



MARCELLUS POLASTRI LIMA

In memoriam

Marcellus Polastri foi um grande jurista brasileiro, autor de inúmeras obras e artigos de inegável relevância e, acima de tudo, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Ingressou na Instituição em 1987, no cargo de Promotor de Justiça, sempre dedicado à seara criminal. Em 2001, foi promovido ao cargo de Procurador de Justiça e durante 10 anos foi examinador titular da disciplina Processo Penal no concurso de ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público. Em 2011, foi agraciado com o Colar do Mérito.

Digno dos mais elevados enaltecimentos, era doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi professor-doutor da Universidade Federal do Espírito Santo e professor da Pós-Graduação em Ciências Penais do Instituto de Educação e Pesquisa do MPRJ; foi, ainda, pesquisador visitante no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal, Estrangeiro e Internacional da Universidade de Göttingen, na Alemanha, e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

A Revisão Criminal: Antigas e Novas Questões Relevantes

Marcellus Polastri Lima*
Mariana Soares de Rezende**

Sumário

1. Introdução. 2. Natureza. 3. Competência. 4. Legitimidade. 5. Efeito Suspensivo. 6. Precedentes e Revisão Criminal – O CPC de 2015 e a Sua Aplicação Subsidiária. 7. A Execução Provisória da Pena e a Revisão Criminal. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo analisa a impugnação processual penal denominada de revisão criminal. Depois de analisar sua natureza, competência e legitimidade, pontos em que permanecem as já antigas lições da doutrina de processo penal, salvo quanto à questão da competência para decisões dos juizados especiais criminais, passa a ser analisado tema específico ainda não pacificado, como é caso da possibilidade de se obter efeito suspensivo do cumprimento da pena imposta ao acusado. Em seguida, o estudo passa a abordar novos temas que podem gerar indagações, como é a possibilidade da revisão criminal com o surgimento de um novo precedente, já que essa fonte do direito foi adotada pelo CPC/2015 e, por fim, uma situação que gera perplexidade, criada pelo recente precedente do STF que passou a admitir a execução provisória da pena quando interposto recurso excepcional, o que faz com que o acusado já possa estar cumprindo a pena e, mesmo assim, ficar impedido de propor a revisão criminal quando estiver de posse de prova nova.

Palavras-chave: Revisão Criminal. Efeito Suspensivo. Precedentes. Supremo Tribunal Federal. Execução Provisória.

1. Introdução

Ao proferir uma decisão, o julgador, como ser humano que é, por variados motivos, não está livre de prolatar injusta ou errônea decisão. Na esfera criminal, em

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na *Georg-August Universität* de Göttingen, Alemanha. Professor-Doutor da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

** Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio.

virtude dos gravames que acarretam a condenação, a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria¹, após findo o processo², poderá, a qualquer tempo, ser desconstituída por meio da revisão criminal.

A origem da revisão criminal se deu no Código de Instrução Criminal francês de 1806 e, no Brasil, no início do Império, vigoravam as Ordenações Filipinas³ e, assim, os processos findos podiam ser impugnados pela *revista*, que era prevista na legislação portuguesa. Sobrevindo a Constituição Imperial de 1824, também foi prevista a *revista* no seu art. 164, sendo que a competência para julgamento era do então Supremo Tribunal de Justiça, e daí passou a ser tradição no Brasil a previsão da Revisão Criminal (mesmo quando era chamada de *revista*) nas Constituições, constituindo-se em uma garantia constitucional.

Na lei de 18.09.1828, também foi disciplinada a *revista* e, em seu artigo 9º, se previu que “nas causas criminais poderá ser apresentada, não só enquanto durar a pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quiserem mostrar sua inocência, alegando que não lhes foi possível fazê-lo antes”⁴.

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância (lei de 29.11.1832) só tratou da *revista* em poucos artigos, já que sua competência era da segunda instância, mas, na primeira reforma do Código, em 1841 (Lei nº 1.261 de 03.12), foram mencionadas as hipóteses de seu cabimento.

Mas, foi na República que, no direito brasileiro, a impugnação recebeu o nome de *revisão*, ou seja, no Decreto nº 847, de 11 de novembro de 1890, e depois foi mantida a denominação pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894⁵.

A primeira Constituição Republicana (de 24.02.1891) previu a revisão criminal e fixou a competência do Supremo Tribunal Federal (art. 59, III) e, de igual modo, a mesma foi mantida na Constituição Federal de 1934.

¹ O STJ já reconheceu que, da sentença absolutória imprópria, ou seja, aquela que absolve, mas impõe medida de segurança, também cabe revisão criminal: “é admitida a revisão criminal para atacar sentença absolutória imprópria, que é aquela em que o juiz reconhece o injusto penal (tipicidade e antijuridicidade, afasta o crime em virtude da existência de alguma causa excludente de culpabilidade e aplica medida de segurança, visando ao tratamento do réu” – art. 386, parágrafo único, III, CPP (STJ, REsp nº 329346).

² A expressão é diversa do “trânsito em julgado” para se propor a rescisória no cível, mas a doutrina a equipara ao trânsito em julgado, pois, conforme Gustavo Badaró: “[...] a revisão criminal só é possível se houver sentença condenatória transitada em julgado. Embora o art. 621, *caput*, do CPP, se refira a ‘processo findo’, o que permitiria incluir as sentenças terminativas, a revisão criminal só é possível no caso de sentença condenatória transitada em julgado. O art. 625, §1º, exige que o requerimento seja instruído com a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: RT, 2016, p.436).

³ Assim estabeleceu o Decreto da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império, de 20.10.1823, que, em seu art. 1º, determinava que as Ordenações, as Leis, os Regimentos, os Alvarás, os Decretos e as Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, pelas quais se governava até a retirada de D. João VI, e todas as legislações que foram promulgadas pelo Regente do Brasil Império, ficavam vigentes enquanto não se organizasse novo Código.

⁴ Cf. O esboço histórico feito na obra de Sérgio de Oliveira Médici (MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), às p. 111/140, onde demonstra que havia uma separação entre a *revista cível*, recurso a ser interposto em prazo certo, e a *revista crime*, a ser apresentada a qualquer tempo.

⁵ FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. Volume 3, p.183.

Em 1937, no regime ditatorial (Estado Novo), nada se dispôs sobre a revisão criminal, que, assim, passava a ser regulada somente pela legislação ordinária, mas a Constituição de 1946 restabeleceu a garantia do acusado à revisão criminal, cuja competência era do STF e do TFR (arts. 101, IV, e 104, II).

Mesmo a Constituição de 1967, do regime militar, manteve a revisão criminal e a Constituição de 1988, apesar de não a prever entre os direitos e garantias individuais, a prevê quando trata da competência originária do STF, do STJ e TRF⁶.

Na legislação ordinária, atualmente, a revisão está prevista no art. 621 e seguintes do Código de Processo Penal – CPP – de 1941, onde se prevê que poderá ser cabível em “processo findo”, desde que respeitadas suas hipóteses de cabimento. Ademais, no Brasil, a revisão só é cabível *pro reo*⁷, sendo que o art. 626, parágrafo único, deixa claro que, “de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista”. Esse entendimento é pacificado, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que advertiu não ter sido previsto pelo ordenamento jurídico a revisão criminal *pro societate*⁸.

Neste liame, o presente estudo propõe investigar além de questões em muitos casos já pacificadas sobre a natureza, o cabimento, a competência e a legitimidade da revisão criminal, aquela relativa à possibilidade de se aferir efeito suspensivo à revisão criminal e, ainda, abordar novas questões desafiadoras, como a possibilidade de se propor a revisão criminal em face de precedente e as dificuldades que advieram com a decisão do STF, que passa a admitir a execução provisória da sentença penal.

2. Natureza

A doutrina define, comumente, a revisão criminal como ação autônoma de impugnação de competência dos tribunais.

Porém, equivocadamente, o instituto está previsto no Capítulo VII, do Título II, que trata dos “recursos em geral”. E essa inserção topológica na codificação processual penal acabou por trazer divergência na doutrina, uma vez que, para uns, a revisão seria um recurso e, para outros, a natureza da mesma seria de ação autônoma de impugnação. Para uma terceira corrente, teria natureza mista de recurso e de ação.

⁶ Arts. 102, I, f; 105, I, e; e art.1108, I, b, da Constituição Federal de 1988.

⁷ Algumas legislações alienígenas admitem a Revisão *pro societate*, que seria “aquela que tem cabimento quando os *errores in iudicando* ou *in procedendo* ocorrerem em decisão de mérito absolutória transitada formalmente em julgado. Ela tem por objetivo a desconstituição da sentença favorável ao acusado, proferida em desacordo com a lei e/ou com a verdade material dos fatos – a verdade proveniente das provas coligadas lícitamente nos autos –, em prejuízo da sociedade e da própria justiça”. (CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão Criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.24). Admitem, por exemplo, mesmo sendo as hipóteses mais restritas, a legislação alemã (StPO, §362) e portuguesa (CPP, art. 499, letras a e b).

⁸ “INCOMPETÊNCIA. SENTENÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. A sentença absolutória transitada em julgado, mesmo que emanada de juízo absolutamente incompetente, não pode ser descartada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos (*ne bis in idem*). Embora nula, essa sentença pode tornar definitiva a absolvição do acusado, porque tem por consequência a proibição da *reformatio in pejus*. Note-se que o ordenamento jurídico pátrio não previu a revisão criminal ‘*pro societate*’, o que impõe, no caso, o acatamento à coisa julgada material como forma de se garantir as necessárias segurança e estabilidade jurídicas. (STF: HC nº 80.263/SP, DJ 27/6/2003).”

Mas, tem prevalecido na doutrina que a mesma tem a natureza de ação penal de conhecimento de caráter desconstitutivo (ou constitutivo negativo).

Sobre a questão, Pontes de Miranda⁹ já vaticinava que:

[...] o que caracteriza o recurso é ser impugnativo dentro da mesma relação jurídica processual em que ocorreu a decisão judicial que se impugna. A ação rescisória e a revisão criminal não são recursos; são ações contra sentenças, portanto, remédios jurídicos processuais com que se instaura outra relação jurídica processual.

Defendendo a hipótese de revisão como ação autônoma de impugnação, aduz Eugênio Pacelli, de forma abrangente, que:

A ação de revisão criminal tem precisamente este destino: permitir que a decisão condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização da interpretação do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição¹⁰.

Para Magalhães Noronha, entretanto, seria mista a natureza jurídica da revisão criminal, uma vez que se trataria de um “recurso de natureza toda peculiar e *sui generis*”.¹¹

Fato é que, quando da propositura da revisão criminal, instaura-se uma nova relação jurídica, que tem por finalidade desfazer os efeitos da sentença condenatória – ou mesmo absolutória imprópria – que transitou em julgado. Não há, portanto, dilação procedimental. Neste sentido, um dos autores deste artigo, já se posicionou: “Apesar de a revisão criminal possuir as características de ação, não há dúvida de que tem algo de recurso, mas para nós, predomina a natureza de ação, mormente porque se instaura outra relação processual, não havendo prorrogação da primeira¹².”

Também, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes defendem ser a revisão criminal:

[...] Induvidosamente, ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado, de competência originária dos tribunais. A relação processual atinente à ação condenatória já se encerrou e

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 172.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.914.

¹¹ NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p.504.

¹² LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p.1234.

pela via da revisão instaura-se nova relação processual, visando a desconstituir a sentença (juízo rescindente ou revidente) e a substituí-la por outra (juízo rescisório ou revisório).¹³

É, por outro lado, ação constitutiva, pois tem por objetivo a revisão do julgado, *criando nova situação jurídica*, consoante se vê da lição de Rogério Lauria Tucci:

Trata-se, outrossim, de ação – ação de conhecimento de caráter constitutivo –, destinada, precipuamente, a desconstituir a condenação imposta em sentença de que já não caiba mais recurso, vale dizer, uma autêntica ação rescisória penal, assim por nós definida: ação adequada ao reexame da causa penal finalizada com sentença condenatória, a fim de, no interesse da justiça, reparar-se um erro judiciário.¹⁴

Tomando partido sobre a questão, o projeto do novo Código de Processo Penal (em tramitação no Congresso) localiza o instituto no Livro IV, classificando-o como Ação de Impugnação, juntamente com o Mandado de Segurança e com o *Habeas Corpus*.

Para nós, não há dúvida de que a revisão criminal se trata de ação autônoma de impugnação e que pode ser proposta a qualquer tempo, ou sem limite temporal para tanto, ao contrário do que ocorre na ação rescisória, conforme se extrai do art. 621 do CPP.

3. Competência

A revisão criminal ação, cuja competência será sempre originária dos Tribunais, ou seja, originariamente a competência para seu julgamento é do segundo grau de jurisdição ou do Tribunal Superior, conforme o caso. Sua finalidade é a desconstituição das sentenças ou dos acórdãos condenatórios, desde que *findo o processo* (art. 621 do CPP)¹⁵.

O Tribunal de segundo grau é o competente também para julgar revisões criminais das decisões proferidas pelos seus juízes singulares (em primeiro grau), que estejam findos, na forma do art. 621 do CPP.

Assim, tendo o Tribunal de segundo grau prolatado acórdão que substitui a anterior decisão (sentença) do primeiro grau, caberá ao Tribunal apreciar revisão criminal e, por outro lado, incumbe ao STF e ao STJ o processo e o julgamento das ações de revisão quanto às condenações por eles proferidas, sendo que o requisito necessário para que a competência seja do Tribunal Superior é que dele tenha advindo

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no processo penal*. 6ª edição. São Paulo: RT, 2009, p.239.

¹⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p.70-71.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100921200708273>. Acesso em: 16.06.2017.

a condenação¹⁶ ou a absolvição imprópria, mesmo que seja essa mantida, ou mesmo seja ratificada a decisão condenatória ou de aplicação de medida de segurança do Tribunal de segundo grau ou decisão exarada por Tribunal Superior, conforme o caso. Desta forma, em recurso excepcional, se esse não for conhecido pelo Tribunal Superior e, em consequência, não for analisado o mérito daquele recurso, não haverá condenação ou confirmação da condenação ou absolvição imprópria por aquele Tribunal e, assim, não será ele o competente para a análise da revisão criminal, salvo se para não conhecer do recurso se adentrou de alguma forma na apreciação de mérito, como é comum ocorrer nas hipóteses das letras *a* dos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

Nos demais casos, de condenações de primeiro e segundo graus, a competência será dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, segundo o disposto no art. 624, §§ 2º e 3º, do CPP, incluídos os Tribunais Regionais Eleitorais¹⁷.

Questão importante a ser observada quanto à competência da *revisio* é em relação às hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo.

Quanto ao cabimento, Sérgio de Oliveira Médici nos explica que:

A Constituição Federal de 1988, no art. 98, I, institui juizados especiais, com competência para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. A indicação destas infrações e as regras processuais, entretanto, foram estabelecidas pela Lei Federal nº 9.099, de 26.09.1995, que não admite, expressamente, ação rescisória nas causas cíveis sujeitas ao seu procedimento especial (art. 59).¹⁸

Assim, a própria Lei nº 9.099/95 deixou implícita a recepção da competência para exame da revisão criminal pelo Tribunal de Justiça ou TRF's, conforme o caso, ao excluir expressamente somente a rescisória nas pequenas causas civis (art. 59¹⁹) da possibilidade de impugnação, sem semelhante disposição restritiva na parte que trata dos juizados especiais criminais. Em consequência, será cabível, por determinação implícita da lei, a ação de revisão criminal, quanto aos crimes de menor potencial ofensivo.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça – STJ – emitiu decisão que foge à regra de ser a revisão uma *ação autônoma de impugnação de competência originária dos Tribunais*, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 47718/RS, já que esse Tribunal Superior entendeu que a competência para processar e julgar infrações de menor potencial ofensivo, emitidas pelos Juizados Especiais Criminais, em sede de revisão, seria da Turma Recursal. Se não, veja-se:

¹⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.920.

¹⁷ *Idem*, p.921.

¹⁸ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.176-179.

¹⁹ Art. 59 da Lei nº 9.099/95 – Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E COLÉGIO RECURSAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. AMEAÇA. AÇÃO PENAL QUE TEVE CURSO PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA PARA A REVISÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS. GARANTIA CONSTITUCIONAL. VEDAÇÃO TÃO SOMENTE QUANTO À AÇÃO RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA REVER O *DECISUM* QUESTIONADO. IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE GRUPO DE TURMAS RECURSAIS. UTILIZAÇÃO ANALÓGICA DO CPP. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONVOCAÇÃO DE MAGISTRADOS SUPLENTE A FIM DE EVITAR O JULGAMENTO PELOS MESMOS JUÍZES QUE APRECIARAM A APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. 1. Apesar da ausência de expressa previsão legal, mostra-se cabível a revisão criminal no âmbito dos Juizados Especiais, decorrência lógica da garantia constitucional da ampla defesa, notadamente quando a legislação ordinária vedou apenas a ação rescisória, de natureza processual cível. 2. É manifesta a incompetência do Tribunal de Justiça para tomar conhecimento de revisão criminal ajuizada contra *decisum* oriundo dos Juizados Especiais. 3. A falta de previsão legal específica para o processamento da ação revisional perante o Colegiado Recursal não impede seu ajuizamento, cabendo à espécie a utilização subsidiária dos ditames previstos no Código de Processo Penal. 4. Caso a composição da Turma Recursal impossibilite a perfeita obediência aos dispositivos legais atinentes à espécie, mostra-se viável, em tese, a convocação dos magistrados suplentes para tomar parte no julgamento, solucionando-se a controvérsia e, principalmente, resguardando-se o direito do agente de ver julgada sua ação revisional. 5. *Competência da Turma Recursal*. (STJ – CC: 47718 RS 2005/0000421-7, Relatora: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 13/08/2008).

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entende ser a Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais o órgão recursal competente para o julgamento e processamento da *revisio*, o que é contraditório e controvertido (e para nós até incabível), uma vez que, como é sabido, esse próprio Tribunal não considera a Turma Recursal dos Juizados Especiais um Tribunal em sentido estrito, até porque o STJ possui entendimento sumulado e taxativo ao vedar o cabimento de recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais (v.g. súmula 203 do STJ²⁰). A justificativa seria de que o texto constitucional, ao tratar das hipóteses de

²⁰ Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

cabimento do recurso especial, no art. 105, inciso III²¹, utiliza-se do termo *Tribunal*, excluindo, desta maneira, esse colegiado do rol dos “Tribunais”.

Neste sentido, o Magno Texto impõe como requisito para o cabimento do recurso especial que a decisão a ser recorrida tenha sido proferida por um Tribunal, enquanto que, para o caso de Recurso Extraordinário, tal não seria necessário, conforme art. 102, III, da Constituição Federal, que não restringe que a decisão a ser apreciada no recurso extraordinário seja proferida por Tribunal.

Mas, de forma ambígua e contraditória, o mesmo STJ parece estender o caráter de *Tribunal* à Turma Recursal quando se trata de revisões criminais, entendendo que esse órgão colegiado composto de juízes de primeiro grau, e que não é considerado *Tribunal* para efeito de Recurso Especial, seria o órgão competente para o *processamento e o julgamento* da revisão.

Tal postura fere o princípio de que a ação de revisão seria de competência originária dos Tribunais e, por outro lado, a permanecer esse entendimento, teria que se admitir, também, pelo Superior Tribunal de Justiça, a competência para o exame das impugnações de decisões da Turma Recursal através de recurso especial. Ou a Turma Recursal tem a natureza de *Tribunal*, ou não. Não se compreende poder se entender que não é *Tribunal* para fins de recurso especial, mas ser *Tribunal* para fins de revisão criminal.

4. Legitimidade

Quanto à legitimidade para propor a ação de revisão criminal, versa o art. 623 do Código de Processo Penal: “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.”

Sobre o tema, em primeiro lugar, dois pontos chamam a atenção: a capacidade postulatória do réu sem que seja através de advogado e a ausência do Ministério Público no rol de legitimados.

No que diz respeito à primeira situação, vislumbra-se o choque entre normas constitucionais, já que a defesa da liberdade, expressa no art. 5º, *caput*, do texto Constitucional, e o amplo acesso à Justiça, previsto no inciso XXXV do mesmo dispositivo, prevaleceriam em relação ao princípio da indispensabilidade de advogado (art. 133 da CF). Neste sentido, poderia o réu, mesmo sem advogado constituído ou dativo, figurar legitimamente no polo ativo da ação de revisão criminal.

O problema a ser enfrentado refere-se à questão da fundamentação vinculada às hipóteses de cabimento da revisão. É que para a proposição da ação revisional, se fica adstrito às hipóteses de cabimento, cuja apreciação envolve um necessário

²¹ Constituição Federal, art. 105, III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida.

conhecimento técnico, que não é dominado pelo réu ou mesmo seu familiar (sucessor em caso de morte), caso não sejam advogados, pois são questões afetas ao direito e desconhecidas pelo público leigo. Assim, ao contrário do *habeas corpus*, no qual também a legitimidade é estendida para o próprio paciente, na revisão criminal a fundamentação é mais vinculada, exigindo maior capacidade técnica e formalidades para a proposição da ação. Portanto, em regra, o condenado (ou absolvido impropriamente) na ação penal não possui capacidade técnica para valer-se desta ação autônoma de impugnação, diante de uma fundamentação vinculada.

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover²² leciona:

A melhor solução consiste em buscar um ponto de equilíbrio entre os valores constitucionais em jogo: pensamos que ao condenado deve ser assegurada a capacidade postulatória para requerer a revisão. Após o que, o tribunal competente nomeará defensor dativo para que este, com seus conhecimentos técnicos, deduza juridicamente a pretensão. Com isso, estarão assegurados tanto o exercício direto da ação ao condenado, como também seu direito à correta formulação do pedido.

Destarte, o condenado poderia propor a revisão, mas devendo ser feita a nomeação de um defensor, capaz de representá-lo tecnicamente, caso evidentemente o condenado ou seu sucessor não seja também advogado. Inclusive, é esta a disciplina do Projeto do novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei nº 8045/2010, que versa em seu art. 657, parágrafo único: “Art. 657 – (...) Parágrafo único. No caso de revisão proposta pelo próprio condenado, ser-lhe-á nomeado defensor.”

Quanto à questão da legitimidade do Ministério Público para propor a revisão, evidentemente, inexistindo no nosso direito a revisão *pro societate*, tal legitimidade se restringiria à propositura em favor do réu e, nessa hipótese, a melhor doutrina entende pela possibilidade, já que o *Parquet* é parte legítima, pois a ele compete zelar pela defesa da ordem jurídica, conforme previsão do art. 127, da Carta Magna.²³

Neste sentido, observam os Tribunais pátrios, *v.g.*:

Revisão Criminal. Tráfico de Drogas. Nulidade. Inexistência. Desclassificação para uso – *O Ministério Público é parte legítima para propor revisão criminal, posto que, conforme a Constituição da*

²² GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (em. nº 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.314.

²³ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

República, deve funcionar como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. – O Juiz pode proferir sentença condenatória, mesmo quando o representante ministerial opina pela absolvição. Encontrado o agente na posse de drogas, não havendo provas seguras do tráfico e sendo ele tido como seu contumaz usuário, impõe-se a desclassificação para o delito de porte para uso de substâncias entorpecentes proibidas. (Revisão Criminal nº 1.0000.05.430638-6/000 – Comarca de Estrela do Sul. – Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Desª Jane Silva, julgado em 13.11.2006)

Ada Pellegrini Grinover aduz ainda que “a omissão da lei explica-se pelo fato de o Código rotular a revisão entre os recursos, tendo o Ministério Público ampla legitimidade para recorrer (art. 577)”²⁴. Ou seja, se o legislador entendeu (mesmo que de forma equivocada) que a revisão criminal é um recurso, localizando-a no tópico respectivo, não haveria motivo para se reiterar a legitimidade do Ministério Público, uma vez que este possui ampla recorribilidade, pautada no art. 577 do CPP.

Em contraponto, o Supremo já entendeu que o Ministério Público não é parte legítima para propor a *revisio*. Se não, veja-se:

REVISÃO CRIMINAL – LEGITIMIDADE. O Estado-acusador, ou seja, o Ministério Público, não tem legitimidade para formalizar a revisão criminal, pouco importando haver emprestado ao pedido o rótulo de *habeas corpus*, presente o fato de a sentença já ter transitado em julgado há mais de quatro anos da impetração e a circunstância de haver-se arguido a competência da Justiça Federal, e MO da Justiça Estadual, sendo requerente o Procurador da República (RHC nº 80796, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 29/05/2001).

Desta forma, no que se refere à legitimidade do *Parquet* para a propositura da revisão criminal, inobstante a maior parte da doutrina e dos Tribunais entenderem pela legitimidade, não foi este o entendimento da Suprema Corte brasileira no julgado referido. Entendemos, sem qualquer dúvida, que a melhor posição é aquela que é majoritária na doutrina, ou seja, a que possibilita a propositura em favor do réu, já que nada impede que o Ministério Público, como fiscal da lei, nesse caso, proponha a revisão criminal.

Por fim, a parte final do art. 623 estabelece que a revisão criminal pode ser interposta “[...] no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.315.

Conforme Sérgio Demoro Hamilton, “na doutrina, usa-se a feliz expressão *reabilitação da memória* para indicar a ação proposta quando já ocorrido o óbito do réu”.²⁵

Havendo a morte do condenado, tornam-se partes legítimas para propor a revisão o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão e, segundo Badaró, “trata-se de legitimação concorrente não preferencial, sendo inaplicável a regra do art. 36”.²⁶ Mas, se a morte se der depois do condenado já ter adentrado com a revisão, o Tribunal deverá nomear *curador* para que se prossiga com a revisão, conforme o art. 631 do CPP²⁷.

Arrematando, a legitimidade passiva é do Estado, no caso representado pelo Ministério Público, que deve contestar a revisão, se for o caso, pois é evidente que, como *custos legis*, pode concordar com o pedido de revisão. O Estado é responsável também por indenização por erro judiciário, mas o Tribunal Criminal não pode fixar o valor da indenização, pois a ele só cabe reconhecer ser o caso de indenização e não fixá-la, uma vez que esta será fixada através de liquidação no cível, na forma do art. 630 do CPP.

5. Efeito Suspensivo

Conforme já definiu o Supremo Tribunal Federal, efeito suspensivo é a suspensão dos efeitos da decisão de um juiz ou tribunal, até que o tribunal tome a decisão final sobre um recurso²⁸.

Em regra, a doutrina sustenta que a revisão criminal não possui efeito suspensivo, consoante se vê de Luiz Flávio Gomes e Áurea Maria Ferraz de Sousa:

Se a revisão criminal pode ser ajuizada antes ou depois de extinta a pena e se ela dá origem a uma nova relação jurídica processual, é certo que, se ajuizada durante o período de cumprimento de pena, ela não tem o condão de suspendê-lo. Em outras palavras, havendo cerceamento de liberdade em razão de cumprimento de pena, uma vez ajuizada revisão criminal, ela não produz o efeito de suspender essa execução de pena a ponto de pôr em liberdade o sentenciado, simplesmente porque ela pressupõe uma decisão com trânsito em julgado.²⁹

²⁵ HAMILTON, Sérgio Demoro. *As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, jan./mar., 2012, p.139.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: RT, 2016, p.456.

²⁷ Segundo, ainda, Badaró, não cabe a revisão póstuma, interposta por um sucessor para simplesmente se obter o reconhecimento de aplicação de pena excessiva para o fim de redução da mesma, já que faltaria “interesse em se propor a revisão criminal, se de tal decisão não advirá nenhuma repercussão penal direta” (obra citada, p.455).

²⁸ Efeito suspensivo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=145>>. Acesso em: 25 de junho de 2016.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena*. Disponível em: <<http://www3.lfg.com.br/>>. Acesso em: 16.06.2017.

Neste sentido, a revisão criminal não teria o condão de suspender o cumprimento da pena.

Porém, Guilherme de Souza Nucci acena com a possibilidade, mas recomenda que a decisão favorável à liberdade do acusado durante o curso da revisão criminal deve ser excepcional, tal como pode ocorrer em “casos teratológicos de erros judiciários”.³⁰

Para esta corrente, assim, a possibilidade do efeito suspensivo fica na pendência de exame de presença da teratologia. Mas, o que ocorre é que não existe um conceito sobre a chamada *teratologia*, já que essa depende do exame do caso em concreto e, conforme Flávio Cheim Jorge, “[...] nada se sabe e nada se construiu cientificamente para a compreensão do que venha a ser uma decisão teratológica” e complementa com a afirmativa de que o que temos a respeito é o que é definido por dicionários jurídicos, onde geralmente consta como algo monstruoso, aberrante ou extraordinário³¹.

Mas, o certo é que, nos casos de teratologia, a propositura da revisão criminal poderia resultar, excepcionalmente, na suspensão do curso da sanção penal e o STF já se pronunciou pela possibilidade de suspensão nesse caso:

Habeas corpus. Penal e processual penal. Decisão de Ministro do Superior Tribunal de Justiça indeferitória de liminar em revisão criminal. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP. Peculiaridades do caso concreto. Possibilidade de suspensão da execução da pena para aguardar o julgamento da ação revisional em liberdade. 1. Decisão indeferitória de liminar requerida em revisão criminal, na qual se busca aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal, segundo o qual, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”, em virtude de o impetrante ter, antes do recebimento da denúncia, celebrado acordo amigável com a vítima, visando ao ressarcimento da quantia indevidamente apropriada. 2. A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que “o ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória. Assim, não há como deferir a pretensão de o paciente aguardar em liberdade o julgamento” (HC nº 76.650/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 15/12/2000). 3. O caso concreto contém peculiaridades que recomendam a suspensão da execução da pena imposta ao paciente e a permissão para que ele aguarde em liberdade o julgamento da ação revisional. 4. Caso hoje fosse aplicada a redução máxima prevista no

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p.886.

³¹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015, p.292.

artigo 16 do Código Penal (2/3), daqui a dezesseis dias o paciente terá cumprido integralmente a sua pena. 5. *Habeas corpus* concedido para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Revisão Criminal nº 1.146/RS, ficando, neste período, suspenso o prazo prescricional da pretensão executória. (STF – Primeira Turma – HC nº 99.918/RS – Rel. Min. Dias Toffoli – DJ 01/12/2009)

Certo é que, em regra, não é possível atribuir-se o efeito suspensivo à revisão. No entanto, como apreciado no acórdão *supra*, podem ocorrer casos específicos em que pode se dar tal efeito, por exemplo, quando com a possibilidade de redução da pena já estaria autorizada de pronto a liberdade do réu ou em outros casos em que a decisão condenatória seja claramente absurda – a depender da peculiaridade de cada caso concreto – e, nesses casos, seria possível a suspensão da execução da pena imposta.

6. Precedentes e Revisão Criminal – O CPC de 2015 e a Sua Aplicação Subsidiária

Já se discutia a possibilidade de se utilizar da jurisprudência mais benéfica para se adequar à hipótese de cabimento da revisão, prevista no inciso I, do art. 621, do CPP, que dispõe que cabe a revisão criminal quando seja *a sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos*.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça adotou a concepção de que o dispositivo faria alusão somente ao texto expresso da lei penal e não à jurisprudência. Se não, veja-se:

O art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal “quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei”, o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal. (STJ, RESP nº 706.042 RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 07/11/05).

Assim, para os Tribunais Superiores, a interpretação do dispositivo não abrangeria a mudança de orientação jurisprudencial.

Em sentido oposto, aduz Eugênio Pacelli de Oliveira, defendendo que “a mudança na interpretação do direito é fato de alta relevância e significado”³². Por conseguinte, segundo o autor, se a modificação acerca de determinada interpretação jurisprudencial emanasse do Supremo Tribunal Federal, última instância do Poder Judiciário, deveria, então, ser abrangida pelo tipo.

³² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.917.

O certo é que antes da adoção do sistema de precedentes como fonte primária do direito pelo CPC/2015, tendo em vista o sistema da *civil law* que era adotado quanto à questão, a razão estava com o STJ. Mas, agora, foi adotado o sistema de precedentes pelo CPC de 2015, dada a influência a respeito do sistema da *common law*, ou seja, a utilização dos precedentes como fonte primária do direito, apesar de isso já ocorrer em países que adotam o sistema da *civil law*.

Mas, frise-se, tal só é possível em se tratando de *precedente* que é agora *norma* e, assim, fonte primária do direito. Mas o mesmo não seria possível com a simples jurisprudência.

Os precedentes podem advir de só uma decisão ou de mais de uma, mas não é a mesma coisa do que a jurisprudência, pois essa é apenas a reiteração de decisões que apontam para uma *tendência* de resultado, ou seja, só é útil para uma melhor apreciação da lei em um caso concreto (por sua boa qualidade), mas não vincula obrigatoriamente casos futuros, enquanto o precedente obrigatoriamente vincula, de forma vertical e horizontal, as decisões futuras. A jurisprudência possui somente valor persuasivo, sendo, no dizer de Hermes Zaneti: “[...] o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa formalmente vinculante, orientam o julgador subsequente em critérios possíveis de decisão, segundo o seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas.”³³

Mas, como já adiantado, agora passamos a ter uma definição sobre o problema, pois, com o novo CPC, surge uma nova fonte do direito, que são os *precedentes*, como se vê do seu artigo 926, onde se permite a utilização dos precedentes para fins “de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Esse sistema de precedentes como verdadeira *fonte* do direito, evidentemente, também valerá para o processo penal.

A utilização dos precedentes já se dá em outros países de tradição da *civil law*, já que as influências ou a mistura de sistemas já vêm se tornando comum, tanto assim que, mesmo na *common law*, já ocorre a utilização de leis (*statutory law*) e, consoante Hermes Zaneti Jr., existe uma aproximação e influência entre os tradicionais sistemas jurídicos, *verbis*:

Dizer que os juízes do *common law* apenas aplicam precedentes é uma equivocada caricatura do que realmente ocorre nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Igualmente, negar a progressiva e expressiva admissão da força normativa dos precedentes no *civil law* seria deixar de enxergar o óbvio, quer na internalização de uma “presunção a favor dos precedentes”, quer pela crescente legislação que torna vinculatória a observância de precedentes nestes países.³⁴

³³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.98.

³⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.98.

E, segundo o autor, os precedentes “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”.³⁵

Hoje, portanto, com o Código de Processo Civil de 2015, que se aplica ao Processo Penal, por força do art. 3º desse último diploma³⁶, deverá haver uma vinculação dos casos futuros dos precedentes firmados pelos Tribunais, de forma vertical, ou seja, a “observância obrigatória do precedente por todos os tribunais inferiores que estão submetidos à decisão do tribunal de hierarquia institucional superior”³⁷ e, horizontalmente (o *stare decisis* que assegura a existência de uma estabilidade), deve se ter uma vinculação no próprio tribunal (considerando seus órgãos decisórios) aos próprios precedentes desse tribunal (resultado obtido com o *stare decisis*).

Assim, um precedente irá influenciar as decisões posteriores (*ratio decidendi*), pois para casos similares deve se ter a coerência de julgamentos ou de decisões similares. Já as argumentações secundárias ou paralelas, que não estão na *ratio decidendi*, não irão vincular as decisões posteriores, o que se chama de *obter dictum*.

De acordo com o artigo 927 do CPC de 2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Portanto, os precedentes agora no Brasil, segundo Mitidiero, seriam uma fonte primária do direito, dada a sua “força vinculante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado.”³⁸

³⁵ Obra citada, p.304.

³⁶ O art. 3º do Código de Processo Penal autoriza a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, ou seja, a aplicação subsidiária ou supletiva do CPC.

³⁷ ZANETI JR., obra citada, p.308.

³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.98-99.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 incorporou o sistema de precedentes judiciais, que representa uma mudança de paradigma não só no direito processual civil do país, mas na cultura jurídica brasileira como um todo³⁹, a qual Fredie Didier, Rafael Oliveira e Paula Braga elucidam como as decisões judiciais sustentadas à luz do caso concreto. Seu núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento de casos análogos que surjam posteriormente⁴⁰.

Sendo os precedentes *fontes de direito*, em se tratando de norma processual penal, a aplicação será imediata mesmo para os casos já em andamento, pois, conforme Zaneti, dar-se-á uma aplicação supletiva do novo CPC, *verbis*:

Apliação supletiva ou complementar ocorre quando uma lei completa a outra, dando-lhe um sentido geral. O novo CPC irá fundar uma série de novos princípios e regras como normas processuais fundamentais [...] Assim, mesmo que o Código de Processo Penal, a legislação eleitoral e o microsistema do processo coletivo não contenham normas sobre precedentes, a regra geral estabelecida no art. 927, que prevê que os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável para todos estes sistemas [...] O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento quanto ao princípio da presunção de inocência. Para a atual composição do tribunal, é possível a execução provisória da pena após o juízo confirmatório da segunda instância. Com esta decisão, o STF retornou ao entendimento que a Corte aplicava até 2009. O Ministro Teori Zavascki afirmou que o princípio da não culpabilidade se exaure no segundo grau, quando acaba o juízo sobre fatos e provas [...] (STF, HC nº 126 292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016). Esta decisão, sendo considerada uma decisão meramente processual, permite sua aplicação como precedente, por força do art. 927, V, CPC, (“art.927. Os juízes e Tribunais observarão [...] V – a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiverem vinculados”) inclusive com caráter retroativo. Ocorre [...] a partir da publicação do texto do precedente, a sua aplicação imediata. Isso porque no processo penal *tempus regit actum*. Logo, sobrevindo nova norma, poderá ser requerida sua aplicação aos casos em andamento, uma vez que a norma nova incide no curso do processo (arts. 14 e 1.046, CPC 2015). O juiz deve levar os fatos novos em consideração, a lei nova e o precedente novo são fatos novos (art.493, CPC).⁴¹

³⁹ Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.385.

⁴¹ ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria

O mesmo não ocorre com precedentes acerca de normas penais materiais, já que, de acordo, ainda, com Zaneti:

[...] a função legislativa penal deve ser exercida pelo legislador e não pode ser delegada aos juízes e aos tribunais através da edição de tipos penais excessivamente abertos, contendo cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados [...] o direito penal deve ser compreendido como *Magna Charta* do delinquente [...] confiar em precedentes para harmonizar a lei penal é, não somente um equívoco grave, mas um enorme risco para os fundamentos iluministas deste ramo do direito [...] No processo penal, devem ser respeitadas as normas e os vetores de interpretação da irretroatividade *in malam partem* para crimes praticados antes da fixação do precedente (precedente é norma jurídica).⁴²

Mas, ao contrário, quando se tratar de um precedente penal *in bonam partem*, ou mais benéfico, poderá se dar a retroatividade e, assim, como norma jurídica que é, poderá autorizar a interposição da ação de impugnação da revisão criminal a favor do réu.

Neste sentido, também, a conclusão de Zaneti:

[...] caso o precedente seja favorável ao réu, deve ser aplicado imediatamente, inclusive, possibilitando a revisão criminal com base no art. 621 (“quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”). Isso porque, uma vez definida norma mais benéfica no direito penal, esta retroage para beneficiar o réu. Assim, no direito brasileiro, mesmo após o trânsito em julgado, caberá revisão criminal, nestes casos⁴³.

Portanto, em se tratando de aplicação de norma penal, se em *malam partem* só poderá ser aplicado em casos futuros (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), não podendo ter efeito vinculante para casos pretéritos, mas, se em *bonam partem*, poderia o precedente ser aplicado para casos passados, retroativamente, ou até já havendo *processo findo*, autorizando-se a revisão criminal.

Porém, o que ocorre é que o STF já fixou ser impossível o conhecimento da revisão criminal, quando fundamentada na aplicação de lei nova mais benigna, sob

penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACCELI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Processo penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenação Geral: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.13, p.461-464.

⁴² Obra citada, p.458-462.

⁴³ Obra citada, p.463.

o fundamento de que esta hipótese seria matéria afeta ao juízo de execução⁴⁴. Existe, inclusive, o enunciado de súmula 611, que versa que “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

Sérgio de Oliveira Médici também sustenta que qualquer lei nova que beneficie o condenado deverá ser apreciada pelo juízo das execuções. O autor afirma que o pedido da aplicação da lei favorável deve ser dirigido, originariamente, ao juízo da execução. Caso haja o indeferimento transitado em julgado deste pedido, “nada impede o requerimento de revisão, com o objetivo de demonstrar que a improcedência do pedido de aplicação da *lex mitior* configura sentença contrária ao texto expresso da lei penal”⁴⁵.

Portanto, é evidente que, em sendo adotado o precedente no processo penal, por interpretação extensiva do processo civil (CPC de 2015), no caso de um precedente que implique tratamento melhor ao réu ou *abolitio criminis*, será possível a aplicação do precedente benéfico ao apenado em processo que tenha trânsito em julgado.

Isso, em sentido lato, nada mais é do que uma “revisão criminal”, pois o julgado transitado em julgado será revisto, mas o caminho previsto em lei é aquele do art. 66, inciso I, da Lei de Execução Penal – LEP, que estabelece ser competência do juízo da execução a aplicação, aos casos já julgados, de lei posterior que de qualquer modo beneficie o condenado⁴⁶.

Assim, na hipótese de um novo precedente mais favorável ao réu, que agora é fonte primária do Direito, mesmo que passe a se amoldar à hipótese do art. 621, I, do CPP, que trata da contrariedade a texto expresso da lei (e que deve se entender agora também como precedente, pois este também é norma), quando houver benefício ao réu em vista de um novo precedente em matéria de direito penal, em primeiro plano, a hipótese não será resolvida pela revisão criminal, do mesmo modo que uma lei nova mais benéfica ao condenado não é, já que a resolução se dá diretamente via o juízo da execução penal.

De outra parte, é de se considerar que há uma diferença de uma nova lei (cujo mandamento é claro) e um novo precedente, pois este se dá a partir do *overruling*, ou seja, da superação da *ratio decidendi* originária, sendo firmada uma nova tese sobre a matéria. É necessário, assim, o exame das razões de decidir o que demanda atenção mais detida e complexa.

⁴⁴ EMENTA: – REVISÃO CRIMINAL. FATO NOVO: LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. SÚMULA 611 DO STF. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENIGNA: JUÍZO DAS EXECUÇÕES. A hipótese de aplicação de lei nova mais benigna não figura no elenco do artigo 621 do Código de Processo. Cuida-se de matéria afeta ao juízo de execução, à vista do que dispõem os incisos I-a e III do artigo 66 da lei de execuções penais. Aplicação do verbete 611 da súmula de jurisprudência do STF. Revisão criminal não conhecida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revisão Criminal nº 5010/SP*, de 11 de novembro de 1994. Severino Souza e Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1994. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RvC%24%2ESCLA%2E+E+5010%2ENUME%2E%29+OU+%28RvC%2EACMS%2E+ADJ2+5010%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc2jzkaq>>. Acesso em: 06 ago. 2018).

⁴⁵ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.186-187.

⁴⁶ Art. 66 do CPP: Compete ao Juiz da execução: “I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”.

Uma coisa é se aplicar uma lei nova, outra é ter o juízo da execução que apreciar uma nova interpretação de razões de decidir, ou seja, fundamentos de uma decisão que, em muitos casos, em juízos colegiados não é unânime, o que pode ser complexo e resultar em não ser obtida a pretensão do réu pela via do pedido ao juiz da execução penal e, nesta hipótese, ainda não havendo eventual recurso a alterar a decisão do juízo da execução penal, não há dúvidas da possibilidade de incidência da ação revisional, já que presente uma decisão que contraria um precedente firmado que beneficie o réu. A norma mais benéfica oriunda do precedente tem que retroagir.

Assim, ante uma negativa do juiz da execução e mesmo em casos mais complexos, poderá ser admitida a revisão criminal, com fundamento do artigo 621, I, do CPP.

Pensamos que a questão é muito nova e que o caminho a ser seguido seria a futura modificação legislativa do inciso I do art. 621, do CPP, para abranger também a hipótese do precedente novo mais benéfico ao réu. Assim, se ficaria com as duas vias, a do juízo da execução, que é mais célere, e a da revisão para casos mais complexos com devido exame da *ratio decidendi*.

7. A Execução Provisória da Pena e a Revisão Criminal

Apesar de, originalmente, o CPP não dar efeito suspensivo aos recursos excepcionais, a partir de 2009 começou a se firmar a jurisprudência do STF no sentido de se permitir tal efeito suspensivo⁴⁷. Porém, em 17.02.2016, o Pleno do STF julgou o HC nº 126.292, que discutia a legitimidade de decisão do TJ/SP, que, após confirmar a condenação do primeiro grau, determinou, em consequência, o início da execução provisória da pena e, assim, por maioria (7 votos a 4), mudou sua orientação a respeito, formando o *precedente* de que é possível a execução provisória da pena depois de decisão condenatória em segunda instância.

O relator do processo foi o ministro Teori Zavascki e seu voto condutor foi no sentido da mudança da jurisprudência (consolidada a partir de 2009), afirmando a impossibilidade de se conceder efeito suspensivo a recurso excepcional, no que foi seguido pela maioria. Argumentou o Ministro Gilmar Mendes naquele julgamento:

[...] Seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária, seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, tenho que o entendimento do STF merece ser revisitado.

⁴⁷ A partir de 2009, firmou-se a tendência em se considerar como derogada a possibilidade de se dar efeito suspensivo no recurso excepcional (apesar de o CPP no seu art.637 o vedar, prevendo existir somente o efeito devolutivo), por se entender não ter sido o art. 637 recebido pela Constituição de 1988 e, assim, não seria possível a vedação do efeito suspensivo e, consequentemente, não ser possível a imediata execução da pena (mesmo provisoriamente).

Assim, a nova orientação do STF considera que não se deve reconhecer o efeito suspensivo e impõe a possibilidade da execução provisória da pena imposta em segundo grau, quando interposto o recurso excepcional.

Mas, a questão merece ser examinada com mais profundidade, seja pela doutrina e mesmo pelo STF, tendo em vista o sistema adotado no Brasil acerca dos recursos excepcionais, do qual resulta a natureza dessas impugnações (recursos extraordinário e especial), pois esta mudança de posicionamento pelo STF se traduz ao menos em uma incoerência. Entre nós, os recursos excepcionais são *recursos*, ao contrário de outros países, como Portugal, por exemplo, onde, apesar de existir o *recurso extraordinário*, esse é, na verdade, uma *ação rescisória ou uma revisão criminal*, conforme a área do direito, ou seja, uma *verdadeira ação de impugnação*. Assim, em Portugal e em outros países, *após o trânsito em julgado do segundo grau*, já existe a execução penal. Em outras palavras, para que se possa interpor o *recurso extraordinário* português, é necessário que se dê o *trânsito em julgado*, enquanto nos nossos recursos excepcionais (extraordinário e especial), ao contrário, se exige que não se dê a preclusão, *inexistindo, assim, trânsito em julgado*, pois a questão federal, ao menos no que tange ao direito objetivo, ainda fica na pendência, em caso da interposição recursal excepcional, de exame pelo Tribunal Superior a respeito: *portanto, a decisão “a quo” não transita em julgado*.

Tais meios de impugnação são oriundos do sistema da *common law*⁴⁸, especialmente do direito americano e, na forma que foram assumidos no Brasil, esteja certa ou errada tal opção brasileira, *impedem a preclusão e, conseqüentemente, o trânsito em julgado material de determinada relação processual*.⁴⁹

Portanto, com a decisão do STF, se abandona a tradicional opção brasileira, aproximando-se, nessa matéria, da legislação de alguns países europeus, como é o

⁴⁸ Barbosa Moreira, fazendo um esboço histórico, salienta que o recurso extraordinário “é instituto de origem norte-americana [...] Foi o *Judiciary Act* de 1789 que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 5, p.580/582).

⁴⁹ Na verdade, como dispõe Barbosa Moreira, a diferenciação é histórica e reside entre as diferenças de sistemas: “A distinção entre recursos ordinários e recursos extraordinários, a que alude à parte final do art. 467 (antigo CPC), é nítida e importante em alguns sistemas jurídicos: por exemplo, no português, onde, a vista de textos expressos (Código de Processo Civil, arts. 676 e 677), os recursos chamados extraordinários se diferenciam com toda a clareza dos ordinários pelo fato de que a indisponibilidade de qualquer destes últimos impede o trânsito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por algum dos primeiros. [...] Diversa é a sistemática do ordenamento brasileiro, no qual a mencionada distinção não tem relevância teórica nem prática. Merece ela, em nossa opinião, ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar, e de fato tem gerado, mercê da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-la. A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil do ângulo prático, a denominação genérica de extraordinários. Há, sim, um recurso a que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou de dar esse nome, assim como há outro (a rigor, um conjunto heterogêneo de figuras recursais) que a vigente Carta Federal rotula de ordinário (arts. 102, nº II, e 105, nº II)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 5, p. 579/583)

caso de Portugal. Porém, isso não poderia se dar de maneira tão simples, ou seja, apenas através de fixação de um precedente, pois, para que se fizesse essa *guinada*, teríamos que rever toda a doutrina e a legislação a respeito, inclusive a constitucional, pois nessa se prevê se tratar a impugnação excepcional de um recurso e, como tal, com sua interposição se prorroga a relação processual e, assim, incabível seria a execução provisória da penal.⁵⁰

Após esse julgamento, a comunidade jurídica esperava uma mudança de posição do STF, já que alguns ministros continuavam decidindo, monocraticamente, em sentido contrário e a questão, assim, não estava pacificada.

Porém, em 05 de outubro de 2016, ao apreciar pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n^{os} 43 e 44, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) voltou a examinar a questão e, também por maioria, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu as liminares⁵¹. Em 1^o de setembro, o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, já tinha votado no sentido da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, concedendo a cautelar pleiteada, mas, com a retomada do julgamento na sessão de 05.10.2016, por apertada maioria (um voto), prevaleceu o entendimento de que a norma do art. 283 do CPP não veda o início do cumprimento da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Em que pesem os argumentos da maioria, pensamos que, dada a natureza recursal e não de ações de impugnação dos chamados recursos especial e extraordinário, com a interposição dos mesmos, se impede a preclusão e a coisa julgada e, assim, qualquer execução que se faça antes é uma execução provisória da pena, o que deve ser repudiado, principalmente no processo penal.

O meio adequado para se mudar a natureza dos recursos excepcionais seria através da via legislativa (ordinária e constitucional), transformando-se tais *recursos* em

⁵⁰ Eis a ementa do julgado: “17/02//2016 – PLENÁRIO – *HABEAS CORPUS* Nº 126.292/SÃO PAULO. RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI. PACTE.(S): MARCIO RODRIGUES DANTAS. IMPTE.(S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS. COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. 2. *Habeas corpus* denegado.”

⁵¹ Nas ADCs, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, mudando o posicionamento fixado no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 126292, acórdão que teria ferido princípio constitucional da presunção de inocência, e não teriam apreciado o que é disposto no artigo 283 do CPP, que seria contraditório com a decisão.

ações de impugnação. Se tal fosse feito, não teríamos que aferir incidência ou não de lesão ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, simplesmente porque, se assim previsto na Constituição e na lei infraconstitucional, já se daria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau ou até mesmo de decisões de tribunais que julgam em competência originária agentes que detêm prerrogativa de função (parlamentares, juízes, promotores etc.)⁵².

Mas, o certo é que agora temos um precedente a respeito e, ratificando que a decisão se tornou um precedente, por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias⁵³. O ministro Teori Zavascki se manifestou pela existência de repercussão geral na matéria e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, com reafirmação da jurisprudência do Supremo, fixando a tese de que *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*. A manifestação do relator, pelo reconhecimento da repercussão geral, foi seguida por unanimidade no Plenário Virtual. O mérito foi decidido diretamente no mesmo sistema, por tratar-se de reafirmação da jurisprudência consolidada no STF, mas, o entendimento, nesse ponto, foi firmado por maioria, vencidos os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. A ministra Rosa Weber não se manifestou.

Fato é que, já em relação ao tema do presente estudo, vislumbramos uma contradição que terá de ser resolvida. É que, se após a condenação, sobrevier uma nulidade ou uma nova prova e tendo o STF fixado o precedente que a questão

⁵² No caso de competência originária ou de prerrogativa de função, o agente é julgado diretamente pelo Tribunal competente para julgamento e, assim, não teríamos o duplo grau de jurisdição e, portanto, nesse caso, segundo a decisão do STF, os condenados já poderiam ser presos em uma execução provisória. Isso se dá porque o art. 637 do CPP não distingue, ou seja, em qualquer hipótese, seja em duplo grau, ou não, o recurso excepcional não terá efeito suspensivo.

⁵³ No sentido de que a decisão é um precedente, a doutrina de Hermes Zaneti: "O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento quanto ao princípio da presunção de inocência. Para a atual composição do tribunal, é possível a execução provisória da pena após o juízo confirmatório da segunda instância. Com esta decisão, o STF retornou ao entendimento que a Corte aplicava até 2009. O Ministro Teori Zavascki afirmou que o princípio da não culpabilidade se exaure no segundo grau, quando acaba o juízo sobre fatos e provas [...] (STF, HC nº 126 292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016). Esta decisão, sendo considerada uma decisão meramente processual, permite sua aplicação como precedente, por força do art. 927, V, CPC ('art.927. Os juízes e Tribunais observarão [...] V - a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiverem vinculados'). inclusive com caráter retroativo. Ocorre [...], a partir da publicação do texto do precedente, a sua aplicação imediata. Isso porque no processo penal *tempus regit actum*" (ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACCELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Processo penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC.Coordenação Geral: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.13, p.461-464).

probatória já fica resolvida com a decisão de segundo grau, uma vez que, depois disso, *já não mais teria possibilidade de se verificar prova*⁵⁴ e, estando autorizada a execução provisória da pena, passaríamos a ter uma situação esdrúxula: *o réu não pode adentrar com a revisão criminal, mesmo que de posse de uma prova nova que demonstre sua inocência, caso tenha impugnado a decisão de segundo grau mediante recuso excepcional, enquanto já estaria suportando os efeitos da condenação, pois já se começou a executar a pena contra o mesmo, mesmo que provisoriamente.*

É que, segundo o precedente do STF, o exame da situação probatória ou fática no processo já estaria julgado e só estaria pendente, com o recurso excepcional, a análise de questão objetiva acerca de matéria infraconstitucional (recurso especial) ou constitucional (recurso extraordinário), pois, segundo ainda os fundamentos do precedente, *a matéria fática e probatória do processo já estaria preclusa.* Entretanto, *contraditoriamente, tecnicamente, não se teria ainda um trânsito em julgado para autorizar a revisão da condenação.* Mas, na prática, ainda de forma contraditória, *o processo quanto aos elementos probatórios, já estaria findo.*

Essa é uma questão a ser discutida, ou seja, é mais um paradoxo que foi criado com a decisão do STF, pois, se em caso de nulidade evidente se poderá propor *habeas corpus*, por outro lado, esse remédio heroico *não é cabível para exame de prova nova.* Assim, com a nova posição do STF que adota a execução provisória da pena, sem que haja o trânsito em julgado, *o réu, absurdamente, teria que aguardar anos* esperando o deslinde do seu recurso excepcional para poder apresentar revisão criminal ou, para propor a ação revisional, ser obrigado a *desistir* do recurso excepcional interposto, quando obtivesse uma prova nova que pudesse gerar sua absolvição ou diminuição da pena⁵⁵, *mesmo considerando o STF estar o processo findo ou tendo ocorrido a*

⁵⁴ Na decisão proferida pelo Tribunal Pleno no HC nº 126.292/SP, em que se reconheceu a possibilidade de execução provisória de provimento condenatório sujeito a recursos excepcionais, parte da premissa segundo a qual, nas palavras do eminente Ministro Teori Zavascki, é *“no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.”* E o Ministro Edson Fachin, no mesmo julgamento, e reiterando a posição no HABEAS CORPUS nº 133.387, afirma que: [...] *“Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar injustiças do caso concreto. O caso concreto tem, para sua esmerada solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças. O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.”* Em razão disso, fixou-se a tese no sentido de que: *“A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.”* [...]

⁵⁵ Ora, o recurso excepcional não é sede para se examinar prova nova e examinar pedido revisional, já que segundo os próprios fundamentos do precedente do STF para reconhecer a possibilidade de se executar provisoriamente a condenação, o exame da matéria fática e probatória já está exaurido com a decisão de segundo grau, pois conforme o Ministro Edson Fachin, em seu voto no julgamento dos pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nos 43 e 44: *“[...] É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras,*

preclusão quanto à matéria probatória, o que é um despropósito, pois o réu já estaria, provisoriamente, tendo executada a sua pena.

No que diz respeito ao Tribunal do Júri, a questão é ainda mais tormentosa, já tendo a 1ª Turma do STF admitido a execução provisória da pena, inclusive após o julgamento popular *em primeiro grau*, independentemente de interposição de recurso para o segundo grau⁵⁶.

Não seria de se estranhar que surja entendimento sustentando como solução a possibilidade da interposição da revisão criminal nos casos de confirmação da condenação em segundo grau e já interposto o recurso excepcional, sob o argumento de que, em relação à matéria probatória, já teríamos a preclusão e, assim *um processo findo* na área criminal e, como acentuam os próprios fundamentos do julgado precedente, *só se tornaria possível a modificação da análise probatória, via revisão criminal*⁵⁷.

com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º, da Lei nº 8.038/1990”.

⁵⁶ Em julgamento na 1ª Turma do STF, prevaleceu o voto divergente do ministro Luís Roberto Barroso, julgou que *“a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”* (HC nº 118.770, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 07/03/2017). Para o ministro Barroso:

“[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, *caput*, e LXXVIII, j. 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.

⁵⁷ Lenio Streck, conforme noticia o site Conjur, pensa ser possível: se a condenação em segunda instância é o suficiente para formação de culpa e para afastar a presunção de inocência, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal em 2016, o mesmo deve valer para se admitir a análise de revisão criminal. Está é a opinião do jurista *Lenio Streck* em parecer usado pela defesa de uma mulher condenada por lavagem de dinheiro, na esteira das investigações do conhecido assalto ao Banco Central em Fortaleza, em 2005. Em 2012, a pena da mulher foi reduzida a 10 anos e 8 meses de prisão pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sediado no Recife, e os recursos extraordinário e especial foram rejeitados pela vice-presidência da corte. Contra essas decisões, a defesa interpôs agravos, que aguardam julgamento. A revisão criminal é possível em três situações: quando a sentença contrariar o texto da lei penal ou as provas apresentadas; quando a condenação for baseada em depoimentos, em exames ou em documentos comprovadamente falsos; quando, após a sentença, forem descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que permita a redução da pena. “O Supremo Tribunal Federal relativizou o princípio da presunção de inocência. Isto é um fato. Portanto, discordando ou não, é preciso atentar para os efeitos colaterais dessa exegese. Ou seja, é impossível introduzir manobra de tal magnitude no sistema sem que se façam os reajustes necessários. É preciso ser coerente inclusive no âmbito de eventuais incoerências. E parece-nos que a hipótese da revisão criminal é um desses reajustes”, argumenta Streck. O jurista explica que, já que a condenação em segundo grau permite a prisão do réu, é preciso que ele tenha direito a recursos compatíveis com sua nova condição. Isso porque, continua, o Estado não pode exigir que o cidadão desista dos recursos nas instâncias superiores para que possa ajuizar a revisão criminal. “Atendidos os pressupostos do artigo 621 do Código de Processo Penal, não se pode impedir o condenado de buscar o reexame de seu processo – por meio da revisão criminal –, porque, para o Estado juiz-acusação, o segundo grau já constitui elemento suficiente, de mérito,

Mas essa solução radical⁵⁸ iria de encontro a toda construção histórica da revisão criminal, bem como a doutrina sobre a mesma, pois sempre se considerou que, para que se possa interpor a ação de revisão, seria necessária a ocorrência do trânsito em julgado, mas aqueles que defendessem tal solução poderiam argumentar que já se teria um processo *findo* (equiparável à coisa julgada para a matéria probatória) no caso de uma decisão de segundo grau que fosse impugnada por recurso excepcional e, com isso, se autorizaria a propositura da revisão criminal nesse caso, mesmo estando pendente de julgamento o recurso excepcional.

A origem do fundamento desta imaginada corrente, que gera perplexidade, estaria no próprio precedente fixado pelo STF, pois, como reconheceu o Ministro Teori, Relator do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964246, que teve repercussão geral reconhecida, "*ressalvada a via da revisão criminal, é nas instâncias ordinárias que se esgota a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado*" Isso porque, ainda segundo o relator, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, por não se prestarem ao debate de matéria fático-probatória. Assim, conforme o ministro, com o julgamento da segunda instância se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa.

Entretanto, apesar de o artigo 621 do CPP só exigir "processo findo" para autorizar a propositura da revisão criminal, e não o trânsito em julgado como se faz na rescisória cível, é certo que a expressão desde a origem do instituto sempre foi equiparada à coisa julgada, ou seja, sempre se exigiu que já não mais fosse possível qualquer recurso, e isso desde as Ordenações Filipinas, antes de termos normas brasileiras a respeito e, no Brasil, desde a lei de 18.09.1828, que dispunha, em seu art. 9º, ser a *revista* possível "não só enquanto durar a pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quiserem mostrar sua inocência, alegando que não lhes foi possível fazê-lo antes"⁵⁹.

Assim, seria temerário se entender o contrário, até porque, antes da coisa julgada, haveria, inclusive, um sério problema de competência, pois, se o recurso excepcional já está para ser examinado no Tribunal Superior, esse só poderia conhecer de matéria de direito objetivo ou questão federal, e seria um despropósito que, concomitantemente, se instaurasse uma revisão criminal no Tribunal de segundo grau.

ao cumprimento da pena. Em outras palavras: o Estado-juiz acusação passou a entender que o Segundo Grau esgota o mérito. Sendo isso verdadeiro, e neste momento é assim que entende o STF, então o uso do único remédio para desconstituir o acórdão condenatório é a revisão criminal", conclui. (Cf. Os dois lado da Moeda-Prisão antecipada permitiria revisão criminal antes do trânsito em julgado, *in*: <<http://www.conjur.com.br-ago-13/prisao-antecipada-permitira-revisao-criminal-antes-fim-acao>>. Acesso: em 13.08.2017).

⁵⁸ Mas aqueles que assim defendessem, a prevalecer o entendimento da 1ª Turma do STF, que depois do julgamento que resultou em condenação pelo Tribunal do Júri já poderia se dar a execução provisória da pena, não poderiam sustentar ser cabível a revisão nessa hipótese, pois ainda seria possível o reexame no segundo grau e só nesse caso se esgotariam as vias ordinárias e passaria a ser possível o recurso excepcional.

⁵⁹ Cf. O esboço histórico de Sérgio de Oliveira Médici, na sua obra *Revisão Criminal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, às p.111/140, onde se demonstra que, para a revisão criminal, durante toda a nossa história sempre se fez necessário o trânsito em julgado da decisão e que este era o sentido da expressão *processo findo*.

Melhor solução seria se aceitar o cabimento de *habeas corpus* para o fim de exame de prova nova quando fosse o caso de execução provisória da pena, pois, apesar de esta possibilidade ser rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência em casos normais, o certo é que, desde a Constituição Republicana de 1891⁶⁰, da forma que foi previsto, o *habeas corpus* nunca teve um cabimento restrito para a coação da liberdade de locomoção do indivíduo⁶¹ e, assim, em um caso extraordinário, como este provocado pelo precedente do STF, poderia ser utilizado o *writ*. Justamente por ter o *habeas corpus* um espectro muito amplo, o *writ* encontrou um campo fértil para a sua utilização para fazer às vezes de recursos ou de outras ações de impugnação. Por esta razão é que surgiu a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que fazia com que esse fosse um *remédio* para todas as coações, as ilegalidades e o abuso de poder.⁶²

O certo é que o infeliz precedente do STF traz mais esta incoerência, ou seja, a situação esdrúxula de o acusado já estar cumprindo pena (execução provisória) e não poder se utilizar da ação revisional, no caso de ter interposto recurso excepcional, e a solução para essa hipótese irá gerar dificuldades por se esbarrar em empecilhos jurídicos seja qual for o meio de impugnação que se pense. Mas, a persistir o precedente do STF, deverá ser encontrada uma solução para as hipóteses em que o réu esteja de posse de uma *prova nova* que possa gerar sua absolvição ou diminuição de pena, mas já esteja, efetivamente, cumprindo uma pena mediante execução provisória e impossibilitado de buscar a pronta reapreciação da decisão, o que causará uma evidente injustiça.

8. Conclusão

A falibilidade humana não pode se tornar eterna, imutável e inquestionável. Operadores do Direito são passíveis de cometer erros e injustiças, assim, as decisões condenatórias injustas ou errôneas transitadas em julgado não podem se tornar

⁶⁰ “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.”

⁶¹ Teori Zavascki parece entender que qualquer problema gerado pela execução provisória da pena poderia ser resolvido mediante *habeas corpus*, em seu voto no julgamento pelo Plenário do STF que apreciou as liminares pedidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nos 43 e 44, quando frisou que: “o que se afirmou, quando no julgamento do HC nº 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante *habeas corpus*. Embora a ação de *habeas corpus* não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas per saltum, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, a condenações e a prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, ‘antecipada’ pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente. Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa *persona* processual, formando verdadeiros ‘colegiados de garantias’, cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária”. Porém, certamente que o saudoso Ministro não cogitou, naquele momento, de apreciação de “prova nova” via *habeas corpus*, pois, evidentemente, a cognição sumária desse *writ* colide com a possibilidade de um profundo exame probatório.

⁶² Evidente que, uma vez se dando o trânsito em julgado com o julgamento do recurso excepcional, mantendo-se a condenação, o remédio seria a revisão criminal quando surgisse a prova nova.

imutáveis e inquestionáveis. Essas decisões devem ser combatidas, já que o erro ou a injustiça do caso gera efeitos devastadores para aquele que fora condenado.

Assim, a ação de revisão criminal inaugura nova relação jurídica processual, visando rescindir os efeitos destas decisões condenatórias maculadas, respeitando-se as hipóteses de cabimento, podendo esta ser interposta a qualquer tempo, mesmo após a morte do réu, através de seus sucessores e, extraordinariamente, pode ser detentora de efeito suspensivo quando a peculiaridade do caso concreto demonstrar que a decisão fora aberrante.

Quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência das Turmas Recursais para o julgamento de *revisões* provenientes de decisões que envolvam as infrações de menor potencial ofensivo, pensamos que tal posicionamento é notoriamente ambíguo, uma vez que, em regra, a competência para processar e julgar a revisão é de Tribunais. Assim, embora a Turma Recursal represente o segundo grau de jurisdição dos Juizados Especiais, a mesma não é denominada *Tribunal*. E, como já mencionado, o STJ tem posicionamento sumulado no sentido de que é incabível recurso especial das decisões proferidas por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais, uma vez que o texto Constitucional, ao tratar deste recurso excepcional, impõe como requisito que a decisão recorrida seja proferida por Tribunal e o STJ, nesse caso, não reconhece a característica de “Tribunal” às Turmas Recursais, restringindo o acesso dos jurisdicionados àquela Corte em se tratando de recurso especial, dando, assim, contraditório tratamento à revisão criminal, quando, para essa, reconhece ser a Turma Recursal um Tribunal.

Agora, também, com o novo CPC, surge uma nova fonte do direito, que são os *precedentes*, dispendo a nova lei processual civil de 2015, em seu artigo 926, sobre a utilização dos precedentes para fins de *uniformizar a jurisprudência dos Tribunais e mantê-la estável, íntegra e coerente*, sendo certo que tal, igualmente, se aplicará ao processo penal, onde se aplicará, inclusive, aos processos já em andamento. Enquanto na área do direito penal deve ser considerada a irretroatividade *in malam partem* para crimes praticados antes da fixação do precedente, já que o precedente é uma norma jurídica, ao contrário, quando se tratar de um precedente *in bonam partem*, ou mais benéfico, poderá se dar a retroatividade e, assim, como norma jurídica que é, poderá autorizar a interposição da ação de impugnação da revisão criminal a favor do réu.

Assim, em caso de precedente que trata de norma penal, se a interpretação for *in malam partem* só poderá ser aplicada em casos futuros, não podendo ter efeito vinculante para casos pretéritos, mas, se for em *bonam partem*, poderá o precedente ser aplicado para casos passados, retroativamente, ou até em já havendo processo findo, autorizando-se, nesse caso, a revisão criminal.

Por fim, passamos a ter um novo problema a ser resolvido, em razão do precedente do Pleno do STF que considera que a matéria fática e probatória a ser examinada no processo se exaure com o julgamento do segundo grau, autorizando a execução provisória da pena, em caso de interposição de recurso excepcional. Teremos que conviver, assim, com uma situação absurda, pois o réu não pode adentrar com a

revisão criminal, mesmo quando obtiver uma prova nova que demonstre sua inocência ou possa reduzir sua pena, no caso de ter impugnado a decisão de segundo grau mediante recurso excepcional, enquanto, contraditoriamente, já suporta os efeitos da condenação, pois já se começou executar a pena contra o mesmo.

Alguns, apressadamente, poderiam considerar já termos um processo *findo* (equiparável à coisa julgada para a matéria probatória) quando fosse a hipótese de se ter uma decisão de segundo grau que fosse impugnada por recurso excepcional e, com isso, se defender a propositura da revisão criminal, mesmo estando pendente de julgamento o recurso excepcional. É que um dos fundamentos do precedente do STF consiste no argumento de que, com o julgamento da segunda instância, se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa, o que significa que já teríamos a preclusão e, assim, *um processo findo* na área criminal e o artigo 621 do CPP só exige para a propositura da revisão criminal que haja um *processo findo*, e não o trânsito em julgado, como ocorre com a rescisória cível.

Porém, essa solução, que gera grande perplexidade, vai de encontro à origem da revisão criminal, não só no Brasil, mas, também, em países estrangeiros, além de ir de encontro à lei que, no art. 625, §1º, do CPP, exige que o requerimento de revisão seja instruído com *a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória*, se chocando, ademais, com toda a doutrina que equipara a expressão *processo findo* ao efetivo trânsito em julgado.

Outra solução, que poderia ser mais aceitável, seria o cabimento de *habeas corpus* para o fim de exame de prova nova surgida após a condenação, nos casos de execução provisória da pena, até porque esse remédio heroico, na chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, tem um amplo espectro, podendo em casos extremos ser substituído de recursos e ações de impugnação.

O que é certo é que o precedente trazido pelo STF, além de todas as críticas que vem recebendo da doutrina, traz mais este paradoxo e esta situação incontornável e, persistindo o mesmo, deverá ser encontrada uma solução para as hipóteses em que o réu esteja de posse de uma *prova nova* que possa gerar sua absolvição e, de forma injusta e absurda, esteja cumprindo uma pena mediante execução provisória e, por ter impugnado a decisão condenatória com recurso excepcional, ficaria impossibilitado de buscar uma revisão criminal.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: RT, 2016.
- CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão Criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, volume 3.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena*. Disponível em: <<http://www3.lfg.com.br/>>. Acesso em: 16.06.2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Recursos no Processo Penal*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (em. nº 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, jan./mar., 2012.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. atual. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. V.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio. Os dois lado da Moeda-Prisão antecipada permitiria revisão criminal antes do trânsito em julgado, *in*: <<http://www.conjur.com.br-ago-13/prisao-antecipada-permitira-revisao-criminal-antes-fim-acao>>. Acesso em: 13.08.2017.

TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo, 1978.

ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria

processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACCELI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Processo penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenação Geral: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 13.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>>. Acesso em: 08 ago. 2017. (citação 39).