédios e aparelhos aos mesmos, sob o fundamento de respeito à dignidade humana.

¹⁷ Caso inserto na RT nº 690/121 em que o magistrado ao decidir sobre agravo de instrumento que atacava penhora sobre bens móveis que guarneciam a casa do executado, tais como geladeira, fogão, estofados, assim decidiu em conclusão: “[...] embora seja verdade que o móveis instalados na residência do executado não sejam expressamente enquadrados como impenhoráveis, a destinação de cada um deles recomenda, por sentimento de solidariedade e respeito à dignidade humana em suas necessidades mínimas de decência e sobrevivência”.

¹⁸ Fernando Ferreira Santos nos traz à colação decisão do Supremo Tribunal Federal, ao que consta única em que aquela Corte decidiu, em votação unânime pela impossibilidade de se determinar que uma pessoa seja obrigada coercitivamente a realizar exame de DNA para fins de investigação de paternidade, pois da preservação da dignidade humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano (SANTOS, 1999, passim).

com imensidão do princípio da ampla defesa, a noção e os ensinamentos acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pouco a doutrina quando da promulgação da Constituição Federal mencionou sobre tal princípio e sua conceituação. O que se viu foi a defesa intangível no sentido da sua não relativização, ou seja, não deve ser analisada de maneira restritiva, e sim, como valor supremo, não só da ordem política e social, bem como da econômica e cultural, devendo atrair para si o conteúdo dos demais direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não é uma criação do legislador constituinte. Já existia no Brasil e no mundo, sendo que apenas o legislador pátrio constituinte reconhece a sua existência e sua eminência. Falta apenas, nos dias atuais, uma melhor interpretação de seu alcance e sua amplitude, sem possibilidade de restrição, devendo, reconhecer-se a liberdade, mas a garantia de condições mínimas de existência, em que uma existência digna se imponha como fim da ordem econômica, não se tolerando, pois, profundas desigualdades entre os membros de uma sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, acima de tudo, um princípio de ordem jurídica com reflexo nas relações jurídicas processuais, onde as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ter um cunho social que defira ao indivíduo existência digna cunhada na liberdade justa, na distribuição da justiça equilibrada e correta, bem como na aceitação e julgamento das lides jurídicas, calcadas no direito de ação com a indeclinabilidade do Poder Judiciário, com a prestação jurisdicional satisfatória e embasada na justiça.

1.4 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Aplicado ao Direito Penal e ao Processo Penal: Conseqüências

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana tem sido muito pouco explorado pela doutrina constitucional. Daí porque em face do instituto da revisão criminal a ser estudado em relação a tal princípio, é indispensável considerarmos em quais hipóteses e como tem sido aplicado ao direito penal e ao

processo penal, para então o colocarmos em consonância e estudo com o instituto da revisão criminal, que sugerimos, compulsória na defesa dativa.

Os estudos doutrinários a respeito são reduzidos, de forma que iremos inovar trazendo à colação aqueles que são cabíveis, com certa dose de criação doutrinária própria.

Na verdade, conforme já referido, a dignidade da pessoa humana repousa em experiência histórica, onde se devem levar em consideração todas as violações praticadas para, contra elas, lutar.

Tratando-se do princípio da dignidade da pessoa humana na esfera penal, é mais fácil estudá-lo sob a ótica histórica das violações praticadas, para nos colocarmos contra elas.

Não podemos nos esquecer da lembrança do massacre do Carandiru para que possamos chegar ao fato incontestável de que as prisões brasileiras, de há muito, desrespeitam a pessoa humana em sua dignidade.

Mais recentemente os casos absurdos das mulheres que se encontravam no cárcere conjuntamente com os homens, em situação que proporcionou, inclusive, grave afronta às suas próprias liberdades sexuais, conforme amplamente demonstrado pelos meios de comunicação. Nestes fatos lamentem-se as omissões dos Poderes Judiciário e Executivo, salvando a situação a atuação precisa do Ministério Público respectivo que ao receber as denúncias de tais atrocidades, de imediato, as tornou públicas com a tomada das providências indispensáveis para a cessação de tal caos.

Conforme palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim, Pedro Armando Egydio de Carvalho aduz que:

[...] o sistema penal em cujo conceito penetram as instituições policial, judiciária e penitenciária, apresenta-se à visão teórica como um ordenamento fundamentado no respeito à dignidade humana. No entanto, na vida prática, ele se incumba de realizar o controle social punitivo mercê das regras legais e ilegais, pouco lhe importando aquele fundamento relativo à pessoa do homem.¹⁹

¹⁹ CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. IV Seminário Internacional do IBCCrim. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 06, nº 24. São Paulo: IBCCrim, out./dez. 1998.

No mundo real, nos confrontamos diariamente com a negação aos direitos básicos do ser humano, principalmente no sistema penal, mais precisamente na esfera dos presídios, cadeias públicas e manicômios judiciários.

Na mesma ocasião, o palestrante referido informa que a dignidade da pessoa humana é conceituada como o núcleo composto da integridade física e da integridade moral do indivíduo. Isto se coaduna perfeitamente com a seara penal.

Utilizando-se da teoria tridimensional, Miguel Reale temos que o direito engloba três aspectos constitutivos, o fático, o normativo e o axiológico. O primeiro corresponde ao mundo social, onde o direito se cumpre. O segundo diz respeito ao corpo das leis do Estado, informadas pelos valores – terceira faceta – perseguidos pelo direito positivo. Afirma-se que diante de um direito pleno que ele está revestido de validade material – o ideal buscado afina-se com a Justiça; de validade formal – foram obedecidos todos os trâmites para sua corporificação em lei; e que, além disso, possui eficácia no mundo dos homens a que se destina.

Retornando ao exemplo dado da execução da pena, último elo do sistema persecutório penal, realização do *jus puniendi* estatal com a conseqüente punição daquele que afronta a norma legal constituída regularmente, entendemos que o sistema prisional brasileiro é falido no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta oportunidade se torna mais patente e insofismável, que a dignidade humana é negada.

Senão vejamos:

O relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, editado pela OEA, através da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, de 1997, em suas conclusões assevera, resumidamente, que os presos brasileiros, na maioria das vezes, se encontram em condições subumanas de cumprimento da pena. Ninguém duvida que não mereçam a segregação social pelos fatos graves que tenham praticado. Mas, não podem ser apenados mais de uma vez com o cumprimento da pena que visa a ressocialização do indivíduo em condições de degradação física e moral intolerável.

Não se pode esquecer que além das condições de cumprimento da pena, higiênicas insalubres, existem também, em alguns casos, o abuso daqueles que

devem preservar pela integridade física dos detentos, submetendo-os a sessões de tortura, violência física e moral, além da crueldade e brutalidade nas ações, que, jamais levarão o indivíduo preso a pensar no que praticou, demonstrar arrependimento pelo que fez, e acima de tudo, retornar ao convívio social com ideais de progresso e desenvolvimento humano, além de convivência pacífica com os demais membros da sociedade.

O tratamento digno deve ser dado não só ao prisioneiro como também às vítimas da infração penal praticada. Aqueles que suportaram o ônus da infração penal devem ser tratados com dignidade, sendo-lhes garantido todo o apoio possível para que ultrapassem os traumas e conseqüências não só de cunho patrimonial, como moral da prática delituosa, visando sua recuperação e reinserção na sociedade, fim maior da pena de ressocialização do indivíduo infrator.

Costumamos olhar com indiferença os casos criminosos que nos são alheios, nos importando, tão somente, com nossos pretensos direitos.

Inegável que muitas praticas criminosas ocorrem pela negligência dos governantes em aspectos que são inerentes à dignidade humana, os chamados direitos sociais, tais como a educação, saúde, trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, sendo que a Constituição Federal impõe aos mesmos a observância desses direitos.

Se não bastasse o princípio constitucional fundamental superior aos demais, da dignidade da pessoa humana, outras normas com efetividade no direito pátrio foram promulgadas.

Dentro da própria Constituição Federal como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, temos, por exemplo, vários dispositivos do Art. 5º da Magna Carta.

Veja-se, por conseguinte, o contido no inc. LV:

Art. 5º: [...].

LV – Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nem se diga a expressiva redação do inc. LVII:

Art. 5º: [...].

LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tratando-se de reclusos cumprindo pena, veja-se, ainda, a disposição expressa do inc. XLVII, letra 'e', que impede a existência de penas cruéis, bem como o reconhecimento e guarida do respeito à integridade física e moral (inc. XLIX, do Art. 5º da Constituição Federal).

Em legislações estrangeiras, mas com efetividade no direito brasileiro, providas da força característica da lei para impor-se aos seus destinatários, sendo o Brasil delas signatário, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que em seu Art. XI-1, assim preceitua:

Art. XI: [...].

1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu Art. 5º, nº 2, Segunda parte, quando preleciona sobre o direito à integridade pessoal, assevera:

Art. 5º: [...].

2. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Por sua vez, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985, em seu Art. 5º, segunda parte, também aduz:

Art. 5º: [...] nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

O que se constata na seara penal, notadamente no que diz respeito ao cumprimento das penas impostas em regular processo legal é que os homens preferem o comportamento da ignorância e da violência, ao invés de procurarem a recuperação do indivíduo que com a privação de sua liberdade já está pagando pelo crime cometido, sendo desnecessária qualquer violação à sua dignidade como ser humano. Tais violações, com certeza, não levam à recuperação e ressocialização do indivíduo tornando, por conseguinte, conforme atualmente temos nos deparado, o encarcerado um barril de pólvora pronto para explodir, com conseqüências nefastas para cidadãos de bem. Isto acontece em face dele se sentir excluído, rejeitado e acima de tudo desrespeitado como ser humano que, primordialmente e acima de tudo é.

Com a petrificação e com a inclusão explícita do respeito à dignidade da pessoa humana no arcabouço constitucional, o que se deve revelar, inquestionavelmente, é a observância estrita e incondicional a tal princípio, sem relativização.

É absurda informação de que em uma rebelião na penitenciária Barreto Campelo, no Pernambuco, houve a morte de 22 presos, na data de 29 de maio de 1998. Indagado pela imprensa sobre triste fato, o Secretário da Segurança Pública do Estado, afirmou categoricamente que o mesmo representava *um alívio* para os demais detentos, numa clara declaração irresponsável de quem tinha o dever e obrigação de zelar pela integridade física dos mesmos. Isto, sem dizer, que como cidadão ante sua fala presume-se claramente, deve ter sido negligente anteriormente com relação aos problemas originários que levaram muitos dos que morreram à senda criminosa.

Ante o total desrespeito do princípio da dignidade da pessoa humana na seara penal, é forçoso concordar em gênero, número e grau, com Rizzatto Nunes, quando em sua obra, enuncia categoricamente, que:

[...] é dever de todos, especialmente aqueles que militam no campo jurídico – advogados, promotores de justiça, juízes, professores de Direito, etc. – pautar sua conduta e decisões pela necessária implementação real do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio absoluto!²⁰

²⁰ NUNES, 2002, p. 54-55.

Reitere-se, com toda ênfase, tratar-se de princípio absoluto, acrescentando ser o direito penal defensor máximo dos valores mais essenciais da sociedade, veja-se: a vida, família, integridade física, honra, liberdade individual, liberdade sexual, inviolabilidade do patrimônio, paz pública, fé pública, sentimentos religiosos, etc.

Quanto ao processo penal alguns estudos têm sido feitos em específicos casos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

A relação dos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade humana guardam extrema relação com o processo penal.

Mister consignar que como assinalado, por ser matéria inovadora e recente, temos que nos ater aos abusos e arbitrariedades para opor-se a elas e fazer valer tal dogma constitucional.

Em alguns institutos do processo penal temos visto gritantes abusos sob as mais absurdas argumentações.

Um dos casos mais interessantes é a mitigação de direitos e garantias fundamentais sob o prisma de que tudo é relativo e nada é absoluto.

Tal afronta fica evidente na seara processual penal quando falamos do direito ao silêncio do imputado, dogma constitucional previsto no Art. 5º, inc. LXIII da Carta Magna.²¹

Desde sua promulgação já havia mitigação de tal princípio quando se definiu que a expressão *preso* dizia respeito, tão somente, ao encarcerado, não tendo os demais imputados, caso estivessem soltos direito a tal silêncio, isto quando ouvidos, quer em interrogatório ou declarações.

Gigantesca afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana que é inerente não só ao preso, como também ao imputado solto em qualquer procedimento possível, sendo que recentes decisões do Supremo Tribunal Federal têm ampliado tal garantia constitucional, inclusive, à testemunha, se o teor de seu depoimento puder prejudicá-lo em procedimento criminal futuro.

²¹ Art. 5º, inc. LXIII: o preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada à assistência da família e de advogado.

Tal direito, de permanecer o imputado em silêncio, quando de sua prisão, num primeiro momento teve a conotação de que seria tão somente reservado à prisão. Daí, se o interrogatório fosse efetivado fora do auto de prisão em flagrante delito não teria o mesmo a benesse de silenciar.²²

Assim, orientação deve ser recebida com reservas, uma vez que tais considerações foram formuladas quando da promulgação da Carta Magna, ainda sob os auspícios de uma legislação constitucional recentíssima.

Aquele primeiro entendimento, com o passar dos tempos ficou superado em face da doutrina e jurisprudências que se firmaram após o advento da Carta Magna.

Naquele instante, ainda à luz da promulgação da Carta Magna, poder-se-ia afirmar ser até compreensível a análise doutrinária citada.

Entretanto, tal rigor e que por não dizer radicalismo na interpretação literal do dispositivo é por demais equivocado. Tiraria do preceito constitucional o ideal e objetivo maior que a própria lei estabelece, o da dignidade da pessoa humana acusada, averiguada, investigada ou indiciada em procedimento preliminar ou no processo criminal.

Não se há de olvidar que tal dispositivo deve ter tido sua inspiração no direito norte-americano e, fatalmente, deve ter sido subtraído da 5ª Emenda à Constituição daquele país, datada de 1791, que prescreve: “Ninguém poderá ser constrangido a depor contra si próprio”.

Entre nós, entretanto, percebe-se claramente que a cláusula constitucional brasileira mostra-se mais generosa em relação ao silêncio do acusado do que a tradicional previsão do direito norte-americano do *privilegia against self-incriminatio* já mencionada.

É a síntese do princípio de que o réu não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, corolário do princípio da dignidade humana. Razão pela qual, em certas diligências do processo, ele não estará obrigado a realizá-las. É o caso da reprodução simulada dos fatos (Art. 7º do Código de Processo Penal), a tradicional *reconstituição* dos fatos.

²² Neste sentido, a opinião exposta por: CRETELLA JÚNIOR, 1993, vol. I, p. 943.

Tenha-se presente, igualmente, que o Pacto de São José da Costa Rica,²³ adotado pelo governo brasileiro, em seu Art. 8º, item '2', letra 'g', proclama tal princípio, nos precisos termos:

Art. 8º, item 2: [...].
letra 'g' – [...] direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem se declarar culpada [...].

O réu pode até ser conduzido coercitivamente a tal ato, reprodução simulada dos fatos, para presenciá-lo, mas não é obrigado a fornecer dados ou elementos que possam ser utilizados em detrimento de si mesmo em posterior processo.

Ressalte-se que a garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano *Miranda v. Arizona*, em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial: "Você tem o direito de ficar calado" (*You have the right to remain silent*).

Consigne-se que tal julgamento foi o que teve maior repercussão, porém, antes de ele consagrar o direito ao silêncio do acusado, temos como primeira manifestação jurisdicional a respeito, o Julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, dos autos *Escobedp v. Illinois*.

Entretanto, retomando o raciocínio no tocante ao silêncio constitucional, tal dispositivo deve ser analisado em consonância com a lei processual penal para que se dê a ele mesmo a dimensão pretendida pelo legislador constitucional.

Dessa assertiva, surge importante indagação: O que se entende pela expressão *preso*, que num primeiro momento teve um conceito restritivo em direta afronta à dignidade humana.

²³ Também conhecido como Convenção Americana dos Direitos Humanos, a qual entrou em vigor internacional em 10 de julho de 1978, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1999. O Congresso Nacional a aprovou pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. Pelo Decreto do Poder Legislativo nº 678, de 06 de novembro de 1992, determinou-se seu cumprimento no país. Foi adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

A expressão *preso* deve ser tomada restritivamente como significando aquele que teve sua liberdade suprimida por prisão em flagrante ou cautelar?

Claro que não, pois estaríamos afirmando que só o encarcerado tem direito ao silêncio.

Se a lei constitucional prescreve que é dado o direito ao silêncio ao preso, devemos expandir o significado da palavra preso para imputado, ou seja, aquele que pratica a infração penal, o tipo descrito na lei penal.

Se expandirmos dentro do pensamento do legislador constitucional o entendimento de tal palavra para a correlata *imputada*, estaremos, aí sim, abrindo os horizontes de aplicabilidade de tal dispositivo, em total sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, se há esta expansão, necessária e indispensável para a garantia dos direitos individuais referidos pelo Art. 5º mencionado, e havendo a inquestionável preocupação do legislador pátrio com relação a dar ao indivíduo uma gama de direitos que possam ser utilizados da maneira mais apropriada possível na defesa de seus direitos, a palavra *preso* foi utilizada de uma maneira equivocada, como já dissemos, numa simples cópia e sentido daquilo que os filmes americanos pretendem passar.

Como não estamos nos filmes americanos, e a nossa realidade não é ficção, dentro de um país em que por diversos anos os direitos individuais foram suprimidos em razão da indigitada experiência da ditadura militar, a Constituição de 1988, dentro de seus princípios democráticos, da volta da democracia plena e da busca da mesma revela que, o sentido de tal palavra, deverá ser ampliado para a expressão *imputado*.

Deve a expressão *preso*, representar o direito ao silêncio de todos aqueles acusados ou futuros acusados que possam, eventualmente, ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações.

O próprio Supremo Tribunal Federal em v. aresto que teve como relator o Ministro Celso de Mello, assim se pronunciou não só com relação à amplitude que deve se dar à expressão *preso*, como também com relação à amplitude do próprio direito ao silêncio:

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostenta em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se deteger*. Ninguém pode ser constrangido a confessar de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.²⁴

O direito ao silêncio, portanto, é direito fundamental, corolário da dignidade humana e constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República, notadamente por seus juízes e tribunais.

Atua como poder o fator de limitação das próprias atividades penais – persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (polícia judiciária, Ministério Público, juízes e tribunais), além do que se consubstancia em instrumento insubstituível da vestuta garantia contra a auto-incriminação.

A questão do silêncio como norma constitucional, muito embora presente na Constituição Federal de 1988 desde sua promulgação, como já analisado, sem dúvida teve maior amplitude a partir de 26 de abril de 1999.

Não se pode olvidar que julgados anteriores foram prolatados à esta data, que de modo efetivo analisaram a questão da aplicabilidade do direito ao silêncio do acusado, nos moldes do inc. LXIII do Art. 5º da Magna Carta.

Entretanto, o assunto tomou maior notoriedade e provocou maior celeuma a partir da data acima mencionada que, segundo palavras, do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – São Paulo – Rubens Aprobato Machado,²⁵ tornou-se o dia em que a Sessão da CPI do Sistema Financeiro entrou para a história como exemplo de arbítrio a não ser seguido e de ofensa clara à Constituição Federal, a garantia do silêncio e, por conseguinte ao princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁴ STF – 1ª Turma – HC nº 68920/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Diário da Justiça, seção I, 28 ago. 1992, p. 13.453.

²⁵ Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br>>. Disponível em: 12 mar. 2007.

Na ocasião, o Banco Central autorizou empréstimos a dois bancos privados, Marka e Fonte Sidam, de milhares de dólares, sendo incontroverso que se tratavam de pequenas instituições financeiras que não necessitavam de socorro extremo, uma vez que não traziam, em caso de *quebra*, qualquer tipo de possibilidade de desestrutura da ordem econômica nacional. Porém, tais empréstimos foram dados e questionou-se não só a lisura deles, como os métodos empregados.

Instalada a comissão, o ex-presidente do Banco Central à época dos empréstimos, Sr. Francisco Lopes, foi intimado a depor em tal comissão.

Em face de a Constituição assegurar a prerrogativa de todo cidadão de calar-se quando ouvido em declarações ou interrogatório sem correr o risco de incriminar-se, tal estratégia de defesa foi utilizada pelos advogados do ex-presidente do Banco Central.

Na verdade, entendiam eles que Lopes já havia transposto a tênue linha que o separava da qualidade de testemunha e da de indiciado em potencial.

Acertadamente tais defensores primaram por tal linha de raciocínio.

É evidente que intimado a depor como testemunha, certamente, o que falasse sobre os fatos poderia incriminá-lo em futuro processo criminal como réu.

Inegável que na qualidade de presidente do Banco Central à época dos fatos, indiscutivelmente, tinha o dever de vigilância sobre os atos de seus diretores hierarquicamente subordinados.

No entanto, os membros da Comissão Parlamentar de Inquérito impuseram a ele a condição de prestar compromisso de dizer a verdade, com as conseqüências do falso testemunho e de depor sem direito de recorrer ao silêncio. Em face de sua negativa em falar, determinaram sua prisão em flagrante delito por desacato e desobediência.

É claro que, moralmente, a conduta do Sr. Francisco Lopes não poderia ter respaldo em qualquer doutrinador pátrio. Frise-se que, do ponto de vista moral, tinha ele o dever de informar a Nação sobre as atitudes tomadas com o dinheiro público. Moralmente, seu silêncio é totalmente condenável, e ninguém em sã consciência pode corroborar tal atitude.

Entretanto, tecnicamente, tinha ele todo o direito para silenciar, uma vez que se encontrava amparado por dogma constitucional.

Os parlamentares questionavam a aplicabilidade do silêncio dizendo que a utilização dele poderia levar, nas diversas CPI's instaladas não só no Congresso Nacional, mas também nas Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, à impunidade. Ora, tal assertiva é bastante infantil. Na verdade, deve-se atentar para o fato de que as CPI's possuem apenas poder investigatório. Ao final de seus trabalhos, as conclusões apresentadas são encaminhadas ao Ministério Público. Em segundo lugar, o réu tem direito de silenciar em eventual procedimento criminal instaurado, sem que isso possa prejudicá-lo, como já visto. A prisão ilegal do mesmo naquele momento além de ferir a cláusula constitucional de reserva da jurisdição.

A amplitude da palavra *preso*, como anteriormente dito, passou, inclusive, com um melhor entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito ao silêncio passou a ser visto também como garantia constitucional afeta às testemunhas que ao deporem, pudessem com sua fala prejudicar-se em futuro processo criminal, já que a ninguém é lícito fazer prova contra si mesmo.

Foi na Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico que tal fato se registrou.

Entretanto, no aspecto técnico-jurídico deixou muito a desejar, havendo afronta não só aos direitos fundamentais do indivíduo, mas também às garantias constitucionais do indivíduo no processo, isto sem falar na maior afronta que se deu contra a cláusula de reserva de jurisdição.

Na Comissão de Inquérito do Narcotráfico, vários foram os Julgados que tiveram importância ímpar na nova diretriz do direito ao silêncio, ampliando ainda mais o entendimento do Art. 5º, inc. LXIII da Constituição Federal e o respeito a dignidade humana.

No julgamento do HC nº 79.812-8-SP,²⁶ em medida liminar concedida pelo Ministro Celso de Mello, temos a síntese de todos os julgados do Supremo Tribunal Federal no sentido do direito ao silêncio, bem como a análise de um aspecto até pouco ou quase nada discutido: "A possibilidade de a testemunha silenciar".

²⁶ In: Boletim do STF nº 174.

Como manifestação doutrinária e jurisprudencial, o v. julgado em liminar, por si só, é capaz de dirimir quaisquer dúvidas.

No aspecto do direito ao silêncio, assim preleciona referido julgado:

[...] ora paciente que é investigador de polícia, em Campinas, foi convocado a depor, na 'condição de testemunha' (fls. 21), perante a CPI/Narcotráfico, no próximo dia 1º de dezembro.

Impõe-se ao ora paciente, a obrigação de comparecer perante a CPI/Narcotráfico, incumbindo-lhe ainda, o dever de responder às perguntas que lhe forem feitas, ressalvadas aquelas cuja resposta possa acarretar-lhe 'graves danos' (CPC – Art. 406, inc. I, c/c CPP – Art. 3º, c/c a Lei nº 1.572/52 – Art. 6º).

Assim temos que na qualidade de testemunha, qualquer pessoa pode silenciar em qualquer procedimento instaurado.

Sem dúvida alguma, para encerrar tal questão, por demais interessante,²⁷ fulcrado na dignidade da pessoa humana e no seu não reconhecimento integral quando da promulgação da Constituição vigente é que, muito embora o dispositivo constitucional seja dogma constitucional inquestionável sem possibilidade de relativização ou diminuição de sua aplicabilidade, em face do espírito norteador da dignidade da pessoa humana de respeito integral ao indivíduo, como já analisado, figura central da órbita constitucional vigente, necessitou-se, ainda, de maneira expressa colocar tal direito no Código de Processo Penal. A razão de tal procedimento se deu em face de que diversos magistrados, mesmo com a norma constitucional, preferiram relativizá-lo, argumentando que o direito ao silêncio tinha poder relativo.

Dessa forma, a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, modificou as regras do interrogatório judicial, alterando, quanto ao silêncio o disposto no Art.

²⁷ Temas abordados com maior profundidade na tese de mestrado do autor: **O direito ao silêncio do acusado**: aspectos constitucionais e processuais penais. Dissertação de mestrado defendida perante o Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. Bauru, 2001.

186. Além de reforçar no *caput* tal dogma constitucional, viu-se obrigado o legislador para patentear sua força e aplicabilidade a reiterar tal direito no parágrafo único:

Art. 186: Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único – O silêncio, que não importará em confissão, não poder ser interpretado em prejuízo da defesa.

Consagra-se desta forma o direito ao silêncio, bem como a garantia da não auto-incriminação, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, em vários casos atinentes à dispositivos próprios do processo penal. Uma gama de direitos que eram violados sistematicamente e estão sendo preservados pelo sentido da dignidade da pessoa humana.

Outro prisma processual penal que tem tido mitigação e relativização incoerente quando tratamos da dignidade humana é o princípio da inocência, melhor aclamado por muitos, como princípio da não culpabilidade.

Em capítulo próprio será tratado do princípio da inocência frente à revisão criminal, mas é necessário desde já falarmos sobre sua mitigação frente à dignidade humana, fato inconcebível.

Tal princípio, da inocência, também é recente em nosso ordenamento constitucional, e alguns o colocam como relativo, argumentando que nada é absoluto em sede constitucional já que os direitos fundamentais devem ser cotejados com outros valores reconhecidos pela Constituição Federal, em seus diversos dispositivos, mesmo que tal relação traga a redução de seu alcance e aplicabilidade.

Assim, relativização é por demais absurda e perigosa. Reiteramos sempre, que os direitos fundamentais e principalmente os princípios constitucionais devem ser aplicados em sua inteireza. Não se deve e não se pode discutir em hipótese alguma que o legislador constitucional quando os alçou à condição que possuem admitiu relativizá-los, diminuir seu alcance de atuação, esvaziá-los, murchá-los em sua aplicabilidade.

Seria o mesmo que admitir a tortura como forma de se chegar à autoria de um crime, a não observância do silêncio ao réu, ou a possibilidade de prisão sem mandado judicial pela autoridade policial sob a argumentação de que ele sabe mais que o magistrado da conveniência ou não da privação transitória do indivíduo por prisão cautelar. É a consagração de pensamento inadmissível de que *os fins justificam os meios*.

Os autores recentemente têm visto o princípio constitucional da inocência em terminologia mais correta como o princípio da não culpabilidade ou desconsideração ou não consideração prévia de culpabilidade.

Trata-se de regra tradicional do *commom law*, tendo sua origem na revolução liberal do século XVIII, tendo previsão expressa no Art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Surgiu para banir o sistema da prova legal e da tortura, que teve origem nas antigas Ordálias ou Juízos Divinos da Inquisição, fazendo com que a partir de sua origem tivesse destaque o sistema da livre apreciação da prova e de que o ato de provar incumbe a quem alega o fato acusatório.

Nesse sentido, aliás, o v. julgado do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, inserto na RTJ nº 161/264:

Nenhuma acusação penal presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao MP comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937, Art. 20, nº 05).

Vários ordenamentos estrangeiros, mais notadamente Tratados e Convenções internacionais dos quais o nosso país é signatário tratam do princípio da inocência.

Nas recomendações da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no Art. XI é disciplinado que:

Art. XI: Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

De outro lado, o Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis de 1966, no Art. 14, item 2, assim preceitua:

Art. 14: [...].

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969, em seu Art. 8º, item 2, primeira parte, preleciona sobre a matéria:

Art. 8º: [...].

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Independentemente de a terminologia correta ser princípio da inocência ou da não culpabilidade ou da desconsideração prévia de culpabilidade, a verdade é que nosso ordenamento jurídico tendo admitido os tratados acima, e acima de tudo, em virtude da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual acrescentou parágrafos ao Art. 5º da Magna Carta, notadamente o § 3º, alçou a inocência a princípio pleno, sendo que tal dispositivo explicita que:

Art. 5º: [...].

§ 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por dois quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Mesmo aqueles que argumentam haver conflito entre a Constituição Federal e os tratados internacionais acima mencionados, no tocante ao alcance

do citado princípio da inocência, deverá prevalecer sempre a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito.²⁸

Independentemente da nomenclatura o que devemos ter em mente é que com tal princípio ante as críticas doutrinárias não está se afirmando, *a priori*, que alguém seja inocente no sentido literal da palavra. O que se define é que se absolvido, não é inocente, mas sim sua culpabilidade não foi devidamente demonstrada no processo penal.

Pode-se ter a situação de alguém que efetivamente seja culpado pela infração penal, entretanto, não se provou sua responsabilidade penal, à sociedade, para um édito condenatório, dentro do procedimento criminal próprio. Assim, nada mais justo que não se faça um pré-julgamento, tão somente, ante a acusação intentada que na maioria das vezes pode ser temerária e destituída quando do procedimento processual, com as garantias constitucionais a ele inerentes, de fundamentação. É o caso daquele que efetivamente tira a vida de alguém, comete homicídio, esconde o corpo que nunca é encontrado e é absolvido na esfera criminal por falta de provas. Ora, inocente não é, apenas no processo criminal concretizado não se pôde provar sua culpabilidade, assim não havendo provas da sua responsabilidade criminal absolve-o.

Veja-se, como exemplo, a possibilidade da ação civil *ex delicto* no caso de absolvição por falta de provas na seara criminal da responsabilidade do indivíduo. Por serem as responsabilidades civil e criminal independentes nos termos do Art. 935 do Código Civil,²⁹ pode-se fazer prova da culpabilidade do agente pelo evento na seara civil, onde podem ser inquiridas testemunhas imprescindíveis para o conhecimento da verdade real, que não foram por qualquer motivo ouvidas na esfera criminal. Portanto, o agente não é inocente, apenas não se comprovou sua culpa na esfera penal.

O princípio da inocência como corolário da dignidade humana, dentro do procedimento criminal é de suma importância, visto que tem conseqüências

²⁸ Nesse sentido é a lição de PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2ª ed. São Paulo: Max Liminad, 1999, p. 121-122.

²⁹ Art. 935: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

acerca da busca da verdade real com relação à culpabilidade do réu, como também ante a todos os outros atos processuais praticados durante a persecução criminal em que devem ser respeitadas e tuteladas a liberdade, como regra, como já mencionado, a integridade física e psíquica, honra e imagem, ampla defesa e contraditório, com relação ao acusado.

Dessa forma o réu enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória não é culpado, não se comprova sua culpabilidade e não pode ele arcar com um pré-julgamento pelo simples fato de estar sendo acusado. Portanto, num sentido restrito é presumivelmente não culpado.

A simples prisão em flagrante ou o oferecimento da denúncia, que nada mais é do que uma imputação que pretende a acusação ver admitida, não podem ser tidas como prova cabal de culpabilidade do agente.

Para isso, existe o processo penal com as garantias constitucionais do indivíduo dentro do processo, reunidas no devido processo legal. Se não fosse assim, a simples denúncia ou o fato de ter sido o réu surpreendido em plena faina criminosa e preso, já determinaria, de imediato, automaticamente uma imposição de pena, o que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico.

Tal fato demonstra claramente que o processo criminal, respeitando as normas constitucionais de garantia do indivíduo dentro do processo, reforçam a aplicabilidade integral do princípio da dignidade humana, antes, durante e depois da persecução criminal, no caso da prisão.

Roberto Delmanto Júnior e Fábio Machado de Almeida Delmanto, colocam a questão da dignidade da pessoa humana em íntima relação com o princípio da inocência quando asseveram:

[...] traduzindo-se na maior expressão do princípio *favor libertatis* no processo penal, restam tuteladas não só a liberdade e a dignidade de todos que se vêem envolvidos em uma persecução penal, mas também a própria legitimidade do Poder Judiciário, resguardando, igualmente, a dignidade de atuação de seus órgãos e agentes.³⁰

³⁰ In: RT nº 835/443-466, maio de 2005.

Também merece nosso destaque com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e o processo penal a questão relativa à liberdade e prisão.

A liberdade é dogma constitucional correlato ao princípio da dignidade humana. Não poderia ser diferente na presente órbita constitucional dirigida ao homem pelo Constituinte de 1988, cerne da carta Magna, onde o indivíduo passa a ser o centro dos objetivos da mesma, que a liberdade seja a regra e a privação dela a exceção.

O princípio da liberdade como regra, existe desde o digesto do *Corpus Iuris Civilis*, elaborado pela ordem de Justiniano e publicado na data de 533 d.C.

Nele encontramos as seguintes citações sobre o tema:

- **Décio** – *Nocentem absolvere satius est quam innocentem damnari* (É preferível absolver um culpado do que condenar um inocente).
- **Ulpiano** – *Satius est, impunitum relinqui facinus nocentes, quam innocentem damnari* (É preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar a um inocente).

A partir de tais considerações, dentro da órbita processual penal, muito embora o princípio *favor libertatis* se dê também no processo de elaboração dos ordenamentos legais, devemos ter em mente que tal princípio, conjuntamente com o da dignidade humana deve servir de base, norte de condutas, na ação daqueles que desenvolvem o processo criminal, sendo que a liberdade deve ser eminentemente a regra, e a privação dela, somente quando necessariamente inquestionável, a exceção.

Só se pode privar alguém de sua liberdade, corolário da dignidade humana, quando a necessidade de tal conduta restritiva seja extreme de dúvidas, como condição única para manutenção da paz e harmonia social, daí sim, privando-se a liberdade de um, como condição indispensável para a existência da vida social harmônica, ou seja, de outros.

Aqui se faz necessária uma defesa da legislação pátria nesse sentido.

A Constituição Federal de 1988, ao contrário do que muitos interpretam traz, principalmente no Art. 5º vários dispositivos relativos à prisão, sendo certo que em virtude disso alguns erroneamente pensam ser ela a regra em nosso ordenamento constitucional.

Ao contrário, trata-se de exceção com a consagração da liberdade como regra.

Nosso ordenamento infraconstitucional levando em conta os dispositivos constitucionais traz a possibilidade de prisões cautelares, chamadas de prisão sem pena.

Em nosso ordenamento jurídico processual penal temos a possibilidade de privação da liberdade de determinadas pessoas. É a possibilidade da prisão, que nada mais é do que o ato pelo qual alguém é privado de sua liberdade pessoal por motivo legítimo ou em virtude de ordem legal.

A Constituição vigente deu grande passo no sentido da legitimação da supressão da liberdade de alguém, quando necessário, e como forma de extrema necessidade.

O inc. LXI do Art. 5º reduziu a possibilidade de decretação da prisão, tão somente a ordem escrita emanada de autoridade judiciária, frise-se, a única que poderá decretar prisão processual. Exceto o caso de prisão em flagrante delito, que por razões óbvias, não necessita de ordem escrita judicial para ser executada, todas as demais prisões processuais deverão passar pelo crivo do Poder Judiciário, órgão máximo de exame de legalidade das condutas gerais.

Dessa forma, de imediato, extirpou-se de nosso ordenamento jurídico uma das formas mais nefastas de prisão cautelar que existia, a prisão para averiguações, que era ditada pela autoridade policial segundo seu próprio arbítrio e deleite, tendo como vetor, tão somente sua discricionariedade. Assim, se referida autoridade visualizasse alguém na rua e achasse que poderia se tratar de uma pessoa afeta à marginalidade, determinava sua prisão até que verificasse se este ostentava ordem judicial ou não de recolhimento ao cárcere, sendo que antes de 1988, como ainda hoje em alguns estados brasileiros, a informática não se faz presente, sendo que as constatações de ordem de prisão ou qualquer outro óbice à liberdade física plena demoram várias horas para serem verificadas.

Passava o indivíduo por humilhante situação, na maioria das vezes traumática, visto que acrescida dos abusos das autoridades policiais e seus agentes quando deste encarceramento provisório.

Nosso sistema pátrio, hoje, coloca como tipos de prisão:

- **PRISÃO PENA** – é a decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. É a sanção imposta a quem é reconhecidamente culpado, depois de esgotadas todas as vias recursais. É a prisão processual propriamente dita;
- **PRISÃO SEM PENA** – é aquela que enfatiza o caráter transitório da privação da liberdade. É a transitória supressão da liberdade, dando-se antes da sentença condenatória definitiva. Também é chamada de prisão cautelar, provisória ou preventiva. Esta última denominação – preventiva – deve ser afastada para que não haja confusão com uma das espécies de prisão sem pena, a prisão preventiva, prevista nos Arts. 311 e seguintes. As espécies de prisão sem pena, além da prisão preventiva citada são: prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão por pronúncia e prisão por sentença penal condenatória recorrível;
- **PRISÃO ESPECIALÍSSIMA** – é destinada exclusivamente aos jornalistas que cometem crimes definidos especificamente na lei de imprensa – Lei nº 5.250/67. Tem como característica principal o fato de que o agente cumprirá tanto a prisão cautelar, como a definitiva em estabelecimento adequado, em cela especial, ou seja, tanto antes do trânsito em julgado, como depois. Não se deve e não se pode confundir a prisão especialíssima com a prisão especial do Art. 295 do Código de Processo Penal, pois nesta havendo o trânsito em julgado o condenado sai da cela especial e passa a cumprir a pena definitiva no sistema prisional comum, sendo que tal prisão é destinada a seletivo grupo de pessoas que ocupam determinados cargos ou funções na sociedade, inclusive, nos crimes comuns.

A grande discussão doutrinária que se trava, que entendemos ser desnecessária, é com relação à liberdade se estas prisões cautelares não

afrontam o princípio constitucional da inocência, visto que são estritamente legais e, inclusive, estão disciplinadas no texto constitucional, especificamente, nos direitos e garantias fundamentais individuais.

Fernando da Costa Tourinho Filho dirime qualquer dúvida a respeito quando assinala que:

A prisão em flagrante, como toda qualquer prisão provisória, só se justifica se tiver um caráter cautelar; do contrário haverá desrespeito à Constituição Federal.³¹

Não se pode olvidar, que ainda sob o prisma do processo penal, tratando-se da liberdade de imprensa, é inegável que os meios de comunicação colocam meros investigados e suspeitos da prática de infrações penais, mesmo não tendo sido instaurada qualquer investigação criminal, já na condição de condenados definitivos, o que afronta, à evidência, o princípio da inocência corolário da dignidade humana. Tal fato, infelizmente, ocorre em nosso país onde a imprensa, como quarto poder, dita, na maioria das vezes, *sentenças* com execração pública dos envolvidos, com o único objetivo de conseguir furos jornalísticos de notoriedade.

Violam-se, ainda, os princípios da honra, intimidade, vida privada e imagem, catalogadas na Carta Magna como direitos fundamentais, repitam-se, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Lembre-se, nesse diapasão dentre muitos casos o da Escola Base, do Bar Bodega, ambos ocorridos na capital paulista, onde a imprensa, amparada por trabalho policial parcial e abusivo, fez com que aqueles que eram apenas imputados fossem condenados publicamente com todas as conseqüências nefastas que uma condenação pública traz, na maioria das vezes, muito mais gravosa do que a condenação judicial.

Difamam pessoas sem nenhuma ética, como consignado, no afã de conseguirem notoriedade.

³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. III, p. 221.

Tais práticas violam sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana e deve o Poder Judiciário quando acionado responder de pronto a tais abusos pelos órgãos de informações, penalizando-os com severidade e eficiência para que tenham maior comprometimento com a verdade, a seriedade e o respeito ao ser humano, quando da divulgação de notícias.

Temos que ter em mente, de maneira incontestada, que os direitos e garantias fundamentais, em hipótese alguma, podem ser relativizados, ganhando, sequer, interpretação restritiva, negando-lhes, enfim, sua essência e aplicabilidade integral.

Acrescente-se à nossa argumentação, que os direitos fundamentais sequer podem ser objeto de emenda constitucional, visto que estão amparados pela petrificação do Art. 60 da Constituição Federal, das cláusulas pétreas.

Em caso de dúvidas pelo intérprete o correto é ampliar os efeitos dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna, nunca admitindo que tenham interpretação restritiva. Deve ser ampliado seu âmbito de incidência, como no caso de restringir-se uma definição da dignidade humana. Deve-se conceituá-la como garantia fundamental constitucional de aplicação plena, sempre ampliativa, conseguindo com isso o intento do legislador, que é a proteção cada vez maior das garantias e direitos individuais e coletivos, aliás, repita-se, em nenhum momento o legislador pátrio expressamente fixou limitações a tal princípio.

Não se pode olvidar, e isto nos parece indiscutível que as normas processuais penais são verdadeiros complementos dos direitos e garantias fundamentais.

Tanto isso é verdade, que muitas das regras e institutos próprios do processo penal foram erigidas pela Constituição atual à condição de dispositivos constitucionais, notadamente aqueles inscritos no Art. 5º passando, assim, a serem vistas e reconhecidas como normas processuais penais constitucionais.

Diante disso, conjugando-se as normas processuais penais, o processo penal ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários é que chegamos à justiça que se espera e se alcança com os respeito às normas e dogmas constitucionais sem relativização ou restrição ou qualquer ato que possa diminuir sua aplicabilidade ou vedá-la sob qualquer forma ou argumento.

1.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Revisão Criminal

Os casos de deferimento das revisões criminais são minoria, ante as expressas hipóteses legais de cabimento, que desde a promulgação do Código de Processo Penal, se tornaram por demais restritas, não condizendo com as causas e possibilidades de erros judiciários que se apresentaram na sociedade com o desenvolvimento da mesma, ainda mais, colocando-se como comparativo a proteção constitucional irrestrita ao cidadão.

Veja-se que não há qualquer registro de hipóteses que hoje são habituais, ainda mais contra a decisão definitiva condenatória manifestada em caso de defesa dativa, cerne do presente estudo, cuja aplicação será analisada em momento próprio.

Não se pode e não se deve duvidar que a revisão criminal é intimamente, para não se dizer totalmente ligada aos direitos humanos, sendo que através dela se tem acesso pleno à Justiça, buscando-se a imparcialidade das decisões tomadas em erro judiciário, retificando-as para se fazer a plena e almejada Justiça, indispensável para a preservação, conservação, restauração da paz e harmonia social.

Trata-se, na verdade, de instrumento de efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana na seara criminal.

Tal afirmação é totalmente veraz, sendo que diversos dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário confirmam esta íntima e integral relação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Art. 10;³² o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, ambos ditados pela

³² Art. 10: Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Organização das Nações Unidas, nos Arts. 14, itens 5 e 6;³³ além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos de 1969, no seu Art. 8º.³⁴

Mais detidamente com relação à revisão criminal o princípio da dignidade da pessoa humana se torna mais patente, analisando-se o campo processual penal de atuação do mesmo, visto que visando o cidadão na sua essência de vida digna não admite que alguém possa ser condenado e esta condenação manter-se em vigor, se comprovado que houve erro judiciário.

O respeito à dignidade humana é tão presente que além da cessação imediata do julgamento danoso calcado no erro judiciário, temos, ainda, em nosso ordenamento jurídico a indispensabilidade da indenização pelo Estado àquele prejudicado.

De outra parte, se alguém é absolvido pelo fato criminoso, transitada em julgado a sentença absolutória não pode mais ser levado a novo julgamento pelo mesmo fato, visto não se admitir a revisão criminal *pro societate*, não se podendo em qualquer instância judicial, agravar a situação ou a medida sancionatória, quando a sentença for absolutória, definitiva ou se o recurso for exclusivo do réu.

Isto é respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários que evidenciam a verdadeira justiça.

³³ Art. 14: Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

[...]

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença a condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou quando um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não-revelação do fato desconhecido em tempo útil.

³⁴ Art. 8º – Garantias Judiciais: Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A busca da verdade real, cerne e principal princípio informativo do processo penal guarda relação inexorável com o instituto da revisão criminal, e este por seu turno ao princípio constitucional da dignidade humana, como já consignado, sendo instrumento de efetivação do mesmo.

Somente se terá a justiça da decisão, com a conseqüente proclamação do encontro da verdade real processual se tivermos atenção e obediência aos princípios constitucionais que exprimem os direitos e garantias fundamentais.

Exigir-se, apego aos formalismos processuais que alguém seja condenado, tornando-se definitiva a sentença, e posteriormente, descobrindo-se que foi calcada em erro judiciário por negligência, dolo ou carência de prova ou, ainda, sem a devida base fundamentada de reconhecimento da culpabilidade, não possa modificá-la para satisfazer a pretensão maior do processo penal que é a distribuição da justiça caracteriza insofismável afronta dos princípios constitucionais.

Os direitos e garantias fundamentais pela Constituição colocados à disposição dos cidadãos como forma de reparação de erros, consagra, destarte, com tal possibilidade, a preservação ou restituição de uma vida digna.

Relativizar o alcance da revisão criminal na esfera processual penal, maior paradigma conhecido de respeito à dignidade humana, é negar o exercício da cidadania, também previsto no Art. 1º da Carta Magna. A relativização da coisa julgada, neste caso, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, se torna, por certo, de rigor, visto que procura beneficiar o ser humano, fazendo-se justiça na decisão prolatada.

A dignidade humana frente a julgados parciais e injustos tem na legislação pátria guarida às suas pretensões de rechaçar tais arbitrariedades. Mesmo no direito externo, diga-se, acolhido pelo nosso direito pátrio através de vários tratados e convenções internacionais, os erros judiciários devem ser extirpados como garantia dos direitos humanos, da vida digna, da honra pessoal e social.

O Pacto de San José da Costa Rica quando da negativa de restituição da justiça pelas normas de direito interno dos países que são signatários do mesmo, admite ainda a possibilidade de denúncia direta à Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, notadamente nos Arts. 44 a 46:

Art. 44: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidades não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

Art. 45: 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem, ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-parte que não haja feito tal declaração.

3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.

4. As declarações serão depositadas na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados-membros da referida Organização.

Art. 46: 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os Arts. 44 ou 45 seja admitida pela Comissão será necessário:

a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;

b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d. que, no caso do Art. 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas 'a' e 'b' do inc. 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

A legislação pátria, nesse sentido, da possibilidade de desconstituir julgados tornados definitivos em face de erro judiciário, para restabelecimento da justiça criminal, com conseqüências óbvias e imediatas na justiça social e individual daquele lesado pela decisão, garantindo sua dignidade humana; vem bem representada pela revisão criminal.

É evidente que tal instituto merece alguns reparos, de ordem técnica, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários trazidos à tona pela legislação constitucional vigente, portanto recentíssima face ao Código de Processo Penal e sua vigência, já que data de muitos anos.

Desta forma, inevitável afirmar-se que quanto maior a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários, utilizando-se disso, como instrumento de sua efetividade o instituto da revisão criminal, em prol da justiça, evidente que a credibilidade contestada do Poder Judiciário atualmente, diga-se, injusta, na maioria dos casos, será restabelecida.

Negar-se ao condenado o direito de rescindir decisão injusta prolatada e considerada definitiva contra si gera a infringência das normas constitucionais que declaram os princípios fundamentais do cidadão, notadamente a dignidade humana.

Num campo mais recente, desde 1990, as Nações Unidas em suas orientações aos membros do Ministério Público, ditam, de maneira inquestionável e expressa que deve referido órgão, extensivas as orientações aos demais participantes da lide penal, velar pela imparcialidade no desempenho de suas funções, cumprindo respeitar e proteger, a qualquer custo, a dignidade humana, defendendo, conseqüentemente os direitos humanos, para a consagração do devido processo legal, da harmonia e paz social, além da credibilidade e bom funcionamento da máquina judiciária, da qual todos fazem parte.

Evidente, que o toque de caixa da revisão criminal não se apega tão somente à decisão condenatória injusta, mas aos seus reflexos. Dessa forma a essência atual da revisão criminal é a restituição e manutenção da dignidade humana daquele que injustamente foi condenado, representando tal instituto à vista da nova órbita constitucional a representação-mor da humanização da Justiça.

A dignidade humana na seara da revisão criminal vai propor modificações que devem fazer das desconstituições dos julgados tornados em tese definitivos, casos de real prestação jurisdicional justa, visando não só acolher as pretensões do réu, mas também velar pelos interesses da sociedade calcados em tal princípio.

Uma sociedade que vive dignamente, amparada na justiça plena, é uma sociedade em que os que devem não terão motivos para não pagar suas dívidas com a Justiça e com a própria sociedade; e, aqueles que nada devem, não vão sentir o receio de serem molestados arbitrariamente em nome de um poder que não é exercido com responsabilidade, respeito, equidade e ética, pilares fundamentais da democracia integral.

A dignidade humana, aplicada ao processo penal e mais restritivamente ao instituto da revisão criminal, permite a efetivação da segurança jurídica, pilar onde reside a justiça almejada por todos, sendo inadmissível falar-se em intangibilidade da coisa julgada em contradição com os princípios maiores da vida digna, justiça plena, real e absoluta.

Temos para nós, além do já exposto, dentre outras considerações que o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo antes de ser expresso no texto constitucional, guiou e tornou-se a diretriz primordial do legislador pátrio quando da elaboração do instituto da revisão criminal. Maior exemplo disso é que a revisão criminal visando a reforma da sentença condenatória já transitada em julgado pode ser interposta mesmo após o falecimento do condenado, numa clara reabilitação moral, não tendo, ainda, prazo prescricional para sua interposição. A dignidade humana não só do condenado, mas de seus herdeiros e, mesmo do condenado, não tem limite temporal para ser restabelecida.

Tenha-se ainda que na defesa de seu direito constitucional, tal ação, não necessita de capacidade postulatória, podendo ser impetrada pelo próprio condenado.

Tais características tornam a revisão criminal ação impar, expressão real desde sua criação, do respeito intangível e da defesa da dignidade humana, instrumento efetivo de exercício da dignidade humana.

Deve-se consignar o pensamento emanado por Cândido Furtado Maia Neto e Rodrigo Otávio A. H. de Almeida:

A justiça não pode e não deve caracterizar-se por um teatro artificial, solene e incompatível com os anseios sociais, pelo contrário, há que advertir que, nela, participam protagonistas reais (partes, réu, vítima e autoridades públicas, onde o objetivo principal é a solução dos casos verídicos para solucionar conflitos sociais e reparar e reconstruir a paz social.³⁵

À definição supra deve ser acrescido que com a revisão criminal utilizada como instrumento eficaz da consecução da dignidade humana temos a manutenção da paz social, visto que a sociedade se mantém segura quando percebe que sua Justiça vem de encontro ao clamor de igualdade, respeito à dignidade, honra e ética que tanto ela persegue.

³⁵ ALMEIDA, Otávio A. H.; MAIA NETO, Cândido Furtado. Revisão criminal e direitos humanos. In: **Revista de Prática Jurídica**, ano 02, nº 17. São Paulo: Consulex, ago. 2003.

PARTE II

**DA REVISÃO CRIMINAL E SEUS ASPECTOS ANTE O
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

1 A REVISÃO CRIMINAL NO DIREITO PÁTRIO

1.1 A Previsão Constitucional

É de suma importância na análise de qualquer tema a ser discutido, se existe previsão constitucional para o mesmo. Como é cediço, hoje se tem um processo penal constitucional, onde a maioria dos institutos têm sua origem na Lei Magna.

Não é por menos que o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, por exemplo, tratado no Art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal, rege o instituto processual penal da busca e apreensão domiciliar, entre outros.

O mesmo acontece com a revisão criminal que tem sua origem constitucional no inc. LXXV, do Art. 5º, que assim dispõe:

Art. 5º: [...].
LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

A maioria dos doutrinadores que examinam o instituto da revisão criminal informam que o mesmo tem justificação doutrinária, dentre outros institutos, no erro judiciário.³⁶

Além do erro judiciário, é evidente que se deve levar em conta a coisa julgada e a questão da segurança jurídica e sua possível relativização para mantê-la.

1.2 O Erro Judiciário e a Revisão Criminal Implícita

A primeira questão que deve ser observada para o estudo da revisão criminal é o dispositivo constitucional que não admite o erro judiciário com relação aos seus julgados.

³⁶ Dentre eles: MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, passim.

Implicitamente temos aí o instituto da revisão criminal, que como se verá, em momento próprio, visa corrigir erros nos julgamentos proferidos pela justiça criminal. As instâncias superiores nos julgamentos dos recursos ordinários podem corrigir os erros dos magistrados de instância inferior. Entretanto, a revisão criminal, conforme sua inspiração constitucional, visa a que, estando esgotadas todas as possibilidades de nova análise da decisão emanada injustamente, através dos recursos ordinários, não impossibilite, isso, por si só, a manutenção e justificativa de um erro judiciário.

Daí, dentro da previsão processual penal em relação ao dispositivo constitucional, se ter que a revisão criminal é originária do mesmo. Nesse sentido o v. julgado inserto no Boletim IBCCRIM nº 85/403, que assevera:

Erro judiciário. Sentença condenatória penal desconstituída em ação de revisão criminal. Efeitos do *decisum* constitutivo firme, no âmbito do processo penal. Prisão indevida, nascente em erros judiciários. Dever do Estado, de indenizar os danos, de ordem material e moral, independentemente de apuração de culpa, ou dolo, pelos atos de seus agentes (Art. 5º, incs. X e LXXV c/c Art. 37, § 6º da CF).³⁷

Na esfera processual penal, quando tratarmos da revisão em si, é indispensável dizer o que configura, neste diapasão, o erro judiciário.

Na esfera processual penal, quando tratarmos da revisão em si, é indispensável dizer o que configura, neste diapasão, o erro judiciário. A própria letra da lei já torna clara nas expressões contidas no Art. 621 do Código de Processo Penal que o erro judiciário passível de revisão criminal constituiria “a sentença contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos” (Art. 621, inc. I, do Código de Processo Penal); sentença fundada “em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos”; descoberta de “novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”. Segundo se prolifera dentro dos estudos do ser humano, a maior virtude que temos é a falibilidade humana. Não somos computadores

³⁷ In: Boletim IBCCrim nº 85/403.

em que a lógica incondicional e absoluta é a essência de sua existência, a impossibilidade do erro e o acerto está sempre presente.

O juiz que profere uma sentença é um ser humano, e como tal tem possibilidade de se equivocar. Seria inconcebível pensar que sendo o juiz um ser humano e sendo o ser humano falho, repita-se, sua maior virtude é ser falho, não poderia errar em suas decisões.

Nesse sentido, aliás, é o pensamento de Jorge Mosset Iturraspe, em sua obra *El Error Judicial*:

Es verdad de Perogrullo que los 'jueces son hombres' y que nadie escapa o está exento Del error em sus actos; de donde la tesis 'negadora Del error', o parte de la consideración de un juez-Dios o superhombre o, lo cuales también muy malo, de pensar que es Derecho 'cualquier cosa', que da lo mismo esto o aquello o bien que el juiz es una espécie de santón que convierte em Derecho todo 'lo que dice' o aplica.³⁸⁻³⁹

De Plácido e Silva, em seu *Dicionário Jurídico*, conceitua a palavra *erro judiciário* como sendo:

Assim se diz, especialmente, para o erro de fato ocorrido nos julgamentos penais, em virtude do qual o juiz, fundado num engano ou erro, referente à falsa idéia das circunstâncias acerca do crime, condena injustamente, o que depois pode motivar um reparação ao injustiçado, tão logo se verifique a improcedência da condenação.⁴⁰

É mister consignar que, principalmente, na esfera criminal, a prova, na maioria das vezes, resulta de testemunhos, também praticados por seres humanos.

³⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. *El error judicial*. Buenos Aires: Culzoni Editores, 1999, p. 206.

³⁹ Tradução livre do autor: "É verdade absoluta que os 'juizes são homens' e que ninguém escapa ou está livre do erro em seus atos, donde a tese 'negadora dos erros', ou parte da consideração de Juiz-Deus ou super-homem ou, os quais também muito mal, de pensar que é Direito 'qualquer coisa', que dá o mesmo isto ou aquilo ou bem que o juiz é uma espécie de santo que converte em Direito tudo o que disse ou aplica".

⁴⁰ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 65.

Isso sem contar, que o Art. 385 do Código de Processo Penal,⁴¹ informa sobre o princípio do livre convencimento do magistrado na análise das provas, o que evidencia, a possibilidade, ainda maior, de erro por parte do mesmo, ante sua falibilidade já mencionada.

Dessa forma laborando em erro, quer intencional ou não intencional o Poder Judiciário, abre-se à vítima, na esfera civil a reparação por tal erro, através da indenização por parte do Estado, em responsabilidade objetiva, com direito de regresso contra o magistrado faltoso, se tiver agido com dolo.

Evidente que se tratando de erro judiciário criminal, este pode ser praticado tão somente por autoridade judiciária, que significa juízes ou tribunais no seu mister de julgamento das lides penais colocadas sob sua jurisdição.

Pensamos que o erro judiciário proferido na esfera criminal, onde se a sentença final pode levar à privação de um dos bens mais importantes do indivíduo, a liberdade, que é a regra constitucional contra sua privação que seria a exceção, pode trazer conseqüências tão danosas ao indivíduo injustamente condenado que nem mesmo a possibilidade de uma indenização monetária poderia minimizar seus traumas e seqüelas.

1.3 A Coisa Julgada e sua Relativização: a Questão da Segurança Jurídica

A questão da mitigação da coisa julgada, em face da segurança jurídica tornou-se tema dos mais discutidos dentro da doutrina pátria.

Tal movimento pela relativização dos princípios e garantias constitucionais procura sustentar-se na assertiva de que não há garantia ou princípio absoluto, ou seja, havendo conflito entre garantias e princípios constitucionais aplicar-se-ão os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

⁴¹ Art. 385: Nos crimes de ação penal pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

para que tal conflito seja solucionado, possibilitando a suavização de um princípio (ou garantia) em favor de outro. Faz-se a ponderação entre ambos e coloca-se a preponderância de um sobre o outro, levando-se em consideração, como já dito, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Entretanto, não compartilham por unanimidade os doutrinadores pátrios do presente pensamento, havendo grande divergência doutrinária diante de tal movimento *reorganizador* de direitos, como será apresentado a seguir.

1.3.1 *Considerações históricas sobre a 'res iudicata'*

O instituto da coisa julgada remonta do século VIII a.C., tendo surgido no Direito Romano, pois, já naquela época, havia grande preocupação da sociedade romana em manter a segurança e a certeza do gozo dos bens da vida.

Entretanto, a idéia de Estado e o próprio conceito de *lei* como expressão de sua vontade se enfraquecem com a invasão do império Romano do Ocidente pelos bárbaros, o que também se reflete no ideal de jurisdição formulado pelo Direito Romano.

Durante a Idade Média, com o fracionamento da soberania e o conseqüente surgimento de instituições feudais, é criado demasiado número de processos, onde a jurisdição assume caráter privado, de cunho exclusivamente patrimonial, alienável e transmissível. Desta forma, a coisa julgada converte-se em presunção de veracidade das decisões judiciais, uma vez que a jurisdição não se presta mais à aplicação da lei, mas sim a resolução das contendas dos particulares com base nas provas. Pode-se afirmar que a *res iudicata* transporta-se do campo da vontade para o campo da lógica neste período.

1.3.2 *A coisa julgada*

O Estado de Direito tem por desígnio social a pacificação, que não seria alcançada caso os resultados proporcionados pela jurisdição não fossem

imutáveis, o que causaria uma grande insegurança social, eternizando incertezas nos litígios entre os particulares, principalmente na área criminal, onde as decisões judiciais, no tocante ao mérito das ações penais, dizem respeito ao bem maior do indivíduo depois do direito à vida, sua liberdade.

Tal segurança jurídica vem tutelada no ordenamento jurídico pátrio pela garantia constitucional da coisa julgada que se destina a preservar a estabilidade social dos efeitos da sentença de mérito e “[...] impedir que novas leis ou novas sentenças aniquilem ou reduzam a utilidade pacificadora do exercício da ação no processo de conhecimento”.⁴²

Pode-se, assim, conceituar a coisa julgada como a imutabilidade oferecida aos efeitos da sentença e ao seu conteúdo, impedindo que sua constante rediscussão traga insegurança jurídica aos particulares e ao próprio Estado, na medida em que a *res iudicata* repele a possibilidade de que os conflitos e incertezas se eternizem.

1.3.3 *Coisa julgada formal e coisa julgada material*

O Art. 467 do Código de Processo Civil traz a definição do legislador pátrio para o instituto da coisa julgada:

Art. 467: Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Apesar de tal artigo referir-se a coisa julgada como sendo material, a doutrina classifica a coisa julgada sob dois aspectos: um a respeito da imutabilidade do conteúdo processual da sentença – coisa julgada formal – e outro com relação à imutabilidade dos efeitos desta sobre o objeto mediato do pedido, ou seja, os bens da vida tutelados – coisa julgada material.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. I, p. 305-306.

Assim, pode-se afirmar que a coisa julgada formal⁴³ é a impossibilidade da rediscussão naqueles autos da lide formada entre as partes após o trânsito em julgado da sentença, ou seja, quando não houver mais possibilidade de recurso.

A coisa julgada formal pode ser encontrada nos dois tipos de sentença previstos pelo ordenamento jurídico pátrio, isto é, forma coisa julgada formal tanto as sentenças terminativas, que não discutem o mérito da causa (Art. 267, incs. I à XI) quanto às definitivas, que decidem o mérito ou extinguem o litígio por causa a ele equiparada (Art. 269, incs. I à V).

Por sua vez, a chamada coisa julgada material tem efeitos extraprocessuais, ou seja, a imutabilidade por ela assegurada vai além da simples impossibilidade de rediscussão naqueles autos já com trânsito em julgado, impossibilitando, também, a rediscussão da lide em outro processo, quer pelas partes, juiz ou tribunal.

Ao contrário da coisa julgada formal, que pode ser encontrada tanto nas sentenças terminativas quanto nas definitivas, a coisa julgada material somente será formada nas sentenças definitivas, ou seja, naquelas sentenças que extinguem o processo com julgamento do mérito nos termos do Art. 269 do Código de Processo Civil.

Pode-se afirmar, também, que a garantia à que se refere o Art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, trata apenas da coisa julgada material, na medida em que o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada pelo Estado-juiz às partes em litígio.

Desta forma, considerando que a coisa julgada material tem seus efeitos projetados para fora do processo, sobre ela é que incidem os principais efeitos de uma possível mitigação do instituto.

⁴³ Alguns autores nomeiam a coisa julgada formal de *preclusiva*. Entretanto, a preclusão é mais abrangente que a coisa julgada, uma vez que consiste na perda de uma faculdade processual, o que pode acontecer em outras fases processuais, não somente na sentença, sobre a qual incide a coisa julgada. Sobre o assunto *vide* BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil** – com notas remissivas a legislação processual vigente, por Antonio Cezar Peluzo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 148-187.

1.3.4 A autoridade da coisa julgada

Não se pode ignorar o fato de que existem sentenças injustas, e que a existência de injustiças não impede que estas façam coisa julgada.

Moacyr Amaral dos Santos afirma que: “Todas as sentenças definitivas, uma vez verificada a coisa julgada formal, adquirem a autoridade de coisa julgada (coisa julgada material)”.⁴⁴

Desta forma, surge a indagação de justificativas para tal fato, para a qual a doutrina oferece dois fundamentos: um de ordem política e outro de ordem jurídica.⁴⁵

Pode-se afirmar que o verdadeiro escopo do processo é alcançar a justiça no fato concreto, por isso a existência de recursos para que as partes possam impugnar injustiças constatadas no decurso da via processual.

No entanto, não poderiam ser intermináveis tais recursos, vez que isso impossibilitaria a estabilidade dos direitos, eternizando incertezas, o que impede a certeza dos direitos e conseqüente segurança do gozo dos bens da vida almejados.

Assim, os fundamentos de ordem política da autoridade da coisa julgada são motivos de ordem prática, de exigência social de que em dado momento a sentença (ou acórdão) que decide a lide se torne imutável, garantindo a segurança jurídica aos indivíduos.

Por sua vez, há grande divergência doutrinária com relação ao fundamento jurídico da autoridade da coisa julgada. Pode-se dizer que o direito brasileiro acorda com a definição dada por Liebman, para quem a coisa julgada é definido como:

[...] uma qualidade especial da sentença, a reforçar a sua eficácia, consistente na imutabilidade da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).⁴⁶

⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. III, p. 49.

⁴⁵ Ibidem, vol. III, mesma página.

⁴⁶ Liebman, apud, ibidem, vol. III, p. 54.

No entanto, por adotar essa doutrina, não significa que o direito brasileiro tenha se afastado daqueles que, como Chiovenda, compartilham da justificativa da autoridade da coisa julgada na *vontade do Estado*. Tanto é verdade que é a própria lei que confere à sentença (ou acórdão) a partir de dado momento a qualidade de coisa julgada.

Assim, tem-se que a força e a autoridade da coisa julgada não poderá ser contrariada e desconhecida nem mesmo por lei.

A coisa julgada é imutável e indiscutível mesmo em face da lei. Por preceito constitucional, 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada' (Constituição Federal, Art. 5º, inc. XXXVI).⁴⁷

1.3.5 A teoria da mitigação da 'res iudicata'

O instituto da coisa julgada informa que o mesmo goza de prestígio constitucional, já que está inscrito na Constituição Federal como garantia fundamental, aparecendo no texto constitucional como cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais normatizadas por sentença de mérito definitiva, ou seja, transitada em julgado. Dessa forma integra definitivamente o conceito de cidadania processual reconhecido pela própria Carta Magna.

Mais recentemente criou-se um movimento a favor da relativização das garantias constitucionais, partindo da assertiva de que não há garantia absoluta, como já afiançado anteriormente.

Tal movimento pela mitigação das garantias constitucionais busca justificativas no fato de existirem antinomias na ordem jurídica, até mesmo no plano constitucional, donde surge a idéia da existência de direitos constitucionais inconstitucionais.

Assim, considerando que não há garantia absoluta, quando do surgimento de conflitos, estes deverão ser solucionados mediante a aplicação do princípio da

⁴⁷ SANTOS, 2003, vol. III, p. 56.

proporcionalidade, evitando deste modo, a consecução de resultados desproporcionados e injustos.

Desta forma, tem-se que, quando houver conflito, as garantias deverão ser valoradas e a partir desta valoração poder-se-á mitigar aquela de suposto valor constitucional inferior.

Ainda favoravelmente a mitigação da coisa julgada pode se argumentar sob o prisma de três princípios,⁴⁸ a saber: em primeiro lugar o da legalidade que diz respeito ao fato de uma sentença não poder ser alheia ao direito positivo vigente, já que o poder estatal deve ser exercido nos limites da lei. O segundo princípio seria o da instrumentalidade, o processo somente terá sentido caso seu julgamento seja feito com fundamento nos ideais de justiça e balizado com a realidade. Como terceiro e último princípio temos a proporcionalidade onde a coisa julgada apresenta-se na mesma proporção de outros valores de mesmo grau hierárquico, não se sobrepondo a nenhum outro.

Engana-se, no entanto, quem crê ser a relativização da coisa julgada algo recente no direito brasileiro, uma vez que o sistema processual pátrio já prevê em seu corpo algumas hipóteses de mitigação da coisa julgada pela via da ação rescisória⁴⁹ e da revisão criminal.

A discussão a respeito da relativização da coisa julgada agravou-se com a descoberta do DNA e a possibilidade de sua utilização como prova com pequena chance de erro nas ações de investigação de paternidade.

Assim, afirmam os defensores da presente teoria que o prazo estipulado pelo Art. 495 do CPC é um tanto quanto pequeno, e que nestes casos deve prevalecer o direito do filho de saber quem é seu verdadeiro pai ou o contrário, do pai em saber que é verdadeiramente seu filho biológico em detrimento da segurança jurídica garantida pela coisa julgada.

Entretanto, alguns renomados doutrinadores pátrios defendem a relativização da coisa julgada em outras hipóteses, além desta dos casos de Ação de investigação de

⁴⁸ Teoria defendida por MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: **Revista de Direito Processual Civil Genesis**, vol. 08, nº 31. Curitiba: Genesis, jan./mar. 2004, p. 143.

⁴⁹ Neste sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2003, p. 605.

paternidade, afirmando ser possível relativizar a *res iudicata*, também quando esta macular princípios constitucionais como o da moralidade e da legalidade.

Deverá ser mitigada a coisa julgada que extrapolar os limites da legalidade e da moralidade, vez que desta forma tal instituto poderá converter fatos irrealis em fatos reais, maculando os princípios constitucionais regentes de uma sociedade democratizada.⁵⁰

Outro defensor de tal teoria é Cândido Rangel Dinamarco,⁵¹ que afirma não ser absoluto o valor da segurança jurídica e, por conseqüência, a coisa julgada no sistema processual pátrio, uma vez que devem conviver com outro valor de grande relevância, a saber, o da justiça nas decisões judiciais, assegurado constitucionalmente pela garantia do acesso à justiça (Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988).

Este último doutrinador não considera a coisa julgada como efeito em si próprio, mas como a imutabilidade dada aos efeitos substâncias propostos pela sentença, acordando com o conceito dado por Liebman à *res iudicata*.

Desta forma, partindo da premissa de que a coisa julgada torna imutável os efeitos da sentença que se projetam para fora do processo, não deverá ser imposta se tais efeitos não forem concretamente viáveis.

Apesar de favorável a relativização da coisa julgada, é claro que a aplicação de tal mitigação deve apenas ocorrer excepcionalmente, ou seja, em casos de extrema relevância como os das ações de investigação de paternidade anteriores a existência do exame de DNA,⁵² bem como no caso de julgamentos em que haja erro judiciário na esfera criminal.

Neste sentido afirma que “[...] a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”,⁵³ ressaltando sempre

⁵⁰ Entretanto, percebe-se na fundamentação dada pelo Ministro José Delgado uma total ausência de preocupação com a segurança jurídica assegurada pela Constituição pátria, vez que sua proposta resultaria em infinitas rediscussões a respeito de uma decisão judicial se a qualquer tempo pudessem as partes apresentar novas provas ou interpretações constitucionais que favorecessem seu direito.

⁵¹ DINAMARCO, 2005, p. 09-38.

⁵² Dinamarco, em artigo já citado, afirma também ser possível a mitigação da coisa julgada quando esta ferir o direito a uma indenização justa quando houver desapropriação por parte do Estado (Ibidem, p. 38).

⁵³ Ibidem, p. 36.

que a mitigação da coisa julgada é exceção, da qual a sua aplicação e proteção é regra.

Assim, a coisa julgada inconstitucional é nula, não estando sujeita a qualquer prazo prescricional ou decadencial para sua alegação. A aplicação de efeitos *ex nunc* às sentenças consideradas inconstitucionais deve ocorrer na forma do direito europeu com o intuito de preservar os efeitos já produzidos, não comprometendo deste modo o princípio da segurança jurídica.

Nesta medida, não será a coisa julgada absoluta, devendo ser mitigada caso se apresente em desacordo com o que rege o texto constitucional, da mesma forma que ocorre com os atos dos Poderes Legislativo e Executivo.

O princípio da segurança não será necessariamente ferido se houver a aplicação de outros princípios constitucionais a ele superiores, uma vez que devem prevalecer os primados da moralidade e da legalidade sobre o caráter absoluto do princípio da segurança jurídica.⁵⁴

A *contrario sensu*, Ovídio A. Baptista da Silva⁵⁵ vê a relativização da coisa julgada como uma restauração de princípio e valores pré-modernos, afirmando ser o período vivido pela sociedade atual palco de grandes incertezas, onde tudo nasce para ser provisório.

O mesmo autor afirma a existência de dois equívocos no raciocínio dos juristas anteriormente citados, quais sejam, uma inversão lógica do fundamento e uma ilusão de que a sentença, ao destruir a coisa julgada que contenha injustiça, possa tornar-se – em virtude de uma milagrosa intangibilidade renascida – “[...] protegida pela coisa julgada que a segunda sentença acabara de destruir, de forma que ela própria se tornasse inimpugnável a novos ataques”.⁵⁶

Neste sentido, o jurista defende a impossibilidade de mitigação da coisa julgada até mesmo nas ações de investigação de paternidade, alegando que um filho só buscaria a real identidade de seu pai pelo exame de DNA se fosse

⁵⁴ Ibidem, p. 29.

⁵⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa?. In: **Revista da AJURIS**, vol. 31, nº 94. São Paulo: AJURIS, jun. 2005, p. 213-225.

⁵⁶ Ibidem, p. 219.

financeiramente viável, ou seja, que houvesse uma herança desse possível pai em questão.

Entretanto, a questão da relativização da coisa julgada não gira somente em torno de aspectos financeiros, mas sim em torno de aspectos constitucionais e da própria dignidade humana dos indivíduos envolvidos nestas questões de filiação e mais especificamente na seara criminal com relação à liberdade e a injustiça de uma sentença que impõe sanção a alguém comprovadamente inocente ou sem responsabilidade criminal pelo fato denunciado.

Porém, não se pode relativizar tanto o instituto da coisa julgada a ponto deste perder suas características essenciais, firmadas através dos séculos.

A coisa julgada presta-se a garantir aos indivíduos e ao próprio Estado a segurança jurídica para o exercício dos direitos sobre os bens da vida tutelados constitucionalmente. Veja-se se uma sentença criminal pudesse ficar eternamente à mercê de recursos sem possibilidade de, em tese, tornar-se definitiva. Não haveria a possibilidade da segurança jurídica, indispensável na esfera penal já que a liberdade é o bem maior constitucionalmente falando após o direito à vida.

Assim, o necessário seria a adequação do ordenamento jurídico pátrio a esta nova realidade apresentada por este início de século e milênio, com uma ampliação do rol das hipóteses de cabimento da ação rescisória, quer na esfera civil como na penal, a dilação de seu prazo decadencial na esfera civil e a excepcionalidade de sua aplicação.

Portanto, correto é buscar uma fórmula temperada de pacificação jurídica, onde a coisa julgada não deve ser mitigada de qualquer maneira, a qualquer tempo e por qualquer juízo, mas sim que seja criado um sistema coerente com a atual sociedade brasileira que preste a *res iudicata* o devido prestígio.

Muitas são as teorias, no Direito atual, que defendem a relativização da coisa julgada, sendo que a maioria delas poderia se resumir na afirmação de não ser tolerável a eternização de injustiça a pretexto de não eternizar litígios.

Apesar de correto o pensamento de que não deve prevalecer no ordenamento jurídico norma contrária à Constituição, violar a coisa julgada também é de certa forma macular o texto constitucional.

A proposta de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na solução de conflitos entre garantias constitucionais é razoável, mas ainda não é o ideal.

Na esfera criminal a sugestão mais viável seria uma melhor adequação da redação das hipóteses de cabimento da revisão criminal. Conste-se que a revisão criminal é imprescritível, ou seja, fica bem patente que sempre que houver erro judiciário, não se pode eternizar a coisa julgada, relativizando-a para que se faça justiça. Essa característica da revisão criminal é pleiteada pelos civilistas para as ações na esfera processual civil, visto que a injustiça de um julgado não pode ficar em posição de inferioridade ante dispositivos legais que possam cingir o inconformismo do erro judiciário a prazos exíguos para a prova de tais injustiças.

Como é cediço, a teoria dos recursos traz como preceito fundamental de sua existência a falibilidade humana, e é nisso que temos que nos ater. Devemos buscar sugestões para que se tenha uma primeira discussão no sentido de tornar a revisão criminal mais efetiva e mais abrangente. Hoje, aquelas hipóteses de cabimento não são mais restritas e taxativas. A jurisprudência pátria no sentido de corrigir erros judiciários ali não previstos tem admitido através da revisão criminal, a correção dessas injustiças, sempre com cautela, bom senso e fundamentação. Veja-se, a título de ilustração decisões do antigo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que admitiu a análise de revisão criminal fora dos casos estabelecidos em lei quando não houvesse tido recurso da decisão de primeiro grau, prejudicando o réu leigo.

Preservar o instituto da coisa julgada não significa simplesmente ater-se a formas, mas garantir aos indivíduos segurança jurídica suficiente para gozarem dos bens da vida aos quais têm direito. Da mesma forma que mitigar o instituto quando relevante, não implica, necessariamente, numa total desconsideração da *res iudicata*.

Há, verdadeiramente, a necessidade de se relativizar a coisa julgada, entretanto, não de qualquer modo, a qualquer tempo e por qualquer juízo, tanto que o ordenamento jurídico pátrio já traz em seu corpo algumas hipóteses para sua mitigação, o instrumento adequado e o juízo competente.

Assim, parece razoável, nestes tempos de reformas processuais, a revisão das hipóteses de cabimento da revisão criminal.

1.4 Escorço Histórico

Na legislação brasileira do Império, a revisão era chamada de *revista*, visto que era influenciada pelo direito português.

Assim que a Carta Constitucional do Império de 25 de março de 1824, criando o Supremo Tribunal de Justiça, atribuiu-lhe competência para “conceder ou denegar revista nas causas e pela maneira que a lei determinar” (Art. 164, § 1º).

Pimenta Bueno, citado por Jorge Alberto Romeiro,⁵⁷ considerava tal atribuição daquela Corte de Justiça como a principal do nosso alto colégio judiciário.

Posteriormente, o respectivo processo foi determinado pela lei de 18 de setembro de 1828. Editou-se, em seguida a Resolução de 31 de agosto de 1829, que em seu Art. 6º, assim determinava:

Art. 6º: As revistas somente serão concedidas nas causas cíveis e crimes, quando se verificar um dos dois casos: manifesta nulidade ou injustiça notórias nas sentenças proferidas em todos os juízos em última instância.

Tivemos vários outros decretos sob a égide do Império, destacando-se entre eles os Decretos de 09 de novembro de 1830; 20 de setembro de 1833 e 17 de fevereiro de 1838.

O Código Criminal do Império também continha dispositivo sobre a revisão. Tal diploma, em sua concepção, não fora inspirado em um modelo legislativo único. Fora fruto da influência dos Projetos Mello Freire, reflexo do

⁵⁷ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da revisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 24.

Código Napoleônico de 1810, e Livingston para a Lousiana, apresentado em 1825. No entanto, no que refere às idéias que o inspiraram, moldaram a sua feitura os ideais iluministas da época.⁵⁸

Neste contexto, como garantia individual contra o arbítrio do Estado, o legislador ordinário a época, em consonância com a Carta Constitucional do Império, consignou no Art. 86 e parágrafos,⁵⁹ o instituto da reabilitação que, em verdade, significava efeito de declaração de inocência, perante o Supremo Tribunal Federal, em conseqüência de revisão extraordinária de sentença condenatória.

No entanto, a revista neste período cabia tanto em relação à decisão condenatória (revista *pro reo*), como em relação à sentença absolutória (revista *pro societate*).

No império a revista foi mantida no Art. 130, do Decreto nº 5.618, de 02 de maio de 1874.

Já na fase republicana, o instituto passou a ser denominado *revisão*.

Dois textos normativos tratavam do tema, o Decreto nº 847, primeiro Código Penal Republicano, datado de 11 de outubro de 1890 que em seu Art. 86,⁶⁰ e o Decreto de nº 848, também de 11 de outubro de 1890 que disciplinou a justiça Federal.

O Código Penal de 1890 fazia referência à agora revisão em seu Art. 86.

A primeira Constituição republicana trazia preceito sobre a revisão criminal no Art. 81, segundo o qual, os processos findos, em matéria de crime, poderiam ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença, atribuindo ao legislador a tarefa de

⁵⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. 2ª ed. 2ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69.

⁵⁹ Art. 86: A reabilitação consiste na reintegração do comndenado em todos os direitos que houver perdido pela comndenação, quando for declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal, em conseqüência de revisão extraordinária de sentença condenatória.

§ 1º – A reabilitação resulta imediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

§ 2º – A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do rehabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos soffridos com a condemnação. A Nação ou Estado são responsáveis pela indenização.

⁶⁰ Art. 86: A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando for declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal, em conseqüência de revisão extraordinária da sentença condenatória.

§ 1º – A reabilitação resulta imediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

apontar os casos e requisitos da revisão, vedando o agravamento da pena, sendo competente para conhecê-la e julgá-la o Supremo Tribunal Federal (Art. 59, inc. III: “[...] rever os processos findos, nos termos do Art. 81”).

Diferentemente da revista, a agora revisão não era recurso, tratava-se de ação, só tinha cabimento em relação a processos findos, dos quais não cabia recurso, podia ser promovida a todo tempo, mesmo após a morte do condenado.⁶¹

Sete eram as hipóteses de cabimento:

- 1 – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal;
- 2 – quando, no processo em que foi proferida a sentença condenatória, não se guardarem as formalidades substâncias do processo;
- 3 – quando a sentença condenatória tiver sido proferida por juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado, ou quando se fundar em depoimento, instrumento ou exame julgado falso;
- 4 – quando a sentença condenatória estiver em formal contradição com outra, na qual foram condenados como autores no mesmo crime outros réus;
- 5 – quando a sentença condenatória tiver sido proferida na suposição de homicídio que posteriormente se verificou não ser real, por estar viva a pessoa que se dizia assassinada;
- 6 – quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos;
- 7 – quando, depois da sentença condenatória se descobrirem novas e irrecusáveis provas da inocência do condenado.

Neste período fervilhavam as idéias da escola positivista. Para Ferri, a proibição da *reformato in pejus*, sob sua ótica não devia mais subsistir. Buscando-

⁶¹ COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Brasília: Fac. Similar – Senado Federal, 2004, vol. II, p. 426.

se um maior equilíbrio entre os direitos individuais e sociais, as impugnações às decisões criminais condenatórias, interpostas pelos condenados, refletem a influência da escola clássica, com a excessiva proteção ao indivíduo, sem qualquer justificação, um excesso de sentimentalismo. Por tal razão Garofalo e Ferri são favoráveis à *pro societate*.⁶²

Quanto à revisão, tanto a Constituição quanto o Código Penal e as demais normas que tratavam do tema mantiveram-se fiéis ao princípio que veda a *reformatio in pejus*, à escola clássica, aos ideais iluministas de garantia do indivíduo frente ao poder estatal.

As demais Constituições que se seguiram à de 1891, mantiveram a previsão do instituto, assim como a vigente.

⁶² FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 198.

2 A REVISÃO CRIMINAL NO DIREITO COMPARADO

Sob várias terminologias o objetivo central da revisão criminal é previsto em legislações estrangeiras.

Os doutrinadores, com poucas diferenciações têm trazido um resumo do que ocorre em Portugal, Espanha, Itália, França, Alemanha e Argentina.⁶³

Em Portugal a revisão criminal é tida como um direito do cidadão, direito este expresso na Constituição Federal⁶⁴ cujo texto tem melhor redação do que o já citado sobre erro judiciário e indenização no Brasil, visto que faz menção expressa à ação de revisão criminal como meio para reparar erro judiciário ou injustiças latentes.

O recente Código de Processo Penal português de 1998 coloca a revisão criminal como recurso extraordinário com previsão nos Arts. 449 a 466.

Os fundamentos de admissibilidade da revisão criminal no direito português têm diferenciações com o direito brasileiro em alguns aspectos, visto que admite a revisão criminal *pro societate*.

Segundo Sérgio de Oliveira Médici, o Art. 499, indica referidos fundamentos como sendo:

- a) uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo; c) os fatos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) descoberta de novos fatos ou meios de prova que, de per si

⁶³ Vide as obras mais famosas sobre revisão criminal de Sérgio de Oliveira Médici, já citada, e a de 2005, recentíssima de Carlos Roberto Barros Ceroni, **Revisão criminal**: características, conseqüências e abrangência, da editora Juarez de Oliveira, sendo que esta última obra não abrange o direito alemão e argentino, sendo no mais idêntica à primeira, no tocante aos países citados, até mesmo a seqüência, sendo que tentaremos fazer uma junção das duas obras naquilo que, resumidamente, interesse ao nosso trabalho.

⁶⁴ Vide Art. 19, nº 06, que disciplina os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever à revisão da sentença e à indenização pelos danos sofridos.

ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação.⁶⁵

Observe-se que nas duas primeiras hipóteses fala-se em *decisões* o que engloba não só sentenças absolutórias, como condenatórias, que faz com que haja em tal ordenamento, como salientando anteriormente, a possibilidade da revisão *pro societate*.

Têm-se daí que muito embora o dispositivo constitucional tenha melhor redação que o brasileiro ao expressamente mencionar a revisão criminal como instrumento para reparação do erro judiciário criminal, entendemos que a possibilidade de revisão criminal *pro societate* destoa de nosso ordenamento jurídico, sendo por nós rechaçada, já que não admitimos a *reformatio in pejus*.

Outro ponto de destaque é que no direito português a decisão atacada não precisa ser exclusivamente sentença, portanto, quaisquer pronunciamentos jurisdicionais, independentes de julgar o mérito, colocando fim ao feito, podem ser atacados pela via da revisão criminal, desde que presentes os requisitos legais.

Por fim, quanto à legitimidade para a interposição da ação, o direito português se assemelha muito ao direito pátrio, com os mesmos legitimados, inclusive os herdeiros, para a revisão visando à reabilitação moral do sentenciado. O que difere é que lá, expressamente é dada legitimidade ao órgão do Ministério Público, acreditamos, porque a revisão é aplicável, também, às sentenças absolutórias.

Na Espanha, identicamente ao direito brasileiro, a revisão criminal é recurso exclusivo do condenado, com os mesmos legitimados, excluindo-se, como aqui, o Ministério Público da disposição expressa legal.

Muito embora a reforma processual de 1992 tivesse mantido a revisão entre os recursos, a jurisprudência espanhola⁶⁶ que a qualificava de recurso extraordinário ou excepcional, passou a nominá-la como processo excepcional ou processo de revisão.

A redação do Art. 594 da lei processual criminal espanhola informa os casos de revisão criminal:

⁶⁵ MÉDICI, 2000, p. 72.

⁶⁶ Cf. *ibidem*, p. 112.

- existência de sentenças contraditórias, contra duas ou mais pessoas, provando-se que o crime somente poderia ser cometido por um agente;
- condenação por homicídio de pessoa que esteja comprovadamente viva;
- sentença prolatada com base em falsidade documental, falso testemunho, ou confissão obtida por coação;
- apresentação de novos fatos ou novas provas que evidenciem a inocência do condenado.

Em comparação com a legislação brasileira, temos que admitir que a redação do Código de Processo Penal pátrio é de melhor qualidade e maior amplitude, visto que a nossa legislação, conforme o Art. 626, admite a possibilidade de alteração da classificação da infração penal e modificação da sanção.

Por seu turno, na Itália a revisão criminal possui fundamentos bem parecidos com a legislação pátria.

Já no corpo da Constituição, como aqui, não faz menção expressa à revisão criminal. Entretanto, faz menção a que lei infraconstitucional determinará as condições e procedimentos pelos quais se fará a reparação dos erros judiciários.

Dessa forma o Código de Processo Penal de 1989, substituto do Código fascista de 1930, disciplina a revisão criminal nos Arts. 629 a 647, sendo que a mesma é nomeada como instrumento extraordinário de impugnação de decisões transitadas em julgado.

Não existe no direito italiano, a constituir fato relevante idêntico ao direito brasileiro, a possibilidade de revisão *pro societate*, sendo que os casos de cabimento da mesma, em consonância com a nossa lei processual penal, estão descritos no Art. 630 e são:

- sentenças contraditórias em que os fatos que serviram de fundamento ao édito condenatório não se conciliam com os de outra sentença penal irrecorrível;

- sentença condenatória fundada em questão prejudicial civil ou administrativa, cuja decisão foi, posteriormente revogada;
- descoberta de prova nova, que demonstre a inocência do condenado, e;
- demonstração de que a sentença condenatória foi pronunciada em consequência de falsidade.

A diferença maior entre a legislação italiana e a brasileira com relação à revisão criminal diz respeito aos legitimados, sendo que a legislação estrangeira amplia o rol encontrado na nossa legislação, admitindo o Ministério Público como legitimado para a revisão. Dessa forma tanto o réu ou seus herdeiros, como o Poder Público podem interpor revisão criminal visando corrigir a injustiça de seus julgados.

Na França não temos expressamente na Constituição Federal a previsão da revisão criminal. Entretanto, o Código de Processo Penal a disciplina nos Arts. 622 a 626, sendo que o primeiro disciplina as hipóteses de cabimento da revisão, a saber:

- se o réu foi condenado por homicídio, demonstrando após a decisão condenatória que a suposta vítima encontrava-se viva;
- existência de duas condenações pelo mesmo fato, ou a existência de decisões inconciliáveis, como por exemplo, uma absolvição e uma condenação pela mesma prática delituosa;
- existência de condenação posterior a decisão revidada contra a testemunha que depôs contra o réu, pelo crime de falso testemunho;
- é levada ao órgão judiciário a notícia sobre a existência de prova nova sobre a inocência absoluta do condenado.

Ressalte-se que a redação brasileira é mais bem redigida com maior amplitude de possibilidades, mais abrangentes, sendo totalmente dispensável

cingir-se, no caso de homicídio, a revisão criminal tão somente ao crime consumado. A redação brasileira não faz distinção entre as infrações penais cometidas. Havendo erro judiciário ou injustiça na decisão, com base nas hipóteses legais, a revisão pode ser interposta.

Como no Brasil a legislação francesa não admite a revisão *pro societate*.

Sérgio de Oliveira Médici, ainda, disciplina sobre a revisão criminal na Alemanha e Argentina, sendo que nos pontos principais sobre a revisão criminal, informa que na Alemanha a revisão criminal vem disciplinada desde o Código Processual Penal Imperial de 1877, que começou a vigorar em 1879.

Muito embora localizada em capítulo fora dos recursos, a legislação alemã disciplina que os preceitos gerais dos recursos regem as formas de requerimento da revisão do processo.⁶⁷

Existem divergências, como no Brasil sobre a natureza jurídica da revisão criminal. Uns a entendem como recurso⁶⁸ e não uma ação, por ser lá cabível toda a renovação da fase probatória. Por outro lado, a StPO denomina a revisão como processo, sendo estudada pela doutrina na última parte dedicada aos meios de impugnação.

Admite expressamente o direito alemão tanto a revisão *pro reo* como a revisão *pro societate*.⁶⁹

As hipóteses de cabimento da revisão se diferenciam em requisitos para a revisão pelo réu e requisitos para a revisão em prejuízo do mesmo.

Ao réu que tiver interesse em interpor revisão criminal, se impõe:

- que sua condenação tenha sido fundada em instrumento falso ou adulterado;
- no processo que originou sua condenação testemunha ou perito, tenha sido considerado culpado por falso testemunho;

⁶⁷ Conforme § 365.

⁶⁸ MÉDICI, 2000, invoca a posição de Claus Roxin.

⁶⁹ Conforme os §§ 359 e 362, respectivamente.

- que o magistrado que tenha prolatado a sentença que condenou o réu-requerente tenha sido condenado por crime relacionado com o dever funcional;
- que tenha havido a anulação de sentença civil que fundamentou a condenação penal;
- que tenha ocorrido a descoberta de novos fatos ou elementos de prova que, sozinhos ou em conjunto com os demais elementos probatórios amealhados para o bojo dos autos, demonstrem a total inocência do acusado.

Em caso de admissão de revisão *pro societate* os requisitos de sua admissibilidade são:

- a comprovação de que o instrumento, qualquer que seja, apresentado em benefício do acusado fosse falso ou adulterado;
- nos mesmos moldes do segundo item anterior, que testemunha ou perito que tenham prestado depoimento favorecendo o réu, sejam condenados por falso testemunho;
- da mesma forma que o juiz sentenciante seja condenado por crime relacionado com o dever funcional;
- que se tenha a confissão, quer judicial ou extrajudicial, porém, digna de fé, por parte do acusado absolvido, reconhecendo sua culpa nos fatos criminosos.

Por derradeiro, o direito argentino coloca a revisão como recurso extraordinário no Código de Processo Penal da Nação, adotando-se o modelo francês.

No direito argentino como no brasileiro, não existe prazo definido para a interposição da revisão criminal, sendo que tem por finalidade obter a absolvição do condenado, uma pena mais favorável ou em caso de sua morte a reabilitação de sua memória.

Os legitimados são os mesmos do direito brasileiro, o próprio condenado, procurador, representante legal em caso de incapacidade, seus herdeiros, nos moldes da legislação brasileira em caso de morte. Acresce-se, entretanto, a tal rol a legitimidade do Ministério Público.⁷⁰

As hipóteses de cabimento estão assim disciplinadas, segundo o Código Nacional Argentino:

- na hipótese dos fatos estabelecidos como fundamento da condenação forem inconciliáveis com os fixados por outra sentença penal irrevogável;
- a sentença impugnada for fundada em prova documental ou testemunhal cuja falsidade houver sido declarada em decisão posterior irrevogável;
- a sentença condenatória houver sido pronunciada em conseqüência de prevaricação, suborno ou outro delito cuja existência for declarada em decisão posterior irrevogável;
- se após a condenação do réu sobrevierem ou forem descobertos novos fatos ou elementos de prova que, isoladamente ou em conjunto aos já examinados no processo, evidenciem que o fato criminoso não existiu, que o condenado não o cometeu, ou que o fato cometido se enquadra em norma penal mais favorável;
- corresponda aplicar uma lei retroativamente, desde que seja mais benéfica ao réu do que a aplicada na sentença revidenda.

Dessa forma, podemos concluir em comparação com as legislações de alguns outros países que nossa legislação muito embora mais concisa nas hipóteses de cabimento possui maior amplitude de aplicação do instituto da revisão criminal.

Evidente que faríamos reparos apenas quanto à impossibilidade do Ministério Público, enquanto órgão promotor de justiça, de ter legitimidade para

⁷⁰ Vide Art. 481 do Código Nacional da Argentina.

interpor revisão criminal, em nome do Poder Público a favor do réu, num dos objetivos deste que é promover o bem social e a paz social.

Aliás, a doutrina e a jurisprudência têm como exemplo a legitimidade para a ação de *habeas corpus* onde é admitida a atuação do Ministério Público para interpô-la a favor do paciente, também tem admitido, ao alvedrio da letra da lei, a possibilidade do Ministério Público interpor revisão criminal, quando for para beneficiar o condenado e na falta daqueles legitimados legalmente e que se encontram no Art. 623 do Código de Processo Penal.

3 A REVISÃO CRIMINAL E O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O instituto da revisão criminal tem sua previsão legal dentro da legislação infraconstitucional, mais notadamente, o Código de Processo Penal, no Art. 621 de tal Estatuto, o qual prevê: “A revisão dos processos findos será admitida [...]”.

Assemelha-se a revisão criminal ao instituto da ação rescisória na esfera civil, visando sempre a reparação de julgados injustos, quando já tornados *definitivos*. Entretanto, existem inúmeras diferenças ante a área de atuação de cada instituto, com peculiaridades distintas que serão analisadas no momento oportuno.

3.1 Conceito

Inicialmente consigne-se que a revisão criminal era anteriormente chamada de *revista*.

Muito embora a maioria dos doutrinadores quando se fala do conceito de revisão criminal informem que é indispensável, por primeiro, descobrir-se sua natureza jurídica, de recurso ou ação, dentre eles Sérgio de Oliveira Médici⁷¹ e Fernando da Costa Tourinho Filho,⁷² ambos afixam que o objetivo da mesma será a impugnação da sentença condenatória definitiva, ou seja, transitada em julgado, que tenha sido proferida sob a égide de um erro judiciário.

Assim, entendemos que o instituto da revisão criminal tem caráter rescisório de julgado condenatório definitivo que tenha sido constituído por erro judiciário.

⁷¹ MÉDICI, 2000, p. 152, onde, com propriedade, ressalta: “O conceito de revisão criminal depende da corrente doutrinária adotada a respeito da natureza jurídica do instituto [...]”.

⁷² TOURINHO FILHO, 2006, vol. IV, *passim*.

3.2 Natureza Jurídica: Recurso ou Ação Penal Constitutiva?

Tratando-se de revisão criminal, como já visto, a grande discussão que se trava na doutrina é quanto sua natureza jurídica.

Tão importante é tal definição que no item anterior citou-se dois doutrinadores que condicionam o próprio conceito de revisão criminal à sua natureza jurídica.

Ademais, sua natureza jurídica também traz contornos e conseqüências na própria aplicabilidade do instituto, seguindo as regras dos recursos ou as regras dos procedimentos destinados às ações.

Para aqueles que a defendem como recurso, uma das justificativas seria sua posição topográfica dentro do ordenamento jurídico pátrio. Está inserida no título *Dos Recursos*, Título II, do Livro III do Código de Processo Penal, constituindo seu Capítulo VII.

Entretanto, a corrente majoritária da doutrina, a coloca como ação constitucional de impugnação. Evidente que há a corrente que a defende como recurso e ainda, aquela que vê na revisão criminal natureza jurídica mista, porém, muito reduzida.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda reconhece a revisão como ação, assinalando que:

A revisão criminal é ação, e é remédio jurídico processual e não recurso. Não se confunde com a revista; há ação do réu – ação, no Brasil, de direito constitucional, para a revisão do processo findo. E há remédio processual específico, a ação de revisão criminal. Não se trata, pois, de simples recurso. A ação rescisória contra sentenças não se aplica a decisões criminais. Mas a revisão faz-lhe as vezes. Já alhures dissemos nós: 'A revisão criminal é remédio jurídico processual da mesma natureza *mutatis mutantis*, que a ação rescisória; todavia, em seus pressupostos, prazo e conseqüências, é inconfundível com essa. A ação rescisória não se aplica às sentenças criminais'. O que caracteriza o recurso é ser impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual que a resolução judicial que se impugna. A ação rescisória e a revisão criminal não são recursos: são ações contra sentenças, portanto remédios com que se instaura

outra relação jurídica processual. A impugnativa, em vez de ser de dentro, como a reclamação do soldado contra seu cabo, é por fora, como o ataque da outra unidade àquela de que faz parte o cabo. O soldado foi pedir a atuação alienígena. É erro dizer-se que a ação rescisória ou revisão criminal é recurso, como falar-se de reabertura extraordinariamente da lide trancada pela força do caso julgado. A ação rescisória vai, exatamente, contra a força formal da coisa julgada: quebrada essa muralha de eficácia formal, lá está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechada e fizera cessar; exsurge, não se reabre; o juízo rescisório não é reinstalação, mas volta à vida, ressurreição. Não se constrói a casa, que se fechara; abre-se a porta (=destrói-se a sentença) e reocupa-se a casa.⁷³

Inicialmente deve-se explicar que mesmo a divergência na orientação quanto à natureza jurídica da revisão criminal, que faz com que sejam indeferidas ao invés de serem julgadas improcedentes, ou deferidas ao contrário de serem acolhidas como procedentes, não descaracteriza a situação de ação da revisão criminal.

Seu objeto é rescindir uma sentença, pelo dispositivo legal analisado estritamente, condenatória, porém, já transitada em julgado, conforme preceitua expressamente o *caput* do Art. 621 do Código de Processo Penal.

Ora, o recurso só é cabível enquanto não transitada em julgada a decisão. Aliás, a expressão trânsito em julgado significa o esgotamento das vias recursais e a impossibilidade de interposição de recurso pelo decurso do prazo estabelecido em lei para tanto, portanto, o não acolhimento da tempestividade como pressuposto para o recurso.

Outro fundamento para rechaçar a revisão criminal como recurso é que uma vez julgada, e isto se verá quando da análise do seu processamento, no recurso as partes requerem à instância superior reexame e julgamento sobre o mérito. Na revisão, sendo ela uma vez julgada, só são cabíveis os recursos especial e extraordinário, que, evidentemente, não se prestam ao reexame do mérito. Não há nela o duplo grau de jurisdição em sua acepção técnica.

⁷³ Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, **Tratado das ações**, tomo IV, apud, MÉDICI, 2000, p. 165.

Veja-se que é indispensável, conforme a própria letra da lei que o processo esteja findo, acabado, terminado, sem possibilidade de novos recursos para que se faça a revisão criminal.

Dentre outras peculiaridades que podemos citar está o fato de que a revisão pode ser requerida por familiares do condenado morto, como forma de reabilitação moral, o que não se admite no recurso. Havendo possibilidade de recurso, ou seja, reexame do mérito, ocorrendo a morte do agente extingue-se a punibilidade, nos precisos termos do Art. 107, inc. I, do Código Penal, visto que perde o Estado interesse de agir, já que absolvido o agente e posteriormente condenado, via recursal, seria naturalmente impossível a aplicação de sanção penal por pena privativa de liberdade ou qualquer outra pena, não havendo a possibilidade no nosso país da pena passar da pessoa do condenado (conforme determina a Constituição Federal no Art. 5º, inc. XLV).

Veja-se, por oportuno, que julgada a revisão criminal e sendo a mesma deferida, o parágrafo único, do Art. 626 do Código de Processo Penal, limita sua aplicação informando que a pena do condenado não poderá ser agravada, impossibilitando a *reformatio in pejus*, evidentemente pelo caráter de ação exclusiva do condenado, e inclusive, de ação rescisória de julgado a favor do impetrante.

Aqueles que a consideram como de natureza jurídica mista, na verdade, sustentam tal posição em virtude da não uniformização de entendimento pelas outras correntes que a consideram como recurso ou ação.

Assim, aproveitaram-se das divergências existentes e lançaram nova doutrina sobre o assunto.

Nesse sentido Ary Azevedo Franco, que assim preleciona:

De fato, a revisão é, no fundo, verdadeira ação ou tipo especial de ação rescisória em sede penal, obedecendo, contudo, à forma dos recursos. Como a ação rescisória, participa da natureza das ações e dos recursos. A diferença consiste em que nas ações rescisórias é prevalente o caráter de ação, com o juízo prévio rescidente e rescisório; nas revisões criminais é prevalente o caráter de recurso.⁷⁴

⁷⁴ FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. III, p. 183.

Defendem que a revisão é na verdade ação ou um tipo de ação rescisória na sede penal. Entretanto obedece a disciplina quanto à sua forma dentro dos recursos. Dessa forma o caráter misto na área penal faz com que a revisão criminal tenha como prevalente o caráter de recurso, sem deixar sair de vista que as ações rescisórias têm caráter de ação.

Por tal posição não se deve dizer que a revisão criminal tem uma natureza mista, mas é sim uma ação, com um procedimento para seu trâmite peculiar aos recursos. Dessa forma o caráter de ação então ficaria definido.

Sempre que se coloca uma situação de natureza jurídica mista de qualquer instituto, é ela resultante de duas correntes contraditórias, cada qual com seu fundamento próprio. Na verdade, não há possibilidade de aceitação do caráter misto, porque teríamos que admitir, o que não se deve, que os institutos se confundiriam nos próprios procedimentos, o que levaria a uma situação processual confusa e absurda de atos contraditórios e que, inclusive, não têm possibilidade de aplicabilidade conjunta.

Muitos processualistas sustentam que o recurso implicitamente seria uma ação. Entretanto, não se deve admitir, sob pena de estarmos em contradição, que a natureza mista não tem razão de ser.

O fato de quebrar-se a porta do processo já definitivamente encerrado atacando a coisa julgada e não tendo por objeto imediato a relação jurídica anteriormente decidida, a fim de controlá-la, mas instaurando um novo processo, reafirmam com clareza solar tal natureza jurídica de ação.

3.3 Pressupostos Legais

O direito pátrio, tratando-se da norma processual penal, não admite a revisão criminal *pro societate*, aliás, com o que concordamos, quando prejudica o réu, analisando-a como recurso, com a possibilidade de *reformatio in pejus*. Este estudo pretende, ao contrário, defender o condenado assessorado tecnicamente na forma da defesa dativa, dando-lhe condições dentro de determinadas hipóteses restritivas e requisitos expressos ver sua condenação reexaminada. No

recurso, concordamos, busca-se um reexame do mérito da ação dentro dela mesma, fazendo-se, por instância superior, nova análise das provas, sendo que o julgado não foi considerado em virtude do recurso interposto imutável, em tese.

Dessa forma, como asseverado, três são os pressupostos essenciais do pedido revisional que se colocam expressamente indicados no Art. 621 do Código de Processo Penal, donde se extrai que se colocam como favoráveis ao condenado injustamente por erro judiciário.

O primeiro deles é a existência de sentença penal condenatória irrecorrível.

Têm-se na própria expressão do Art. 621, crítica quanto à redação da expressão “findo”, visto que ela pode não só abranger o processo findo com condenação, que é o objeto da revisão criminal, mas outros processos em que não houve, por exemplo, o julgamento do mérito, sendo arquivados por sentença terminativa. Por exemplo, os processos arquivados, quando de seu tramite, em virtude da ocorrência de uma causa extintiva de punibilidade, não podem ser objeto de revisão criminal e, isto se torna evidente porque não há interesse legítimo para tal pretensão. Com a extinção da punibilidade não há interesse na punição, visto que é inócua qualquer sanção aplicada, já que o Estado perdeu seu interesse de agir, não podendo executar tal sanção pela prescrição.

Melhor seria que o legislador tivesse usado a expressão “processos com decisão condenatória transitada em julgado”.

Em nosso entendimento tal falha do legislador em nada descaracteriza o instituto, visto que os incisos do Art. 621 do Código de Processo Penal, notadamente os incs. I e II, expressamente usam da expressão “[...] sentença condenatória [...]”, o que, à evidência, em exame com o *caput* levam à conclusão, óbvia, de que o processo findo, já terminado, deve ser aquele em que se teve uma decisão condenatória transitada em julgado injusta provocada por erro judiciário.

Também, o inc. III não destoa de tal entendimento. Ao prever que após a sentença a descoberta de novas provas da inocência do condenado ou circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena, só pode levar à conclusão que a sentença foi condenatória, visto que haverá a absolvição do réu, como conseqüência da nova prova ou a diminuição da sanção imposta, que só pode decorrer de condenação.

A despeito disso, é indispensável que a sentença condenatória seja irrecorrível, ou seja, não possa ser fruto mais de qualquer tipo de recurso. Como já asseverado tal pressuposto indica mais ainda a qualidade de ação e não de recurso da revisão criminal.

Um outro pressuposto de rigor para a impetração da revisão criminal é a configuração de erro judiciário.

Na esfera processual penal o erro judiciário está implícito nas hipóteses de cabimento da própria revisão (Art. 621 do Código de Processo Penal) quando diz ser ela cabível se a sentença condenatória for contrária a texto expresso de lei ou evidência dos autos (inc. I); for proveniente de fundamentação calcada em depoimentos, perícias ou documentos comprovadamente falsos (inc. II), ou quando após a sentença houver a descoberta de novas provas da inocência do acusado ou que possam levar ao seu favorecimento com a diminuição da pena imposta em virtude de circunstância não conhecida nos autos originais (inc. III).

O último pressuposto diz respeito a uma condição *sui generis* da revisão criminal, a indispensabilidade que o requerimento seja formulado a favor do condenado, quer pelo mesmo pessoalmente, por procurador com poderes especiais, ou no caso de morte por seus substitutos processuais, conforme preceitua o Art. 623 do Código de Processo Penal.

Num primeiro momento, portanto, coloca-se impossível revisão criminal de sentença absolutória, com o que não se concorda. Porém no momento oportuno tal celeuma será devidamente enfrentada.

3.4 As Hipóteses Legais do Art. 621 do Código de Processo Penal

Uma vez preenchidos os pressupostos da revisão criminal é necessário que o pedido se adeque a uma das hipóteses legais inseridas no Art. 621 e seus incisos do Código de Processo Penal.

3.4.1 *Violação ao texto expresso de lei ou contrariedade à evidência dos autos*

Violar ao texto expresso da lei é ir contra ao mandamento que ela expressa.

Essa lei, na esfera criminal, pode ser tanto a lei penal objetiva, como os mandamentos insertos na lei processual penal.

Na verdade, conforme expressamente prevê o Art. 626 do Código de Processo Penal, a revisão acolhida levará não só a modificação da pena, inclusive pela nova classificação do delito, a absolvição do réu, e, ainda à própria anulação do processo.

Amplamente a expressão lei penal que engloba não só a legislação penal substancial, mas também a legislação processual e aos princípios processuais penais oriundos da norma constitucional como a ampla defesa e o contraditório, mandamentos constitucionais e processuais que devem sempre ser seguidos.

Revisão Criminal – condenação fundada em prova irregularmente colhida na fase policial, não confirmada em juízo e inconvincente, proferida contra texto expresso da lei penal (inobservância do princípio constitucional do contraditório e de regras da legislação infraconstitucional relativas a formalidades para a coleta da prova) e contra a evidência dos autos. Revisão acolhida para absolver o requerente (TJRS – 1ª Gr. Cs. – Rev. nº 70003424777 – j. 08.03.2002 – Rel. Ranolfo Vieira).

A jurisprudência de nossos tribunais, da mesma forma, nos coloca exemplos de revisões criminais fundadas e julgadas com base em condenação contrária a texto expresso de lei, tratando-se de matéria penal:

É contrária ao texto expresso da lei penal a decisão que invoca, indevidamente, o disposto no Art. 14, inc. II, do Código Penal, condenando o réu por fato inexistente, qual seja, tentativa de homicídio culposo, que deve ser corrigido em sede revisional (RJDTACRIM nº 18/197).

A partir da Emenda Constitucional nº 45, que abarca a reforma do Poder Judiciário, instituindo-se a súmula vinculante é entendimento no sentido de que se

possa interpor, neste caso a revisão criminal. É evidente que a matéria estará consolidada em jurisprudência passando a ser vinculante aos casos porventura acontecidos. Ora, seria essencialmente injusto se não fosse possível revisão criminal, mesmo estando o tema definido pela súmula vinculante, visto que ela não passou a ter poder de lei instituída.

Já se decidiu, inclusive, que a afronta ao direito sumular pode ensejar revisão criminal, o que evidencia que os próprios tribunais superiores já manifestavam no sentido da criação da súmula vinculante e sua aplicabilidade integral.

Aliás, defende-se, inclusive, que editada súmula vinculante a revisão é viável na esfera criminal quando o teor da mesma trazer novo benefício ao réu, mesmo em processo findo. Através da revisão criminal se abriria a possibilidade de que os termos da súmula fossem eficazmente válidos, reitere-se, sempre em benefício do réu.

Isto se fundamenta visto que a súmula vinculante não engessa o Judiciário, isso é verdade. Entretanto não poderá ser descumprida, sendo que serão editadas em matérias extremamente polêmicas e relevantes notoriamente. A súmula tem o condão de evitar o processamento de recursos inúteis, mas não de retirar de uma decisão injusta a possibilidade de sua revisão.

Assim, editada súmula vinculante que passará a servir de paradigma para o julgamento dos demais tribunais inferiores, nada obsta que se favorável ao réu possa beneficiá-lo já que nos julgamentos atuais tal situação fática apresentada não será mais admissível pelo julgador.

Cabe pedido revisional de sentença que afronta o direito sumular, consagrado implicitamente pela nova ordem constitucional, ao atribuir elevada tarefa uniformizadora ao Superior Tribunal de Justiça.⁷⁵

No mesmo inc. I do Art. 621, ainda, vigora a expressão “contrariedade à evidência dos autos”.

⁷⁵ Vide a respeito a posição de NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, nota 7-A, p. 901-903, em comentário ao Capítulo II do Título II – *Recurso em Sentido Estrito*.

O processo penal como princípio básico traz a busca da verdade real. Como é cediço, a verdade real é aquela que mais se aproxima da realidade fática. Não se pode negar que chegar à verdade incontestável dos fatos pode não ser possível, visto que esta, na maioria dos casos não está com o magistrado que de tudo fica sabendo indiretamente, mas sim com as pessoas que estiveram envolvidas, o que, na maioria das vezes, os distorcem levando-os a pender para seus interesses pessoais.

A decisão deve guardar relação lógica com o que foi apurado nos autos. Nem mesmo o livre convencimento do magistrado pode se distanciar ou se furtar a elementos de prova que sejam incontestáveis, incontrovertidos, devidamente comprovados.

Dessa forma, se existirem nos autos provas pró ou contra a determinada tese da defesa ou acusação, por exemplo, depoimentos que rechaçam a ocorrência de uma excludente de ilicitude, contrapondo-se a outros que a abarcam, o magistrado, certo ou errado, pode pender seu convencimento para qualquer um deles. Isso não enseja revisão criminal por ser a decisão contrária à evidência dos autos. Estes trouxeram ao julgador versões, sendo que o mesmo, fundamentadamente, quedou-se por uma ou outra, dentro de seu livre convencimento.

O deferimento da revisão criminal, sob o argumento de ser a decisão contrária à evidência dos autos, somente se justifica acaso a sentença condenatória não encontre apoio em nenhum elemento de prova do processo, não bastando para tanto que os julgadores desta considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação (TJCE – Câ. Crim. Rev. nº 200.00151184-0/0 – j. 28.06.2000 – Rel. Fernando Luiz Ximenes Rocha).

A prova será evidente e o julgamento contrário à ela, ensejando a possibilidade de revisão criminal, quando o julgador se afasta da verdade manifestada dentro do processo, julgando contrariamente a tudo aquilo que se mostrava evidente e comprovado.

A evidência da prova exsurge de sua clareza, sua impossibilidade de contestação. Não há nos autos, para o julgador, nada que possa apoiar seu decisório. É ele divorciado de tudo o que se produziu no processo, contrariando,

inclusive, o livre convencimento do magistrado regular ou normal, que é aquele amparado no que foi produzido nos autos.

O Supremo Tribunal Federal espancando qualquer dúvida a respeito do tema, assim decidiu:

[...] só há decisão contrária à evidência dos autos quando não se apóia em nenhuma prova existente no processo, não bastando, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação.⁷⁶

Outras jurisprudências também se assentaram com relação ao assunto:

Na revisão criminal, a retificação da sentença condenatória há de ser admitida como meio excepcional de afastamento da coisa julgada como meio excepcional de afastamento da coisa julgada tão-somente nos casos em que a decisão apresente clara contrariedade à evidência da prova indicada nos autos. O pedido revisional é remédio processual para reparar erro judiciário, para que a jurisdição penal atue segundo os postulados da justiça, de sorte que equivale a um julgado contrário ao que dos autos se evidencia aquele apoiado em provas insuficientes para a condenação (TACRIM-SP – Gr. Cs. – Rev. nº 413. 866/1 – j. 28.04.2003 – Rel. Octávio Helene).

3.4.2 *Sentença condenatória fundamentada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos*

Inicialmente quanto a tal possibilidade de interposição de revisão criminal, é mister consignar, de maneira retumbante, que a prova falsa consistente no depoimento, exames ou documentos, deve ter servido de fundamentação para a condenação, ou seja, a falsidade de tal prova gera o erro judiciário.

Sua simples existência no processo, desde que não tenha influenciado no ânimo do julgador quando da decisão final não justifica a interposição da revisão.

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 nov. 2007.

Nesse sentido, aliás, o posicionamento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Não basta a existência de um depoimento mendaz, de um exame ou documento falso. É preciso, isto sim, que o juiz ao proferir a decisão condenatória, tenha se arrimado no depoimento, nos exames ou documentos comprovadamente falsos.⁷⁷

No mesmo sentido posiciona-se a jurisprudência dominante:

Apoiada a sentença condenatória em outros elementos de prova, mesmo que se tenha por falso o depoimento guerreado, não tem ele força suficiente para abalar a coisa julgada em toda a sua estrutura, para desconstituí-la. Para o êxito da revisão, importa que a decisão se tenha embasado tão só na prova dita-falsa. Pedido revisional improcedente (TJRS – 2º Gr. Cs. – Rev. nº 693152407 – j. 17.06.1994 – Rel. Luís Carlos de Carvalho Leite).

Não se pode esquecer que em sede de revisão criminal não se podem produzir provas. Não é a seara específica para prova de eventual alegação de falsidade documental. Assim, como no *habeas corpus* tal prova já deve vir para a revisão pré-constituída, ou seja, sua falsidade deve vir comprovada.

Na esfera criminal tem se admitido para constituição prévia da prova falsa a justificação, que embora prevista no ordenamento processual civil, pode ser utilizada na esfera criminal, nos casos de revisão criminal e *habeas corpus*, devendo ter seu processamento na mesma vara onde correu o processo que resultou na condenação que ora se combate através da revisão.

Aliás, nesse sentido, foi o posicionamento Mário Devienne Ferraz, que assevera:

[...] medida cautelar dessa natureza pode eventualmente ser necessária no Juízo Criminal, como por exemplo na hipótese de alguém, condenado à revelia, pretender requerer revisão criminal e, para bem instruir seu pedido e

⁷⁷ TOURINHO FILHO, 2006, vol. IV, p. 331.

demonstrar sua inocência, precisar fazer prova, documental e/ou testemunhal, só agora descoberta.⁷⁸

Em apoio tem sido o entendimento jurisprudencial:

No juízo da revisão não se admite a fase instrutória. Se inexistente a prova da inocência alegada pelo sentenciado, cabe obtê-la através da justificação (RT nº 622/259).

3.4.3 *Descoberta de novas provas da inocência do acusado ou de circunstâncias que determine ou autorize diminuição especial da pena*

Vale ressaltar que a inocência dentro do ordenamento jurídico num primeiro momento se faz pelas hipóteses de absolvição inscritas no Art. 386 e seus incisos do Código de Processo Penal.

A nova prova da inocência do acusado não precisa ser nova no sentido de ser atual. Poderia ela existir quando dos fatos, entretanto, considera-se nova prova visto que não estava encartada dentro do processo, era desconhecida do magistrado quando da sentença.

Para o conhecimento da revisão, *ex vi* do dispositivo nº III do Art. 621 do Código de Processo Penal, é indiferente que a *nova prova* preexista, ou seja, subsequente à sentença. O imprescindível é que seja pela primeira vez apresentada a aferição judicial, isto é, que o juiz da decisão revidada não tenha, qualquer que seja a causa, *descoberto* tais elementos de prova, ainda que presentes nos autos, no momento da entregue prestação jurisdicional (RT nº 593/368).

Evidente que, após todo o processamento e condenação do réu em provas trazidas ao bojo dos autos, se posteriormente à condenação,

⁷⁸ FERRAZ, Mário Devienne. **Medida cautelar de justificação no juízo criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

descobrirem-se provas que não foram amealhadas para os autos, mas que, indiscutivelmente provarem a inocência do mesmo, o erro judiciário é manifesto, visto que a decisão condenatória proferida não condiz com a realidade dos fatos, devendo ser rescindida para que se faça justiça. O mais importante, com relação à nova prova da inocência do réu, é a indispensabilidade da justificação prévia para provar o alegado e já tê-lo pré-constituído quando da revisão.

Entretanto, essa nova prova, atendendo a justificação prévia, também deve atender nela aos princípios constitucionais do processo, com relação à colheita de provas, notadamente o princípio do contraditório.

Com relação à circunstância que autorize ou determine a diminuição especial da pena deve-se ter em conta que o benefício ao réu é o objetivo de tal possibilidade.

Tais circunstâncias estão dentro do Código Penal, tanto na parte geral como na especial.

Consigne-se, por exemplo, que não seria justo a condenação de alguém com a agravante do crime cometido contra ascendente, no caso, o filho que mata o pai, e posteriormente descubra o mesmo que aquele não era seu genitor biológico. Evidente que a agravante supra referida exige o vínculo biológico para que seja acolhida. A diminuição da pena, pela causa que não mais existe como agravante do crime é de rigor.

3.5 Legitimidade

Os legitimados para interposição da ação de revisão criminal estão disciplinados no Art. 623 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 623: A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Inicialmente percebe-se que o próprio condenado pode requerer a revisão criminal. Se não quiser fazê-lo pessoalmente pode constituir procurador legalmente habilitado, que não precisa ser obrigatoriamente advogado, podendo ser qualquer pessoa capaz de defender os interesses de seu constituído. Consigne-se, que os tribunais, principalmente o paulista, quando interposta revisão criminal por pessoa que não tenha habilitação técnica, tem tido a precaução de nomear um advogado para arrazoar o pedido com seus conhecimentos profissionais.

Por fim, em caso de sua morte, após a condenação transitada em julgado poderão requerê-la seus substitutos processuais, seus parentes, no caso da lei, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Este rol taxativo do artigo também é visto em outras hipóteses como na substituição processual para a representação, como condição de autorização na ação penal pública condicionada a tal peça (Art. 24, § 1º do Código de Processo Penal), bem como no caso, também, da substituição processual para oferecimento da queixa-crime, nos crimes de ação penal privada (Art. 31 do mesmo diploma processual).

Tal rol é taxativo como acontece nas hipóteses acima mencionadas com relação ao direito de ação.

Daí porque se deve dar total possibilidade de legitimidade ao Ministério Público, como defensor da sociedade, de que possa interpor revisão criminal em favor do condenado, sempre para beneficiá-lo, já que procura a justiça, quando esgotado o rol de pessoas do Art. 623 do Código de Processo Penal ou na ausência legal delas.

É na verdade a possibilidade de reabilitação moral do condenado, mesmo após sua morte, através da iniciativa de seus familiares mais próximos.

Legalmente falando o rol do Art. 623 do Código de Processo Penal é taxativo.

Fernando da Costa Tourinho Filho⁷⁹ explana que no Regimento Interno anterior do Supremo Tribunal Federal era admitida a revisão criminal por parte do Procurador Geral da República, sendo que o novo Regimento, retirou tal

⁷⁹ TOURINHO FILHO, 2006, vol. III, p. 149.

figura do rol, o que na opinião do festejado doutrinador citado, foi um tremendo retrocesso.

Argumenta que se o Ministério Público pode apelar pró-réu, bem como impetrar *habeas corpus* a favor do acusado, deveria, também, ter legitimidade para a revisão criminal.

A própria denominação do representante do Ministério Público, atualmente, é de promotor de justiça, o que quer dizer que faz a defesa da sociedade e de seus membros no afã da busca incondicional da Justiça. Não seria crível a interposição de revisão criminal por tal órgão, se não tivessem seus membros absoluta certeza do erro judiciário.

É mister consignar que a revisão criminal é adstrita à vontade particular do condenado, sendo que a legitimidade para seus parentes deve-se à substituição processual em face de sua morte. Seria inadmissível que a família do mesmo requeresse revisão criminal contra a sua vontade.

O Ministério Público, como representante do Estado-Administração, bem como protetor dos interesses da sociedade poderia ter legitimidade para a revisão criminal quando falecido o réu, sem parentes que se encontrem no rol dos legitimados pelo falecimento. Como representante da sociedade e de seus cidadãos, quer sejam acusados ou não, poderia ele, defrontando-se com um erro judiciário fazer uso da revisão criminal em favor do condenado para sua reabilitação moral perante a própria comunidade.

Ressalte-se que a atuação do representante do *parquet*, como já consignado anteriormente, não seria a de defender interesse particular do condenado, mas sim como fiscal da lei e guardião da Constituição Federal, principalmente nos temas concernentes à ordem jurídica, regime democrático, interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do Art. 127, *caput*, de defender o restabelecimento da ordem jurídica que foi violada, à evidência, com a decisão injusta que encerra erro judiciário.

Consigne-se, mais que as Cartas Constitucionais de 1891, em seu Art. 81, §1º e a de 1934, em seu Art. 78, nº 03, permitiam ao Ministério Público a interposição de revisão criminal.

No direito comparado admite-se a revisão criminal interposta pelo Ministério Público. Destaca o *Código di Procedura Penale* (Art. 632, inc. I, alínea 'b'), na Itália e o Código de Processo Penal Português (Art. 450, inc. I, alínea 'a').⁸⁰

Assim, a simples ausência do Ministério Público no texto expresso do Código de Processo Penal, não retira dele a legitimidade para tanto, diga-se, nos termos da lei, em benefício do sentenciado, visto que a lei ordinária deve ser interpretada em consonância com a Constituição Federal. Ora, esta coloca o Ministério Público como guardião da mesma no sentido da defesa dos interesses individuais. Qualquer ameaça à liberdade do indivíduo, proveniente, no caso, de erro judiciário, não pode subtrair sua atuação, devendo a instituição velar pelos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

3.5.1 Capacidade postulatória

Em face da legitimidade concedida ao próprio condenado prescinde a revisão criminal de capacidade postulatória, muito embora, o próprio Art. 623 do Código de Processo Penal, também tenha como previsão a utilização pelo réu de procurador legalmente habilitado, ou seja, advogado, não excluindo a representação, também por qualquer pessoa.

Muito se tem discutido ante a nova égide constitucional se não estaria revogada essa legitimidade do condenado em face do legislador ter considerado o advogado como indispensável à administração da justiça.

O próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94, no inc. I, do Art. 1º declara atividade privativa da advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário.

Entretanto, tal dispositivo não se aplica ao *habeas corpus*, como ação constitucional. Da mesma forma, seria absurdo aplicar-se à revisão criminal. Ora, quem mais tem interesse na rescisão de um édito condenatório do que o condenado. Suprimir-lhe o direito constitucional de insurgir contra violação de

⁸⁰ Vide HAMILTON, Sérgio Demoro. **A revisão criminal**: cinco temas provocativos. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

direito seu, no caso a liberdade justa, seria afrontar os próprios dispositivos constitucionais concernentes às garantias e direitos individuais.

Para que maiores celeumas não se verifiquem, coloque-se aqui a exemplar atitude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde havendo revisão criminal requerida pelo próprio condenado, a Corte determina a baixa dos autos à instância inferior, onde será nomeado defensor dativo ao mesmo para que acompanhe o pedido revisional, apresente razões técnicas em seu favor. Na verdade, na prática concilia-se, como bem ponderado por Sérgio de Oliveira Médici, “[...] o pleno direito do condenado e o preceito constitucional relativo à imprescindibilidade do advogado na administração da justiça”.⁸¹

3.6 Considerações com Relação a Algumas Situações na Revisão Criminal

A revisão criminal tem tomado grande repercussão nos meios jurídicos. As discussões acerca do tema têm sido no sentido de melhorar o instituto, no sentido de que seja mais amplo quanto à reparação de erro judiciário, sem ferir a indispensável segurança jurídica. Repousa aí a nossa sugestão de trabalho. Inédita, no sentido de colocar possibilidade em questão nunca aventada, ao contrário daquelas que serão analisadas a seguir.

Dentro desse diapasão mister algumas considerações, breves, sobre assuntos que têm sido discutidos com relação à revisão criminal, atuais e prementes e que não tenham sido objeto de apreciação ou discussão nos itens anteriores.

3.6.1 A sentença condenatória criminal transitada em julgado diz respeito somente a crimes ou delitos?

Num primeiro momento pode-se ter como irrelevante a discussão acerca da aplicabilidade da revisão criminal e qual o seu alcance quanto às infrações penais de

⁸¹ MÉDICCI, 2000, p. 156.

cujo julgamento se verificou o erro judiciário. Apenas a título ilustrativo e de argumentação, há algum tempo se discutiu se a prisão em flagrante delito seria utilizada nas contravenções. Aqueles mais apegados à literalidade das palavras argumentavam que a própria prisão cautelar tinha como nome prisão em flagrante *delito*. Nesse pensamento, diziam que em nosso ordenamento jurídico a infração penal é gênero, cujas espécies são crime ou delito (expressões sinônimas) e contravenções.

Dessa forma a aplicabilidade da prisão em flagrante estaria restrita tão somente aos crimes ou delitos, não podendo haver a hipótese de prisão em flagrante nas contravenções.

Tal questão, que se apresentava inicialmente duvidosa, foi solucionada pela doutrina com o estudo do instituto da prisão e sua colocação na lei processual. Muito embora a terminologia, tecnicamente, esteja efetivamente equivocada, não haveria motivos para dúvidas ou discussões se analisássemos o Art. 302 do Código de Processo Penal, portanto, dentro do capítulo da prisão em flagrante, que informa, em seu inc. I “está cometendo a infração penal”. Dessa forma, em situação de flagrância, permissionária da prisão cautelar estaria a pessoa que estivesse praticando tanto crime ou delito, como contravenção, visto que a expressão *infração penal* contida no inciso citado é gênero e as outras duas são espécies dela.

Da mesma forma a revisão criminal não se limita tão somente às condenações transitadas em julgado com relação aos crimes ou delitos. Também é cabível nas contravenções, ou seja, melhor dizendo, independe do tipo de infração penal da qual se efetivou a condenação injusta.

Aliás, pela própria análise do Art. 626 do Código de Processo Penal, tomando-se por base de raciocínio o acima efetivado para a prisão em flagrante nas contravenções, vemos a expressão *infração*, frise-se novamente, gênero de que são espécies o crime ou delito e as contravenções.

3.6.2 *A sentença do tribunal do júri e a soberania dos veredictos*

Curiosa situação se instala quando a sentença condenatória for proveniente de decisão em plenário no tribunal do júri.

Poderia ela ser rescindida, através da revisão criminal, ou caso houvesse tal possibilidade não afrontaria o princípio constitucional do júri da soberania dos veredictos?

O entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência é de que a soberania dos veredictos é inatingível enquanto fundamento para a liberdade do réu. Ora, se mesmo havendo tal preceito constitucional, a decisão dos jurados for influenciada, por exemplo, por prova testemunhal, documental ou exame, comprovadamente falsos, ou descobrindo-se nova prova da inocência do réu, nada obsta que se possa rescindir o julgamento em plenário.

Ao se colocar na balança o direito à liberdade com a soberania dos veredictos, é evidente que até o mais rigoroso operador do Direito, não admitiria a sustentação de uma decisão injusta em detrimento do direito maior que é a liberdade. Não atingiria, à evidência, a segurança jurídica que se tem com a imutabilidade da decisão, ao contrário, teríamos mais segurança, inclusive dos institutos jurídicos, sabendo-se que o Judiciário, em hipótese alguma admite decisão injusta, equivocada que constitua erro judiciário.

Nesse sentido Fernando da Costa Tourinho Filho assevera:

Assim, se a soberania dos veredictos é dogma constitucional, também o é, e em maior grau, a tutela do direito de liberdade, tendo este, a toda evidência, maior prevalência.⁸²

E a jurisprudência dominante assenta:

O fato de se tratar de decisão do júri, recoberta pelo manto da soberania, não impede a revisão criminal. É que o conceito de soberania aqui não se confunde com o sentido absoluto e rígido de poder incontestável do direito constitucional (RT nº 488/330).

Não se pode deixar de consignar neste momento, inclusive, em respeito às posições divergentes, a existência na doutrina de posicionamentos no sentido

⁸² TOURINHO FILHO, 2006, vol. III, p. 600.

de que em sede de revisão criminal seria inadmissível a desconstituição do julgado proferido pelo egrégio tribunal do júri.

Argumentam que a revisão criminal, neste caso, deveria deferir a ação para submeter o réu a novo julgamento pelo tribunal constitucionalmente competente para tal, ou seja, o júri. Sustentam que se antes do trânsito em julgado seria inadmissível ao tribunal superior, em sede de apelação, a desconstituição do julgado, modificando o julgamento do mérito em plenário, com maior razão, tal inadmissibilidade depois de esgotados os recursos e expedido o título executório, que naquele momento, se presumia justo.⁸³⁻⁸⁴

Há que se insistir no posicionamento de que a revisão criminal pode rescindir decisão emanada pelo tribunal do júri. Apenas colocam-se as opiniões divergentes em face de serem fundamentadas por doutrinadores respeitados, entretanto, sem procedência.

Cabe aqui, ainda, a ressaltar que a discussão se encerraria, se tomássemos por base a natureza jurídica da revisão criminal. É verdade que o recurso de apelação interposto contra decisão emanada em plenário do júri, nos precisos termos do Art. 593, inc. III e suas alíneas, impede à instância superior a reforma, no mérito, do julgado. Trata-se de reexame da matéria em grau recursal. Já, em se tratando de revisão criminal, temos uma nova ação, proveniente da hipótese fundada de erro judicial. Assim, não há que se falar em impossibilidade de desconstituição do julgado, visto que a revisão criminal como ação tem essa característica.

Acentue-se, ainda, como exemplo, a não ferir a soberania dos veredictos, que muitos doutrinadores colocam-se contra a absolvição sumária pelo magistrado e a imposição de medida de segurança na primeira fase do procedimento escalonado do júri, em sede de absolvição sumária (Art. 411 do Código de Processo Penal), pois estaria suprimindo do juiz constitucional (conselho de sentença) a hipótese de julgamento, onde poderia, inclusive, absolver o réu, em sentença absolutória própria, na qual não fosse reconhecida

⁸³ Vide ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 221.

⁸⁴ Vide ARANHA, Adalberto José Q. T. **Dos recursos no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 99.

sua culpabilidade. Evidente, tal decisão lhe seria mais benéfica, pois teria liberdade plena sem quaisquer outras conseqüências, inclusive, de restrição da liberdade para internação, como é o caso da medida de segurança.

Entretanto, a própria lei, Art. 411 do Código de Processo Penal, dá ao magistrado, nesta primeira fase, calcado em prova incontestada da inimputabilidade do agente por doença mental ou desenvolvimento mental retardado, a possibilidade da absolvição sumária, com a conseqüente aplicação da medida de segurança.

Insta acentuar que conforme a decisão a ser proferida, em sede de revisão criminal, teríamos algumas conseqüências que não podem deixar de ser analisadas.

Por primeiro, se a decisão revisional se fundar na segunda parte do inc. III, do Art. 621 do Código de Processo Penal, ou seja, circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena, como por exemplo, nova prova que torne insustentável a manutenção da qualificadora, em benefício do réu, seria de total dispensabilidade novo julgamento, afastando, tão somente, a incidência dela. Veja-se que de maneira indireta preserva-se em parte a soberania dos veredictos, visto que a decisão de mérito no sentido da condenação não foi modificada.

Se houver nulidade do julgamento em face da nova prova que o torna viciado, e que incontestavelmente comprove a inocência do acusado, não há porque novo julgamento. O erro judiciário é manifesto e o próprio tribunal que aprecia a revisão criminal deve desconstituir o julgado para manutenção da segurança jurídica. Dispensável novo julgamento em face de fato incontroverso de que a condenação do réu foi fruto de erro judiciário.

Seria inconcebível, por exemplo, novo julgamento se a nova prova trouxesse a comprovação da inexistência do fato criminoso, como é o caso, por exemplo, de nova prova que comprove estar a vítima viva. Seria inadequado novo julgamento. O próprio tribunal que analisa a revisão pode dentro de seus limites de atuação, absolver o réu, sem necessidade de apreciação pelo tribunal popular, visto que o fato trazido torna imperativa a decisão absolutória, sem questionamentos.

Nenhuma dúvida persiste atualmente, de que a instância revisional pode rescindir as sentenças condenatórias do júri, como editar novo julgamento, de absolvição, sem ofensa à competência *ratione materiae* (RT nº 594/392).

Fato não analisado inteiramente é a questão de que se havendo novo julgamento, em virtude da anulação do anterior em sede de revisão criminal, por nulidade formal no julgamento, poderia ser aplicada pena mais grave.

Muito embora ficasse engessado o novo conselho de sentença, conforme opinião manifestada em item anterior, da nulidade da sentença em processo comum, que a pena não pode ser maior do que aquela verificada na decisão revidenda.

Entretanto, o novo conselho de sentença não poderia ficar engessado quanto à análise do mérito, já que não é quem aplica a pena, ato privativo do juiz presidente.

Em face da soberania dos veredictos o conselho de sentença no novo julgamento teria a liberdade de decisão, podendo, inclusive, para efeitos de análise do mérito, reconhecer agravantes, qualificadoras, causas de aumento de pena. Entretanto, quando da aplicação da pena, o juiz presidente ficaria adstrito a uma pena menor, que beneficiaria o acusado, se benefícios tivessem sido acolhidos pelo conselho de sentença ou igual à anteriormente aplicada no julgamento anulado pela revisão criminal.

O reconhecimento pelo conselho de sentença seria admissível. Entretanto, em face da vedação da *reformatio in pejus* em nosso ordenamento jurídico a pena a ser aplicada não poderia ser maior que a anteriormente sancionada.

3.6.3 A sentença estrangeira condenatória

Haveria a possibilidade de o condenado em país estrangeiro, cuja sentença fosse homologada pelo Supremo Tribunal Federal como determina o nosso ordenamento jurídico, impetrar, contra esta mesma sentença revisão criminal no Brasil?

A função da Suprema Corte brasileira com relação à sentença condenatória estrangeira é meramente homologatória, seguindo o sistema criado pela lei italiana denominado *delibação*. Não se examina o mérito, mas sim a possibilidade ou não da execução da sentença, mediante a lei nacional, dando-se o seu *exequatur* ao julgado.

Dessa forma, ante a atuação restrita frente ao ordenamento pátrio com relação à sentença condenatória proferida por juízo estrangeiro, temos que seria impossível sua reapreciação em sede de revisão criminal.

O que poderia o condenado fazer, se efetivamente ocorresse o erro judiciário quanto ao mérito de sua condenação, seria adentrar com a medida jurídica cabível, ante a lei do lugar, e o instrumento judicial possível e previsto, no juízo prolator da sentença condenatória.

3.6.4 A decisão de pronúncia

Poder-se-ia em virtude da possibilidade de revisão criminal na sentença de mérito do tribunal do júri, questionar-se se a revisão criminal não poderia rescindir a pronúncia.

Em primeiro lugar é indiscutível salientar que das quatro possibilidades de julgamento na primeira fase do procedimento escalonado do júri, *jus* ou *judicium accusationis*, o único julgamento que pode ser tido como sentença, no sentido técnico da palavra (põe fim ao processo com ou sem julgamento de mérito) é a absolvição sumária.

As demais, como remansoso na doutrina, são consideradas decisões, justificando-se tal entendimento não só pelo caráter de decisão interlocutória mista, em que dentre elas, a pronúncia encerra uma fase do procedimento escalonado para iniciar a outra, *jus ou judicium causae*, que se inicia com o libelo crime acusatório e termina com o julgamento do mérito do processo em plenário do tribunal do júri.

Justifica-se tomar a pronúncia como decisão, dentre outros fundamentos, pelo fato de que o recurso cabível da mesma é o recurso em sentido estrito (Art. 581, inc. IV, do Código de Processo Penal), sendo que das sentenças cabe apelação (Art. 593 do mesmo estatuto).

Também, tenha-se que a pronúncia não transita em julgado, no sentido de tornar-se definitiva e em tese imutável. O que há, na realidade, quando não utilizado o recurso em sentido estrito para impugnação da decisão de pronúncia é a preclusão das vias impugnativas.

Assim, torna-se patente que a revisão criminal não tem aplicabilidade com relação à decisão de pronúncia; primeiro porque não tem ela o condão de decisão condenatória, é mero juízo de admissibilidade da acusação inicial e remessa dos autos ao tribunal competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, no caso o plenário do júri.

Outrossim, não havendo pena e não sendo ela sentença de mérito, onde ocorre a preclusão das vias impugnativas não se torna, em tese, imutável.

Nesse sentido tem sido o entendimento remansoso de nossos tribunais:

Sendo a pronúncia sentença de natureza processual, não há que se falar em *res judicata*, podendo o tribunal do júri decidir contra aquilo que ficou assentado na decisão. Não comporta, pois, pedido revisional (RT nº 55/334).

Aliás, a pronúncia pode ser mudada pelo próprio juiz prolator na ocorrência de circunstância superveniente que modifique a classificação do delito, nos estritos termos do Art. 416 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 416: Passada em julgado a sentença de pronúncia, que especificará todas as circunstâncias qualificativas do crime e **poderá ser alterada pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito**, o escrivão imediatamente dará vista dos autos ao órgão do Ministério Público, pelo prazo de 05 (cinco) dias, para oferecer o libelo acusatório (negrito nosso).

3.6.5 *A sentença absolutória e a possibilidade de revisão criminal*

Inicialmente cumpre distinguir a sentença absolutória própria da imprópria.

Pela doutrina a sentença absolutória própria é aquele em que o mérito é julgado, com a conseqüente declaração pelo julgador da falta de culpabilidade do agente, em quaisquer das hipóteses do Art. 386 e seus incisos do Código de Processo Penal.

Ao contrário, pela doutrina, a sentença absolutória imprópria é aquela em que absolvido o agente por sua inimputabilidade, nos termos do Art. 26 do Código Penal, aplica-se-lhe a medida de segurança, consistente em internação em hospital ou manicômio judiciário ou tratamento ambulatorial.

3.6.6 *A sentença absolutória imprópria e a revisão criminal*

Não se discute e a doutrina maciça é nesse sentido⁸⁵ da possibilidade da revisão criminal quando se tratar de absolvição imprópria em que se aplique medida de segurança ao acusado.

É dominante o entendimento de que tal sentença, muito embora qualificada como absolutória, numa acepção ampla tem natureza de sentença condenatória.

Na verdade a revisão criminal tem por objeto qualquer sentença condenatória, tenha ela ou não imposto pena ou qualquer outra *sanctio júris* penal, como no caso as medidas de segurança, já que em sua técnica a sentença absolutória imprópria traz uma fundamentação própria de sentença condenatória, deixando apenas na parte conclusiva de aplicar pena em face da inimputabilidade, aplicando, por conseqüência desta, medida de segurança, que bem ou mal prejudica o direito de liberdade do réu.

⁸⁵ Veja-se a respeito: MÉDICI, 2000, p. 335-339 e TOURINHO FILHO, 2006, vol. III, p. 556-564.

Aliás, o próprio Código de Processo Penal, trata a medida de segurança, dentro da sentença condenatória. Veja-se o teor do Art. 387, inc. IV, quando de sua imposição.

Sérgio de Oliveira Médici, cita ponderação de Marcelo Fortes Barbosa, em artigo publicado na *Tribuna do Direito* que assevera:

Fica patenteada a tendência do Pretório Excelso, no sentido do entendimento de que a sentença absolutória imprópria é provida de carga condenatória suficiente para cercear a defesa do réu. Tal ponto de vista, defendido já há alguns anos pelo professor Rogério Lauria Tucci, que entende que tal sentença terminativa de mérito é em realidade uma sentença condenatória, tem sido inclusive acolhida pela seção criminal do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que entende também caber revisão criminal de sentença absolutória imprópria.⁸⁶

Daí porque, ante o exposto, completamente possível em sede de revisão criminal sua propositura em se tratando de sentença absolutória imprópria ante a carga de prejuízo que a medida de segurança possa trazer ao réu quando presente qualquer uma das hipóteses de erro judiciário previstas na lei ordinária.

3.6.7 *A sentença absolutória própria e a revisão criminal*

De outro lado, nada ou quase nada se discute com relação à sentença absolutória própria, ou seja, aquela que julga a não culpabilidade do agente, inserta nas hipóteses do Art. 386 do Código de Processo Penal.

Isto porque a redação do Art. 621 do mesmo *Codex*, faz menção, em seus incisos, à sentença condenatória. A sentença absolutória imprópria, como vista no item anterior, tem natureza jurídica de sentença condenatória, conforme entendimento pacífico de nossa doutrina e jurisprudência.

⁸⁶ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Sentença absolutória imprópria. In: **Tribuna do Direito**, nº 54. São Paulo: TD Lex, dez. 1995, p. 10.

Em face disso poder-se-ia dizer que a revisão criminal seria restrita a sentença condenatória (incluindo-se aí a sentença que impõe medida de segurança), não dando vazão ao seu acolhimento em caso de sentença absolutória própria.

Aliás, esta é a posição esposada em recentíssima obra de Carlos Gilberto Barros Ceroni,⁸⁷ onde afiança que as sentenças absolutórias próprias são intocáveis pela revisão criminal, sob pena de ofensa ao princípio da irretratabilidade de tais decisões, mesmo no sentido de alterar os fundamentos do decreto do *non liquet*, para fins específicos de futura obtenção de efeitos nas esferas civil ou administrativa.

Deve-se discordar de tal entendimento.

Os menos avisados podem fundamentar a impossibilidade da revisão na sentença absolutória própria no sentido de que com a prolação da mesma a parte sucumbente será a acusação, e que em nosso ordenamento jurídico não poderia o Ministério Público intentar ação rescisória contra julgado criminal absolutório pela impossibilidade da aplicação da *reformatio in pejus*, ou que nenhum prejuízo criminal traz ao réu.

Não é bem assim! A sentença condenatória tem o condenado como legitimado legal para a revisão criminal. A falsa idéia de que a sentença absolutória não traz prejuízos ao réu e por isso não pode ser rescindida é absurda. Conforme o inciso da absolvição (no caso do Art. 386, nos incs. II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; e, V – não existir prova suficiente para a condenação), nada impede que a vítima interponha no juízo competente ação civil reparatória ou indenizatória de seu dano, assim como no caso de inquérito policial arquivado ou em caso de extinção da punibilidade.

Entretanto, como é cediço, a absolvição fulcrada nos incs. I – estar provada a inexistência do fato; e, V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, por sua vez, impedem a propositura da ação civil reparatória

⁸⁷ CERONI, Carlos Gilberto Barros. **Revisão criminal**: características, conseqüências e abrangência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 206.

ou indenizatória, nos precisos termos dos Arts. 65 e 66 do Código de Processo Penal:

Art. 65: Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66: Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, **categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato** (negrito nosso).

Dessa forma, entendemos completamente viável a interposição de revisão criminal visando reparar erro judiciário em sede de sentença absolutória própria, desde que para beneficiar o réu com a alteração do inciso da absolvição, como acima descrito.

Veja-se, por exemplo, alguém que é absolvido por falta de provas, com fundamento no inc. VI, do Art. 386, do Código de Processo Penal, num crime de homicídio em que não haja a prova da materialidade, ou seja, não tenha sido encontrado o cadáver (veja-se o exemplo do famoso caso de erro judiciário com relação aos irmãos Naves). Procedida a absolvição, como referido, por falta de provas, descobre-se que a vítima está viva. Ora, é evidente que tendo ação civil indenizatória em curso pela família da vítima esta deve ser extinta, visto que a prova de que a pessoa está viva levaria à absolvição por estar devidamente comprovada a inexistência do fato. Se ainda não interposta a ação no cível, o acusado poderia pleitear revisão criminal, ante o erro judiciário que muito embora não tenha lhe aplicado sanção corporal, abriu espaço para a ação civil que lhe é extremamente prejudicial.

A revisão criminal de sentença absolutória própria seria possível para favorecer o réu, como no exemplo citado, no intuito de alterar o inciso da absolvição e seus reflexos e conseqüências na seara civil, não ferindo em hipótese alguma o chamado princípio da irretroatividade da sentença absolutória, visto que não há reforma prejudicial ao réu e sim a beneficiá-lo, sendo que a

absolvição, como visto, pode fundamentar-se em erro judiciário com conseqüências nefastas ao réu na esfera civil. O que não se permitiria, concordamos, seria a retratação da sentença absolutória para prejudicar o mesmo, havendo, na hipótese *reformatio in pejus*, o que não é admitido em nosso ordenamento pátrio.

3.6.8 *A questão da possibilidade de interposição de revisão criminal diante de sentença condenatória em ação penal privada*

Também tem gerado infortúnio e grande problematização a possibilidade ou não da revisão criminal em se tratando de sentença condenatória em face de decisão prolatada em ação penal privada.

Tal fato tem sido levado a efeito em virtude da confusão que se faz em face da legitimidade para a autoria da ação penal privada.

É evidente que o direito de punir, *jus puniendi*, é exclusivo do Estado. Entretanto, no direito pátrio, este Estado, delega o direito de ação; no caso de ação penal pública a um órgão oficial seu e, em caso de ação penal privada ao próprio ofendido, de regra.

Uma vez havendo a *persecutio criminis* por esta delegação do direito de ação ao particular ofendido, e resultando em condenação do réu, a execução da pena, conforme o elemento da jurisdição chamado de *executio* ou execução, é no processo penal, automático e obrigatório, mas sob o exercício do Estado, detentor do direito de punir.

Apenas deixa ao ofendido a conveniência ou não da ação, em face de seu interesse subjetivo ser maior que o interesse coletivo; deixa ao seu arbítrio continuar com eventual ação proposta ou não, entretanto, havendo a punição e sendo esta definitiva, cabe ao Estado executar a punição já que tal direito para tanto é de sua exclusiva competência.

Feitas estas necessárias considerações, nada impede que haja revisão criminal em sentença condenatória prolatada em ação penal privada, visto que a revisão tem por escopo encerrar com o erro judiciário e, o instituto, dentro da

norma processual penal, no capítulo próprio, não faz distinção entre os tipos de ação penal cabível, mas sim tutela a reparação de erro judiciário proveniente de sentença penal condenatória nas hipóteses de cabimento e pressupostos já analisados.

Aliás, é perfeitamente possível tal hipótese conforme se deflui do Art. 629, § 2º, alínea 'b', do Código de Processo Penal, ainda no capítulo da revisão quando informa que a indenização não será devida pelo Estado quando a acusação for meramente privada, afastando a possibilidade de ação indenizatória contra o próprio Estado. Se a prova falsa que ensejou a condenação fosse encetada pelo querelante, a ação seria diretamente dirigida a ele. Ressalte-se que hoje, a doutrina e jurisprudência são no sentido de que com a nova órbita constitucional, a responsabilidade objetiva do Estado seria com relação à decisão do magistrado diretamente, que constituindo erro judiciário determinaria a possibilidade de indenização, não fazendo distinção em qual tipo de ação poderia o erro ocorrer.

A própria disposição constitucional sobre a indenização proveniente de erro judiciário é nesse sentido, não fazendo menção expressa a tipo de ação e tampouco excluindo a possibilidade de indenização em ação penal privada onde haja erro judiciário comprovado quanto à sua solução. Havendo o erro judiciário incontestado a indenização é devida.

Art. 5º: [...].

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

3.6.9 *A possibilidade da alteração da pena não proveniente de novas provas*

É evidente que uma das hipóteses de interposição da revisão criminal, diz respeito à descoberta de novas provas que possam provocar a diminuição especial da pena, conforme item anterior, já analisado.

Entretanto, tem-se decidido em nossos tribunais, fugindo das hipóteses legais expressas para o ingresso da revisão criminal, que serve ela também para modificar a pena, em casos excepcionais, demonstrado o erro ou a injustiça em sua dosimetria.

Tem se conhecido dessa possibilidade sob o argumento de que por apego ao texto legal, não se pode prevalecer uma injustiça. Assim, não havendo previsão expressa para tanto, da mesma forma que em outras situações já expostas, fora do texto legal, é admissível tal possibilidade.

Apontando erro judiciário na adequação da pena, por exemplo, quando do seu cálculo, a não redução por uma atenuante, devidamente reconhecida na decisão, cabe a revisão criminal, invocando-se decisão contrária a prova.

Evidenciando que a sentença incorreu em comprovado erro técnico, ao fixar a pena, por não sensibilizar-se com os elementos favoráveis ao réu, resultando, de sorte, injusta quantificação, a revisão criminal mostra-se idônea para correção do equivoco, porque a pena mal aplicada fere preceito expresso de lei ao Art. 59 do Código Penal. Julgada procedente a ação, por unanimidade (TJGO – S. Crim – Rev. nº 589-9/221 – j. 05.06.2002 – Rel. Jamil Pereira de Macedo).

3.6.10 Revisão criminal é o caminho correto para aplicação de lei nova mais benigna?

Evidente que, em se tratando de revisão criminal e a aplicação da lei nova mais benigna, estaríamos questionando se havendo a promulgação de uma nova lei que beneficie o condenado, já a sentença tendo transitado em julgado, seria a revisão o caminho correto para o reconhecimento da *abolitio criminis*.

Se o processo ainda estivesse em curso, com clareza, o próprio juiz da vara onde o processo tramita teria a competência para extinguir a

punibilidade do agente, com base na lei nova que desconsiderasse o fato como criminoso.

Entretanto, havendo condenação com trânsito em julgado, quem seria o competente: o juiz que prolatou a decisão condenatória ou o juízo da execução ante o trânsito em julgado da sentença condenatória e sua competência para execução da sanção penal imposta? Evidentemente não seria o juiz que prolatou a sentença condenatória, pois com a própria prolação da sentença se esgotou sua atividade jurisdicional, sendo cediço, que só poderia modificar a sua manifestação ante os embargos do Art. 382 do Código de Processo Penal, ou por erro de cálculo ou outra impropriedade técnica que não modificasse o mérito.

Trata-se, *in casu*, com a sentença penal condenatória já transitada em julgado de questão exclusiva da competência do juízo das execuções. Não há de ser em sede de revisão criminal, pois a condenação não foi injusta, tampouco operou erro judiciário. O que acontece é que lei posterior não considerou mais a conduta típica como infração penal.

Assim, no caso de *abolitio criminis* o juízo competente para a matéria e aplicação dos efeitos de tal extinção é o juízo da execução penal.

O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento nesse sentido, editando, inclusive, a Súmula nº 611.⁸⁸ Aliás, nesse sentido, foi a lição do v. julgado inserto na LEX nº 239/368:

Recurso Criminal. Revisão. Objetivo. Aplicação de lei nova mais benigna. Inadequação da via eleita. Art. 585, § 2º, inc. II, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Consonância com o disposto no Art. 66, inc. I, da LEP e com Súmula nº 611 do STF. Pedido não conhecido. O Regimento Interno desta Casa dispõe clamente que 'não cabe revisão para a aplicação de lei nova mais benigna' (Art. 585, § 2º, inc. II). A norma regimental está em perfeita consonância com a disposição constante do Art. 66, inc. I, da LEP e com a v. Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal que *ad litteram* está assim redigida: 'Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a

⁸⁸ Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.

aplicação da lei mais benigna'. Constitui a aplicabilidade da lei penal mais benéfica um incidente da execução. Assim, proferida a decisão a respeito, poderão as partes, caso com ela não concordem interpor agravo previsto no Art. 197 da LEP.

3.6.11 *A questão do empate em revisão criminal e o julgamento 'pro reo' ou 'pro societate'*

Outra questão que tem tomado embate com relação à revisão criminal é a possibilidade do empate no julgamento da mesma e qual seria a solução.

Firma-se convicção de que a revisão criminal só pode ser utilizada para julgamentos que beneficiem o acusado. Seu objetivo maior deve ser reparar injustiças e erros judiciários que poderiam estar acobertados pelo manto da imutabilidade das decisões fundada na segurança jurídica incondicional.

É de se entender, como já consignado, que a revisão como está tratada no Código de Processo Penal, sua aplicabilidade, características e abrangência está muito bem colocada, apenas argumentamos no sentido da ampliação para aos casos de defesa dativa.

Portanto, em caso de empate da decisão entendemos que deve favorecer o acusado não só pela própria cultura jurídica brasileira de beneficia-lo, como também pelo fato de que existe, na própria ação de *habeas corpus*, dispositivo expresso para tal votação (cf. Art. 664, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Art. 664: [...].

Parágrafo único – A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto desempate; **no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu** (negrito nosso).

Muito embora não expresso em texto legal o Supremo Tribunal Federal em seu regimento interno disciplina que em caso de revisão criminal, havendo empate na decisão, tomar-se-á, por analogia, o disposto acima.

Tal deliberação da Suprema Corte brasileira, tem sido seguida pelos demais tribunais estaduais.

Referido fato é a consagração do princípio processual penal do favor rei.

Muito embora a revisão criminal seja uma nova ação em que o condenado é o autor, nesta não existe réu, visto que se discute o reexame de uma condenação em que o autor da presente ação foi réu naquela. Não se deixa aqui, em virtude da dignidade da pessoa humana, das características próprias da revisão criminal e da ampla defesa de retirar a condição original de réu na ação original do postulante da revisão criminal.

Dentro do instituto da revisão criminal há de se notar que a revisão das sentenças absolutórias, no sentido de se rescindir um julgado em que fôra o réu absolvido, para prejudicá-lo, a fim de condená-lo, nunca foi admitida no direito pátrio.

Na verdade a revisão criminal é instrumento destinado à rescindir julgados condenatórios com a pecha de definitivos e que estejam acoimados de injustiça ou erro judiciário, sempre no afã de favorecer a situação do réu, daí dizer que a revisão criminal estabelecida no direito pátrio é *pro reo*, ou seja, visa a favorecer a situação do réu condenado definitivamente.

Se o réu é absolvido em função de uma sentença irrecorrível, esta revisão não é permitida em hipótese alguma. Em concordância com esta posição, aliás, o Código Penal e a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), proíbem expressamente a produção de prova da verdade na acusação, por calúnia, se a pessoa ofendida foi absolvida por sentença irrecorrível.

O nosso direito tem por tradição beneficiar o réu em várias de suas passagens. Veja-se o princípio do *in dubio pro reo* contumaz no direito processual penal e o princípio deste próprio ramo do direito do *favor rei*.

Aliás, a própria Constituição Federal no Art. 5º, § 2º em consonância com o Art. 8.4 do Pacto de São José da Costa Rica, manifestam a proibição da revisão ser interposta para favorecer a sociedade desconstituindo julgado absolutório para prejudicar o réu. Assim disciplina o dispositivo do Pacto referido, do qual, inclusive, o Brasil é signatário: “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Assim, como já asseverado, sendo nossa legislação voltada à salvaguarda do réu e seu direito regra de liberdade plena, a possibilidade da aplicação da *reformatio in pejus* implicaria em desestabilização da segurança jurídica, pois seria o mesmo, alvo permanente de perseguição criminal. O Estado, num regime democrático, deve ter freios contra sua impulsividade de perseguir *ad eternum* alguém para que possa puni-lo por algo praticado. O *jus puniendi* estatal, em regra, deve ter prazo certo e definido para ser conseguido. Daí porque havendo a prática da infração penal, tal direito de punir que é abstrato, com a infração concretizada, torna-se palpável, concreto. Entretanto, a esse direito do Estado, implica ao agente do crime também um direito, o direito à prescrição, ou seja, o Estado deve puni-lo dentro de determinado tempo, sob pena de perder tal direito.

Esta possibilidade nos julgamentos em nosso país, como acima salientado, têm sido fundamentados em dois aspectos:

- dispositivo relativo ao *habeas corpus* e seu julgamento pela instância superior em que havendo empate na decisão do tribunal, deve favorecer o réu. É o que dispõe, *in verbis*, o parágrafo único do Art. 664 do Código de Processo Penal:

Art. 664: [...].

Parágrafo Único – A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

- a aplicação por analogia de tal dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal em seu Regimento Interno com relação à revisão criminal.

Assim, demonstra-se o acerto da Suprema Corte em entender extensivo à revisão criminal tal disposição, o que vem de encontro à nova égide constitucional, notadamente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A revisão criminal é correlata ao *habeas corpus* no sentido da defesa do cidadão e de seus direitos constitucionais, mais precisamente ampla defesa e vida digna.

Como o *habeas corpus* pode ser invocado em qualquer fase procedimental e até mesmo antes de sua propositura e após o término desta, surge a revisão criminal para os casos específicos em lei em que a condenação fundou-se em erro judicial, devendo, portanto, ser rescindida, analisando o mérito da decisão impugnada.

O *habeas corpus* não é o meio hábil à consideração da prova e outros elementos referidos pelo impetrante visando à conclusão diametralmente oposta ao resultado da ação penal. Se exsurge uma das hipóteses do Art. 621 do CPP – sentença condenatória contrária a texto expresso de lei penal ou à evidência dos autos, fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou, ainda, se descobertas novas provas da inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autoriza diminuição especial da pena, após a sentença – abre-se a via mais abrangente da revisão criminal (STF – HC nº 73237-2 – j. 25.06.1996 – Rel. Ministro Marco Aurélio).

Não se confundem ambos os institutos, muito embora, a consequência final a que ambos se destinam podem ser concomitantes a cada um, como por exemplo, a liberdade do indivíduo.

Também, não se admite, sequer, o *habeas corpus* como substituto da revisão criminal, visto que nesta há a necessidade de exame amplo da matéria de alta indagação, o que não ocorre naquele, onde o constrangimento ilegal deve estar patente, sem indagações, incontestes.

Se de um lado pode afirmar-se que, no julgamento de todo e qualquer *habeas corpus*, parte-se de certas premissas fáticas, alvo de cotejo com a ordem jurídica em vigor, de outro, não menos correto afigura-se dizer que imprópria é tal via quando se objetiva reexame dos elementos probatórios dos autos e a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Presente qualquer das premissas do Art. 621 do Código de Processo Penal, cumpre ao interessado

formalizar revisão criminal (STF – HC nº 74223-8 – j. 12.11.1996 – Rel. Ministro Marco Aurélio).

A ação de revisão criminal trata-se de ação autônoma que visa rescindir julgado desfavorável ao réu, não se trata de recurso e sim de ação contra sentenças, se instaurando outra relação jurídica, como dito em que o imputado da ação penal passa a ser autor da revisão criminal.

Com regularidade, a doutrina e jurisprudência têm sustentado a consagração do *in dubio pro reo* em caso de empate na votação do julgamento da revisão, por exemplo, em dois acórdãos que são muito bem redigidos. Um deles inserto na RTJ nº 83/944, proferido em sede de recurso extraordinário criminal (nº 86.033-SP), datado de 27 de outubro de 1977 e, outro inserto na RT nº 566/392, proferido em sede de *habeas corpus*, sendo a revista editada em dezembro de 1982.

Em ambos os julgados coloca-se que em sede de revisão criminal deve-se tomar como norma dirigente àquela estatuída no § 1º do Art. 615 do Código de Processo Penal que assim preleciona:

Art. 615: O tribunal decidirá por maioria de votos.
§ 1º – Havendo empate de votos no julgamento do recurso, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá voto desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

Dessa forma, consagra-se na jurisprudência, na doutrina, na própria lei e nos regimentos de nossos tribunais, a certeza de que a nova égide constitucional deve amparar sempre a dignidade da pessoa humana e sua consagração como norte de todas as injustiças, sendo vetor para as leis infra-constitucionais, suas aplicações, orientações e interpretações.

Frise-se que os julgados acima mencionados, são anteriores à Constituição Federal de 1988, portanto, já tinham como supremacia o indivíduo, demonstrando, patente, que nossos tribunais já aplicavam o princípio implícito nas Constituições anteriores, mas de imprescindível

positivação que se deu em 1988, da dignidade da pessoa humana como direito fundamental.

A população clama pelo término da impunidade, isto é verdade, e em havendo empate na revisão criminal a decisão mais adequada se apresenta a favor do peticionário. Nem se diga que há inversão do ônus da prova, sendo o condenado o autor da ação.

Aqui não se discute nova causa, mas sim o julgado proferido no processo originário, que é injusto e deve ser reparado em sede de revisão criminal.

A nova ação só existe porque há aquela anterior onde se deu o erro judiciário, e guarda com ela toda integralidade. O julgado nesta se dá para rescindir aquele proferido na ação original.

Jaques de Camargo Penteado, em obra já citada, aduz:

A falibilidade humana não impede a dinâmica da vida, acertamos, erramos e corrigimos. A evolução vincula-se mais à emenda do que à exação. Se no plano moral é vital a preocupação em conhecer o bem e o concretizar, retificando sempre que dele nos afastemos, no campo jurídico a aplicação das normas deve realizar o justo e, da intimidade do próprio sistema legal, exsurgir mecanismos de ajuste e correção.⁸⁹

A revisão criminal está aí para sanar tais injustiças; no caso do erro, inclusive, o Estado preocupado com tal equívoco tem o dever de indenizar o prejudicado.

Se agíssemos de maneira contrária, como sustentam alguns doutrinadores que se colocam contra a possibilidade do empate na votação ficar a favor do postulante, estaríamos indo contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse caso, ambos os direitos, do peticionário da revisão criminal e do interesse da sociedade de preservação do julgado atacado, são amparados em sede constitucional, mas na medida do possível, devemos em face da dignidade

⁸⁹ José de Camargo Penteado, apud, CERONI, 2005, p. 211.

da pessoa humana, olhar o interesse maior de liberdade em supremacia à privação dela. Este valor se mostra superior àquele.

Como já consignado, é imperativo que se deva respeitar a dignidade da pessoa humana, assegurando concretamente os direitos sociais previstos no Art. 6º, que por sua vez estão atrelados ao *caput* do Art. 225, onde temos a previsão de normas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, somando-se a estes os direitos fundamentais, tais como o direito à vida, liberdade e privacidade, dentre muitos outros.

Aliás, até mesmo o direito à vida deve ser colocado não num plano subalterno com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas sim em conformidade com ele, não existe vida se esta não for digna. Biologicamente pode existir vida, mas eticamente uma vida sem dignidade nos remonta aos escravos que eram tratados como animais.

Se faz necessário o uso das palavras de Rizzatto Nunes, quando em sua obra, já citada, onde enuncia que:

[...] é dever de todos, especialmente aqueles que militam no campo jurídico – advogados, promotores de Justiça, juízes, professores de Direito, etc. – pautar sua conduta e decisões pela necessária implementação real do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio absoluto!⁹⁰

No caso de empate, notadamente ante a nova égide constitucional não há mais que se discutir, também pela íntima e total relação da revisão com o processo originário, que se trata de ação *sui generis* em que não se pode sob a afronta a princípios fundamentais constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e ampla defesa fazer-se conjecturas legalistas e próprias de legislações ultrapassadas oriundas de momentos históricos de supressão da liberdade do cidadão brasileiro.

⁹⁰ NUNES, 2002, p. 54-55.

3.7 A Imprescritibilidade: Prazo

Ao contrário da ação rescisória na esfera civil, a revisão criminal não possui prazo determinado para sua interposição em lei.

Portanto, é imprescritível. A qualquer tempo, desde que satisfeitos os pressupostos para seu ingresso, poderá o condenado, ou no caso de sua morte os parentes referidos propor a ação de revisão criminal.

Não poderia ser diferente, visto que em qualquer das hipóteses de cabimento, inclusive aquelas dos incs. II e III, mais notadamente, do Art. 621 do Código de Processo Penal, podem ser descobertas em qualquer tempo, inclusive, como já asseverado, até depois da morte do condenado.

Vale salientar que pode haver a revisão criminal mesmo durante o cumprimento da pena ou após a extinção desta. O que se objetiva é, a qualquer tempo, desconstituir o julgado injusto.

3.8 O Processo da Revisão Criminal

O requerimento de revisão criminal deve ser dirigido ao presidente do tribunal competente, sendo assinado e a ele acostado os documentos comprobatórios do erro judiciário alegado.

É indispensável que dentre as peças que informem o pedido de revisão haja a certidão oficial com menção expressa ao trânsito em julgado da decisão revidenda.

Se o sentenciado já tiver falecido deve seu substituto processual, observando-se a taxatividade de legitimidade do Art. 623, fazer prova do óbito do condenado, através do documento competente, a certidão oficial de óbito. Não havendo substituto processual naquelas pessoas, o Ministério Público adquire legitimidade, desde que ingresse com a ação para beneficiar a memória do condenado.

Ainda, pode o requerente juntar cópias autênticas de todo o processo, mas a praxe, em virtude até de permissivo legal, Art. 625, tem sido no sentido de acostar o pedido aos autos originais, requisitando-se-os ao juízo original, onde teve seu tramite, se tal apensamento não trouxer obstáculos à execução normal da sentença. Havendo carta de guia e encaminhada ao juízo da execução criminal competente, os autos originais estarão desimpedidos, visto que, na maioria das vezes, arquivados.

É importante salientar que com a chegada do requerimento ao tribunal, será o mesmo distribuído a um relator e a um revisor, sendo indispensável que como relator funcione, tão somente, desembargador ou ministro, conforme a competência do órgão superior, que não tenha pronunciado qualquer ato decisório em qualquer fase do processo, quer na primeira instância, quer em fase recursal.

O requerimento pode ser indeferido liminarmente, ao arbítrio do relator, se não estiver suficientemente instruído; for reiteração de requerimento anterior, com os mesmos fundamentos e sem outras provas, se não contiver os requisitos do Art. 621 e 626 do Código de Processo Penal.

Dessa decisão é cabível recurso regimental, nos termos do § 3º, do Art. 625 do Código de Processo Penal.

Não ocorrendo tal indeferimento liminar, serão os autos remetidos ao representante do Ministério Público que atuar no tribunal competente para o julgamento da revisão, para que se manifeste em dez dias.

Após, tanto o relator como o revisor examinarão os autos, por igual período, e entendendo regular o requerimento será o mesmo levado a julgamento pelo órgão competente dentro do tribunal para a análise da revisão. Cada regimento interno do tribunal é que determinará se o voto do relator será computado ou não no julgamento.

Fernando da Costa Tourinho Filho⁹¹ levanta curiosa assertiva no sentido que entende indispensável a intimação da vítima para manifestação no requerimento de revisão criminal.

⁹¹ TOURINHO FILHO, 2006, vol. III, p. 616.

Tal posição é a mais correta, visto que sem dúvida alguma, a condenação do réu trouxe para a vítima, além da satisfação pela punição, o direito à indenização se prejuízo patrimonial se verificou. Dessa parte, a absolvição em sede de revisão, conforme o inciso da decisão rescisória pode trazer à vítima vários dissabores. Não se diga que a vítima tem simplesmente o direito de ação e não de punição, que como vimos pertence ao Estado. É verdade que sua atuação no processo pode surgir pelo tipo de ação, no caso a privada ou privada subsidiária da pública, ou pela intenção de reparação do dano, no caso a assistência da acusação na ação penal pública, mas não se pode olvidar, que no caso da revisão, a influência da decisão será direta, não só no direito de punir, como também em outros direitos afetos ao ofendido.

3.9 As Possibilidades de Julgamento em Sede de Revisão Criminal

Havendo a improcedência do pedido, o requerente poderá a qualquer tempo outro interpor, desde que fundado em novas provas ou nova hipótese de cabimento.

Pode também interpor recurso especial ou extraordinário, desde que satisfeitos os requisitos de cada um dentro da legislação constitucional e infraconstitucional.

Já se admitiu no Supremo Tribunal Federal admitiu embargos infringentes em revisão criminal em caso de decisão não unânime, desfavorável ao condenado, em seu regimento interno (Art. 333, inc. II do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).⁹²

Porém se julgado procedente o pedido, inicialmente abre-se ao Ministério Público, conforme acima referido, a possibilidade de interposição do recurso especial ou extraordinário, nos mesmos moldes.

⁹² Ibidem, vol. III, p. 618.

Como consequência do deferimento da revisão criminal o Art. 626 do Código de Processo Penal, elenca a possibilidade de alteração da classificação do delito, apenas para beneficiá-lo, nunca para agravar sua condição; a absolvição do condenado, a modificação da pena sempre para melhorar a situação do réu ou a anulação do processo.

Sendo a sentença anulada, por via de revisão criminal, os autos devem ser devolvidos ao juízo *a quo* para prolação de outra sentença.

Como a revisão criminal visa a reparar erro judiciário ou melhorar a situação do réu, não pode o magistrado em nova decisão em face de anulação pela via da revisão, impor ao réu pena mais gravosa, no máximo igual, visto que não pode ocorrer *reformatio in pejus*, que implicaria, no caso, em revisão *pro societate*.

No mesmo sentido com relação ao processo anulado e outro iniciado. Simplesmente porque o parágrafo único do Art. 626 informa que “[...] de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista”.

Tratando o *caput* do Art. 626 da possibilidade de anulação do processo, é evidente que a pena no novo processo instaurado pela anulação do anterior fica adstrita à expressão *de qualquer maneira*, ou seja, qualquer que seja a decisão da revisão criminal, ela tem por objeto beneficiar o réu, e sendo esta decisão de anulação do processo impedido está o agravamento de sua situação.

PARTE III

**A REVISÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA EM DEFESA
DATIVA – CONTORNOS DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA E AMPLA DEFESA**

1 DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Já adentrando mais nitidamente no cerne da nossa tese, é imperativo que se faça um pequeno intróito sobre a assistência judiciária no Brasil.

Teve ela início na Constituição de 1934. Foi omitida na Constituição de 1937.

A atual Constituição Federal tratou da assistência jurídica de maneira expressa, inovando no assunto, no inc. LXXXIV do Art. 5º proclama tal dogma onde se deflui que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Estamos, portanto, diante de um direito fundamental.

Tal direito de há muito é garantido em nosso ordenamento jurídico.

A primeira aparição do instituto referido deu-se com o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, que, regulava a Justiça no Distrito Federal, principalmente no sentido de autorizar o Ministro da Justiça a organizar uma comissão de patrocínio gratuito aos pobres no cível e no crime. A assistência judiciária, propriamente dita, teve previsão legal expressa com o Decreto nº 2.457, de 08 de fevereiro de 1897, onde se criou um serviço de assistência judiciária, que serviria de base para as leis estaduais que tratassem da mesma matéria.

A definição, entretanto, da expressão “pobre” também se encontrava dentro do referido decreto sendo que a palavra referida teria o sentido de toda pessoa impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se dos recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades da própria manutenção ou da família. Tenha-se presente, que neste mesmo decreto viu-se a previsão da isenção das custas judiciais, a revogabilidade do benefício em qualquer fase da ação, por motivo justo e, o direito da parte adversa impugnar, mediante prova cabível, a alegação de pobreza da parte adversa.

Várias outras legislações trataram da *assistência judiciária*, sendo que a primeira previsão constitucional sobre a mesma deu-se com a Constituição

Federal de 1934, conforme já mencionado, que no seu Art. 113, inc. 32, fez expressa menção sobre tal instituto, onde se colocava:

Art. 113: [...].

32 – A União e os Estados concederão aos necessitados, assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolientes, custas, taxas e selos.

A legislação mais específica sobre assistência judiciária e ainda em vigor, muito embora defasada em vários de seus pontos, é a Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, que dispõe sobre as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

É nela que encontramos a definição legal de necessitado, em seu Art. 2º, parágrafo único, que assim prevê:

Art. 2º: [...].

Parágrafo único – Considera-se, necessitado, para fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família.

Tal lei encontra-se em vigor, entretanto, sofreu alterações em seu corpo, tais como a que diz respeito ao pressuposto da necessidade, visto que a Lei nº 6.654/79 dispensou a apresentação de atestado de pobreza para quem apresentasse a carteira de trabalho, e, ainda, a Lei nº 7.115/83 definiu que bastava que a parte, apenas, firmasse declaração de pobreza e de residência, não necessitando de atestados oficiais nesse sentido.

Porém, com o advento da Lei nº 7.510/86, tornou a declaração de pobreza mais simples. Basta a declaração do interessado, de não ter condições de custear o feito sem prejuízo próprio ou familiar que tal fato gera a presunção relativa de necessidade a seu favor, sem, contudo, afastar a possibilidade da parte contrária cessar tal benefício mediante prova, ou em virtude de apuração, de ofício, realizada pelo juiz, mantendo-se, neste caso os Arts. 7º e 8º da Lei nº 1.060/50.

O Art. 3º da Lei nº 1.060/50 enumera os casos de isenções compreendidas pela assistência judiciária: isenção das taxas e dos selos; emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça; das despesas com publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação de atos oficiais; das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; dos honorários do advogado e do perito.

Insta salientar que tão importante é a assistência judiciária que a Lei nº 10.317, de 06 de dezembro de 2001, acrescentou ao rol das isenções compreendidas a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado por autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade, acrescido este, dirigido ao inc. IV do Art. 3º, mencionado.

A promotora de justiça de São Paulo, Inês do Amaral Buschel, em artigo publicado no Dicionário da Cidadania, intitulado *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*, ao analisar a lei em questão informa que a assistência judiciária integral e gratuita é genérica, compreendendo não só a assistência judiciária e a justiça gratuita, mas também a orientação e consultoria extrajudicial.

Explica que há três serviços embutidos no conceito acima:

O primeiro, *assistência judiciária*, que se dá na oportunidade de um processo judicial, quando o necessitado, seja como autor ou réu, ser patrocinado por um defensor público ou advogado dativo, não pagando os honorários do mesmo, que serão de responsabilidade do Estado; *justiça gratuita*, significando a isenção com relação às custas do processo e demais despesas judiciais ou não; e, por fim, a consultoria e orientação jurídica que seria a assessoria jurídica, não especificamente ou necessariamente em processo judicial, prestada ao necessitado pelo defensor público ou advogado dativo sobre problemas tais como esclarecimentos a respeito de usucapião, negociação de verbas trabalhistas, registro civil de pessoas naturais, etc.

A Constituição Federal vigente também inova com relação a um dos aspectos da assistência judiciária. Pela primeira vez em todas as Constituições

faz menção expressa, tornando institucional a Defensoria Pública, bem como a colocando como função essencial da Justiça, conforme o Art. 134 da Carta Magna.⁹³ Da mesma forma incumbiu dever a União, Estados, Distrito Federal e Territórios de criarem a Defensoria Pública em seus respectivos limites. Esta tem sido a grande crítica ao texto Constitucional quanto à efetiva prestação da assistência judiciária. Veja-se que o Estado de São Paulo, recentemente, meados de 2007, começou a estruturar sua Defensoria Pública, ou seja, quase dez anos após a promulgação da Constituição vigente, o que, à evidência, constitui omissão grave quanto ao direito de defesa do cidadão.

É mister que se diga que para a concessão da justiça gratuita necessite-se que o interessado esteja em uma situação que não lhe permita custear o processo sem prejuízo próprio ou da família, existindo aí a alternatividade, não se necessitando que as duas condições sejam cumulativas.

De grande importância tal entendimento, visto que não afastaria, inclusive, a possibilidade de a pessoa jurídica requerer a justiça gratuita, já que sem a mesma, poderia redundar-lhe em prejuízo próprio, conseqüentemente na possibilidade de comprometimento de sua existência jurídica se tivesse que arcar com as custas do processo.

Tratando o presente de reflexo da assistência judiciária junto à esfera criminal, é indispensável dizer que a mesma encontra-se positivada em vários dispositivos do nosso Código de Processo Penal.

Veja-se, como primeiro exemplo, o Art. 32 onde se prescreve a possibilidade de nomeação de advogado para a promoção da ação penal privada, quando cabível, a requerimento do querelante que comprove sua pobreza.

Pobreza na acepção jurídica do termo, na esfera processual penal é definida logo no § 1º do artigo supra referido:

Art. 32: [...].

§ 1º – Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família.

⁹³ Art. 134: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, inc. LXXIV.

2 DA DEFESA DATIVA NA ESFERA CRIMINAL

Em capítulo próprio do Código de Processo Penal, quando falamos dos sujeitos processuais principais, mais notadamente do acusado e seu defensor, temos também outro exemplo de assistência judiciária gratuita. É o que prescrevem, pela ordem, os Arts. 261, 263 e 264, que em síntese admitem a nomeação de defensor dativo àquele réu hipossuficiente, podendo a qualquer tempo constituir um de sua confiança. A impossibilidade de processo sem defesa, mesmo que o réu esteja ausente ou foragido, bem como a obrigação do advogado assumir a defesa dativa destes réus, salvo justificativa relevante para desobrigar-se de tal desiderato:

Art. 261: Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Art. 263 – Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Art. 264: Salvo motivo relevante, os advogados e solicitadores serão obrigados, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, a prestar seu patrocínio aos acusados, quando nomeados pelo juiz

Tal prestação jurisdicional gratuita de amparo profissional pode ser feita, nas Comarcas onde exista, pela Defensoria Pública ou por advogado nomeado pelo magistrado nas Comarcas onde não exista a mesma.

No Estado de São Paulo a Defensoria Pública já é atuante efetivamente desde 2007, sendo que inicialmente está funcionando nas comarcas de entrância elevada. Nas demais comarcas onde não funcione a Defensoria Pública a defesa dos necessitados se dará através de advogados nomeados pelo juiz para tal fim.

Chama-se na esfera criminal da defesa dativa, ou pela Defensoria Pública ou por advogado nomeado, através de convênio firmado entre a Procuradoria Geral do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil.

O próprio manual do advogado inscrito no convênio referido, editado pela Procuradoria Geral do Estado, conceitua a defesa dativa como um *munus publico*, submetendo-se, por isso, às condições diversas da advocacia privada.

Reconhece, ainda, tal convênio que o direito de acesso integral e gratuito à Justiça àqueles que não podem pagar advogado é um direito fundamental garantido na Constituição Federal, bem como na Estadual. Trata-se de direito fundamental por constituir a condição necessária para a obtenção e garantia de todos os outros direitos.

No caso do convênio celebrado no Estado de São Paulo, o mesmo visa regulamentar o Art. 10 das Disposições Transitórias da Constituição Estadual.

A possibilidade da defesa dativa na esfera criminal, passa pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que deve sempre ser amparada quando estiver sendo lesionada ou ameaçada de lesão a direito próprio, conforme o dogma constitucional previsto no Art. 5º, inc. XXXV, o direito de ação.

Na esfera penal trabalhamos com o direito de punir do Estado (*jus puniendi*) quando ocorre a prática de uma infração penal que põe em risco a harmonia e paz social. Tal direito de punir, abstrato inicialmente, se concretiza com a prática da infração penal. Dessa forma, havendo a *persecutio criminis* por parte do Estado, através da ação penal, qualquer que seja a mesma, pública ou privada, procura-se com a pretensão punitiva deduzida uma sanção ao agente do tipo penal.

Tal sanção pode, inclusive, privar-lhe de um dos mais indispensáveis e importantes bens do ser humano, sua liberdade, já que a retirada da vida em face de sanção penal é terminantemente proibida pela Constituição.

Dessa forma a eventual ameaça ao direito de liberdade ou a lesão a esse direito, impõe a toda e qualquer pessoa imputada da prática de uma infração penal o seu direito de defesa.

Se de um lado aquele que acusa tem habilitação técnica, visto que a ação penal depende de capacidade postulatória, para que não haja um desequilíbrio

processual, a parte acusada também deve se valer de um profissional com habilitação técnica, havendo a consagração do princípio da igualdade processual.

Nesse sentido, aliás, é a posição de Antonio Scarance Fernandes, que assim leciona:

Não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para garantir a paridade de armas. De um lado, tem-se, em regra, o Ministério Público composto de membros altamente qualificados e que conta, para auxiliá-lo, com a Polícia Judiciária, especializada na investigação criminal. Deve, assim, na outra face da relação processual, estar o acusado amparado também por profissional habilitado, ou seja, por advogado.⁹⁴

Aliás, além de necessária a defesa é indeclinável, não podendo o acusado a ela renunciar, visto que o direito de defesa, muito embora seja direito a ele inerente, também é garantia da própria justiça, havendo, portanto, o interesse público em que todos os réus sejam defendidos, pois, só assim, conforme o autor supra, será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa.

Como já mencionado, de forma sucinta, a defesa é tão imprescindível que a nossa Constituição vigente a proclama em vários dispositivos. Devemos asseverar mais dois, além daquele acima mencionado, relativo ao direito de ação. Trata-se do devido processo legal e da própria ampla defesa constitucional, previstos nos incs. LIV e LV:

Art. 5º: [...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Tenha-se presente, aliás, que a defesa é tão importante, como consignado, que a não nomeação de defensor ao acusado ausente ou foragido,

⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 331.

inscrita no Art. 261, já citado, do diploma processual penal, acarreta nulidade absoluta, nos termos do Art. 564, inc. III, alínea 'c' do mesmo *Codex*:

Art. 564: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
 [...]

 III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
 [...]

 c) a nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente [...].

A defesa, principalmente no processo penal, é mais que um direito é uma garantia. É a garantia principal de um processo, emanando da personalidade, em função da dignidade humana, devendo sempre e imediatamente ter seu exercício garantido.

Tratando-se da evolução histórica do direito de defesa, não se pode afastar a ilustre presença de espírito de Nicola Carulli, em sua obra *Il Diritto di Difesa Dell'imputato*, que preleciona, com propriedade: “[...] a história do processo penal é a história da defesa”.⁹⁵

Neste instante é indispensável que façamos um diferencial entre procurador ou defensor constituído, defensor dativo e defensor *ad-hoc*.

O procurador ou defensor constituído é aquele da confiança do imputado em juízo. É aquele por ele indicado quer através da outorga de mandado procuratório, ou mesmo quando por ele indicado em seu interrogatório, que como é cediço, na esfera criminal dispensa a juntada de procuração, nos precisos termos do Art. 266 do Código de Processo Penal. Fala-se, portanto, em procurador ou defensor constituído.

Já o defensor dativo é aquele nomeado quando o réu, tendo ou não condições para tanto, deixa de constituir procurador, não indica nenhum profissional para defendê-lo. Neste caso, nos termos do Art. 263 do Código de Processo Penal, a ninguém é permitido ficar sem defesa, nomeia-se um, a seu favor, às expensas do Estado.

⁹⁵ Nicola Carulli, *Il diritto di difesa dell'imputato*, apud, GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

Por fim o defensor *ad-hoc* é aquele que é chamado para intervir na defesa do réu, tão somente, para algum ato expresso do processo criminal. O réu possui defensor constituído ou dativo, entretanto, para aquele ato processual o mesmo não comparece. Não se pode negar ao imputado a defesa, dogma constitucional, então o juiz nomeia um profissional com habilitação técnica, um advogado, para funcionar na defesa dos interesses do acusado, exclusivamente para aquele ato. *ad-hoc*, para o ato.

Muito embora a Constituição Federal faça distinção entre a pessoa do defensor público e do advogado nos Arts. 133 e 134, onde proclama que o advogado é indispensável à administração da justiça (Art. 133) e a defensoria pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado (Art. 134), tratando-se de defesa dativa, em sede de processo criminal, tal diferenciação não traz nenhuma repercussão.

Ambos podem dentro de suas funções profissionais apresentarem-se para a defesa dos réus que não tenham condições de arcar com as despesas de um profissional contratado.

A única diferenciação que podemos ter que causa repercussão dentro do processo criminal se dá em razão dos destinatários dos serviços de ambos.

Quando se trata de defensor público, este defende seus assistidos por prerrogativa constitucional, vez que no ato de sua nomeação e posse, o próprio Estado lhe confere mandato constitucional para que defenda os direitos dos mesmos. O advogado quando não é dativo, ou seja, nomeado pelo magistrado no processo criminal, deve fazer a juntada da procuração ou ser constituído no interrogatório judicial.

Entretanto, onde não se tem a Defensoria Pública é mister que o Estado se valha de profissionais liberais do Direito, advogados.

Aliás, o Art. 22, § 1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prevê tal possibilidade:

Art. 22: A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.
§ 1º – O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da

Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Manzini, citado por Fernando da Costa Tourinho Filho,⁹⁶ informa que a função do defensor é apresentar ao órgão jurisdicional competente tudo quanto legitimamente, possa melhorar a condição processual do imputado e que possa honestamente contribuir para dirimir ou diminuir sua imputabilidade ou sua responsabilidade. São seus dizeres expressos: “*El defensor penal no es patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y de la justicia en cuanto puedan estar lesionados en la persona del imputado*”.⁹⁷

O próprio Fernando da Costa Tourinho Filho, ao analisar tais conceitos dos vários doutrinadores citados, adverte que o defensor não deve e nem pode ser imparcial, entretanto, deve guardar a ética no sentido de não impedir a justa atuação dos demais órgãos em busca da verdade real, bem como não pode agir de modo ilegal em favor de seu réu. Sua atuação deve ser no sentido de favorecer seu defendido de maneira lícita. Se souber que uma testemunha pode prejudicar seu constituído, não deve arrolá-la. O que não deve é instruir a testemunha para que falseie com a verdade em prol de seu defendido. A conduta imoral e ilegal não deve fazer parte de sua atividade de defesa. Tenha-se presente que a atividade do advogado é essencial à administração da justiça, e esta deve ser legal, ética, responsável, honesta e moral.

⁹⁶ Manzini, *apud*, TOURINHO FILHO, 2006, vol. III, passim.

⁹⁷ Tradução livre do autor: “O defensor penal não é patrocinador da delinquência, mas sim do Direito e da justiça enquanto podem estar prejudicados na pessoa do imputado”.

3 DA REVISÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA E DA DEFESA DATIVA

A questão principal de nossa tese funda-se na possibilidade de revisão criminal a requerimento do condenado, com sentença transitada em julgado, condenatória, de ver o reexame de sua condenação quando se tratar de defesa alinhavada por defensor dativo, nomeado pelo Estado.

Não se pretende aqui, de forma alguma, desmerecer a atividade dos defensores dativos. Ao contrário, não há qualquer crítica fundamentada à atuação dos mesmos. Aliás, vários deles têm feito trabalhos de defesa exemplares. Veja-se, por exemplo, a brilhante atuação da Procuradoria do Estado de São Paulo e mais recentemente da Defensoria Pública na defesa de réus nos processos criminais, através da assistência judiciária. Refute-se aqui também, a alegação de que o defensor dativo nem sempre tem o mesmo desempenho de um constituído, visto que nomeado, se sujeita a uma tabela de honorários em que os valores estão aquém dos praticados por aqueles que fazem a defesa constituída. Nesse caso, é imperativo dizer que mesmo o dativo que não trabalhar a contento na defesa dos interesses de seu cliente sofre penalidades estatuídas não só no Código de Ética da OAB, como também no próprio Estatuto.

Dentre os deveres do advogados relacionados no Código de Ética e que espancam quaisquer dúvidas quanto à integridade do defensor dativo e sua falta de interesse nas lides penais em que seja indicado, elencamos no Art. 2º, parágrafo único, os seguintes:

Art. 2º: O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único – São deveres do advogado:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa fé (negrito nosso).

E, ainda, as disposições atinentes nos Arts. 31, 32 e 33 e seu parágrafo único do Estatuto da OAB:

Art. 31: O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

Art. 32: O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Art. 33: O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e disciplina.
Parágrafo único – O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional, e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

O que se pretende é colocar a possibilidade de reexame da decisão condenatória transitada em julgado, via revisão criminal compulsória, quando se tratar de defesa dativa em que o advogado que assume os interesses do réu não é de sua confiança, sendo que será escolhido através de um rodízio para a prestação do serviço.

Tomemos como exemplo o Estado de São Paulo, onde a própria Procuradoria Geral do Estado quando editou as normas do convênio de prestação de assistência judiciária com a OAB, dita expressamente no manual do advogado celebrante de tal convênio que a indicação dos advogados dativos para a prestação dos serviços de assistência judiciária será feita por rodízio, conforme preceitua a cláusula 4ª, § 2º).

Evidente que não se fala aqui em ausência de defesa ou deficiência de defesa, sendo cediço que a primeira causa nulidade absoluta no processo, quer seja praticada pelo defensor constituído, quer seja praticada pelo defensor dativo, podendo ser levantada em grau de recurso, ou mesmo, após a sentença definitiva através de *habeas corpus* que a anule. Da mesma forma a deficiência da defesa, quer seja constituída ou dativa, também implicará em nulidade se houver comprovação de prejuízo ao réu.

Argumentamos no sentido da possibilidade de ampliação do rol de cabimento da revisão criminal nos casos em que a defesa do condenado tenha sido feita por defensor dativo, quer seja profissional liberal, quer seja membro da Defensoria Pública.

Não se diga que como não está na lei não se poderia sequer admitir tal hipótese. Aliás, propõe-se, ao final, projeto de lei sobre o assunto.

Mas mesmo que não esteja expressamente redigido na lei processual penal, nada impede o benefício e sua inclusão.

Com a inclusão expressa na carta constitucional vigente do devido processo legal, incluí-se também toda a possibilidade legal de defesa. A própria Constituição deixando ampla e acima de tudo ampliativo o significado do princípio do devido processo legal abre a possibilidade da revisão criminal compulsória em defesa dativa. No devido processo legal temos a defesa como dogma do mesmo, além de outros direitos e princípios. A lei não discrimina com restrição ou exatidão ímpar o que seja ampla defesa e nem devido processo legal, apenas delimita o mínimo para a defesa dentro do processo judicial, não admitindo tudo o que seja de alguma forma proveniente de prova ilícita e tudo o mais que não condiz com o processo penal, como a tortura, a falsificação de documentos ou provas. Portanto, a defesa constitui, no momento presente, ponto de honra de todas as legislações processuais. Trata-se, como o direito de ação, de direito público, subjetivo, autônomo e abstrato.

Ao Estado interessa o cumprimento da defesa efetiva, não importando se dativa ou constituída.

Tenha-se presente a interpretação mais ampla possível do sentido de devido processo legal, que a própria norma constitucional quando diz litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, impõe devida separação. Tanto são destinatários da norma constitucional aqueles que estão envolvidos como partes principais nos procedimentos judiciais, como qualquer pessoa que esteja sendo acusada em qualquer tipo de procedimento, que não seja judicial ou administrativo. Aqui o sentido é amplo e indeterminado, não estando circunscrito à ação única de um Estado-juiz ou Estado-administrador, quer seja procedimento judicial ou administrativo.

Trata-se, à evidência, o intuito de nossa tese de respeito e salvaguarda a afronta ao direito do réu de ser defendido por quem ele indique, mesmo não tendo condições para o pagamento dos honorários advocatícios.

Entretanto, temos conhecimento que na prática tal possibilidade é muito remota. Os processos demandam prazos que devem ser cumpridos à risca, principalmente, tratando-se de réus presos, em que o não cumprimento dos prazos e respeito a eles, pode acarretar o relaxamento da prisão provisória com a conseqüente liberdade do imputado, que, inclusive, pode ser culpado pela infração penal denunciada ou averiguada, causando grave dano à paz social. Nesses casos, em face da questão temporal é mister que se façam as nomeações de imediato, visando atender a defesa do acusado e os prazos processuais a ela inerentes, bem como os prazos dos atos processuais, daí porque o sistema prático do rodízio.

Nosso estudo, então, visa dar ampla defesa, direito constitucional soberano àquele que foi defendido de modo dativo, sem a possibilidade de ter a seu favor advogado de sua confiança. É imprescindível que haja entre o acusado e seu defensor relação recíproca de confiança.

Para a efetiva realização de tal proposta, devem-se colocar alguns pontos nevrálgicos, que são de suma importância para a consecução do pretendido.

Obviamente, é de rigor justificar o porquê de tal possibilidade, bem como seu alcance dentro da lei. Não se pretende da possibilidade do instituto aplicado a qualquer infração penal, sem antes delimitar requisitos e áreas de atuação.

Evidentemente que se colocar tal possibilidade a qualquer infração penal todos os acusados optariam pela defesa dativa, já pensando posteriormente em burlar a lei e ver o reexame de eventual condenação definitiva sendo-lhe facultado.

Não, não é isso que se pretende. Inicialmente o alcance de tal proposta irá ser delimitado, havendo a problemática e fundamentação adequada para cada hipótese de cabimento.

Em primeiro lugar, não serão alcançadas por tal proposta todas as infrações penais.

Deve-se limitar o alcance da revisão criminal em defesa dativa, de forma compulsória, tão somente aos crimes inscritos na Lei nº 8.072/90, visto que hoje são enumerados como os mais graves praticados em nosso país. Aqui contemplamos o critério restritivo pela qualidade do crime. A intenção é que não haja banalização desta possibilidade de reexame.

E isto tem sua razão de ser. Não só pela gravidade dos crimes ali inscritos, visto que a lei trata dos crimes hediondos e assemelhados, onde se parte do princípio de que tais infrações penais são pela sociedade rechaçadas, causam grande clamor público e indignação quando praticadas, etc., mas, também, em virtude de que tais julgamentos são cercados de grande comoção. Há sempre a opinião pública envolvida, a pressão da imprensa na maioria dos casos, bem como sobre a cabeça do magistrado a responsabilidade de uma decisão justa, próxima da verdade real buscada em todo procedimento criminal.

Como é cediço, muito embora inscritos no rol da Lei nº 8.072/90 alguns crimes, conforme o caso, não causam tanta repercussão que possa justificar toda a pressão que é feita contra o juiz monocrático. A própria inserção do fato na lei própria já faz com que o magistrado, mesmo que imparcialmente, veja-se numa situação conflituosa de que tenha a obrigação de agir com rigor maior.

Mas, a proposta apresentada não se restringe, tão somente, ao aspecto da qualidade da infração penal, mas também propõe-se um critério de restrição também quanto à quantidade da pena e sua qualidade.

Como é sabido, conforme os Arts. 32 e 33 do Código Penal brasileiro, as espécies de penas são as privativas de liberdade, as restritivas de direito e multa. A possibilidade da revisão criminal no caso de defesa dativa ficaria adstrita, tão somente, as penas privativas de liberdade. E, ainda, dentre elas, apenas aos crimes apenados com reclusão previstos na Lei nº 8.072/90. E, mais, dentre os crimes apenados com reclusão previstos na lei acima, tão somente, com relação àqueles em que a condenação definitiva seja de reclusão superior a oito anos.

Justifica-se tal entendimento:

Conforme o § 2º do Art. 33 do Código Penal, as penas privativas de liberdade superiores a oito anos devem se iniciar no regime fechado.

Tal questão envolve diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo oriunda tal condenação em processo cuja atuação da defesa foi de modo dativo, havendo a supressão total da liberdade do condenado, com a execução imediata de sua pena inicialmente em regime fechado, de segregação social, sem direito à fiança, nada mais justa a possibilidade de reexame desta decisão condenatória, via revisão criminal, pelo condenado. Inclusive, para que se possa evitar eventual erro judiciário que, convenhamos, será de grande repercussão ante a gravidade do delito e a quantidade de pena aplicada.

Sem dúvida, há uma restrição total ao *status libertatis* do indivíduo, com a fixação da pena acima de oito anos, e seu cumprimento mesmo que inicialmente em regime fechado.

Para a progressão, no mínimo, deverá atingir o requisito temporal de um sexto no regime mais rigoroso, o que convenhamos, quando a sentença de primeira instância foi injusta, consolida-se em extremo constrangimento ilegal ao condenado. Um dia que seja na prisão, àquele que não merecia tal castigo é algo terrível com a possibilidade de traumas e seqüelas insuperáveis.

Esta fixação da obrigatoriedade do regime fechado para a pena imposta superior a oito anos parece extremamente injusta, pois, cria uma presunção absoluta de periculosidade pelo *quantum* da pena e não pelo exame das características pessoais do condenado. Cria-se uma presunção absoluta de incompatibilidade de cumprimento de pena superior a oito anos em regime mais brando, impondo obrigatoriamente o fechado.

Nem sempre aquele que é condenado à pena superior a oito anos é mais perigoso que outro condenado em montante inferior. A automaticidade da segregação social a este indivíduo que pode, inclusive, ser primário, de bons antecedentes, é por demais perigosa, em um sistema prisional criticado por se transformar não em um sistema que recupera o indivíduo para conviver novamente no seio da sociedade, mas na maioria dos presídios, já tomados pelas facções criminosas, em *universidades do crime*.

Mas, o critério restritivo da proposta não para por aí.

Como se sabe, na maioria dos casos elencados na Lei nº 8.072/90, exceto o crime de homicídio, doloso contra a vida, os julgamentos dos demais crimes são feitos por um juiz monocrático, uma única autoridade judiciária, passível de erro, como qualquer ser humano. Também não se afaste, até mesmo, o julgamento pelo conselho de sentença em plenário do júri, vez que praticado por juízes leigos, juízes de fato e do fato.

Em ambas as oportunidades, quer o juiz monocrático, quer o órgão colegiado de primeira instância, o júri, formado por juízes leigos, sem obrigatoriedade e experiência na formação técnica, podem ocorrer erros no julgamento. Erros, diga-se, de própria interpretação da prova, não dolosos visando prejudicar intencionalmente o réu proferindo decisões injustas. Para estas a revisão criminal comum já ampara eventuais possibilidades.

Nem se diga do acúmulo de serviço que assoberba as funções dos magistrados monocráticos e dos juízes de fato no júri.

Como colocado o juiz monocrático em seu julgamento solitário, com as características dos crimes hediondos, de comoção social, pressão da opinião pública e, além disso, o acúmulo de serviço, pode levar a uma decisão injusta. Consigne-se que o magistrado brasileiro, na maioria das vezes também acumula anexos em suas varas, além de funções administrativas como juiz corregedor da polícia judiciária, dos presídios, infância e juventude, júri, etc. Tenha-se como exemplo a Alemanha onde a cada quatrocentos processos distribuídos ao magistrado cria-se um novo cargo de magistrado. Portanto, há uma limitação ao poder do juiz julgar de acordo com as condições propícias no tocante ao *quantum* dos julgamentos.

Sendo o magistrado um ser humano é passível de falibilidade, não somos computadores em que a lógica incondicional e absoluta é a essência de sua existência, a impossibilidade de erro e o acerto estão sempre presentes.

Assim é mister novamente consignar o pensamento de Jorge Mosset Iturraspe, em sua obra *El Error Judicial*, que assevera:

Es verdad de Perogrullo que los 'jueces son hombres' y que nadie escapa o está exento Del error em sus actos; de donde la tesis 'negadora Del error', o parte de la

consideración de um juez-Dios o superhombre o, lo cuales también muy malo, de pensar que es Derecho 'cualquier cosa', que da lo mismo esto o aquello o bien que el juiz es una especie de santón que convierte em Derecho todo 'lo que dice' o aplica.⁹⁸⁻⁹⁹

Havendo a possibilidade de sentenças injustas, sem uma análise técnica de maior profundidade, também inserimos no rol da possibilidade de revisão criminal em processo de defesa dativa, o critério restritivo de que para a possibilidade de tal instituto haja a necessidade indispensável que a sentença condenatória, que será levada a reexame, não possa ter sido reexaminada por nenhum outro órgão superior de jurisdição, ou seja, deve ter transitado em julgado em primeira instância, sem qualquer interposição de recurso.

Assim, é indispensável ante os demais requisitos que a sentença condenatória transitada em julgado que se pretenda reexaminar e até rescindir não tenha sido objeto de nenhum recurso ordinário estabelecido na legislação processual penal.

Assim teríamos maior justificativa para a possibilidade de aplicação do novo instituto, visto que através da revisão criminal em processo com defesa dativa, em que o réu não teve a condição de ter na sua defesa profissional de sua íntima confiança, em crimes apenados com reclusão insertos na Lei nº 8.072/90, cuja pena aplicada seja superior a oito anos, onde se exige o cumprimento em regime fechado, visto que seria reexaminada por órgão superior de jurisdição, tribunal, em que sua composição é colegiada, com no mínimo três novos julgadores, com maior experiência e maior conhecimento em virtude dessa mesma experiência, em face de que estão no auge da carreira no judiciário, o que possibilitaria reparo na decisão condenatória se não fosse calcada em julgamento justo.

De outra parte, havendo empate na votação, nesta nova espécie de revisão criminal especial, tal resultado, como já consignado em capítulo anterior, deve favorecer o réu, repita-se, amparando-se na dignidade da pessoa humana e

⁹⁸ ITURRASPE, 1999, p. 256.

⁹⁹ Tradução livre do autor: "É verdade absoluta que os 'juizes são homens' e que ninguém escapa ou está livre do erro em seus atos, donde a tese 'negadora dos erros', ou parte da consideração de juiz-Deus ou super-homem ou, os quais também muito mal, de pensar que é Direito 'qualquer coisa', que dá o mesmo isto ou aquilo ou bem que o juiz é uma espécie de santo que converte em Direito tudo o que disse ou aplica".

sua consagração como o norte para a reparação de todas as injustiças; tomando-se por base os julgados citados no capítulo acima referido; a jurisprudência de nossos tribunais; a aplicação, por analogia do parágrafo único do Art. 664 do Código de Processo Penal; bem como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com relação ao *habeas corpus*.

A problematização está colocada: seria justo que o indivíduo condenado por crime da Lei nº 8.072/90, cuja pena seja superior a oito anos de reclusão, não pudesse ter o reexame da sentença definitiva prolatada? Seria justo que havendo tal condenação e tendo sido defendido por defesa dativa, não pudesse agora requerer o reexame de tal decisão com a indicação de defensor de sua confiança, à custa do Estado, para tentar minimizar sua situação carcerária? Seria justo que definitivamente condenado, não tendo interposto recurso ordinário, até mesmo, em face de sua falta de conhecimento técnico, bem como pelo fato do defensor dativo ficar satisfeito com o desfecho da ação penal, já que não tem, como sobejamente conhecido, dever de recurso, pudesse tão somente se socorrer das hipóteses comuns de cabimento de eventual revisão criminal? Se estas hipóteses restritivas e excepcionais não estiverem presentes de forma indelével como a lei exige (decisão condenatória contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos, sentença condenatória fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, descobertos após a sentença condenatória definitiva de novas provas da inocência ou circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena), seria justo que não tendo sua condenação sido revista por nenhum órgão superior, tenha que se conformar com uma sanção injusta? Claro que não, a ampla defesa constitucional, bem como a dignidade humana clamam para que situações como estas, não amparadas pela legislação vigente e que impedem a aplicação integral da justiça, sejam sanadas a fim de o imputado, ser humano, cidadão, indivíduo da sociedade possa ter guardada na defesa de seu estado de liberdade, dogma constitucional incontroverso, equiparado à importância da preservação da vida.

A vida digna passa pela liberdade justa, e sua supressão de maneira injusta não pode vingar num Estado Democrático de Direito, ainda mais se tendo em conta os objetivos concretos da Constituição vigente, elaborada

pelo povo e para o povo, tendo como norte insuperável o ser humano e sua existência digna.

Estabelecidos os requisitos para a aplicação de tal instituto excepcional como a revisão criminal, a problemática que se coloca, visando sempre a segurança jurídica, a estabilização dos julgamentos do Judiciário, evitando, porém, sempre as decisões injustas, apresentam-se os fundamentos que tornam possíveis a existência do mesmo. A solução à problemática, com sua fundamentação pertinente será colocada a seguir.

Antes, porém, deve-se consignar de modo patente as hipóteses de cabimento do novo instituto, para a partir daí fundamentar-se a possibilidade de sua aplicação.

Então, para a concessão da revisão criminal, de forma compulsória, em processos cuja defesa tenha sido dativa teríamos:

- A indispensabilidade de que a infração penal cometida esteja no rol daquelas inscritas na Lei nº 8.072/90 – critério restritivo da qualidade do crime;
- A indispensabilidade de que a infração penal seja de reclusão, por tempo superior a oito anos – critério restritivo da espécie e quantidade de pena;
- A indispensabilidade de que a decisão atacada não tenha sido objeto de reexame anterior por instância superior através de recurso ordinário – critério restritivo processual de possibilidade de reexame da condenação por órgão superior colegiado. Se já houve tal possibilidade de reexame não se fundamentaria a aplicação do instituto;
- No caso de empate na votação com relação ao julgamento da revisão, este favorecerá a pretensão do requerente.

Fundamenta-se, agora, a aplicação do mesmo.

A primeira fundamentação que ocorre é a de que não se discute a defesa dativa em si, se satisfatória ou não, se é eficiente ou não, afastando as críticas, na maioria das vezes infundadas de que o profissional da advocacia, nos casos em que é nomeado dativo não se esmera na defesa de seu patrocinado, tornando-a

deficiente. O que interessa para fundamentar tal proposta é a confiança do acusado na pessoa do profissional que o defende. Deve existir, como já manifestado, entre ambos a recíproca confiança.

Se tal existir por indicação de profissional de sua confiança, mesmo que dativo, em que o ônus da defesa será suportado pelo Estado, temos a possibilidade de uma defesa com maior amplitude. Até mesmo nos momentos das manifestações de autodefesa pelo réu no processo, como é o caso do interrogatório, a partir do advento da Lei nº 10.792/03 permitiu maior interatividade entre o réu e seu defensor, com a indispensabilidade de sua presença no interrogatório e a entrevista prévia. Se houver confiança entre ambos a própria defesa já se manifesta de maneira mais ampla, mais profícua à intenção do réu de manter seu estado de liberdade perante a pretensão punitiva estatal.

É evidente que o réu colaborará na sua defesa com maior efetividade quando conhece e tem confiança no profissional que o defende, e não em alguém que não conhece fruto de um rodízio de indicações. Tenha-se presente que tendo o réu constituído defensor, se este, por qualquer motivo, vier a abandonar a causa, está impedido o juiz de nomear, de pronto, um dativo. Deve ele sempre respeitar o direito do réu de constituir outro de sua preferência. Se assim não o fizer acarretará ao réu uma restrição à liberdade de defesa.

É remansoso o entendimento de nossos tribunais que tendo o réu advogado constituído, não se lhe pode dar defensor dativo sem expressa anuência, antes de intimá-lo a constituir novo advogado (RT nº 507/329).

Coloquem-se aqui os fatos ocorridos perante um dos tribunais americanos em meados de fevereiro próximo passado em que um réu agrediu perante as câmeras seu defensor dativo, com o qual contato algum teve, quando soube que não seria colocado em liberdade, descontando no mesmo sua ira por tal fato, sem perquirir se tinha ele relação direta ou não com a negativa do beneplácito, demonstrando que não havia relação de confiança entre os dois, fato que sobejamente acontece quando se trata de defensor constituído, fruto da relação de confiança, por primeiro do próprio acusado.

É indubitável que a defesa constituída decorre de uma relação de direito privado, ao fato que a defesa dativa deriva de um comando de ordem pública.

Certamente se questionaria como poderia se admitir que o réu indicasse seu defensor dativo quando da revisão criminal compulsória.

Ora, é simples a solução, deve-se apenas restringir o conceito de defensor dativo àquele profissional que não é suportado, em seus honorários, diretamente pelo réu. Não tendo o réu condições de suprir o pagamento dos honorários do profissional para a interposição da revisão criminal extraordinária, pode indicar um de sua confiança, que será pago pelo Estado, dentro dos limites de uma tabela de honorários.

Assim, para a aplicação do instituto ora proposto, o réu poderia indicar um profissional de sua confiança, por até três oportunidades. Os familiares e o próprio condenado poderiam com antecedência contactar referido profissional. Feita a indicação o magistrado consultaria o profissional se a aceitaria para a consecução da revisão criminal compulsória a favor do condenado, com a análise dos requisitos de cabimento da mesma, formulação da peça respectiva e acompanhamento da ação. Aceita a indicação pelo profissional do Direito, estaria o mesmo quando da assinatura de aceitação do compromisso, em termo próprio, ciente de que seus honorários seriam suportados pelo Estado, através de uma tabela de honorários previamente consultada (vide a respeito Art. 22, § 1º do Estatuto da OAB já mencionado e transcrito anteriormente).

Caso não aceitasse, se daria ao condenado a oportunidade de indicar outro profissional de sua confiança, até a terceira oportunidade de indicação. Caso não aceita por nenhum dos indicados, por ora, até que encontrasse em oportunidade própria quem aceitasse ficaria vedada a interposição de tal instituto. A indicação poderia recair não só em profissionais liberais da advocacia como também em membros da Defensoria Pública, ou seja, qualquer profissional da área da advocacia, desde que devidamente inscrito na ordem dos advogados do Brasil regularmente.

O que se exige é que o réu indique alguém de sua confiança para que não possa alegar futuramente que não teve direito a uma defesa ampla, feita por alguém que não era de sua confiança pessoal.

Poder-se-ia, ainda, indagar que a revisão criminal propriamente dita prescinde de capacidade postulatória. É inegável que tal fato é verdadeiro.

Entretanto, não se pode negar que a maioria dos tribunais de nosso país, quando a revisão criminal comum é proposta pelo próprio condenado ou por pessoa sem habilitação técnica, tem tido a precaução de indicar advogado para o exame da pretensão do condenado.

Além disso, tenha-se presente que a revisão criminal comum, em suas hipóteses de cabimento, admite sua interposição, inclusive, em condenações que já tenham sido revistas, por todas as formas de recursos admitidas em lei, por todas as esferas de jurisdição, inclusive, pelos tribunais superiores.

Na revisão criminal compulsória oriunda de processo em que houve a condenação e a defesa dativa, um dos requisitos já elencados é a impossibilidade de apreciação da matéria, anteriormente, em sede de recurso legal.

É evidente, que neste caso, é imprescindível que se tenha o acompanhamento nesta espécie extraordinária de revisão criminal de um profissional da advocacia, da confiança do condenado, visto que a condição e o conhecimento técnico são incisivos na procedência do pedido.

Como já dissemos em oportunidade anterior, nas palavras do Antonio Scarance Fernandes: “[...] não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para se garantir a paridade de armas”.¹⁰⁰

Ainda mais em hipótese tão excepcional de reexame de condenação à pena tão grave, por delito também grave, segregadora do convívio social.

Também se fundamenta a possibilidade da indicação do defensor dativo nesta fase, visto que a revisão criminal como consignado, não é recurso, não tendo contra si o requisito da tempestividade. Ou seja, não tem prazo para sua interposição, sendo imprescritível, o que daria ao condenado e seus respectivos familiares maiores possibilidades de contato e confirmação da aceitação pelo advogado do encargo da interposição da mesma.

Neste caso, se excluiria o rodízio próprio para a indicação de defensores dativos na esfera do processo criminal de conhecimento, quando se tratasse exclusivamente da revisão criminal compulsória em casos de defesa dativa.

¹⁰⁰ FERNANDES, 2000, p. 334.

A indicação do defensor pelo réu é totalmente plausível, visto que na Assistência Jurídica integral e gratuita, dogma constitucional, estão embutidos três serviços públicos (vide conceituação de Inês do Amaral Buschel, já mencionada).

Além da assistência judiciária onde se dá a oportunidade no processo judicial de ser patrocinado por um defensor público ou advogado nomeado, temos também a justiça gratuita com a isenção com relação às custas e taxas e demais despesas e a orientação e consultoria jurídica.

Dessa forma, o condenado dentro da possibilidade de até três indicações consecutivas, indicaria o profissional de sua confiança, que aceitando a indicação, seria nomeado e compromissado pelo juiz com os benefícios da justiça gratuita, sendo os honorários suportados pelo Estado, fixados através de sua atuação e de tabela previamente estabelecida.

José Carlos Barbosa Moreira, ao dissertar em seu trabalho *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*, manifesta a possibilidade de adequação da defesa dativa, nos moldes da justiça gratuita, a indicação de profissional pelo próprio acusado, tornando plenamente plausível sua aplicação em nossa revisão criminal proposta:

Por outro lado, nada autoriza que a Constituição haja reservado ao Poder Público o monopólio da assistência. Se ele tem o dever de assistir, nem por isso se concluirá que o tenha em caráter exclusivo. **Continuam em vigor os textos legais que contemplam a prestação gratuita de serviços aos necessitados, notadamente por parte de profissionais liberais. Subsiste, mesmo, a preferência dada, para a representação em juízo, ao advogado que o próprio litigante desprovido de meios indique. O fato de obter o benefício da gratuidade de maneira alguma impede o necessitado de fazer-se representar por profissional liberal** (negrito nosso).¹⁰¹

Aliás, nossos tribunais, também têm entendido da mesma maneira:

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: **Revista de Processo**, nº 67. São Paulo: IBProc, out. 2004, p. 130.

Justiça Gratuita – Indicação de advogado – Indeferimento do benefício – recurso cabível. Assistência judiciária. Decisão que a concedeu. Agravo de instrumento conhecido como apelação. Recurso provido. A circunstância de a parte indicar advogado não lhe veda obter os benefícios da justiça gratuita, a dependerem do fato da parte só para obter a prestação jurisdicional com prejuízo para o sustento próprio ou de sua família. Atendimento das exigências legais pela interessada, que percebia, quando do pedido, na condição de empregada doméstica, quantia inferior ao dobro do salário mínimo então vigente. Apelação provida (Ac. Um. Da 5ª CCv do Rio de Janeiro – EJTRJ nº 07/182).

E, ainda:

Deferida pelo juiz a gratuidade de justiça, deve ser dada preferência ao advogado a quem o autor outorgou mandato e que declara aceitar o encargo (Art. 14, § 1º, da Lei nº 1.060/50 e Art. 93 da Lei nº 4.215/63) (Ac. U. da 1ª Turma do TRF da 2ª Região, de 05.09.1990 no Al. nº 90.02.15918-8-RJ – j. 27.09.1990 – Relª. Des. Tânia Heine) (negrito nosso).

É importante salientar que a presente proposta vem de encontro ao próprio direito processual penal brasileiro que sempre alçou o imputado a uma condição de supremacia.

Não se olvide, dos princípios processuais penais pátrios, que em sua totalidade colocam o indivíduo acusado como possuidor de grandes benefícios e como norte para uma atuação imparcial e justa do Judiciário.

Tomemos como exemplo alguns deles:

Veja-se, por primeiro, o princípio processual penal da verdade real. Busca-se a verdade real dos fatos, ou seja, aquela que mais se aproxima da realidade fática, com intensidade. Na esfera penal, ao contrário da esfera civil, onde se preconiza a utilização da verdade formal, busca-se a verdade real dos fatos para que se tenha, a favor não só do réu, como da sociedade, a aplicação em sua integralidade da justiça.

Veja-se que a confissão na esfera cível é a *rainha das provas*, havendo o julgamento antecipado da lide, satisfazendo-se na distribuição da justiça, com a verdade formal que solucione o conflito de interesses.

Entretanto, na esfera penal a confissão só terá valor se corroborada por outros elementos de convicção que a façam pertencer, estar incluída, nos elementos proporcionadores da verdade real.

Na esfera cível há a possibilidade de transação, o juiz na maioria das vezes fica inerte, como espectador na produção da prova e a desistência da ação é fato comum, inclusive, permitido.

Já no processo penal, o juiz pode produzir prova não requerida importante e necessária para a busca da verdade real, e conseqüentemente um julgamento justo. A transação é instituto excepcional só podendo ser utilizado em casos expressos e específicos. Tratando-se de ação penal pública em que o interesse social se sobrepõe ao interesse individual, proposta a ação penal, não pode o seu titular, Ministério Público, dela desistir, nos precisos termos do Art. 42 do Código de Processo Penal.

Mas não é só isso. O maior princípio constitucional processual, o do devido processo legal, também traz a preocupação com a pessoa do imputado. Ninguém será privado de sua liberdade, aduz referido princípio, e nem mesmo de seus bens sem o devido processo legal. Sem um procedimento que respeite as normas processuais e as prescrições legais. O processo será desenvolvido na forma em que a lei estabelece com os princípios decorrentes do devido processo legal, ou seja, ampla defesa, contraditório, juiz natural, etc., inclusive, insertos na órbita constitucional.

Tenha-se presente, ainda, o princípio da inocência, totalmente agasalhado pela Carta Magna brasileira, em seu Art. 5º, inc. LVII:

Art. 5º: [...].
LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Discorreu-se anteriormente sobre o princípio da inocência, sua denominação doutrinária, que melhor se adequou à denominação princípio da não culpabilidade, ou seja, retirando da expressão seu conteúdo semântico interpretado literalmente, mas no sentido em que foi concebido na Declaração dos Direitos do Homem e do

Cidadão de 1789, como bem preleciona Fernando Da Costa Tourinho Filho: “[...] nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente”.¹⁰²

Nesta breve análise dos princípios que regem o processo penal, aquele que fundamenta a possibilidade do acolhimento da tese ora esposada vez que o próprio processo penal tem uma conotação de respeito integral à pessoa do imputado é o princípio processual penal do *favor rei*, que é a base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade.

É a consagração de que todo estado livre e democrático traz em si o acolhimento de tal princípio.

Trata-se do reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se, se quiser assistir ao triunfo da liberdade, constituindo um princípio inspirador de interpretação, ou seja, sempre que se deparar nos casos em que não se tenha uma interpretação única, concluindo-se pela possibilidade de mais de duas interpretações antagônicas de uma norma legal, chamada de antinomia interpretativa, deve-se, como obrigação, e não faculdade, escolher aquela interpretação que seja mais favorável ao réu.

Em nosso ordenamento pátrio, temos vários dispositivos em que se positivou o princípio referido.

A impossibilidade da *reformatio in pejus*, estatuída, por exemplo, no Art. 617 do diploma legal processual penal:

Art. 617: O tribunal, câmara ou turma atenderá nas duas decisões o disposto nos Arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, **não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença** (negrito nosso).

Tenha-se, ainda, a previsão legal dos recursos privativos da defesa, outra exemplificação da proteção legal ao imputado. O protesto por novo júri (Art. 607),

¹⁰² TOURINHO FILHO, 2006, vol. III, p. 387.

bem como os embargos infringentes e de nulidade, previstos no parágrafo único do Art. 609.

Mais, ainda, um dos objetos desse estudo, a revisão criminal, como direito exclusivo do réu, sendo que só pode ser utilizada no sentido de beneficiá-lo, nunca prejudicá-lo, daí porque, defende-se sua aplicação nas decisões absolutórias, desde que para beneficiar o imputado.

Também em benefício do réu tem-se a questão do empate no julgamento dos tribunais de recurso interposto, conforme preceitua o Art. 615, parágrafo único, e, mais notadamente quando da apreciação do *habeas corpus*, conforme parágrafo único do Art. 664 do Código de Processo Penal:

Art. 664: [...].

Parágrafo único – A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto desempate; **no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu** (negrito nosso).

Tais dispositivos, em consonância com o princípio processual penal do *favor rei* foram decisivos, conforme já analisado, na construção pretoriana, dentro do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pelos demais tribunais acompanhada, de que havendo empate na decisão da revisão criminal deve se favorecer o réu.

Tais considerações acerca dos princípios processuais penais que de certa forma beneficiam o imputado, não são descabidas.

Servem, não só para fundamentar a aplicabilidade do instituto que ora se propõe, revisão criminal compulsória em defesa dativa, como também para afastar eventuais críticas de que se pretende, em afronta aos interesses da sociedade, editar mais um instituto de favorecimento a condenados definitivamente.

Ao contrário, não se procura, tão somente beneficiar o condenado, mas também a justiça nas decisões do Poder Judiciário, em casos excepcionais, como o proposto. A procura de caminho inovadores, rompendo com o conservadorismo, quando se tratar do desenvolvimento do Direito não deve de forma alguma ser

desprezada. O imobilismo é injustificável quando se tem a chance de inovar para melhorar o desenvolvimento do Judiciário e de suas decisões, que, frise-se, são fruto de seres humanos, completamente falíveis. O Direito não é estático, ele é dinâmico e sua dinâmica deve ser respeitadas no sentido de se criarem instrumentos jurídicos que busquem novas soluções, mais adequadas ao momento em que se vive, inclusive, ao momento legislativo processual penal, calcado em lei de mais de meio século de existência.

É imperativo um julgamento imparcial, que atenda aos próprios reclamos da sociedade de se punir, efetivamente, quem seja culpado, e não a edição de éditos condenatórios que condenem inocentes.

Para a segurança jurídica os julgamentos devem ser justos, havendo a total consonância e aplicabilidade e resposta do Judiciário as contendas que se apresentem. A prestação jurisdicional deve ser consentânea com o reclamo popular de paz e harmonia social calcada em justiça na solução dos conflitos de interesses.

Tenha-se presente recentíssima lei promulgada em janeiro do ano passado (2007), sob nº 11.449 em que se há prestação jurídica quase que imediata ao preso em flagrante, com direito à defesa em no máximo vinte e quatro horas após a prisão, em face da imperatividade do encaminhamento de cópia do auto à Defensoria Pública no prazo acima referido, para as devidas providências.

É o Estado garantindo todas as formas possíveis de defesa dos interesses do indivíduo dentro do processo criminal. E não poderia ser diferente ante a promulgação da Constituição de 1988, por muitos batizada como a Constituição Cidadã onde se erige à condição de figura central o ser humano.

Dentro do processo penal brasileiro é incontroverso que o Código de Processo Penal em vários de seus dispositivos tem provocado desequilíbrio entre as partes na relação processual.

Veja-se dentre outros o Art. 501 do diploma processual penal onde a acusação é intimada pessoalmente para a fase de requerimentos e alegações finais, ao passo que a defesa tem o prazo correndo em cartório, sem intimação.

É evidente que a doutrina e jurisprudência têm tentado diminuir essas distorções e desigualdades.

Assim, tenha-se presente v. acórdão sobre tal desequilíbrio e a tentativa da jurisprudência em minimizá-lo:

Falta de intimação da defesa do prazo assinado no Art. 499 do Código de Processo Penal. Orientação incompatível com o Art. 153, § 15, da CF, imperativo e terminante no sentido de que 'a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes'. Não é possível conceber-se a ampla defesa se o prazo para requerimento de diligências flui sem intimação do defensor (STF – RT nº 533/435-436).

Exemplo gritante de desigualdade era a forma com que se fazia o interrogatório judicial antes da Lei nº 10.792/03. A própria edição desta lei, com as garantias dadas ao interrogado de ser acompanhado por defensor, entrevistar-se com o mesmo, podendo-se fazer esclarecimentos durante o interrogatório e requerimentos, visa principalmente diminuir as desigualdades entre as partes, realçando a condição de ser humano do imputado.

Ainda, a corroborar a aplicabilidade da revisão criminal compulsória em defesa dativa, temos o recente julgamento, datado do ano de 2006, em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a progressão de regime aos crimes definidos na Lei nº 8.072/90, sob a argumentação, dentre outras, de que a integralidade do cumprimento da pena em regime fechado afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, alçando o ser humano à sua condição de objetivo maior da Constituição Federal vigente.

Façamos, portanto, uma análise de tal decisão.

Referida decisão foi proferida em sede de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, registrado sob nº 82.959-7, onde se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional aos crimes inscritos na Lei nº 8.072/90, quer sejam os eminentemente hediondos ou os assemelhados ou equiparados.

Tal decisão histórica da Corte Suprema foi proferida em favor do pastor evangélico Oséas de Campos, de 47 anos, acusado de molestar três crianças de idades entre seis e oito anos. Ele se apresentava como pastor da Igreja do Evangelho Quadrangular e, após adquirir a confiança das crianças, confiança esta

fixada em face de sua condição de religioso, adquiriu também a confiança dos genitores dos mesmos que lhe permitiam que passeasse sozinho com os infantes, quando, então, praticou os abusos denunciados. Foi condenado à pena global de 18 anos de reclusão, sendo acusado pela prática do Art. 214, combinado com os Arts. 224, §1º, inc. I e 226, inc. III, na forma do Art. 71, todos do Código Penal. Interpôs recurso de apelação contra tal decisão, sendo que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo interposto, reduzindo a pena para 12 anos e 03 meses de reclusão, mantido o regime integral fechado para seu cumprimento.

A Procuradoria Geral da República foi pela não concessão da ordem.

Em decisão plenária, por seis votos a cinco, o plenário da Suprema Corte, entendeu a possibilidade da progressão de regime nos crimes considerados hediondos ou assemelhados.

Em síntese, declarou inconstitucional o dispositivo da Lei nº 8.072/90 que impedia tal progressão, tornando integral o cumprimento da pena fixada em tais delitos.

Os votos que definiram a contenda foram pronunciados, no sentido da constitucionalidade da progressão pelos Ministros Marco Aurélio de Melo, Eros Roberto Grau, Carlos Ayres de Brito, Cezar Peluso, Gilmar Ferreira Mendes e Sepúlveda Pertence.

Os votos destes Ministros foi no sentido de que a vedação à progressão de regime afrontaria o princípio constitucional da individualização da pena, não podendo o legislador impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado. Sustentou o Ministro Eros Grau que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano importa violação a esses preceitos constitucionais. Por fim, declarou em seu voto que a declaração da inconstitucionalidade da progressão de regime não configurará, de modo algum, a abertura de portas dos presídios já que a decisão final caberá ao juiz da execução penal.

É importante destacar que o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto pela inconstitucionalidade da norma afiançou que de nada vale individualizar a

pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução. Arrematou seu parecer no sentido de que o movimento de exacerbação de penas como solução ou como arma bastante ao combate à criminalidade só tem servido a finalidades retóricas e simbólicas.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a garantia da individualização da pena inserida no rol dos direitos assegurados pelo Art. 5º da Constituição Federal, inclui a fase de execução da pena aplicada, e por isso, não seria viável afastar a possibilidade de progressão o respectivo regime de cumprimento da pena.

Evidente, e tal fato é notório, que a decisão do Supremo Tribunal Federal criou jurisprudência no sentido de seu acompanhamento. Vários são os *habeas corpus* já deferidos no Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes da análise final dos recursos interpostos nos Tribunais de Justiça dos Estados, garantindo em caso de confirmação das sentenças condenatórias proferidas, a progressão em sede de execução.

A aplicabilidade integral de tal decisão será questão de pouco tempo. Não adiantaria se a Suprema Corte deu tal benefício aos condenados por crimes hediondos ou assemelhados, os juízos inferiores destoarem de tal decisão, visto que com a impetração de ordem de *habeas corpus* que fatalmente levaria o seu julgamento ao Supremo Tribunal Federal, restituiria os efeitos do julgado em questão, ou seja, pela constitucionalidade da progressão de regime nestes casos.

Tal decisão não se baseou tão somente no princípio da individualização da pena, conforme já manifestado, como também no princípio da dignidade da pessoa humana, na humanização do cumprimento da pena.

Na verdade o princípio da individualização da pena guarda estreito e íntimo laço de relações com a dignidade da pessoa humana, visto que o condenado é em sua essência um ser humano, já que apenas a pessoa física humana viva é que pode cumprir penas privativas de liberdade impostas em sentenças condenatórias.

O preso, então, como pessoa humana deve ter tratamento digno quando da execução da mesma.

Dessa forma, ao se manter a integralidade de cumprimento no regime fechado para os crimes definidos na Lei nº 8.072/90, estaria se retirando do preso a dignidade no cumprimento de sua pena visto que não teria a chamada *luz no fim do túnel*, que é a característica primordial do sistema de progressão de regimes no direito pátrio.

O condenado é incentivado a se regenerar e a cumprir sua pena com bom comportamento, pois tem a certeza de que assim agindo, havendo os requisitos da progressão passará por seus méritos para um regime menos rigoroso, até, por degraus, conseguir a liberdade sonhada.

Nesse sentido a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que no inc. II, do Art. 5º, traz o preceito, dentre outros, de que toda a pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

E não se restringe a tal Convenção. Veja-se o disposto no Art. 10, inc. I, da Convenção Internacional de 1966 sobre Direitos Políticos e Cíveis onde se consagra que o “preso deve ser tratado humanamente, e com o respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana”.

Na nossa legislação constitucional, tal tratamento e a forma de assegurar o tratamento humano ao preso está presente em vários dispositivos.

Tenha-se presente o inc. XLIX onde “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Dentre vários outros direitos do preso em cumprimento de sua reprimenda guarda grande relação o inc. XLVII do Art. 5º da Carta Magna, onde se proíbe penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84, inc. XIX, as de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento e cruéis.

Veja-se a respeito a posição doutrinária de João José Leal¹⁰³ onde destaca que nem todo crime rotulado de hediondo causa efetivamente um

¹⁰³ LEAL, João José. **Crimes hediondos**: aspectos político-jurídicos da lei nº 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996, p. 204.

profundo sentimento de repulsa, nem conduz obrigatoriamente a um mais grave juízo de censura, alicerçando o entendimento de que para o preso a progressão de regime de pena é sua esperança de se ver livre o mais rápido possível do nosso sistema prisional que é criticado abundantemente em face de sua superlotação, bem como corrupção e tomada dos presídios pelas facções criminosas. Assevera que se retirando a possibilidade de progressão ao condenado contraria-se essa possibilidade de motivação em cumprir as regras do sistema prisional. Afirma que é exatamente aí que o fundamento ético-político do sistema penitenciário progressivo é contrariado pela norma contida no Art. 2º, § 1º da lei dos crimes hediondos. Com esta sinistra inovação, da integralidade para cumprimento da pena, estamos retrocedendo um século no tempo penal.

A questão da dignidade humana é encartada na mesma obra, quando João José Leal cita os dizeres de Márcio Bártoli sobre o assunto:

Pena longa e regime fechado são elementos contraditórios à idéia de reinserção social e inúteis para tornar possível ao autor do crime uma vida futura em liberdade e, por último, porque uma das condições da preservação da identidade moral do condenado, com positivas repercussões na disciplina carcerária está na possibilidade e vislumbrar a liberdade.¹⁰⁴

Para finalizar a discussão acerca da aplicação da dignidade da pessoa humana na progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados e a fundamentar nossa proposta da revisão compulsória quando da defesa dativa nestes crimes, trazemos à colação dois julgados não proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

O primeiro é oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na apelação criminal nº 155.334-3/1, em que figurou como relator o eminente desembargador Irineu Pedrotti:

É preciso ter em conta que cada caso é um caso e que cada um tem suas peculiaridades próprias. A disposição do Art.

¹⁰⁴ BÁRTOLI, Márcio, apud, ibidem, p. 206.

2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 não é de natureza processual, mas sim altera a essência da execução da pena e interfere no direito de punir. A Constituição Federal prevê a individualização da pena (Art. 5º, inc. XLVI), determinando o cumprimento em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (Art. 5º, inc. XLVIII), e assegurando ao preso o respeito à integridade física e moral (Art. 5º, inc. XLIX). A Lei nº 8.072/90 dispõe, por sua vez, que a pena por crime hediondo será integralmente cumprida em regime fechado (Art. 2º, § 2º). Ao instituir os regimes penitenciários, o Código Penal estabeleceu que as penas privativas de liberdade devem ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e que a determinação do regime inicial de cumprimento de atender os critérios do Art. 59. Assim, a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão, através da decisão motivada e precedida de parecer da CTC e do exame criminológico, quando necessário. A lei, portanto, pode fixar parâmetros para distinguir um processo individualizador, e não para causar embaraço na individualização da punição. Vê-se que a Lei nº 8.072/90, impondo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, ofende o princípio constitucional da individualização garantido pelo Art. 5º, inc. XLVI, da Constituição devidamente regulamentado pelo Código Penal e pela Lei de Execuções Penais. Assim, mesmo em se tratando de delito arrolado na Lei nº 8.072/90, deve ser concedida a progressão a regime prisional mais favorável, desde que satisfeitas as exigências do Art. 33 do Código Penal e Art. 12 da Lei de Execuções Penais.

Ainda, dentro de entendimento jurisprudencial de nossos tribunais temos dois julgados analisando a inconstitucionalidade do Art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072, ante os pactos internacionais:

O Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, foi revogado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Art. 7º, que foi ratificado pelo Brasil, em 24/01/1992. No que se refere à inconstitucionalidade alegada, o dispositivo a que se endereça não está mais em vigor (TRF – 3ª Região – 5ª Turma – Resp. nº 205.525 – j. 17/06/1999 – Rel. Felix Fischer).

O Art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ratificado pelo Brasil em 24/01/1992, revogou o Art. 2º da Lei Federal nº 8.072/90, o que faz concluir que o réu não deve se submeter integralmente ao regime fechado (TRF – 3ª

Região – 5ª Turma – Ap. nº 97.03.32957-8 – j. 24/01/1997 – Rel. Pietro de Souza).

Por fim, dentro dos exemplos de favorecimento da lei ao réu, em casos rumorosos de nosso Judiciário, consigne-se a recente libertação do jornalista Pimenta Neves acusado de matar a namorada, a também jornalista Sandra Gomide, em um haras na cidade de Ibiúna, em 20 de agosto de 2000, e já condenado em primeira instância. Fundamentou o voto que decretou a suspensão da prisão a Ministra Maria Thereza de Assis Moura do Superior Tribunal de Justiça, na aplicação do princípio da inocência.

Para ela, em face do dispositivo constitucional, Pimenta Neves só poderá iniciar o cumprimento da pena no regime imposto, mais gravoso, fechado, quando a sentença já tiver transitado em julgado, inexistindo a possibilidade de recursos regulares.

Para tanto, apresentou outros julgamentos proferidos não só pelo Superior Tribunal de Justiça, como também pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a execução provisória da pena imposta é exceção, e não regra.

Como o jornalista respondeu todo o processo em liberdade e não deu nenhum motivo para ser encarcerado provisoriamente, em face do princípio constitucional da inocência, que preferimos nomear como da não culpabilidade, deve continuar livre, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Assim, colocada a problemática da necessidade da revisão criminal compulsória em defesa dativa, diga-se, excepcional com vários requisitos próprios para sua interposição, entendemos que a lei se adequou ao objetivo traçado pela própria Constituição Federal de 1988, do enaltecimento do ser humano, como norte dos dispositivos constitucionais existentes, em sua proteção, guarida, auxílio, etc.

4 REQUISITOS PARA INTERPOSIÇÃO DA REVISÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA EM DEFESA DATIVA

Para que não se traga grande balbúrdia no sistema legal da revisão criminal com a inclusão da revisão criminal compulsória em defesa dativa, deve se entender que as mudanças quanto aos requisitos da mesma devem ser mínimas, adequando muito mais ao texto legal existente, do que fazer grandes transformações no mesmo.

Como já dito, a revisão criminal é excepcional, só ocorrendo nos casos de injustiça das decisões, pela lei, condenatórias, para que não se abale a segurança jurídica, com a soberania dos julgamentos realizados, mantendo-se a paz e harmonia social.

Daí porque os requisitos para a proposta de revisão criminal devem ser praticamente os mesmos da revisão criminal comum.

Pode a mesma ser proposta em qualquer tempo, sendo imprescritível, mesmo depois do cumprimento da pena ou da morte do condenado, visando sua reabilitação, mantendo-se, neste caso, a redação do Art. 622 do Código de Processo Penal.

Quanto à legitimidade ativa para a interposição da mesma, em face da necessidade da capacidade postulatória, sendo imprescindível ser proposta por advogado indicado pelo réu, portanto, portador de habilitação técnica, entende-se que não cabe aqui a aplicação da redação do Art. 623, *in totum*, pois ali a expressão “procurador legalmente habilitado” dá o direito de que qualquer pessoa possuidora de uma procuração outorgada pelo condenado possa interpor a ação.

Em dispositivo próprio quando do acréscimo da proposta às hipóteses de cabimento do Art. 621, acrescentando-se esse requisito especial para a interposição.

Aliás, este tem sido o entendimento da doutrina e jurisprudência com relação à revisão criminal comum. Veja-se:

Patrocínio de defensor técnico – como a revisão criminal é uma ação especial, que deve ser devidamente instruída com os documentos e provas pré-constituídas, sob pena de não ser acolhida, têm entendido os tribunais, com absoluta pertinência, merecer o condenado o patrocínio de um defensor habilitado – advogado dativo ou defensor público. Embora o Art. 623 autorize o ingresso da ação revisional diretamente pelo réu, seu representante legal ou sucessor, é curial, para a garantia da ampla defesa, que o Estado, caso ele não tenha condições, nomeie defensor técnico para promover o pedido.¹⁰⁵

O processamento da revisão seria mantido na forma do Art. 625, com a repercussão processual igualmente aquela prevista e mantida na redação do Art. 626.

Manter-se-ia por ser ação exclusiva do réu a impossibilidade da *reformatio in pejus*, como já dito na redação do Art. 626, só havendo procedência do pedido no sentido de beneficiá-lo.

Não se pode olvidar, fato já patentado pela nossa doutrina e jurisprudência que mesmo a revisão criminal comum, como a revisão criminal compulsória em defesa dativa, pode se dar mesmo que a acusação seja de iniciativa privada, ficando sem aplicação o disposto no Art. 630, § 2º, letra 'b', do Código de Processo Penal.

É inegável que a indenização se houver erro judiciário é devida, não importando o tipo de ação. O titular do direito de punir é o Estado e não o particular. A ele, tão somente, é delegado o direito de ação, em face do interesse individual se sobrepôr ao interesse social na persecução criminal. O direito de punir é sempre estatal e se houver erro quem deve por ele responder é o Estado.

Nesse sentido, aliás, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afiançam de forma cristalina:

Essa posição do Código, bastante esdrúxula – pois mesmo na queixa-crime é o Estado que a recebe e, condenando, comete o erro judiciário, pouco importando a titularidade da ação – não pode prevalecer perante as regras constitucionais da responsabilidade objetiva do Estado, que

¹⁰⁵ NUCCI, 2007, nota 27, p. 1.022.

é obrigado a indenizar por erro judiciário, independentemente da titularidade da ação penal.¹⁰⁶

Assim, com poucas mudanças na estrutura da própria revisão criminal comum, seria totalmente cabível a revisão compulsória em defesa dativa.

Apresentamos, a seguir, projeto de lei com as alterações propostas no presente trabalho.

¹⁰⁶ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINNOVER, Ada Pelegrini. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 114.

5 PROJETO DE LEI VISANDO A ALTERAÇÃO DE DISPOSITIVO ATINENTE À REVISÃO CRIMINAL

Considerando que o presente projeto de lei tem por finalidade propor alterações quanto à revisão criminal, incluindo a possibilidade da revisão criminal compulsória pelo réu quando a condenação advier de defesa dativa no processo, em casos excepcionais e mediante o atendimento dos requisitos inscritos em lei.

Altera a redação do Art. 621 e acrescenta-lhe mais um inciso e parágrafos.

“O Congresso Nacional decreta:

Art. 621 – A revisão dos processos findos será admitida:

I – [...].

II – [...].

III – [...].

IV – nos casos de atuação de defesa dativa, de forma compulsória, desde que requerida, nos crimes definidos na Lei nº 8.072/90, hediondos ou assemelhados, apenados com reclusão, cuja pena aplicada seja superior a oito anos, não tendo sido objeto de reexame anterior a decisão definitiva, por qualquer das formas de recurso ordinário admitidos em lei.

§ 1º – É imprescindível para a interposição da revisão compulsória em defesa dativa, que o requerente hipossuficiente, quer seja ele o próprio condenado ou quem o represente, indique defensor dativo de sua preferência, que terá seus honorários custeados pelo Estado, com base em tabela de honorários própria, de acordo com o trabalho realizado durante o processamento da mesma.

§ 2º – Referida indicação de defensor dativo de sua confiança poderá ser feita por até três vezes. Não sendo aceita a indicação pelo defensor técnico

sugerido, em qualquer das vezes, o pedido ficará sobrestado até a aceitação de outro, ainda da confiança do condenado ou de seus representantes.

§ 3º – O condenado deverá apresentar ao juízo da condenação requerimento onde postulará a revisão criminal compulsória, com a comprovação de ter sido defendido por defesa dativa, indicando desde logo o profissional de sua confiança que pretenda proponha a revisão. Após a indicação, se aceita pelo profissional, no próprio requerimento ou após consulta pelo juízo, será lavrado o competente termo de compromisso. Após processada a revisão no juízo *a quo*, a mesma será remetida com o processo original ao tribunal competente para o julgamento.

V – na revisão criminal comum e compulsória a decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Sessões, data do projeto”.

CONCLUSÕES

- 1) Com o advento da Constituição Federal de 1988, após regime ditatorial militar, efetivamente, as normas constitucionais elegeram o *homem* como a figura principal e seu objeto primordial.
- 2) O princípio da dignidade da pessoa humana constitui, na nova órbita constitucional, aquele de maior relevância, ponto supremo das garantias e direitos fundamentais.
- 3) A aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental para que se alcance o Estado Democrático de Direito.
- 4) Não se admite, em hipótese alguma, a relativização de tal princípio, nem mesmo sua conceituação ou definição restritiva em sua aplicabilidade.
- 5) A expressão *dignidade* significa mérito, consideração.
- 6) A ampla defesa é princípio básico da atividade constitucional, bem como de toda a relação processual penal.
- 7) A conjulgação da dignidade da pessoa humana, com o princípio da ampla defesa, deve ser efetivado como forma de se alcançar a plenitude do Direito.
- 8) A revisão criminal é o instrumento legal profícuo para a reparação dos erros judiciários, sendo que sua aplicação deve ser balizada na responsabilidade de que a relativização da coisa julgada não seja banalizada.
- 9) A defesa do imputado deve sempre estar a cargo de advogado de sua confiança pessoal, quer seja por ele constituído ou nomeado pelo Estado, após sua indicação, já que a confiança mútua é significado de maior amplitude de defesa.

- 10)** O devido processo legal inclui dentro de seu significado amplo a impossibilidade de decisões injustas.
- 11)** A revisão criminal compulsória em defesa dativa apresenta-se como instrumento efetivo e garantidor da justiça, calcado na observância irrestrita da dignidade humana, bem como no exercício pleno e eficaz da ampla defesa.
- 12)** Os requisitos para proposição da ação de revisão criminal compulsória em defesa dativa são restritivos, não havendo hipótese de banalização do instituto, constituindo-se na obrigatoriedade da condenação definitiva em crime hediondo ou a ele assemelhado inserto na Lei 8.072/90, cuja pena corporal aplicada fosse superior a 08 (oito) anos de reclusão, não tendo sido reexaminada por qualquer tribunal superior nas espécies de recurso ordinário admitidos em lei.
- 13)** O empate no julgamento da ação favorece ao requerente, tendo sua pretensão totalmente acolhida.
- 14)** É dado ao requerente ou quem o represente, sempre que o primeiro seja hipossuficiente, a possibilidade de indicar defensor dativo de sua preferência, cujo os honorários serão custeados pelo Estado com base em tabela própria de honorários, levando-se em consideração o efetivo trabalho profissional realizado quando do processamento da mesma.
- 15)** Ao requerente ou quem o represente se dá a possibilidade da indicação de defensor de sua confiança por até 03 (três) vezes, não havendo aceitação pelo defensor técnico sugerido em qualquer delas, o pedido ficará sobrestado até a aceitação de outro, sempre indicado pelo requerente como sendo de sua confiança.
- 16)** Para a formulação do requerimento é indispensável a apresentação ao juízo da condenação de documento comprobatório de ter sido defendido por advogado dativo, indicando no próprio requerimento, o profissional de sua confiança para a proposição da revisão. Aceita a indicação no próprio

requerimento ou após consulta ao profissional pelo juízo, será lavrado o competente termo de compromisso.

17) A revisão criminal compulsória exige não só a contraprestação do Estado, mas também por parte do requerente o exercício pleno da cidadania, já que a sua proposição e a indicação do defensor de confiança seriam de sua exclusiva atribuição.

18) O instituto proposto não afeta a segurança jurídica e nem afronta o reexame das condenações pela instância superior, já que a própria Constituição Federal não admite o erro judiciário.

19) Não se questiona com a propositura do instituto o trabalho efetivado pelo defensor dativo, se convincente ou não, já que repousa seu fundamento na falta de confiança plena naquele profissional que lhe é desconhecido, na maioria das vezes, nomeado através de um sistema de rodízio, sem qualquer relação de especificação profissional exclusiva para a matéria a ser combatida.

20) Não se admite a possibilidade de um direito injusto. A norma pode ser injusta, o Direito nunca! O sentido literal do Direito é de que seja justo. O Direito injusto não se personifica com o sentido da palavra *justiça*. Assim, eventuais normas ultrapassadas que contrariem o sentido da dignidade humana implementam obstáculos à distribuição da justiça plena e importam em grave violação dos princípios constitucionais, daí por que a revisão criminal compulsória em defesa dativa é sinônimo de efetividade da justiça, garantia do Direito e atendimento integral aos princípios constitucionais de proteção ao indivíduo, notadamente, dignidade da pessoa humana e ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Ivan José. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como instrumento de justiça social**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. Bauru, 2003.

ALMEIDA, Otávio A. H.; MAIA NETO, Cândido Furtado. Revisão criminal e direitos humanos. In: **Revista de Prática Jurídica**, ano 02, nº 17. São Paulo: Consulex, ago. 2003.

ALVARES, Silvio Carlos. **O direito ao silêncio do acusado**: aspectos constitucionais e processuais penais. Dissertação de mestrado defendida perante o Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. Bauru, 2001.

ANDRADE, Manoel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ARANHA, Adalberto José Q. T. **Dos recursos no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil** – com notas remissivas a legislação processual vigente, por Antonio Cezar Peluzo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. IV Seminário Internacional do IBCCrim. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 06, nº 24. São Paulo: IBCCrim, out./dez. 1998.

CATARINO, Luís Guilherme. **A responsabilidade do Estado pela administração da justiça: o erro judiciário e o anormal funcionamento**. Coimbra: Almeida, 1999.

CERONI, Carlos Gilberto Barros. **Revisão criminal: características, conseqüências e abrangência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Brasília: Fac. Similar – Senado Federal, 2004. vol. II.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 4ª ed. São Paulo: Forense, 1993. vol. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. I.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista de Processo**, vol. 28, nº 109. São Paulo: IBProc, out. 2005.

FELIPE, Márcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINNOVER, Ada Pelegri. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FERNANDES, Francisco; GUIMARÃES, F. Marques; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo**. 21ª ed. São Paulo: Globo, 1991.

FERRAZ, Mário Devienne. **Medida cautelar de justificação no juízo criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. I.

FIORILO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. vol. III.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECCO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUSMÃO, Sandy Cardoso. **Código de Processo Penal**: breves anotações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1942.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **A revisão criminal**: cinco temas provocativos. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **El error judicial**. Buenos Aires: Culzoni Editores, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**: aspectos político-jurídicos da lei nº 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: **Revista de Direito Processual Civil Genesis**, vol. 08, nº 31. Curitiba: Genesis, jan./mar. 2004.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Sentença absolutória imprópria. In: **Tribuna do Direito**, nº 54. São Paulo: TD Lex, dez. 1995.

_____. **Revisão criminal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral – comentários aos Arts. 1º ao 5º da Constituição Federativa do Brasil / doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: **Revista de Processo**, nº 67. São Paulo: IBProc, out. 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **O direito de defesa**: repercussão, amplitude e limites. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **O direito à defesa na Constituição de 1988**. São Paulo: Renovar, 1991.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. 2ª ed. 2ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2ª ed. São Paulo: Max Liminad, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, vol. 08, nº 112. São Paulo: IBProc, out./dez. 2003.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da revisão**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

_____. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tirag. com acréscimos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. III.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa?. In: **Revista da AJURIS**, vol. 31, nº 94. São Paulo: AJURIS, jun. 2005.

SORMANI, Edinês Maria. **O princípio da dignidade humana como fundamento da proteção constitucional**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. Bauru, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. vols. III e IV.

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

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)