

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Classificada entre os recursos pelo Código de Processo Penal (Capítulo VII, do Título II, do Livro III - arts. 621 a 631), na verdade a revisão criminal nada mais é que uma ação autônoma destinada à impugnação da sentença condenatória trânsita. O vocábulo sentença, *in casu*, é tomado em seu sentido amplo para abranger, igualmente, o acórdão. Assemelha-se, assim, à ação rescisória do processo civil. Porém, enquanto esta fica sujeita a prazo decadencial (art. 495 do CPC), a revisão pode ser proposta a qualquer tempo antes da extinção da pena ou mesmo após (art. 622 do CPP), bem assim quando já ocorrida a morte do réu, pelas pessoas legitimadas a agir na hipótese (art. 623, *in fine*, do CPP). É a chamada reabilitação da memória. Igualmente, no cível, ambas as partes, autor ou réu, conforme o caso, podem ajuizar a rescisória; aqui, na revisão, ela é voltada somente *pro reo*.

No presente estudo, iremos focalizar alguns assuntos controvertidos envolvendo a revisão, muitos deles ainda não devidamente equacionados ou que, pelo menos, merecem ser revisitados na busca de uma solução que, em nosso sentimento, possa traduzir o melhor direito.

2. A primeira matéria que nos parece interessante por em destaque relaciona-se com o ônus probatório da ação revisional. Em conhecido trabalho versando a respeito dos recursos em sede processual penal, ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*¹ sustentam ser equivocada a afirmação de que, na revisão criminal, o princípio do *in dubio pro societate* substitui o do *in dubio pro reo* do processo penal condenatório, incumbindo, destarte, ao condenado, autor na ação revisional, o ônus da prova de suas alegações.

Sustentam aqueles ilustres professores, em seu apreciado estudo sobre os recursos, que, em qualquer tipo de processo penal, "nenhuma presunção pode superar as estabelecidas em favor do acusado ou até mesmo do condenado", embora reconheçam que a presunção de inocência, em termos constitucionais, só vigore até que a sentença penal condenatória passe em julgado (art. 5º, LVII, da CF).

Ouso manifestar meu dissentimento em relação a tal compreensão do tema. Incumbe fazer, na espécie, breve incursão a respeito da natureza jurídica da coisa julgada. Embora sobre a questão existam várias teorias explicativas,

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *Recursos no Processo Penal*, pp. 326/327, nota 220, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 3ª tiragem.

como todos têm conhecimento, não resta dúvida que uma das mais relevantes é a da “presunção de verdade” da coisa julgada, necessária, sem dúvida, à estabilidade da ordem jurídica. É certo que se trata de matéria controversa, tendo em conta que ultimada a coisa julgada formal, “a segurança e a pacificação social do direito querem algo mais”, para usar a passagem de LIEBMAN ², ao versar sobre o assunto. Isto justifica a ação rescisória no processo civil e, com maior razão, a revisão criminal em sede processual penal, uma vez que, nesta última, pode estar em jogo a própria liberdade individual do condenado.

Na verdade, a sentença condenatória, operada a coisa julgada formal, até que venha a ser desconstituída, presume-se como acertada e verdadeira, pois do contrário seria monstruosa iniquidade manter-se alguém condenado (e, eventualmente, preso) sem que a decisão traduzisse um ato de justiça do Estado-Juiz. Daí que, ao meu pensar, a máxima de ULPIANO *res judicata pro veritate accipitur*³ goza, ainda, de plena atualidade.

Por tal razão – e somente por ela – é que cabe ao peticionário o ônus probatório na ação de revisão, assim como, antes, no decorrer do processo de conhecimento e de declaração, incumbiu ao autor (Ministério Público ou querelante) provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva, sem prejuízo da aplicação do disposto na parte final do art. 156 do CPP ⁴.

Daí, a existência da ação rescisória no cível e da revisão criminal no processo penal, como modelos de aperfeiçoamento da precária justiça dos homens. Aliás, vendo a temática por outro ângulo, tive a ocasião de salientar, quando da apreciação do processo de execução penal, o equívoco do sistema de recursos adotado na Lei de Execução Penal (LEP). Naquela oportunidade, apontara o perigoso caminho traçado pelo legislador, quando, no art. 197 da LEP, dispôs que das decisões proferidas pelo juiz da execução caberá recurso de agravo *sem efeito suspensivo*. Ora, a opção errônea da lei decorre do fato de que não se pode tratar com os mesmos preceitos legais situações processuais diversas em sua ontologia, ou seja, o processo de execução e o processo de conhecimento, quando em jogo a liberdade individual. Neste, a regra é a liberdade, em razão do princípio da presunção de inocência (ou da não-culpabilidade) [art. 5º, LVII, da CF], somente sendo possível a privação da liberdade individual em caráter cautelar, nos casos e na forma admitidos pela lei. Não assim em relação à execução. Aqui, o réu tem contra si uma sentença condenatória

² LIEBMAN, Enrico Tulio, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, pp. 152/153, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1945. Para o consagrado mestre, a coisa julgada não constitui um efeito da sentença mas sim algo que se acrescenta aos seus efeitos. Um mero atributo.

³ ULPIANO, L. 207. *Dig. de Regulis Iuris*, apud, CARLETTI, Amilcare, *Dicionário de Latim Forense*, p. 463, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, São Paulo, 7ª Edição, 1997.

⁴ Em relação à parte final do art. 156 do CPP, ressalvo a minha opinião no sentido de que ela só tem cabimento *pro reo*, nunca *pro societate*. Para uma explanação mais ampla a respeito do ônus probatório no processo penal, veja-se o meu estudo “A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia” in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 127 e seguintes, e, de modo especial, consultando-se a nota 14, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

transitada em julgado. Por tal razão, defendi, naquela oportunidade, a posição de que, em algumas hipóteses, o recurso do Ministério Público devesse merecer efeito suspensivo ⁵.

Voltando ao nosso assunto específico, incumbe assinalar que o Pretório Maior já reconheceu, ao meu ver com inteiro acerto, que, em sede de revisão, há inversão do ônus probatório. No sentido do texto, veja-se: RTJ 101/90. Na mesma direção podem ser consultados: RT 600/329 e 747/649, bem como JTJ 230/350 e RJDTA CrimSP, 24/505 e 507 ⁶.

TORNAGHI ⁷, ao deter-se no exame do conceito da natureza jurídica da revisão criminal, salienta que a *res judicata* tem fundamento meramente utilitário, qual seja, o de evitar que os pleitos judiciais se eternizem, com evidente prejuízo para a ordem e para a segurança jurídica. Assinala, porém, que, ainda que se pretendesse atribuir-lhe um fundamento lógico, “esse somente poderia ser o da presunção, *iuris tantum*, de acerto da sentença, que transita em julgado”.

Dessa maneira, fica demonstrado que a presunção só não deve subsistir em homenagem à verdade real ⁸, diante da qual a coisa julgada cede lugar.

Por tais razões, entendo não haver qualquer heresia ao afirmar-se que na ação revisional incumbe ao revisionando o ônus de provar o *error in iudicando* ou o *error in procedendo* da sentença condenatória favorecida pela coisa julgada formal.

3. Outra matéria que me parece instigadora em sede de revisão criminal consiste em saber se o Ministério Público está legitimado a propor a rescisória penal ⁹.

Já tivemos a oportunidade de estudar a matéria em outra ocasião e para outros fins, defendendo o entendimento segundo o qual a lei deveria conferir expressamente ao Ministério Público tal capacidade postulatória *pro reo* ¹⁰. Na realidade, a atuação do *Parquet* não estaria voltada no sentido de beneficiar o condenado, que somente de forma reflexa seria premiado. Ao

⁵ Para um melhor exame do *thema*, o eventual leitor encontrará algum subsídio em meu trabalho “Questões e Questúnculas de Processo Penal”, in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 207 e seguintes, de modo especial em o n° 05, p. 214 e sgts, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁶ Jurisprudência coletada do *Código de Processo Penal Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 481, Editora Saraiva, 19ª edição.

⁷ TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, vol. II, p. 361, Editora Saraiva, 6ª edição, 1989.

⁸ O princípio da verdade real, cantado em prosa e em verso no processo penal, deve ser entendido nos seus exatos limites, não passando de um mito dar-lhe valor absoluto. A própria revisão criminal é um bom exemplo da sua relatividade, pois não se admite a revisão *pro societate* (art. 623 do CPP). Diga-se o mesmo em relação ao recurso de embargos infringentes e de nulidade somente autorizado ao réu (art. 609, parágrafo único, do CPP).

⁹ Ao examinar a natureza jurídica da revisão, Tornaghi usa feliz expressão para designá-la como “prima-irmã da ação rescisória”. *Apud op. cit.*, in n° 7, dessas notas, p. 361.

¹⁰ Esta foi a proposta apresentada pela Comissão constituída no âmbito do Ministério Público pelo Ato n° 1331, de 08 de setembro de 1997, do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Hamilton Carvalhido, para o fim de estudar a reforma do Código de Processo Penal. Compunham a referida Comissão os Procuradores de Justiça Sergio Demoro Hamilton e José Muiños Piñeiro Filho,

promover a revisão, o Ministério Público, longe de defender o interesse particular do sentenciado, estaria atuando rigorosamente no exercício de suas funções institucionais, voltado, unicamente, para a exata aplicação da lei, pois o Estado não pode quedar-se inerte diante de uma condenação injusta. É o que se encontra dito, com letras de ouro, na Constituição Federal em seus arts. 127 e 129, II e IX. Haverá, porventura, direito individual mais indisponível que o da liberdade individual? Somente a vida pode excedê-lo, pois dela promanam todos os demais direitos.

Demais disso, repugna ao bom senso que o *Parquet* se encontre legitimado expressamente pela lei para impetrar *habeas corpus* em prol do réu (ou do indiciado, ou, até mesmo, em favor do condenado), tal como o permite o art. 654 do CPP, bem como disponha da faculdade de apelar em favor do condenado (art. 577, § único, do CPP) e não se legitime para exercer o direito de ação revisional no objetivo de desconstituir uma condenação nula ou injusta. Observe-se, mais uma vez, que, em todas essas situações, o Ministério Público não atua voltado para o interesse particular eventualmente beneficiado pela medida mas sim na defesa de interesses e direitos indisponíveis, missão maior da Instituição.

É de observar-se, ainda, que não haveria qualquer novidade em nossa legislação, caso a lei viesse a contemplar a providência. Na verdade, as Constituições de 1891 (art. 81 § 1º) e de 1934 (art. 78, 3) ensejavam ao *Parquet* a providência revisional¹¹. A Carta Magna de 1891 fixava a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da revisão, ditando que ela poderia ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República. É certo que o Procurador-Geral da República, na época, era escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, por designação do Presidente da República (art. 58, § 2º), pois o Ministério Público ainda não contava com uma carreira organizada. Por seu turno, a Lei Maior de 1934 dava competência à Corte Suprema para rever em benefício dos condenados, nos casos e na forma determinada em lei, os processos findos em matéria criminal, atendendo a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa (art. 78, 3, destaque meu).

Da mesma forma, o antigo Regimento Interno do Pretório Maior legitimava o Procurador-Geral da República para propor ação revisional (art. 247).

bem como os Promotores de Justiça Afrânio Silva Jardim, Alexandre Viana Schott e Rogério Pacheco Alves, cabendo ao primeiro presidi-la. As sugestões foram adotadas pelo Procurador Geral de Justiça, que as encaminhou ao Srs. Ministros de Justiça de então, Iris Rezende Machado, e do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Mello, valendo como proposta oficial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Para uma consulta a respeito das diversas sugestões apresentadas, naquela oportunidade, pela referida Comissão, veja-se a *Revista do Ministério Público-RJ*, 3ª fase, nº 08, 1998, pp. 275 e seguintes.

¹¹ *Constituições do Brasil*, da Coleção de Códigos Liber Juris, 1º volume, organizada por Floriano Aguiar Dias, edição de 1975.

Dessa maneira, houve, não há negar, um retrocedimento em nosso direito positivo ao tolher-se ao *Parquet* a providência revisional, atuação, sem dúvida, perfeitamente identificada com a própria finalidade histórica da Instituição.

No campo da legislação alienígena, igualmente, concedem ao Ministério Público o poder-dever de postular a revisão o *Codice di Procedura Penale* (art. 632, I, b), na Itália, e o Código de Processo Penal Português (art. 450, I, a), aqui referidos sem qualquer pretensão exaustiva¹².

De toda a sorte, impõe-se que a lei venha, de forma expressa, a legitimar, tal como já ocorreu no passado, o Ministério Público para propor a rescisória penal.

Porém, a matéria não se exaure de forma tão simplista. À míngua de texto expreso em nosso direito positivo estará, ainda assim, o Ministério Público impossibilitado de pleitear a revisão criminal?

Não resta dúvida que não mais dispomos da ação popular de revisão criminal, tal como consagravam as nossas Constituições de 1891 e de 1934. Com efeito, ambas legitimavam “qualquer do povo” ou “qualquer pessoa”, respectivamente, a requerer a revisão. Na atualidade, tal como aponta o art. 623 do CPP, somente as pessoas taxativamente indicadas naquele dispositivo podem postular a medida revisional. Em relação à nova orientação legislativa, vedando a ação popular, entendo acertada a providência, por evitar que os tribunais, já assoberbados de feitos, fossem atropelados por um número exacerbado de pedidos revisionais destituídos de qualquer fundamento. Trata-se de providência técnica, que não pode ser transformada em uma nova apelação. Era o que, fatalmente, ocorreria, caso fosse admitida a legitimação de “qualquer do povo” como autor daquela ação autônoma de impugnação. A ação popular tem sentido no *habeas corpus*, não assim na revisão, sujeita ao exame de condições de admissibilidade que exigem maior discernimento técnico. No entanto, volto a indagar: O Ministério Público fica impedido de agir pelo fato de não estar incluído no elenco dos legitimados a que alude o art. 623 do CPP?

No sentido de que o *Parquet* pode requerer a revisão criminal há antiga manifestação do saudoso Ministro Cordeiro Guerra¹³, que, por três décadas ornamentou o Ministério Público do Rio de Janeiro, tendo ocupado o cargo de Procurador-Geral de Justiça do extinto Estado da Guanabara.

Do mesmo sentir é o pensamento do Professor PAULO RANGEL¹⁴. Com efeito, registra aquele ilustre Promotor de Justiça que o art. 623 do CPP, como

¹² Vale a anotação de que o diploma processual luso confere ao *Parquet* uma amplitude postulatória de grandes proporções, pois o pedido pode ser direcionado contra quaisquer decisões, sejam elas condenatórias, sejam elas absolutórias ou, até mesmo, contra a decisão de impronúncia. Veja-se, para fim de consulta, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, vol. IV, p. 585, Saraiva, 1997.

¹³ GUERRA, João Baptista Cordeiro, “O Ministério Público nos Processos de Mandado de Segurança e de Habeas Corpus”, in *RT* 547/442, *apud op. cit.*, in nº 6, dessas notas, p. 484.

¹⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 6ª edição, pp. 758/760, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

lei ordinária que é, deve ser interpretado em compasso com a Constituição e esta faz do *Parquet* o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). Assim, para o fiel desempenho de sua missão institucional, terá o *Parquet*, necessariamente, de dispor dos meios legais, para, através da via jurisdicional, realizar aquelas nobres finalidades assinaladas na Lei das Leis, restabelecendo a ordem jurídica violada em decorrência do erro judiciário.

Por tal razão, e dentro desta mesma ótica, o douto Promotor de Justiça do nosso Estado, Dr. Eduardo Slerca, em setembro de 2002, apresentou ao Instituto dos Advogados Brasileiros indicação de *lege ferenda* no sentido de incluir o Ministério Público no rol de legitimados para a propositura da revisão criminal. A indicação viu-se encaminhada à Comissão de Direito Penal da Casa de Montezuma, onde deverá receber parecer, para, após, se acolhida, ser encaminhada ao Congresso como provocação do próprio IAB à atividade legiferante daquele Poder de Estado (IAB, indicação 47/02).

Esta, sem dúvida, a via mais adequada para suprir a deficiência legislativa, corrigindo-se a omissão imperdoável do art. 623 do CPP, tal como alviamos em nosso estudo datado de 1998¹⁵. Até lá, haverá sempre discussão doutrinária e divergência jurisprudencial sobre o *thema*, principalmente por parte do pensamento daqueles que ainda não se deram conta do novo perfil constitucional do Ministério Público, tão bem delineado na Carta Magna de 1988.

Enquanto tal não se der, parece-me acertada a posição doutrinária que vem sustentando o cabimento do provimento revisional, por parte do Ministério Público, extraindo tal entendimento não só do texto da própria Constituição Federal como também da interpretação sistemática do próprio Código de Processo Penal.

4. Tema assaz interessante em sede de revisão criminal relaciona-se com o exame que deva merecer o art. 630 do CPP. Consta do dispositivo em questão que o Tribunal, se o interessado o requerer, quando do julgamento da revisão, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. Tais gravames, como sabido, decorrem da condenação injusta ou eivada de nulidade. Dela, não há negar, podem advir graves danos materiais e morais para o condenado. Aqui também já tive a ocasião de manifestar-me, voltado para finalidade diversa, ao examinar o entendimento esposado por respeitável corrente doutrinária que se ocupou da matéria, emprestando-lhe uma compreensão que não me sabe a mais adequada¹⁶.

Disponha a lei, ao meu pensar com inteiro acerto, que a indenização não seria devida "se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou

¹⁵ *Apud op. cit.*, in nº 10 dessas notas.

¹⁶ O eventual interessado poderá encontrar algum subsídio sobre o assunto em meu estudo "Novas Questões de Processo Penal", in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 19, abr-maio de 2003, pp. 07 e segs, no particular detendo-se no exame do nº 06 do aludido trabalho, feito no objetivo de oferecer sugestões para a tão decantada reforma do processo penal.

falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder" (art. 630, § 2º, letra "a" do CPP).

Havia, ainda, uma segunda ressalva que recusaria a indenização "se a acusação houvesse sido meramente privada" (art. 630, § 2º, letra "b" do CPP).

A primeira restrição, segundo entendo, não comporta dúvida, pois o condenado não poderia valer-se da sua própria falta para, mais tarde, vir a pretender indenização do Estado. Averbese-se que não vislumbro a necessidade de que o condenado tenha agido de boa ou má-fé. No último caso, não poderia invocar a própria torpeza para obter posterior vantagem, ao passo que no primeiro (quer tenha agido com culpa, quer tenha obrado até por motivo nobre) o Estado não haveria que responder por uma indenização, pois, *rebus sic stantibus*, o juiz bem decidira, dando ao réu a prestação jurisdicional que a prova dos autos estava a demonstrar.

Ocorria, ainda, uma segunda limitação ao dever de indenizar quando "a acusação houvesse sido meramente privada" (art. 630, § 2º, letra "b" do CPP). TORNAGHI¹⁷, deparando-se com a *quaestio*, entende que, nessa hipótese, o erro judiciário decorre do juiz e, conseqüentemente, do Estado. Caso o Estado sustente que foi induzido em erro pelo querelante, deve agir regressivamente contra ele ou chamá-lo ao processo (art. 77 do CPC).

Acontece que a Constituição Federal de 1988 tornou incondicional a indenização decorrente de erro judiciário, derogando, destarte, o § 2º em comento pelo fenômeno da não-recepção.

Não se discute aqui o dever de indenizar o condenado por erro judiciário; do mesmo passo não se põe em dúvida o dever de reparar o dano sofrido pelo réu que venha a ficar preso além do tempo estabelecido na sentença. Soa-me inadequada a forma genérica com que a matéria veio a ser posta na Constituição Federal de 1988.

É certo, assim alvitro, que não logrará êxito qualquer ação movida contra o Estado, desde que o autor se encontre em uma daquelas condições a que se referia o derogado parágrafo segundo, alínea "a", do art. 630 do CPP. Porém, de qualquer forma, restou uma porta aberta para a propositura de futuras ações temerárias, a inundar o foro, já tão saturado de lides.

O art. 630 do CPP autoriza o autor da revisão, ao lado do pedido penal, como é óbvio, à pretensão civil no objetivo de obter "justa indenização pelos prejuízos sofridos", procedendo-se à liquidação, como se impõe, no Juízo cível (art. 630, § 1º do CPP).

No entanto, o relevante ponto que nos levou a examinar o presente tópico prende-se ao ensinamento doutrinário de ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*¹⁸, quando assinalam que "essa pretensão civil, feita valer no juízo criminal, tem peculiaridades no sistema brasileiro, porquanto a Fazenda Pública -

¹⁷ *Apud op. cit.*, in nº 07, dessas notas, p. 373.

¹⁸ *Apud op. cit.*, in nº 1 dessas notas, pp. 332/333.

sujeito passivo da pretensão: parágrafo 1º do art. 630 – não é citada para se defender. Somente o MP é parte passiva na demanda revisional, de modo que se deve entender que o *Parquet* representa no processo não apenas o interesse penal do Estado, mas também o interesse civil da Fazenda”.

Com todo o respeito que devoto àqueles eminentes mestres do processo penal, não concebo tal colocação. Não me surge possível, diante do perfil traçado para o Ministério Público pela Carta Política de 1988, possa o *Parquet* representar o interesse civil da Fazenda na revisão criminal. Em presença da nossa Constituição Federal, compete ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica” (art. 127) e isso diz tudo. Por outro lado, o art. 129, IX veda ao Ministério Público exercer outras funções que não sejam compatíveis com a sua finalidade, como por exemplo, a representação judicial e a consultoria a entidades públicas¹⁹. Basta a simples leitura dos arts. 131 e 132 da Carta Magna para que se verifique o equívoco apontado. O primeiro daqueles dispositivos confere à Advocacia Geral da União a representação judicial da União, enquanto o segundo atribui aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercer aquela mesma função nas respectivas unidades federadas, conforme a condenação promane, respectivamente, da União (Justiça Federal) ou do Estado e do Distrito Federal.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a pronunciar-se sobre a questão, já deixou bem claro que “interesse e fiscalização não se conciliam, pois quando o Procurador-Geral é advogado da Fazenda, deixa de ser MP. (RTJ 62/139, e, especialmente, p. 143)”²⁰.

Sabe-se que a lei processual penal não previu a citação da Fazenda Pública, que, no caso, seria o sujeito passivo da pretensão civil de ressarcimento. Porém, ela não poderá ficar sem defesa, em face de eventual sucumbência que decorra do julgamento da revisão.

Como resolver o impasse?

Não haverá outro meio que não seja o seu chamamento ao processo de revisão, caso, evidentemente, ocorra, também, a pretensão civil por parte do revisionando.

Vale a ponderação de que a Constituição Federal, ao tornar incondicional a indenização decorrente de erro judiciário (art. 5º, LXXV), certamente teve em mira guardar coerência com o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, previsto de forma genérica no art. 37 § 6º, assegurando-se, naturalmente, o direito de regresso contra o agente do Estado responsável, nos casos de dolo ou de culpa manifesta.

Nunca, porém, perdoe-me o eventual leitor pela insistência, incumbirá ao *Parquet* defender os interesses da Fazenda Pública, podendo, inclusive, ao opinar na ação revisional, manifestar-se favoravelmente ao pedido do autor.

¹⁹ Veja-se, a respeito, o ensinamento de HUGO NIGRO MAZZILLI, in *Regime Jurídico do Ministério Público*, Editora Saraiva, 1993, p. 62. Ali está assinalada a necessidade da atuação do *Parquet* na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como no zelo do bem geral.

²⁰ Manifestação jurisprudencial colhida *apud op. cit.*, in nº 19, dessas notas, p. 177.

5. A doutrina e a jurisprudência, em sua grande maioria, têm admitido a possibilidade de o condenado, pessoalmente, ajuizar a revisão criminal, dispensando-se a sua representação por meio de advogado ²¹.

Nessa ordem de idéias, a petição inicial poderia ser redigida e assinada de próprio punho pelo condenado, uma vez que o art. 623 do CPP não afrontaria os arts. 133 da Constituição Federal e 1º, § 1º do Estatuto da Advocacia e a OAB, que reconhecem ser o advogado presença indispensável à administração da Justiça.

A questão já fora objeto de discussão ao tempo do anterior Estatuto da OAB, lei federal posterior ao Código de Processo Penal e que, ao meu alvedrio, revogara o art. 623 do Código de Ritos.

Também naquela época predominara o entendimento no sentido de que a revisão criminal deveria ser exercida sem restrições, podendo, assim, o próprio condenado exercitá-la, independentemente da assistência de advogado.

Com a nova ordem constitucional e com o novo Estatuto da OAB, o tema voltou a ser ventilado, gerando grande controvérsia, tendo em conta a indispensabilidade da presença de advogado, afirmada, de forma peremptória, pela Lei Maior.

O próprio art. 623 da lei processual apresenta-se extremamente defeituoso por não fazer distinção entre os legitimados para agir (legitimidade *ad causam*) e a capacidade postulatória. Aqueles seriam o condenado ou, no caso de morte do réu, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, situação processual contemplada na doutrina sob a feliz designação de reabilitação da memória. Estes, à luz da lei, os legitimados a agir. O procurador legalmente habilitado a que se refere o art. 623 seria o advogado do condenado, dotado de capacidade postulatória. Porém, a redação do aludido dispositivo, ao usar a disjuntiva sob a forma de alternatividade, faz entrever que um e outro estão legitimados para o processo e que, ambos, dispõem de capacidade processual.

Nasce daí, quero crer, toda a confusão.

A opinião que preside a corrente majoritária prende-se ao fato de que o direito à revisão, por sua índole constitucional, deve ser exercido de maneira ampla, sem limitação de qualquer espécie, justificando-se, destarte, o preceito legal do art. 623 em análise.

Não colhe o argumento de que o acesso à Justiça (art. 5º, XXV da CF) e a tutela à liberdade individual (art. 1º, *caput*, da CF) devem sobrepor-se a todo preço a qualquer limitação no que respeita à capacidade postulatória em matéria de revisão criminal. É preciso ter em conta que a Carta Magna, igualmente, considera o advogado como figura "indispensável à administração da justiça" (art. 133), estando a advocacia (Seção III), ao lado do Ministério Público (Seção

²¹ Podem ser registrados alguns julgados em favor de tal orientação: TACrimSP, Rv.Crim 269.940, 7º Grupo Câms., RT719/418, TJSP, Rv.Crim 50299, RJTJSP 106/464, *apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, pp. 483/484.

I) e da advocacia pública (Seção II), incluídos entre as funções essenciais à justiça (Capítulo IV do Título IV). Por tal razão, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, guardando compasso com a Lei Maior, define como "atividade **privativa** de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais" (art. 1º, I, da Lei 8906, de 04-VII-1994) [destaque meu]. Abre exceção, como não poderia deixar de ocorrer, para a impetração de *habeas corpus*, ação popular por excelência que tutela a liberdade individual (Art. 1º, § 1º). Averte-se que, diante do Estatuto, nem mesmo perante os Juizados Especiais Cíveis dá-se a dispensa de advogado ²².

Ora, a revisão, no que respeita à sua natureza jurídica, apresenta-se como uma ação penal constitutiva, sujeita a um processo de conhecimento limitado, que requer a observância de uma série de requisitos técnicos. Em suma: não é matéria para leigos, dada a sua complexidade. Pensar em contrário será contrariar a própria natureza das coisas, fazendo com que os tribunais fiquem abarrotados de petições ineptas, quando redigidas pelo próprio condenado, que, na ânsia compreensível na busca da liberdade, encaminha ao Judiciário toda a sorte de postulações destituídas de qualquer base jurídica.

Ao meu tempo de Procurador de Justiça, perante a Seção Criminal de nosso Tribunal de Justiça (RJ), quando tais petições me vinham com vista, não emitia parecer de mérito. Em respeito ao direito de petição do condenado e para não lhe tolher o acesso à Justiça, sistematicamente requeria ao relator do feito que ensejasse vista à Defensoria Pública com atribuição no colegiado para que, se possível, desse forma jurídica ao pedido, sem prejuízo, caso assim o desejasse, de o próprio condenado escolher, no futuro, advogado de sua confiança.

Com tal providência, evitava argüir, desde logo, a inépcia da inicial formulada pelo próprio sentenciado, dando-lhe a oportunidade do exercício do sagrado direito de petição e de um completo e bem assistido acesso à Justiça.

6. Fascinante, não há negar, é a questão que envolve a revisão criminal em relação às decisões do Tribunal do Júri. A doutrina e a jurisprudência amplamente dominantes sustentam a possibilidade da rescisória penal sem limites nos casos da decisão oriunda do tribunal popular ²³.

Aqui, também, penso de forma diferente de tão ilustres pronunciamentos. Com efeito, assegurando o art. 5º, XXXVIII, letra "c" a soberania dos veredictos, não me parece possam os juízes de direito substituir os juízes leigos, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

²² A matéria, nesse ponto, encontra-se *sub iudice* no STF, que suspendeu liminarmente a vigência do art. 1º, I, na parte relacionada aos juizados especiais, em ADIn em curso naquela corte tendo por objeto diversos dispositivos da Lei 8906/94, ao argumento de infringência ao princípio do acesso à Justiça (*Apud op. cit.*, in nº 1 dessas notas, p. 623).

²³ PORTO, Hermínio Alberto Marques, in *Júri*, pp. 39/40, Editora Saraiva, 2001, no sentido indicado, com apoio nas opiniões valiosas de MARQUES, José Frederico e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Do mesmo sentir o Supremo Tribunal Federal, in *RTJ* 115/1114 e *HC* 67.737, *DJU* de 16-2-90, p. 930, *apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas.

Entenda-se bem o conceito de soberania (do latim *super omnia*, ao pé da letra, sobre todas as coisas); quando a Carta Política assegura tal predicado aos julgamentos do tribunal popular, não está ela afirmando que se trata de uma decisão incontestável, impossível de ser revista, pois nenhuma providência humana merece tal regalia quando em jogo uma condenação criminal e, por via de consequência, a liberdade individual, tutelada no primeiro plano dos direitos e garantias fundamentais do homem (art. 5º, *caput*). Somente a vida guarda precedência em relação à liberdade, pois dela defluem todos os demais direitos, como já ressaltado.

O problema que se coloca consiste em saber se o juiz togado, em face do que dispõe a Constituição Federal, dispõe de **jurisdição** para rever o veredicto popular. Averbese-se que, ao meu alvitre, não se trata de mera questão de falta de competência mas sim de ausência de jurisdição para reexaminar a decisão de mérito emanada do juiz leigo, decorrendo daí a impossibilidade da revisão da matéria pelo juiz de direito.

É preciso assinalar que o tribunal não fica tolhido de examinar o veredicto. Porém, ao desconstituí-lo, restaura a competência do Júri, único juiz natural dotado de **jurisdição**, reafirme-se, para, quanto ao mérito, julgar o réu nos crimes dolosos contra a vida.

Nem se argumente que a soberania do Júri cede a várias injunções, tais como o protesto por novo júri ou à apelação, nos casos previstos em lei. Tal linha de pensamento não se presta para justificar a possibilidade da adoção da revisão criminal como meio válido para, quanto ao mérito, substituir o julgado dos jurados. Em relação ao protesto por novo júri, é de ponderar-se que se trata de recurso de juiz leigo para juiz leigo. *Substantia non mutat*. É o próprio Júri, por novos jurados, que irá reapreciar o veredicto recorrido, desde que verificada a hipótese rara contemplada na lei. Portanto, não se sustenta o argumento que pretende estabelecer uma analogia entre as duas situações, pois, quando do Protesto, a jurisdição popular resta resguardada em toda a sua plenitude. É recurso de juiz natural para juiz natural, de leigo para leigo.

Diga-se o mesmo em relação à apelação, pois, quanto ao mérito, o Tribunal não revoga o veredicto, limitando-se a prover o apelo para que novo julgamento seja levado a efeito pelo Júri (art. 593, III, "d" c/c § 3º do CPP). Igualmente, na hipótese de nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, "a" do CPP) a instância superior limita-se a atuar como mera *giurisdizione regolatrice*, verificando a ocorrência ou não de *error in procedendo*. Portanto, não é em qualquer apelação que o juízo *ad quem* funciona como *judicium rescindens* e *judicium rescissorium*. Nos dois casos acima anotados, o máximo que o Tribunal poderá fazer consiste em rescindir o julgamento e determinar a realização de novo julgamento por novos jurados. Reafirmo: trata-se de matéria que envolve jurisdição e não mera questão de competência. Daí, parecer-me equivocada a analogia que se busca estabelecer entre aquelas duas situações processuais e a plena jurisdição que se pretende emprestar ao juízo revisional no exame do veredicto proveniente do tribunal popular.

Penso, porém, que em duas outras situações processuais torna-se possível que o juízo revisional possa rever a sentença emanada do juiz de direito que presidiu o julgamento. Isto se dará se a sentença do juiz presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dadas pelos jurados aos quesitos. Aqui, o juízo revisional fará a devida retificação. Diga-se o mesmo quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena.

Anote-se um dado importante: no caso, o Tribunal está revendo a sentença do juiz, portanto atuando dentro da sua própria jurisdição, buscando a decisão justa. Já nos casos anteriores, ele estaria cassando o veredicto, absolvendo um réu que fora condenado por seu juiz natural, o Júri, ou invalidando o julgamento ali proferido.

Portanto, o julgamento da revisão estará restrito, nos casos apontados, à rescisão do que ficou decidido pelo Tribunal do Júri, órgão julgador que continuará competente para o novo julgamento, tal como ocorre com a apelação.

7. Iniciamos o presente trabalho acenando para o equívoco do Código de Processo Penal ao classificar entre os recursos a revisão criminal, quando, na realidade, ela nada mais é que uma ação voltada para a rescisão de uma condenação coberta pelo manto da summa preclusão. Pondere-se, no entanto, que, embora indevida a topologia da revisão no Código de Ritos, vale a anotação de que o recurso, do ponto de vista ontológico, é ação, como já tive a oportunidade de analisar a matéria, em outra ocasião ²⁴.

Observe-se que TORNAGHI ²⁵, do alto do seu saber, minimiza a discussão que se instaurou no campo da doutrina a propósito da natureza jurídica da revisão, ao registrar que a dissidência perde substância “para os que sustentam que todo recurso é ação”, segundo ele uma questão bizantina, até mesmo entre os que assim não pensam, não vislumbrando, nessa maneira de ver, qualquer importância prática em que a lei discipline a revisão como ação rescisória ou como recurso. E observa, concluindo, que, nesse caso, será um “recurso excepcional”, caracterizado pelo fato de só caber de sentenças finais, isto é, aquelas transitadas em julgado. No particular, afasto-me do eminente processualista, meu professor sempre lembrado. Tenho como certa, certíssima, a afirmação no caminho de que recurso é ação. Porém, nem por isso merece aplauso a colocação dada pelo Código ao disciplinar a revisão como “recurso excepcional”, como quer TORNAGHI, ou, ainda, com qualquer outra designação que se lhe empreste. É remansoso que o recurso, seja ele qual for, tem como pressuposto objetivo a exigência do prazo legal para a sua interposição. Portanto, uma vez trânsita a decisão, isto é, protegida pela suprema preclusão, não há falar em recurso mas sim em ação rescisória do julgado. O Código de Processo Civil, acertadamente, trata, separadamente, os dois temas, ocupando-se da ação

²⁴ Para um exame mais pormenorizado do assunto, veja-se o meu estudo “O Recurso do Assistente do Ministério Público” in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 153 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

²⁵ *Apud op. cit.*, in nº 7 dessas notas, p. 361.

rescisória no Capítulo IV, do Título IX, do Livro I, que cogita "Do Processo nos Tribunais" (arts. 485 a 495) e dos recursos no Título X (art. 496 e seguintes) do mesmo Livro.

No magistério de PONTES DE MIRANDA, o que caracteriza o recurso é ser uma via "impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual da resolução judicial que se impugna" ²⁶. Ora, sob o efeito da *res judicata*, o *decisum* só pode ser enfrentado, no crime, pelo caminho da revisão. Daí a má disposição do Código de Processo Penal ao discipliná-la entre os recursos.

No trabalho de reconstrução do processo penal que vem sendo elaborado nos últimos anos, nem sempre para melhor, assinale-se, dar-me-ia por bem recompensado se algumas dessas notas esparsas, abordando a revisão, pudessem contribuir para o aperfeiçoamento técnico de nossa tumultuada legislação processual penal.

Inverno de 2003.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI, *Tratado das Ações*, v. XIV, p. 257, *apud Curso de Direito Processual Civil*, THEODORO JÚNIOR, Humberto, vol. I, p. 634, 20ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e professor universitário.
