

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

ÂMBITO COGNITIVO DA REVISÃO CRIMINAL, QUANDO FUNDADA NO ART. 621, I, SEGUNDA HIPÓTESE, DO CPP*

MARIA ALICE SILVA MORAES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Natureza jurídica: 2.1 Ação (padrão ou *sui generis*); 2.2 Recurso *sui generis*; 2.3 Recurso/Ação; 2.4 Meio de impugnação de decisão, de raiz constitucional – 3. Os termos convencionais da equação – 4. Reexame da prova – Admissibilidade – 5. Contrariedade à evidência dos autos: 5.1 Acepção restrita; 5.2 Acepção ampla; 5.3 O problema da dúvida; 5.4 Insuficiência probatória/Presunção de inocência – 6. Proposta de reordenação do problema: 6.1 Erro judiciário. Ampla averiguação; 6.2 Erro judiciário. Conceito; 6.3 Erro judiciário/Presunção de inocência/*In dubio pro reo* – 7. Conclusões – Bibliografia.

“Uma justiça que reconhece os próprios erros e se corrige, que não os procuro manter e defender com fórmulas vãs, é uma justiça edificante, que só confiança poderá inspirar.”

(Jorge Alberto Romeiro, *Elementos de direito penal e processo penal*, Saraiva, 1978, p. 73.)

Resumo: O trabalho perseguiu os seguintes objetivos: a) ampliação do âmbito cognitivo da revisão criminal, em face de prevalente orientação pela qual prova, que se consideraria insuficiente na apelação, tem o condão de afastar a idéia de “contrariedade à evidência dos autos”; b) relacionar essencialmente os conceitos de “evidência dos autos” e “presunção de inocência”, de modo que, na resplandecência desta, verifica-se a contrariedade àquela, e, inversamente, na opacidade da última, não se contesta a primeira.

Palavras-chave: Insuficiência de prova – Presunção de inocência – Contrariedade à evidência dos autos – *In dubio pro reo*.

1. Introdução

Predomina nos Tribunais o entendimento de que restrito o espaço cognitivo da pretensão revisional absolutória, consistindo em verificação objetiva das si-

(*) A meu pai, pelas nossas discussões que possibilitaram a realização deste trabalho.

tuações definidas nos incs. I, II e IV do art. 386 da Lei Adjetiva Penal. Significa dizer que a maioria dos julgados considera desbordante dos limites desse espaço a reavaliação das provas consteladas na ação revidenda, com vista a eventual ilação de *insuficiência* (art. 386, VI). Estatui-se, como cânone absoluto, preceito excludente do sopeso da carga de dubitatividade da prova, esforço cognitivo sem lugar na revisão criminal.

Visando este trabalho pôr em questão essa orientação restritiva, começará pelo inventário das posições conflitantes no problema da definição da natureza jurídica da revisão, tópico em que se procurará sustentar sua índole de remédio constitucional, assentando, desse modo, a primeira premissa do raciocínio orientado na direção de sua irrestrita, por assim dizer, amplitude cognitiva.

Na seqüência, dar-se-á destaque aos *termos convencionais da equação*, sublinhando que o julgamento da pretensão revisional expressará ou (a) exclusivamente um juízo de verificação da existência de *alguma* prova capaz de arrimar a solução condenatória, hipótese em que a coisa julgada não se mostrará passível de rescisão, ou (b) também um juízo avaliatório da *suficiência* da prova, tudo conforme a elasticidade atribuível ao conceito de contrariedade à evidência dos autos.

Continuando, o trabalho focalizará as acepções restrita e ampla desse conceito, no plano doutrinário, passando pelo problema da admissibilidade do reexame da prova da ação revidenda e abordará o problema do peso da dúvida. Em seguida, ocupar-se-á do binômio insuficiência probatória/presunção de inocência, concluindo por sugerir uma reordenação dos dados da questão da amplitude cognitiva da revisão, a partir do conceito de erro judiciário e da demonstração correlata de que sua averiguação deve ser ilimitada, passando pela análise da tensão entre prova insuficiente e presunção de inocência.

2. Natureza jurídica

Abordando-se qualquer aspecto do tema Revisão Criminal, sempre vem a propósito ferir, introdutoriamente, o tormentoso problema de sua natureza jurídica.

2.1 Ação (padrão ou sui generis)

Nessa categoria, classificam-na:

José Frederico Marques, para quem a revisão criminal não é recurso¹ e, sim, "ação penal constitutiva, destinada a rescindir sentença condenatória em processo findo".²

(1) José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*, Bookseller, 1997, vol. IV, p. 305.

(2) Idem, *ibidem*, p. 311.

Fernando da Costa Tourinho Filho, ressaltando que, “embora embutida no capítulo atinente aos recursos, a revisão é, também, verdadeira ação autônoma destinada ao desfazimento dos efeitos produzidos por uma sentença condenatória transitada em julgado”.³

Vicente de Azevedo, que a define como “uma ação destinada a corrigir a decisão judicial da qual já não caiba recurso ordinário”.⁴

Além dos autores mencionados, Sérgio de Oliveira Médici alinha, na corrente em foco, Pontes de Miranda (“a revisão criminal é ação, e é remédio jurídico processual, e não recurso”), Gama Malcher (“ação direta de impugnação”), Rogério Lauria Tucci (“ação de conhecimento de caráter constitutivo”), Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (“ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado”).⁵

Acrescente-se o nome ilustre de Galdino Siqueira, para quem a revisão “tem uma função *sui generis*, mais de ação rescisória do que recurso”.⁶

Esta é a “posição mais aceita na doutrina”.⁷

2.2 Recurso *sui generis*

Nessa categoria, incluem-na:

Magalhães Noronha, afirmando, categoricamente, que “a revisão é um recurso misto, e *sui generis*”.⁸

Espínola Filho: “um recurso de caráter especial (misto) e objetivo geral, acentuando que esse aspecto especial (misto) resulta da circunstância de participar ela do recurso, assemelhando-se, entretanto, a uma ação, como, em matéria cível, ocorre com as rescisórias”.⁹

Esse notável processualista arrola Pimenta Bueno, M. I. Carvalho de Mendonça, Barbalho, Pedro Lessa, Carlos Maximiliano, Escorel, Macedo Soares, Bento de Faria, entre os que se referem à revisão como “recurso”, e destaca, em posição

(3) Fernando da Costa Tourinho Filho. *Código de Processo Penal comentado*, 2. ed., Saraiva, vol. 2, p. 363.

(4) Vicente de Azevedo. *Curso de direito judiciário penal*, 1958, vol. II, p. 347, apud José Frederico Marques, op. e loc. cit.

(5) Sérgio de Oliveira Médici. *Revisão criminal*, RT, 1998, p. 232-235.

(6) Apud E. Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*, 22. ed., Saraiva, 1994, p. 380.

(7) Pedro Henrique Demercian e Jorge Maluly Assaf. *Curso de processo penal*, Atlas, 1999, p. 489.

(8) E. Magalhães Noronha, op. e loc. cit.

(9) Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal brasileiro*, Freitas Bastos, 1944, vol. VI, p. 7.

intermediária, as figuras de Whitaker ("recurso *sui generis*; mais ação rescisória do que recurso") e de Sady Gusmão.¹⁰

2.3 Recurso/Ação

Essa conceituação é utilizada por Walter Acosta: "é, em suma, misto de recurso e ação, assemelhada à ação rescisória cível...".¹¹

2.4 Meio de impugnação de decisão, de raiz constitucional

É a posição defendida, com brilho invulgar, por Sérgio Oliveira Médici.

Este autor sustenta, fundamentalmente, que:

a) ação não é, porque "atos, sujeitos e regras essenciais das ações (...) não estão presentes na revisão criminal, como a *citação*, as *partes* (mesmo que somente em sentido formal) e o *contraditório pleno* ou *efetivo*";¹²

b) tampouco é recurso, porque (b.1) na revisão, e não assim também no recurso, a impugnabilidade da decisão guarda relação com o seu conteúdo ou teor material, *exclusivamente condenatório*, e (b.2) como "a revisão foi instituída exatamente para propiciar o reexame dos julgamentos irrecorríveis" constituiria inadmissível paradoxo falar em "*recurso* contra decisão *irrecorrível*";¹³

c) "*A coisa julgada* (...) está consagrada entre os direitos e garantias fundamentais instituídos pela Constituição da República. Conseqüentemente, para que a lei admita a revisão, há necessidade de autorização constitucional – caso contrário, o Código de Processo Penal afrontaria a Lei Maior ao instituir meio jurídico que se oponha à coisa julgada",¹⁴ de modo que "a revisão deve ser colocada na mesma dignidade constitucional do *habeas corpus* e do mandado de segurança, instrumentos do sistema denominado *garantismo penal*";¹⁵

d) portanto, é meio impugnativo de julgado revestido da autoridade da coisa julgada, no que difere substancialmente e significativamente do recurso, que se define como meio impugnativo utilizável anteriormente ao trânsito em julgado da decisão alvo.

(10) Idem, ibidem, p. 13-14.

(11) Walter Acosta. *O processo penal*, 18. ed., Editora do Autor, 1989, p. 373.

(12) Sérgio Oliveira Médici, op. e loc. cit.

(13) Idem, ibidem, p. 231-232.

(14) Idem, ibidem, p. 247.

(15) Idem, ibidem, p. 266.

Rogério Lauria Tucci insere a revisão no rol de "atuações judiciais de caráter constitucional na jurisdição penal", porque base da "responsabilidade ressarcitória do Estado, nos termos do disposto no inc. LXXV do (...) art. 5.º".¹⁶

Há quem afirme que a questão é "bizantina" e sem "importância prática".¹⁷

Quer nos parecer, porém, que a definição da natureza jurídica diz com o problema da extensão ou amplitude do conhecimento da revisão (sob a óptica do mérito da ação penal revidenda). Será maior ou menor, se entendida como recurso, ação ou meio impugnativo de raiz constitucional. Somente neste último caso, pensamos, a revisão – "livre que se apresenta dos rigores de condições de uma ação propriamente dita"¹⁸ e imune à censura de camuflar ilimitada valoração probatória típica da apelação – poderá realizar plenamente a correção do *erro judiciário*, que, como procuraremos demonstrar, tanto pode assumir a feição de "contrariedade à evidência dos autos" (na restrita acepção de condenação sem prova) quanto a de "insuficiência probatória" (na ampla idéia de condenação onde prova havia, mas sem força bastante para elidir a presunção de inocência).

3. Os termos convencionais da equação

Acreditando não incorrer em excessiva simplificação, tenho para mim que os limites e proporções do conhecimento da revisão, na perspectiva da questão de fato, costumam ser determinados pela extensão em que for tomada a expressão *sentença condenatória contrária à evidência dos autos*.

Se for entendido, restritivamente, que a contrariedade à *evidência dos autos* (= oposição à *certeza* que dos autos emana) é fenômeno identificável só e tão-só na condenação destituída de mínimo suporte probatório (= condenação absolutamente *sem prova*), o conceito em exame *não* compreenderá a hipótese de prova insuficiente (= prova existente, mas cuja suficiência é aquilatada variavelmente de um para outro Juiz).

Por outras palavras, a pretensão revisional absolutória somente se apresentaria em caso de acolhimento, quando *evidenciassem* (= estabelecessem como indiscutível) os autos:

- a) "estar provada a inexistência do fato" (CPP, art. 386, I);
- b) "não haver prova da existência do fato" (ibidem, inc. II);
- c) "não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal" (ibidem, IV);
- d) "existir circunstância" – não considerada na sentença – "que exclua o crime ou isente o réu de pena" (ibidem, V).

⁽¹⁶⁾ Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Saraiva, 1993, p. 86-87.

⁽¹⁷⁾ Hélio Tornaghi, citado por Sérgio de Oliveira Médici, op. cit., p. 225.

⁽¹⁸⁾ Sérgio de Oliveira Médici, op. cit., p. 241.

Na última hipótese, deve entender-se que a circunstância obstativa da condenação está relacionada ao mérito da causa, à matéria fática. Tratando-se, porventura, de questão meramente de direito, o fundamento do pedido será buscado na contrariedade ao texto expresso da lei penal. Por igual, no caso em que se houver de reconhecer “não constituir o fato infração penal” (CPP, art. 386, III).

Como visto, *excluída*, como fundamento apto a conferir ao pedido possibilidade jurídica, a hipótese de *insuficiência probatória* (ibidem, inc. VI).

Já foi asseverado que “se deve qualificar como contrária à evidência dos autos decisão *inteiramente* despojada de lastro probatório; é dizer: desse conceito – necessariamente estrito para que se não dilatem incurialmente as fronteiras da província revisional, com indesejáveis reflexos desestabilizadores sobre os domínios da coisa julgada – estão excluídas as decisões, que expressem convicção plasmada por interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório (...) em síntese: no plano da ação revisional, ‘sentença contrária à evidência dos autos’ equivale à absurda condenação daquele a quem as provas *cabalmente* inocentavam; é axiomático que desse gênero não participam as sentenças condenatórias fundadas em prova, que *alguns* juízes consideram suficiente e *outros*, não”.¹⁹

Nesse sentido limitado, a revisão consiste numa operação lógico-jurídica de *verificação*. Trata-se, em última análise, de *verificar* se a sentença revidenda tem o apoio de alguma prova (uma só que seja) ou se rigorosamente nenhuma prova lhe dá suporte (sendo cabível figurar até mesmo a situação extrema em que, além de não estarem provados fato e/ou autoria, há prova da inexistência do fato imputado). Verificado que a condenação tem como supedâneo *alguma* prova, rejeita-se o pedido revisional. Verificado o contrário, dá-se o pedido por procedente, para desconstituir a condenação. Vale dizer, para absolver.

Inversamente, se for admitido que a idéia de contrariedade à evidência dos autos engloba a de insuficiência probatória, a revisão consistirá numa operação lógico-axiológico-jurídica de *reavaliação* do material probatório. Tratar-se-á, em última instância, de reabrir a avaliação crítica das provas, a mais ampla e profunda, para daí inferir ou *suficiência* inibitória do desfazimento da coisa julgada ou *insuficiência* justificadora da sua desconstituição.

4. Reexame da prova – Admissibilidade

Nesta altura, impõe-se uma digressão, para discutir o problema correlato da admissibilidade ou inadmissibilidade do *reexame* das provas, em sede revisional.

Inicialmente, parece-me razoável distinguir, por graduação de profundidade, entre *reexame* e *reavaliação* de provas, situando aquele no plano inferior de verificação objetiva, sem maior esforço ponderativo, da existência de afinidade (ou de antagonismo) entre condenação e certeza (= evidência) que os autos irradiam.

(19) Rev. TACrimSP 334.348/1.

Se válida essa distinção conceitual, haverá necessariamente *reexame* tanto na hipótese de *verificação* quanto na de *reavaliação* ou *revalorização*. Ousaria dizer, conseqüentemente, que é despropositado, é incorreto sustentar que em revisão inexistente espaço para o *reexame* de prova. Ainda quando se tome a idéia de contrariedade à evidência dos autos em sentido limitado (isto é, com exclusão da idéia de insuficiência probatória), será indispensável reexaminar o complexo probatório para concluir se ausente ou presente aquela situação de antítese entre condenação e certeza luminosa.

De venerando acórdão reproduzido na *Revista dos Tribunais*²⁰ extraem-se estes argumentos, a meu juízo irrefutáveis, no sentido de que o julgamento da revisão implica, qualquer que seja a amplitude conceitual que se atribua ao instituto, *reexame de provas*: “parece indubitado que sem o exame das provas – vale dizer, as da própria ação penal que se quer rever – não é possível saber se a decisão foi ou não contrária a essa evidência, expressão que pode ser interpretada como decorrência de uma apreciação específica da prova, no dizer de Borges da Rosa: a evidência dos autos (...) ‘é a clareza que se manifesta no conjunto dos autos, resultante do exame ou apreciação das suas diversas peças’ (*Processo penal brasileiro*, 1942, IV/66)”.

“Muitas e muitas revisões têm sido deferidas neste e em outros tribunais, absolvendo-se réus condenados em decisão anterior, exatamente porque nova apreciação da prova, a existente nos autos da ação penal, sem nenhum acréscimo, autorizava tal conclusão favorável. Por isso que não se pode referendar, *data venia*, o entendimento de que não se presta a revisão criminal ao simples reexame da prova.”

5. Contrariedade à evidência dos autos

5.1 Acepção restrita

Tem lugar apenas naqueles casos em que a prova, *com solar claridade*, revela uma condenação insustentável, por todos os ângulos e sob quaisquer critérios, na medida em que inteiramente divorciada da prova, de tal modo que o decorrente sacrifício da coisa julgada não irá causar lesão à ordem jurídica, prestando-se, antes, a valorizá-la, prestigiá-la e solidificá-la, graças ao afastamento do erro judiciário que a comprometia seriamente.

Pretende-se que, em casos tais, mais do que mera dúvida quanto à procedência da pretensão punitiva (fundamento inaceitável para a revisão), existe certeza evidente quanto à racionalidade de sua rejeição.

(20) Fascículo criminal, capítulo reservado ao TACrimSP, vol. 711/324 *et seq.*

(20-a) “Dentro do nosso sistema nenhum juiz pode recusar o reexame da prova para descobrir, mesmo enfrentando uma prova contrária ao condenado, motivos divergentes da convicção que serviu de base à sentença condenatória, máxime sob a alegação errônea

Em maior número, comparativamente aos que emprestam ao conceito horizonte mais dilatado, adotam essa posição, na doutrina, entre outros:

Espínola Filho:

"(...) só é contrária à evidência dos autos a sentença, que não tiver qualquer base na prova dos mesmos. (...) nunca se poderá dizer contrária à evidência dos autos uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, deles constante, embora se choque com outros elementos, com a maioria destes, com a sua quase totalidade. O juiz escolheu mal? Por que não apelou o réu desprezando o recurso ordinário, que a lei lhe facultava para remediar, com a submissão superior instância, a injustiça daquela avaliação? Provém do Tribunal Superior a sentença? Se este confirmou a condenação, vemos prestigiado aquele fator, isolado no conjunto das provas, mas que, à imparcialidade de dois julgamentos, se mostrou eficiente para imposição da pena; se a absolvição, pronunciada pelo juiz singular, foi substituída pela condenação, imposta pelo tribunal de apelação, o elemento probatório, a que este deu preferência, terá tido a força de impressionar tanto a maioria dos julgadores, que não vacilaram em punir, alterando a situação favorável ao réu, que a primeira sentença estabelecera. Em qualquer caso, há um sustentáculo, para a condenação, na prova dos autos, conservada a mesma, e é o bastante para que se deva respeitar o que, fazendo a livre apreciação da prova, assentou o julgador, no curso normal do processo. E esse só elemento, aberrante dos demais, podia ser preferido, como foi, sem que a condenação seja contrária à evidência dos autos, porque basta haver ele, no sentido da condenação, para que deixem os demais de apresentar, excludente de qualquer dúvida, a clareza da inocência reclamada para o provimento da revisão. Investir contra essa decisão é, como muito exatamente focalizou o já mencionado acórdão do Des. José Duarte, arvorar-se, o tribunal da revisão, em injustificável controlador dos juízes, a que a lei dá a competência normal, para, em primeira e em segunda instância, formar o íntimo convencimento, mediante a livre apreciação da prova.

Essa avaliação livre dos elementos de prova não é atribuída ao tribunal de revisão, que se deve limitar a verificar se a condenação tem base em algum daqueles elementos, ou se é divorciada de todos eles, pois só no último caso há a sentença contrária à evidência dos autos (...)." ²¹

João Martins de Oliveira:

"Para que haja afronta à evidência dos autos é necessário que a decisão não tenha base em qualquer elemento apurado e esteja em desacordo com todos os outros, justificadores de solução diferente." ²²

Magalhães Noronha:

de não admitir a natureza do recurso esta investigação da finalidade da apelação" (Des. Cunha Barreto, citado na *Rev. TACrimSP* 349.790/2).

(21) Op. cit., p. 33-35.

(22) *Revisão criminal*, Sugestões Literárias, 1967, p. 157.

“É contra a *evidência dos autos* a sentença que, ao arripio da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada no processo, o condena. Não assim a que não se apóie na versão *predominante*, o que está de acordo com o livre convencimento do julgador. É contra a *evidência dos autos* a sentença que se divorcia de todos os elementos probatórios.”²³

Florêncio de Abreu:

“O segundo caso (decisão contrária à *evidência dos autos*) envolve uma espécie de apelo para *terceira instância*; examina-se em regra, pela *terceira vez*, o mesmo processo, que é julgado mediante as mesmas provas já produzidas e apreciadas em primeira e segunda instância. A lei estabelece, contudo, uma importante restrição: a sentença revidenda deve ser contrária à *evidência dos autos* – equiparando-se até certo ponto a revisão, nesse caso, à *apelação das sentenças do júri*, que somente são passíveis de reforma quando não encontrem apoio algum na prova existente nos autos. (Valendo dizer que) o pedido não pode ter por objeto a *insuficiência da prova*, uma vez que essa circunstância não exclui a responsabilidade do condenado, nem demonstra a sua inocência.”²⁴

Na mesma linha de entendimento, decidiu o Pretório Excelso, por sua Colenda 2.^a T., em votação uniforme, que “Não se pode dizer, face ao princípio do livre convencimento do julgador, que uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, contraria a *evidência dos autos*. Somente há decisão contrária à *evidência dos autos*, quando a mesma não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo” (HC 55.790, votação unânime, relator o eminente Min. Cordeiro Guerra, *Revista Trimestral de Jurisprudência* 86/442).

No mesmo sentido, a E. 1.^a T. do STF, decidindo o RE 79.966, apoiada em parecer do eminente Procurador da República, Hélio Pinheiro da Silva – forte na doutrina de Magalhães Noronha, Borges da Rosa, Bento de Faria, Ary Franco, Florêncio de Abreu e Espínola Filho –, concluiu, nos termos do voto do eminente Min. Djaci Falcão:

“A precariedade da prova, a gerar dúvida no espírito do julgador, na fase da revisão, depois de longa aferição dos elementos probatórios em duas instâncias, não autoriza, em face do nosso sistema processual, a absolvição do pleiteante” (*Revista Trimestral de Jurisprudência* 75/862 et seq.).

5.2 Acepção ampla

Apresenta-se o fenômeno da contrariedade à *evidência dos autos também* nos casos em que a *reavaliação* da prova promove seu rebaixamento – de *suficiente*, que fora considerada na instância ordinária, para *insuficiente*, sob o prisma revisional.

⁽²³⁾ Op. cit., p. 383.

⁽²⁴⁾ Florêncio de Abreu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Forense, 1945. vol. V, p. 426-427; interpolações parentéticas, minhas.

Na doutrina, quanto pude constatar, admitem que a idéia de *insuficiência probatória* está contida na formulação conceitual de contrariedade à evidência dos autos:

Frederico Marques:

Certo é que, "se dúvidas surgirem no espírito do juiz da revisão a respeito da justiça ou injustiça da decisão, só lhe restará rescindir o aresto condenatório, desde que as dúvidas forem de tal porte que o possam levar a concluir que a imputação não ficou suficientemente provada (...) Pode-se dizer que será possível, na revisão, julgamento absolutório em todos os casos previstos no art. 386, I a VI, do CPP".²⁵

Maria Elisabeth Queijo, afirmando acertada a opinião de Nilo Batista, para quem "a decisão pode amparar-se em alguma prova e assim mesmo ofender a evidência dos autos (...) se insuficiente ou inidônea a prova há sentença contrária à evidência dos autos".²⁶

Roberto de Rezende Junqueira, sustentando que, verificada insuficiência de prova, a absolvição deverá ser decretada em qualquer instância, inclusive em sede de revisão criminal.²⁷

Em voto proferido no julgamento do HC68.437 (1.ª T. do STF), o Min. Celso de Mello salientou que, na revisão, "ampla a possibilidade de análise, discussão e valoração da prova, especialmente a de natureza testemunhal",²⁸ com o que, salvo erro de compreensão, admitiu implicitamente a absolvição por insuficiência probatória em sede revisional.

Mal compreendida tem sido a lição de Borges da Rosa, supondo-se, frequentemente, que este doutrinador, adota, sem ressalvas, a concepção restrita de contrariedade à evidência dos autos. Ele, realmente, sustenta que "se a sentença condenatória é contrária (...) a uma parte, embora a maior dos elementos de prova, já não se pode dizer que ela é contrária à evidência dos autos". Mas a lição prossegue, ressaltando: "desde que não discrepe da verdade que se colhe claramente, de maneira indubitável, do conjunto das peças existentes nos autos".²⁹ A ênfase, pois, não está em ter ou não ter a sentença algum arrimo probatório, mas em se apresentar *isenta de dúvida* a convicção que ela expressa.

5.3 O problema da dúvida

Relativamente ao problema da *dúvida* como fundamento da pretensão desconstitutiva:

(25) Op. cit., vol. IV, p. 324-333.

(26) Maria Elisabeth Queijo. *Da revisão criminal...* Malheiros, s.d., p. 211.

(27) "A revisão e o juiz", RT 411/15-18, apud Maria Elisabeth Queijo, op. cit., p. 212.

(28) RTJ 135/698.

(29) *Comentários ao Código de Processo Penal*, 3. ed., RT, p. 737.

Foi lembrado, perceptivamente, que, no âmbito da revisão criminal, "são comuns discordâncias fáticas e jurídicas entre os integrantes de Grupos de Câmaras Criminais, uns mantendo a condenação, outros afastando-a para absolver. E em caso de eventual empate na votação prevalecerá a decisão mais favorável ao réu, previsão que sob um certo prisma reforça o entendimento de que a dúvida autoriza o deferimento do pedido revisional. Dúvida aparentemente sempre presente quando há esse empate".³⁰

E foi destacado que inexistente "razão para se permitir ao juiz do recurso de apelação absolver no caso de 'dúvida' e se negar ao juiz da revisão para proceder da mesma forma".³¹

Em contraste, foi argumentado que, "bastasse à procedência da ação revisional alguma possível dúvida sobre o valor certificante da prova produzida, então, em todos os casos de julgamento colegiado condenatório, em apelação, *por maioria de votos*, seria de reconhecer, inevitavelmente, o provimento das revisões epigonais, porque se acharia, *sempre*, à raiz, o fato histórico e subsistente de uma *dúvida*; estaríamos, pois, à frente de uma curiosa hipótese de prejudicialidade lógica, em que o voto minoritário na apelação criminal deveria, de modo indispensável, impor-se no julgamento da revisão".³²

Há mesmo quem afirme, com todas as letras, que, "'na revisão', a dúvida milita em desfavor do réu".³³

Todavia, mesmo quem sustenta que "o argumento da dúvida não prevalece na instância revisional",³⁴ vê-se compelido a admitir que são adequadas "revisões

(30) RT 711/327.

(31) Ibidem.

(31-a) Entre outros, prevêem a predominância da decisão mais favorável ao réu, em caso de empate, os Regimentos Internos: TJ do Amapá (art. 170, § 1.º); do TJ de Goiás (art. 200); do TA de Minas Gerais (art. 112, § 3.º); do TJ da Paraíba (art. 191, *caput*); do TA do Paraná (art. 129, § 3.º); do TJ de Rondônia (art. 398, § 2.º); do TACrimSP (art. 140, § 2.º) do TJ Santa Catarina (art. 141, I). Não se conhece disposição regimental em sentido oposto.

O STF tem decidido que:

"Revisão criminal. Empate na votação, com o voto do Grupo de Câmaras. Prevalência da solução mais favorável requerente" (HC 59.863-3-SP, RT 566/392). No mesmo sentido, *Habeas Corpus* 52.838, 53.441 e 55.029.

(31-b) "Nenhuma razão há para se permitir ao juiz do recurso de apelação para absolver em caso de 'dúvida' e se negar ao juiz da revisão para proceder da mesma forma" (Des. Cunha Bueno, "Revisão criminal", RT 749/796).

(32) Rev. TACrimSP, 334.348/1.

(33) Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*, 5. ed., Saraiva, p. 457.

(34) José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini. Revisão criminal, de seu âmbito no direito pátrio - Inteligência da locução "Sentença condenatória contrária à evidência dos autos", RT 390/24-29.

nos casos em que a sentença, embora com esteio em um ou outro elemento, perante o conjunto do processo evidencie afinal, no todo ou em parte, 'uma iniquidade insuperável'".³⁵

Dizer isso, bem feitas as contas, é aceitar que aquele elemento sustentador da condenação não era suficiente para elidir a presunção de inocência (CPP, art. 386, VI).

5.4 Insuficiência probatória/Presunção de inocência

À margem, é oportuno referir interessante controvérsia em torno do binômio insuficiência probatória/presunção de inocência:

De um lado, "Há quem sustente que, em face do princípio do Estado de Inocência (art. 5.º, LVII, CF), esse inciso do Código está revogado, porque se o juiz reconhecer que não há prova suficiente, de uma forma ou de outra, estará reconhecendo que alguma prova, ainda que insuficiente para a condenação, haverá contra o acusado. E, como ele não pode ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, haveria lesão a seu estado de presumível inocência. O fato deve ser tido como não provado; deve ser considerado inexistente".

De outro, com melhor critério, sublinha-se "haver um pouco de exagero, não só no raciocínio como em sua conclusão. Ora, se o juiz, ao término da instrução, reconhece a existência de prova ténue da ocorrência do crime (fato criminoso), porém, no cotejo dessa com outras provas, vê-se diante de uma dúvida invencível, não poderá prolatar sentença condenatória, porque a dúvida milita em prol do acusado, justamente pela presunção de sua inocência.

Em suma, nenhuma incompatibilidade há entre o citado dispositivo de lei e o princípio da inocência, já que o réu não será considerado culpado, no sentido que lhe empresta a Carta Magna. Nenhuma repercussão de caráter punitivo ou construtivo da liberdade poderá decorrer dessa sentença absolutória".³⁶

6. Proposta de reordenação do problema

Ouso sugerir que, sendo *meio impugnativo de substrato constitucional* a revisão, à fórmula "decisão condenatória contrária à evidência dos autos" *não* repugna a hipótese de insuficiência probatória.

Melhor dizendo, ousou sugerir que a rígida contraposição, a inflexível polarização desses conceitos, mais dificulta do que facilita a delimitação da análise

(35) Idem, *ibidem*, p. 30.

(36) Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, *op. cit.*, p. 396-397.

cognitiva, na perspectiva da questão de fato, porque um transcendental instrumento apto a desconstituir a coisa julgada em face do erro judiciário não pode – é axiomático – padecer de constrangimentos cognitivos.

Na realidade, quero crer que o Juiz da revisão *não* pode:

– deixar-se enredar por dificuldades conceituais de interesse acadêmico, que, por isso mesmo, não a ele mas à doutrina cabe deslindar (e nem sempre são convergentes os interesses dela e dele, casos havendo, e não raros, nos quais ela aponta uma solução dogmática, ortodoxa, e ele abraça uma solução extranormativa ditada por razões de política criminal ou de equidade);

– perder de vista que a razão de ser da revisão é a necessidade de desfazer o erro judiciário, seja qual for a forma, a feição com que se apresente.

Tudo isto querendo dizer que a revisão deve ser acolhida, sempre que o Juiz descortine em seu horizonte intelectual e moral dúvida conducente à convicção de não ser a prova suficiente para a condenação.

No meu sentir, é imperativo ter bem presente no espírito que:

(A) “evidência dos autos” é, por assim dizer, aquela curiosa manifestação de claridade, que envolve o conjunto da prova e que, longe de ofuscar o observador, aguça-lhe a percepção e a apreensão da verdade, tal como sucede na epifania, levando-o a ter por certo que a decisão condenatória é inconsistente; “a evidência é, pois, a verdade manifesta”.³⁷ De quê? De que se está na presença do erro judiciário;

(B) ora, a verdade que os autos manifestam de modo resplandecente tanto pode consistir em (B.1) certeza de que há radical antagonismo entre condenação e prova, quanto em (B.2) paradoxal certeza de que a prova não é estreme de dúvida;

(C) é inconcebível a dualidade de um juiz da apelação, *sensível à dúvida*, e um juiz da revisão, *refratário à dúvida*; a passagem da esfera ordinária para a órbita revisional não sujeita o mesmo juiz a uma metamorfose, que o levaria a ver íntegra a presunção de inocência, lá e eliminada, aqui;

(D) se o juiz da revisão verifica que a presunção de inocência não deveria ter sido afastada, porque a prova, contaminada pela dúvida, carecia de força elidente, ele obviamente não pode manter operante a decisão revidenda;

(E) se assim não fosse – quero dizer, se ele devesse *fazer de conta* que a dúvida não flutua em seu espírito –, se houvesse essa peia, o juiz da revisão não poderia formar *livremente* o seu conhecimento; ora, quem, em sã consciência, advogaria a tese de que o princípio enunciado no art. 157 do CPP não incide no terreno revisional, em que, em verdade, ele incide ainda mais larga e profundamente, porque a pesquisa de eventual erro judiciário exige, mais do que em qualquer outro lugar, a “livre apreciação da prova”?!

(37) Sérgio de Oliveira Médici, op. cit., p. 160.

6.1 Erro judiciário. Ampla averiguação

Ora, se na correção do erro judiciário concentra-se a preocupação maior do Juiz da revisão,³⁸ quer parecer que não o devem tolher “regras ortodoxas” ou “formalismos processuais”, até porque “não há regras legais para delimitar o âmbito da ‘evidência dos autos’, uma vez que esta se forma por meio do exame das provas e dos elementos de convicção existentes no processo (e) esse é o motivo pelo qual se deve afirmar que não cabe traçar, *a priori*, por meio de princípios rígidos e uniformes, o que deva entender-se por condenação contrária à evidência dos autos”.³⁹

6.2 Erro judiciário. Conceito

Objetar-se-ia, eventualmente, que está a surgir nova dificuldade conceitual – a definição de “erro judiciário”. Será uma coisa para este, outra para aquele, e estaríamos num impasse tão ou mais complexo do que o beco sem saída da exata definição de “contrariedade à evidência dos autos”.

Tenho a pretensão de acreditar que não é assim e que o problema por inteiro se resolve, tendo-se em mente a noção de que condenação significa elisão da presunção de inocência.

Vejamos:

a) a presunção de inocência evola-se quando réu passa a ser considerado “culpado”, isto é, quando transita em julgado a sentença condenatória (CF, art. 5.º, LVII);

b) portanto, não é de ser considerado culpado (pena de calúnia) todo aquele que, encerrado definitivamente o processo, não teve vencida a presunção de inocência;

c) ora, ao fim e ao cabo, é não-culpado assim aquele cuja presunção de inocência a prova integralmente abonou, como aquele cuja presunção de inocência a prova, no seu conjunto, não pôde vencer; não é lícito fazer distinção entre esta e aquela expressão da presunção em tela!

d) prova insuficiente para a condenação é, pois, aquela que debilita, mas não tem força para vencer a presunção de inocência que milita em favor do réu.

Dessas premissas extrai-se uma só conclusão: corporifica-se o erro judiciário na verificação de que, bem valorada a verdade dos autos, não era de reputar

(38) Sobre o tema, consultem-se: Espínola Filho, op. cit., p. 15; José Frederico Marques, op. cit., vol. IV, p. 306; Walter Acosta, op. cit., p. 373; Magalhães Noronha, op. cit., p. 381; Maria Elisabeth Queijo, op. cit., p. 79 *et seq.*; Rogério Lauria Tucci, op. cit., p. 457.

(39) José Frederico Marques, op. cit., vol. IV, p. 324.

vencida a presunção de inocência, fosse porque inexistente prova elidente, fosse porque não elidente a prova existente (= insuficiente para o efeito).

6.3 Erro judiciário/Presunção de inocência/*In dubio pro reo*

Comentando o inc. LVII do art. 5.º, o insigne constitucionalista Celso Ribeiro Bastos observa que “o princípio da presunção de inocência guarda proximidade com o do *in dubio pro reo*. Nada obstante o fato de se tratar de um direito individual, portanto destinado a proteger uma situação subjetiva, o princípio em questão não deixa de ter uma outra vertente, esta voltada para o juiz no sentido de impor ao magistrado pronunciar-se de forma favorável ao réu, toda vez que não tiver certeza quanto aos fatos decisivos postos em controvérsia”, e acrescenta: “Canotilho, ao comentar o dispositivo análogo na Constituição Portuguesa (...) considera o princípio ali estatuído associado com o da *nulla poena sine culpa*”, de considerar “violado se, não estando o juiz convencido sobre a existência dos pressupostos de fato, pronuncia uma sentença de condenação. Os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídica processual do princípio jurídico material da culpa concreta como suporte axiológico normativo da pena”.⁴⁰

Aí está: prova duvidosa não elide a presunção de inocência.

7. Conclusões

– Na revisão, o que se impõe verificar, mediante reexame valorativo da prova, é se esta tinha realmente força para elidir a presunção de inocência.

Se, (re)passando a decisão condenatória no crivo da prova, o juiz da revisão vê-se diante da revelação fulgurante de que constitui erro dar por eliminada a prova da inocência, o pedido há de ser julgado procedente. E a tanto se chega quer na hipótese de se verificar inexistente prova da materialidade e/ou autoria (quando seria apropriado dizer que virginalmente intacta a presunção de inocência), quer na eventualidade de se verificar existente prova com aptidão apenas para enfraquecer aquela presunção. Fortalecida pela prova ou por ela não mais do que enfraquecida, em *ambos* os casos o imperativo éticojurídico do restabelecimento da presunção de inocência sobrepuja o interesse na preservação da coisa julgada. Pouco importa, então, que se tome o conceito de contrariedade à evidência dos autos em maior ou menor extensão. Decisão que tenha afastado a presunção de inocência sem autorização da prova (= inexistência de prova elidente ou existência de prova sem vigor elidente) é decisão contrária à evidência dos autos. É patente erro judiciário.

⁽⁴⁰⁾ *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, vol. 2, p. 278-279.

É disso que se trata, verdadeiramente. Não de estar o juiz prisioneiro numa teia de noções obscuras, imprecisas e, por isso mesmo, controvertidas, que sirvam apenas para embotar a percepção do que efetivamente conta e interessa – a averiguação de erro judiciário.

– Na revisão, o desfecho absolutório pode articular-se a qualquer dos incisos do art. 386 do CPP.

– Para conforto da consciência jurídica (do Juiz, da Câmara, do Grupo de Câmaras, do Tribunal Pleno, do Poder Judiciário, da Nação), a eliminação da possibilidade de estar a sentença contaminada pelo erro judiciário deve ser perseguida até onde possam ir as forças humanas, de sorte que caberia admitir, por via de consequência, a reabertura da instrução,⁴¹ estendendo-se analogicamente ao campo revisional a faculdade expressa no art. 616 do CPP.

Finalmente:

– A sacralidade da coisa julgada não deve projetar uma sombra paralisante no esforço revisional, pois “a ruptura ou quebra da coisa julgada, pela revisão”, deve ser concebida “como um vírus vacínico ou um contraveneno, ministrado no interesse da própria subsistência do instituto da coisa julgada, de inegável necessidade social, pois restaria ele inteiramente desacreditado, quando impossível a correção de clamorosos erros judiciários que, com a imutabilidade das sentenças transitadas em julgado, se pretendesse justificar aos olhos do povo”.⁴²

Bibliografia

ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1945. vol. V.

ACOSTA, Walter. *O processo penal*. 18. ed. Editora do Autor, 1989.

AZEVEDO FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de. “Revisão criminal, de seu âmbito no direito pátrio – Inteligência da locução ‘Sentença condenatória contrária à evidência dos autos’”. *RT* 390/24-29.

BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1989. vol. 2.

DEMERCIAN, Pedro e MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. São Paulo : Atlas, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1944. vol. VI.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1997. vol. IV.

⁽⁴¹⁾ Nesse sentido, Maria Elisabeth Queijo, op. cit., p. 242.

⁽⁴²⁾ Jorge Alberto Romeiro, op. cit., p. 66.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. São Paulo : RT, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1997.

———. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1996.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *Da revisão criminal – Condições da ação*. São Paulo : Malheiros, 1998.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, vol. 2.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993.