

# NON BIS IN IDEM, PROTEÇÃO DA COISA JULGADA E REVISÃO CRIMINAL

12

## 12.1 NORMATIVIDADE

Nos termos do art. 14.6 do PIDCP, “se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se o indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei”. No item seguinte (art. 14.7), estabelece que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. Está expresso no art. 4º do Protocolo 7º, adicional ao Convênio de Direitos Humanos, que “ninguém poderá ser perseguido ou condenado penalmente por Tribunais de um mesmo Estado, por uma infração pela qual tenha sido condenado ou absolvido por uma sentença com trânsito em julgado, conforme a lei e o processo do respectivo Estado”. No art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de dezembro de 2000 consta que “ninguém poderá ser acusado ou condenado penalmente por uma infração pela qual tenha sido absolvido ou condenado na União, mediante decisão com trânsito em julgado, conforme a lei”. O princípio do *non bis in idem* também aparece nos arts. 54 a 58 do Convênio para aplicação do Acordo de Schengen, de 19.6.1990, e no art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 10.12.2000.

Por outro lado, a CADH, em seu art. 8.4, estipula que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo, pelos mesmos fatos”. Segundo o art. 5º, XXXVI, da CF, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O CPP, nos arts. 621 a 631, agasalha regras de cabimento, competência (além das constitucionais – arts. 102, I, *j*, e 105, I, *e*, e 108, I, *b*, CF), procedimento e efeitos da ação de revisão criminal, inadequadamente inserida no título referente aos recursos. Não se trata de recurso, mas de remédio jurídico impugnativo autônomo, de ação impugnativa autônoma com entidade suficiente para afastar os efeitos condenatórios da coisa julgada. Ademais, é de ser integrado o art. 485 do CPC, quando adequado e pertinente às hipóteses de cabimento da revisão criminal.

## 12.2 CONTEÚDO

O direito fundamental à segurança jurídica decorre do art. 5º, *caput*, da CF, combinado com a proteção dada ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF). Para que uma decisão judicial seja confiável e efetiva, esgotadas as etapas recursais, há de se tornar definitiva, imutável e ser cumprida, irradiando seus efeitos endo e extraprocessuais. Em face do direito fundamental à segurança jurídica, advindo do Estado de Direito, e da proteção da coisa julgada, aliados à presunção de inocência e à ratificação da CADH, não são admissíveis revisões criminais de sentenças absolutórias e as revisões das sentenças condenatórias obedecem aos limites estabelecidos em lei.

Por coisa julgada se entende o estado jurídico especial, adquirido por uma sentença judicial, o que a torna indiscutível, irrevocável e imutável, *prima facie*, excluindo-se a possibilidade de ser rediscutido o caso. Isso levou Goldschmidt a denominá-la de “meta do processo” (em OLIVA SANTOS, 1991, p. 17 e GOLDSCHMIDT, 1961, p. 255). Segundo o art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Segundo o CPC, “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467) e “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (art. 468). O CPP, no art. 110, § 2º, tangencia acerca da coisa julgada, ao tratar da exceção: “a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”.

Uma decisão produz coisa julgada formal quando impede a sua discussão no mesmo processo, em face da preclusão, vinculando-se, propriamente, ao direito ao recurso, ao momento da ocorrência da coisa julgada (imutabilidade interna). Por seu turno, a coisa julgada material potencializa os efeitos da sentença, qualificando-os, a tal ponto de torná-los definitivos, vedando a discussão do caso, mesmo em outro processo (*caso finito*), cuja imutabilidade irradia seus efeitos *erga omnes* e também externamente. A cognição exaure-se na sentença que reconhece a culpabilidade do imputado e aplica a sanção ou sentença absolutória, confirmatória do estado de inocência, tornando imutáveis os efeitos do *decisum*, fazendo “lei ao caso concreto”, após o trânsito em julgado (mesma situação fática e jurídica). Quando a sentença possui carga declaratória, não necessariamente de forma exclusiva ou única, faz lei ao caso concreto, operando a coisa julgada. Convencionou-se, em face da necessidade de estabilizar as decisões judiciais, haver, nessas hipóteses, um “juízo de certeza”. Em todo caso, avançou-se na desvinculação da coisa julgada da verdade (*res iudicata pro veritate accipitur*), que tanto tem descaracterizado o processo penal democrático.

O fato histórico ou naturalístico existencial é transformado em fato proces-

tivos, na medida em que se constitui em garantia do imputado, oponível a todos os legitimados à imputação *ad iudicio*, principais e subsidiários, independentemente da qualificação jurídica atribuída ao fato histórico.

A natureza da sentença é determinante à modificação ou não dos efeitos da coisa julgada. A declaração condenatória (sentença condenatória), mesmo após o trânsito em julgado, poderá ser modificada, o que não ocorre com a declaração confirmatória do estado de inocência (sentença absolutória). O reconhecimento de fato atípico na decisão de arquivamento do inquérito irradia os mesmos efeitos da confirmação do estado de inocência. A imutabilidade da coisa julgada apenas poderá ser relativizada quando houver condenação, limitação à identidade fática e jurídica e ao objeto do tensionamento contraditório, mas jamais de um juízo absoluto. Neste, a sentença é tida como representativa de uma realidade processual absoluta e imutável, não comportando qualquer espécie de relativização criminal.

A valoração limitada do conteúdo probatório impossibilita o contraditório pleno, permitindo a sua conclusão argumentativa por meio da revisão (inexistência de valoração de provas constantes nos autos). Contudo, quando já tensionadas e valoradas no *decisum* tendo passado ou podendo ter passado por todos os graus jurisdicionais, a regra é a manutenção dos efeitos da coisa julgada, salvo a incidência das hipóteses modificativas (art. 621 do CPP). Alteradas as circunstâncias fáticas existentes no processo, pelo surgimento de outras provas acerca da inocência do réu, ou capazes de modificar o *decisum*, possibilita-se a revisão criminal. Na mesma perspectiva, alterada a situação jurídica, é de ser possibilitada a revisão do juízo condenatório, o qual há de ser constantemente posto à prova, em face do estado de inocência. Dessa forma, as alterações legislativas modificativas, de forma total ou parcial, da situação jurídica do condenado, bem como a pacificação do entendimento dos Tribunais acerca de uma situação mais favorável ao condenado, aplicam-se retroativamente. Não obtido êxito com o exercício do direito de petição no juízo da execução da pena, quando ainda possível, um dos instrumentos para dar efetividade à nova situação jurídica é a revisão criminal (v. Súmula 611 do STF: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”). A declaração de absolvição não poderá ser alterada mesmo diante de uma injustiça, de ser contrária à evidência dos autos, contrária à lei, do surgimento de provas capazes de modificar o veredicto absolutório ou de prova de falsidade. Isso em face da previsão convencional no art. 8.4 da CADH e no art. 621 do CPP (revisão de processos findos quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou quando, após a sentença, se descobrirem novas provas da inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena). Prepondera, portanto, a manutenção do estado de inocência, o qual poderia ter sido quebrado pelo Est.

A proteção da coisa julgada insere-se no âmbito da proteção jurídica processual, um dos fundamentos do Estado Constitucional, um dos direitos fundamentais estruturantes do Estado-jurisdição, conformador do devido processo. Por isso, nenhum ato poderá prejudicar a coisa julgada, seja ele do legislador, da cidadania ou do juiz (art. 95, V, do CPP). Contudo, no processo penal a coisa julgada material opera somente em favor do acusado e não contra ele, preservando-se o estado de inocência. Portanto, a relativização é unidirecional. Por isso, admite-se a revisão criminal *pro reo*, sem limitação temporal, na perspectiva do acerto, da supressão do erro, assentando-se a legalidade e a justiça da decisão. Em face da previsão convencional e da ratificação da CADH pelo Brasil, ao legislador ordinário é vedado regular a revisão criminal em favor da acusação. O STF, no HC 86606, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 2.8.2007, aplicou a vedação do *bis in idem* mesmo quando a decisão tenha sido proferida em juízo incompetente. No caso, foi declarada a extinção da punibilidade do acusado no Juizado Especial, com decisão transitada em julgado. Contudo, continuou a *persecutio criminis* na Justiça Militar, pelo mesmo fato. Porém, preservou-se a coisa julgada. Quando a produção da coisa julgada se der por fraude, há somente uma aparência de coisa julgada, motivo por que não produz validamente seus efeitos (v. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, da CIDH e STF: HC 84525, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 3.12.2004 e HC 104998, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 9.5.2011 – ambos referentes à extinção da punibilidade por certidão de óbito falsa).

Havendo fundada e grave dúvida acerca da manutenção da condenação, é de ser proclamada a procedência da ação revisional. O grau de convicção exigível ao juízo de procedência da revisional situa-se em patamar superior ao que se produziria caso a situação posta na revisional estivesse em grau de formação de um juízo anterior ao trânsito em julgado. A dúvida, para que seja acolhida na revisional, hierarquiza-se de razoável para grave ou séria, sobre a justiça da condenação (em ALBUQUERQUE, 2011, p. 1209).

O acolhimento da revisão criminal irradia os efeitos da nova situação jurídica objetiva ao codenunciado que não figura na revisional, com aplicação do art. 580 do CPP.

### 12.3 FUNCIONALIDADE

Um dos efeitos da coisa julgada, operada com o trânsito em julgado da sentença, é impedir o processamento, o debate e nova declaração sobre o mesmo caso (função negativa da coisa julgada). Tanto a condenação, quanto a absolvição, vinculam, além da comunidade jurídica, todos os juízos (função positiva). Nessa perspectiva, a absolvição, de um réu não poderá servir como indicativo de maus antecedentes em outro processo, na medida em que a declaração proferida em processo cognitivo findo é definitiva. A previsão de ser oposta a exceção de coisa julgada (art. 95, V,

de situação fática e jurídica. Portanto, a autoridade da coisa julgada não permite a modificação ou a alteração da sentença de mérito.

Na esfera criminal, a autoridade advinda de um juízo absolutório petrifica os efeitos, não permitindo qualquer espécie revisional. Convencionou-se, juridicamente, em situações tais, concluir não ser tão grave ou séria a eventual injustiça cometida com a prolação de um juízo absolutório. Dessa forma se pode afirmar da intangibilidade do julgado absolutório, mesmo diante de declaração de inconstitucionalidade de lei que serviu de base ao juízo absolutório. Contudo, o juízo condenatório não está protegido, de forma absoluta, pelos efeitos da coisa julgada, em face de preponderar o estado de inocência e a “justiça” do caso sobre os efeitos da coisa julgada. Aqui sim, nas hipóteses em que se permite a revisão, convencionou-se atribuir gravidade à injustiça, a tal ponto de permitir a modificação do julgado, superando-se os efeitos da coisa julgada. Mesmo assim, a revisão, em razão da proteção constitucional da coisa julgada, reveste-se de caráter excepcional e limitado às situações consolidadas em lei ou nas ofensas indúvidas ao estado de inocência. Considerando os efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei e que esta equivale ou se aproxima à declaração de nulidade absoluta, os efeitos da coisa julgada, irradiados da sentença condenatória, não estão imunes aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Ademais, poderia ser acrescentado que, embora a sentença condenatória com trânsito em julgado tenha a força de lei à situação concreta, na sustentação em elementos declarados inconstitucionais, eles atingem, ademais da lei, a própria decisão.

A garantia de que o *decisum*, esgotadas as esferas impugnativas recursais, não seja modificado, outorga confiabilidade e estabilidade às decisões judiciais, garantida a sua executoriedade e cumprimento (tutela judicial efetiva). Tanto os sujeitos envolvidos no processo, quanto a cidadania, pretendem encontrar segurança jurídica no processo criminal. Embora a busca do que realmente ocorreu no mundo dos fatos possa ser um objetivo das partes no processo, a decisão reflete uma realidade limitada pela dinâmica do processo. Deste se infere uma densificação descritiva, situacional e temporal. A própria CADH determina a seus signatários que assegurem o cumprimento das decisões (art. 25.2, c), o que vem consubstanciado no art. 1º da LEP, cujo objetivo é “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal”.

Para reparar o erro judiciário, de reconhecer a falibilidade humana e de determinar a reparação, a revisão de sentenças penais condenatórias afirma a necessidade de tutela jurisdicional efetiva e do devido processo. Ademais, não se pode olvidar a barreira ou limite imposto pela coisa julgada à potestade punitiva e à proteção do estado de inocência do sujeito, vedando-se, então, o *bis in idem*. Portanto, serve como garantia ao cidadão de que não será julgado duplamente pelo mesmo fato e que o caso penal está encerrado temporalmente, somente modificável *pro reo*.

Mesmo em caso de morte do condenado, a revisão criminal poderá ser ajuizada

gra sua funcionalidade a preservação da memória do condenado, à qual se restitui a dignidade de inocente com a procedência da ação revisional. A legitimidade há de ser também do companheiro ou companheira sobrevivente, nos termos do art. 226, § 3º, da CF.

Do ponto de vista material ou substancial, a incidência da vedação do *bis in idem* evita que o poder público penalize duplamente o mesmo sujeito, pelo mesmo fato. Na esfera processual, mais precisamente, veda a duplicidade da *persecutio criminis*, da imputação e do processamento (*bis de aedem re non sit actio*). Admitindo-se a simultaneidade de imputação e processamento (administrativo e criminal, *v. g.*), a contradição nas conclusões dos respectivos âmbitos de aplicação colocaria em risco a higidez da reprovação estatal. Mesmo consideradas independentes as esferas administrativa e criminal, há que se verificar se há diversidade de interesses protegidos e se o fundamento das duas sanções não é idêntico. A identidade de interesse e fundamento exige a aplicação do *ne bis in idem*. Este ocorre, em casos tais, quando houver identidade entre a situação fática, sujeito, interesse e fundamento.

## 12.4 CONCRETIZAÇÃO

### 12.4.1 Duplicidade de processo e investigação criminal

O CPP disponibiliza o mecanismo da exceção da coisa julgada para evitar o *bis in idem*, ou seja, para coibir que o sujeito seja processado mais de uma vez pelos mesmos fatos, que haja um duplo provimento jurisdicional sobre a mesma situação fática. É o que se infere dos arts. 95, V, e 110 do CPP. Em situações tais, a segunda decisão será considerada como inexistente, diante de sua inviabilidade jurídica. Na esfera criminal, somente a revisão criminal *pro reo* terá entidade suficiente para alterar o que firmado pela eficácia da coisa julgada. Há algumas particularidades acerca da extraterritorialidade (arts. 7º e 8º do CP) quando sobre a unidade fática recaírem duas ordens jurídicas autônomas e soberanas.

O mesmo caso criminal (identidade fática e de sujeito), em face das peculiaridades da titularidade investigatória criminal (polícia civil, autoridades administrativas, CPIs, MP, *v. g.*), poderá estar sendo investigado por mais de uma autoridade estatal. Sendo idêntica a finalidade, como o é a investigação para fins criminais, a dupla investigação fere a vedação do *bis in idem*, embora os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil não se refiram, expressamente, à fase preliminar do processo penal. Em tais casos há de preponderar a competência constitucional, da especialidade e da proteção da função pública (GIACOMOLLI, 2009, p. 97). Portanto, a dupla *persecutio criminis* ou simultaneidade procedimental persecutória representa um *bis in idem* fragilizador das garantias constitucionais. A autonomia das atribuições investigatórias cede diante do risco de violação dos direitos e das liberdades do

a possibilidade de procedimentos investigatórios simultâneos (MS nº 23.652, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.2.2001). O STJ, no HC 285.589, DJe de 17.9.2015, aplicou a vedação do *bis in idem* em um caso em que o sujeito havia sido investigado e acusado por roubo a uma instituição bancária e, posteriormente, também lhe foi imputado o roubo ao gerente, no mesmo contexto fático.

Há elementos fáticos coincidentes em vários tipos penais. Isso se resolve pelos princípios aplicáveis ao concurso aparente de normas (consunção, especialidade, *v. g.*) e pelas regras do *ante factum* e *pos factum* impuníveis. O mesmo elemento fático também poderá integrar o tipo penal e a circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena. O CP possui regra específica, vedatória do *bis in idem*, em seu art. 61, ao preconizar que as circunstâncias agravantes serão consideradas quando não constituam ou qualifiquem o crime. Em quaisquer dessas situações incide o princípio do *non bis in idem*.

A mesma pessoa não poderá ser submetida, mais de uma vez, ao processo criminal, pelo mesmo fato, sob pena de incorrer-se no *bis in idem*. Aplicam-se as regras da *emendatio* e da *mutatio libelli*, admitindo-se o aditamento até a sentença. O trânsito em julgado de uma sentença penal veda um segundo processo criminal contra a mesma pessoa, pelo mesmo fato criminoso, mesmo que a este se queira atribuir qualificação jurídica diversa.

Na aplicação das penas, a mesma circunstância fática não poderá ser considerada em mais de uma das fases da dosimetria, ou seja, na fixação da pena-base (circunstâncias judiciais do art. 59 do CP), na pena-provisória (agravantes e atenuantes) e na pena definitiva (circunstâncias especiais de aumento e de diminuição da pena). Ademais, ainda na medição das penas, a circunstância integrativa do tipo penal, bem como o efeito natural da prática do crime não podem ser considerados na dosimetria da pena.

Nas hipóteses em que o mesmo fato constitui um ilícito administrativo, civil e penal, havendo previsão legal, não incide a vedação da aplicação de todas as sanções, ou seja, não há *bis in idem*. Contudo, no momento da aplicação da sanção criminal, as sanções já aplicadas nas outras esferas devem ser consideradas, compensando, de forma redutora, os limites da sanção penal concretizada. Isso também ocorre na execução criminal, quando a mesma falta disciplinar poderá produzir a aplicação de inúmeras sanções: isolamento e alteração da conduta na esfera administrativa; alteração da data-base, regressão de regime, perda dos dias remidos, por exemplo. Por isso, os efeitos da mesma falta devem ser modulados.

### 12.4.2 Cabimento da revisão criminal

O comando legal é estabelecido pelo Estado-legislador, incumbindo ao Estado-jurisdicção aplicá-lo ao caso concreto (matar alguém com *animus necandi*

determinada situação, haver divergência jurisprudencial acerca de qual lei incide ou de qual delito tipificar no caso concreto, situação que afasta a ilegalidade no momento da aplicação, sem prejuízo de ulterior modificabilidade legislativa ou jurisprudencial.

A sentença condenatória, contrária a texto expresso de lei, autoriza a revisão criminal (art. 621, I, do CPP). Além de contrariar texto legal, a sentença condenatória poderá afastar-se da evidência dos autos, situação também autorizadora da revisão (art. 621, I, do CPP). Evidência relaciona-se à prova, ao conteúdo do processo. Quando dos autos resulta claro, manifesto e perceptível o erro na formação do juízo condenatório ou em sua extensão, a situação jurídica passa a ser temerária e obscura, ensejando nova apreciação processual. Nesse item podem ser incluídas as condenações fundadas em provas vedadas, ilícitas e ilegítimas, bem como a condenação lastreada em norma declarada inconstitucional. Ademais, o conceito de lei não se restringe à legislação produzida internamente, mas também à firmada nos diplomas internacionais, na medida em que o Estado Brasileiro se obrigou a cumpri-la e torná-la efetiva (arts. 1º e 2º da CADH).<sup>1</sup> Não se pode olvidar que uma das funções da revisão criminal é restabelecer o *status dignitatis* da pessoa, protegido em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil.

Demonstrando-se a falsidade da prova que deu suporte ao juízo condenatório (art. 621, II, CPP), também se permite a revisão do julgado criminal, em face do erro produzido na convicção do julgador, quem firmou seu juízo em prova inidônea. Nesse inciso inclui-se qualquer prova, desde que tenha sido determinante à formação do juízo condenatório e tenha sido manipulada (depoimentos, documentos, perícias, *v. g.*). Entretanto, essa demonstração há de acompanhar a petição inicial da revisional, em razão da necessidade do contraditório da acusação, no juízo de origem (*adversarial procedure*), podendo ser obtida em outro processo ou ser produzida mediante tutela cautelar antecedente justificativa (arts. 305 e ss., do CPC).

A descoberta de provas novas (*fresh evidence*) demonstrativas da inocência do acusado ou capazes de alterar a pena imposta permite a revisão da condenação (art. 621, III, do CPP). Consideram-se novas as provas que a defesa desconhecia ou não lhe foi dado acesso, em sua completude, no momento em que lhe era permitido introduzi-las ao processo; em outros termos, tanto a que era ignorada pela defesa (documento em poder de terceira pessoa; desconhecimento da existência de testemunha presencial, *v. g.*), quanto a que não pode ou podia ser incorporada aos autos (testemunha que estava impossibilitada de depor, *v. g.*). Isso se justifica na necessidade de a quebra do estado de inocência exigir adequação à situação fática, hipótese também autorizadora da reiteração do pedido (art. 622, parágrafo único, do CPP).

Nos termos do art. 626 do CPP, possível ser obtida a nulidade do processo através da ação revisional, situação abarcável pelo art. 621, I, do CPP, por violação de expresso texto de lei. Em face do conteúdo das homologatórias criminais da transação penal e da suspensão condicional do processo, as quais engendram sanções criminais especiais (multa, prestação de serviços à comunidade ou cumprimento de condições), com possibilidade de ser iniciado o processo cognitivo (V.Súmula Vinculante 35, de 2014) ou ser retomado o já iniciado, mas paralisado (art. 89, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.099/1985), é de ser admitida a revisão criminal, sempre que em uma das hipóteses permissíveis.

O pedido na ação revisional poderá ser de absolvição do condenado, alteração da pena ou da espécie de delito, bem como de nulidade do processo. Há situações em que a consequência da procedência da ação implica novo julgamento, pelo próprio Tribunal ou pelo competente, como ocorre quando houver reconhecimento de ter sido a decisão do Tribunal do Júri contrária à prova dos autos. Em tais situações, precede um juízo de rescisão da coisa julgada.

É de ser admitida a revisão criminal fora dos casos expressos no art. 621 do CPP, aplicando-se, *v. g.*, o art. 966 do CPC? Pensamos que sim, em face do conteúdo do art. 3º do CPP e do estado de inocência. Assim, poderia ser admitida nas hipóteses de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; nas situações de impedimento ou incompetência absoluta do juízo; quando resultar de dolo ou coação, simulação, colusão e fraude à lei; quando houver ofensa à coisa julgada; na violação manifesta de norma jurídica”. Entretanto, sempre *pro reo*, em razão da integração da CADH em nosso ordenamento jurídico.

Em todos os casos onde foi ferido o estado de inocência ou o *status dignitatis*, é de ser admitida a revisão criminal: sentença absolutória imprópria, estabilidade de jurisprudência mais benigna ao condenado, perdão judicial etc. A soberania dos veredictos dos jurados (art. 5º, XXXVIII, c, CF) não é absoluta, comportando impugnação recursal, embora limitada (art. 593, III, CPP) bem como revisional, em face da proteção integral do estado de inocência e da dignidade da pessoa, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

A potencialidade dos efeitos irradiados na sentença penal condenatória poderá exigir a suspensão *ad cautelam*, via provimento liminar, embora não prevista especificamente essa hipótese na disciplina processual da revisão criminal. Também pode ser utilizado o *habeas corpus* para garantir a liberdade do sujeito.

### 12.4.3 Legitimidade

Em razão da entidade da alegação (injustiça, erro judiciário) e da situação jurídica de condenado, é de ser outorgada legitimidade de acesso à jurisdição ao próprio sujeito (art. 623 do CPP), com a garantia de nomeação de defensor para



da CF, apesar do contido no art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), o qual dispensa a capacidade postulatória somente em se tratando de *habeas corpus*. Com isso não se está afastando a indispensabilidade do advogado na administração da justiça (art. 133 da CF).

Além do próprio condenado, possuem legitimidade ativa o cônjuge, ascendente, descendente e irmão, nos casos de morte do réu (art. 623 do CPP). Isso porque, como afirmado acima, uma das funções da revisão criminal é restabelecer a memória do condenado, resgatando-se o estado de inocência. Ao companheiro sobrevivente é de ser reconhecida legitimidade, nos termos do art. 226, § 3º, da CF.

Apesar do entendimento do STF, HC 80.796, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 10.8.2001, é de ser outorgada legitimidade ao MP para ingressar com a revisão criminal em favor do réu, em face de suas atribuições no processo penal, mantida a sistemática atual, de acusador e fiscal da lei.

#### 12.4.4 Remédios impugnativos

Em termos impugnativos, ademais dos recursos internos (v. regimentos internos), viabilizam-se os recursos extraordinário e especial, nos limites constitucionais (arts. 102, III e 105, III, CF). Limitação poderá ocorrer no julgamento da revisão criminal pela Turma Recursal Criminal, em face da Súmula 203 do STJ (“Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais”). Ocorre que na revisão criminal, a decisão da Turma Recursal Criminal não funciona, propriamente, como órgão de segundo grau, no sentido de órgão jurisdicional a reapreciar a matéria fática e jurídica do juízo do Juizado Especial Criminal, como ocorre na apelação (duplo pronunciamento), mas a discutir originariamente em ação impugnativa autônoma (primeiro pronunciamento). Por isso, é de ser admitida a impugnação, ademais do recurso extraordinário, por meio do recurso especial ao STJ, podendo haver previsibilidade de impugnação no âmbito dos Tribunais inferiores, como ocorre no *habeas corpus* contra ato da Turma Recursal Criminal (TJs ou TRFs).

O direito à manutenção do *caso finito* poderá ser viabilizado através do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF), objetivando o trancamento da investigação criminal ou do processo, bem como a utilização da exceção da coisa julgada (art. 95, V, CPP).

#### 12.4.5 Indenização

A CADH também prevê o cabimento da indenização, nos termos da lei, quando houver condenação, em sentença transitada em julgado, por erro judiciário (art. 10). A CF, em seu art. 5º, LXXV, determina que o Estado indenize o condenado por erro judiciário. Portanto, uma vez reconhecido o erro, na ação de revisão criminal,

sado pedir, diante a procedência da ação de revisão criminal, o Tribunal poderá reconhecer o direito do condenado ou de seus sucessores a uma justa indenização pelos prejuízos, a ser liquidada no juízo cível. Essa indenização decorre de lei e insere-se na responsabilidade objetiva do Estado, motivo por que prescinde de processo cognitivo e de tensionamento contraditório. O *quantum debeatur* é que deverá passar pelo crivo do debate contraditório.

### 12.5 CASES

#### 12.5.1 Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Conforme assentado no *Caso Ryabykh vs. Rússia*, de 2003, somente circunstâncias “imperiosas e substantivas” autorizam o afastamento dos efeitos da coisa julgada, não podendo a revisão criminal transformar-se em uma “apelação disfarçada” ou, como refere a jurisprudência brasileira, a uma “segunda apelação”. Acerca de novos fatos ou de novos meios de prova, podem ser mencionados os *Casos McGinley e Evan vs. Reino Unido*, de 2000 (correspondência conhecida do recorrente), e *Pravednaya vs. Rússia*, de 2004 (nova instrução do MP acerca da interpretação da lei); *Popov vs. Moldávia 2*, de 2005 (documentos que estavam no arquivo nacional). Acerca da segurança jurídica, merece destaque este último *case* (em Albuquerque, 2011, p. 1206-1208 e 1.562).

#### 12.5.2 Corte Interamericana

##### 12.5.2.1 *Caso Loayza Tamayo vs. Peru (1997)*

A Comissão Interamericana, em 12.1.1995, submeteu à Corte um caso de violação de direitos humanos de María Elena Loayza Tamayo, professora da Universidad San Martín de Porres, Peru. Ela havia sido presa junto com um familiar, dois anos antes, por membros da DINCOTE (*Dirección Nacional contra el Terrorismo*), sem ordem da autoridade judicial competente, como suspeita de colaborar com o grupo Sendero Luminoso, tido como subversivo. Loayza havia sido processada por tribunal militar e absolvida pelo crime de traição à pátria. Logo depois, novamente foi processada na justiça comum pelos mesmos fatos que haviam sido investigados pela DINCOTE e gerado o processo, no qual foi absolvida. Tais fatos receberam qualificação jurídica diversa na justiça ordinária, sendo tipificados como crime de terrorismo. Os mesmos fatos levariam à aplicação de duas normas, ambas de natureza penal: uma de crime militar e a outra de crime comum. Por isso, a Comissão acusou o Peru de violar a regra de *non bis in idem* prevista no art. 8.4 da CADH: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo, pelos mesmos fatos”.

A Corte ressaltou que o princípio do *non bis in idem* objetiva proteger aqueles

dos, em razão dos mesmos, sobre os quais já foram julgados mediante sentença de mérito definitiva. O Peru alegou não se tratar de duplo julgamento pelos mesmos fatos porque a justiça militar teria apenas declinado a competência para o juízo comum e não julgado o mérito da causa. O tribunal militar teria afirmado não se tratar de crime de traição à pátria, mas de terrorismo e, segundo a legislação nacional, a competência para julgar este último seria da justiça comum. A Corte afastou esse argumento, entendendo ter a justiça castrense avaliado fatos e provas e, ao final, emitido um veredicto, com todas as características de uma sentença de mérito, inclusive decidindo sobre a inexistência de responsabilidade civil no caso, manifestação só realizada em sentenças de mérito absolutórias.

Ao comparar os elementos dos delitos de traição à pátria (Decreto-lei nº 25.659) e terrorismo (Decreto-lei nº 25.475), a CIDH verificou serem muito semelhantes. Além disso, ambos os diplomas legais não delimitam, adequadamente, as condutas, permitindo o enquadramento indistintamente como um delito ou outro, segundo os critérios desejados pelo MP, pelos julgadores e, no caso examinado, pela própria polícia. Segundo a Corte, não há como compatibilizar os dois decretos com o art. 8.4 da CADH. Para a Corte, a prova robusta de que houve duplo julgamento, pelos mesmos fatos, se infere da constatação de que houve aproveitamento de provas produzidas na justiça militar pela justiça comum, assim como dos elementos da investigação preliminar realizada na primeira e que serviram para condenar a ré na segunda. A Corte declarou violado o princípio do *non bis in idem*.

Um ponto interessante dessa decisão é que ela manifestou, expressamente, que a vedação do *non bis in idem* não se restringe à duplicidade de processos criminais, mas também impede que o mesmo sujeito seja processado pelos mesmos fatos, mais de uma vez, ainda que em esferas distintas. Segundo a Corte, a CADH, diferentemente da Convenção Europeia, veda que os mesmos fatos sejam julgados mais de uma vez, mesmo que por esferas distintas, como a criminal e a administrativa. Ficou assentado, ademais, a aplicação do art. 8.4 da CADH, ou seja, o acusado, uma vez absolvido por sentença transitada em julgado, não poderá ser submetido a novo processo, pela mesma situação fática, embora se queira dar outra tipificação jurídica. Ademais, decidiu a CIDH que a sentença, mesmo que proferida por juízo incompetente (no caso, a Justiça Militar), produz os efeitos da *res judicata* (impugnação jurídica diversa, no juízo comum, mas pelos mesmos fatos).

### 12.5.2.2 Caso J. vs. Peru (2013)<sup>2</sup>

A CIDH não reconheceu ter sido violado o princípio do *non bis in idem*. No caso, a Corte Suprema de Justiça do Peru anulou a sentença absolutória, por

entender não terem sido devidamente valoradas as provas, ordenando um novo julgamento. A Corte destacou serem três os requisitos para que se configure violação ao art. 8.4 da Convenção: o acusado deve ter sido absolvido; a absolvição deve ter resultado de uma sentença definitiva; o novo processo há de fundar-se nos mesmos fatos que motivaram a formação do primeiro processo. A questão que se colocou sob apreciação foi, então, de saber se a sentença absolutória se tornou definitiva, adquiriu força de coisa julgada. Em caso afirmativo, deveria ser reconhecida a violação do princípio do *non bis in idem*. O Peru sustentou que, de acordo com a legislação processual penal interna, a decisão de absolvição não havia transitado em julgado porque foi interposto recurso à Corte Suprema que não a confirmou.

No entender da Corte, havia previsão no ordenamento interno de impugnação da decisão de absolvição, o que foi feito tempestivamente pela acusação, quando interpôs recurso perante a Corte Suprema e, tal medida, atendeu às exigências do direito processual nacional. Sendo assim, se havia modo de atacar a decisão de absolvição e isso foi feito corretamente, não se pode afirmar que houve nova decisão ou novo processo contra coisa julgada, tendo ocorrido a reforma (na verdade, desconstituição) de uma decisão de instância inferior, por instância superior, o que não pode se confundir com *bis in idem*. A alegação do representante da “Sra. J” foi de que a decisão proferida pela Corte Suprema estaria eivada de nulidade porque, além de não estar fundamentada, fora proferida por “juízes sem rosto”, violando o princípio da Publicidade. Assim, se a decisão proferida em grau recursal é nula, deve-se manter a de primeiro grau como a única válida e com efeitos de coisa julgada.

A CIDH, embora reconhecendo a violação de diversas garantias, dentre elas a de fundamentação, na decisão da Suprema Corte, considerou não ter restado provado que se anulando essa decisão, a sentença absolutória ganharia força de coisa julgada. Restou destacado que “sentencia firme”, conforme previsto na Convenção, designa aquela manifestação jurisdicional que não pode mais ser impugnada ou modificada, como característica da “coisa julgada”. Como a Corte não conseguiu saber, pelos elementos contidos no processo internacional, se a decisão de absolvição ainda admitia impugnação ou modificação, segundo o ordenamento interno, decidiu não acolher o pedido da “Sra. J” quanto ao reconhecimento da violação da garantia do *non bis in idem*, especificamente.

Importante destacar que a CIDH também especificou situações que podem configurar exceção legítima ao princípio do *non bis in idem*: (a) quando o seu uso puder impedir a investigação de graves violações de direitos humanos; (b) quando a absolvição serviu ao propósito de não submeter o responsável à persecução penal isenta, sem a intenção real de sujeitar o acusado à Justiça; e (c) quando a sentença definitiva foi proferida com violação das garantias de competência, imparcialidade

<sup>2</sup> Para uma análise mais detalhada da situação fática do

## 12.6 FONTES CONSULTADAS

ALBUQUERQUE, P. P. *Comentário ao Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia de Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011; BARJA DE QUIROGA, J. L. *Tratado de Derecho Procesal*. Madri: Thomson-Aranzadi, 2007; BATISTA, N. Revisão Criminal: interpretação da cláusula “decisão contrária à prova dos autos”. *Decisões Criminais Comentadas*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1976; CRUZ, R. S. M. *A Proibição da Dupla Persecução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; GIACOMOLLI, N. J. *Juizados Especiais Criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; GOMES, L. F.; BIANCHINI, A. Efeitos da preclusão *pro judicato* no processo penal. In: FAYET JUNIOR, N. (Org.). *Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003; GOLDSCHMIDT, J. *Principios Contábeis Generales del Proceso, II. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ejea, 1971; GRINOVER, A. P. *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978; HENDLER, E. S. *Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque Histórico Comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004; MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Curso de Proceso Civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2; NIEVA FENOLL, J. *La Cosa Juzgada*. Barcelona: Atelier Libros, 2006; OLIVA SANTOS, A. D. L. *Sobre la Cosa Juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madri: Ceura, 1991; OLIVEIRA, J. M. *Revisão Criminal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967; OTERO, P. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993; RANGEL, P. *A Coisa julgada no Processo Penal Brasileiro como Instrumento de Garantia*. São Paulo: Atlas, 2012; ROMEIRO, J. A. *Da Revisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1964; SILVA, G. M. *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Verbo, 2008. v. III; TALAMINI, E. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; TUCCI, R. L. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# PRAZO RAZOÁVEL NO PROCESSO PENAL

13

## 13.1 NORMATIVIDADE

Nos termos do art. 9.3 do PIDCP, “qualquer pessoa, presa ou encarcerada em virtude de infração penal, deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer as funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”. Mais adiante, em seu art. 14. 3, c, refere que toda pessoa acusada de um delito terá direito a ser julgada “sem dilações indevidas”. Essa garantia também integra a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu art. 6.1: “toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida com justiça, publicamente, e dentro de um prazo razoável”. O mesmo diploma internacional, no art. 5.3, também prevê a garantia de o sujeito ser julgado em um prazo razoável: “toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no § 1º, c, do presente artigo, deve ser levada prontamente perante um juiz ou outro magistrado autorizado pela lei a exercer a função judiciária, e tem o direito de ser julgado em um prazo razoável ou de ser posto em liberdade durante a instrução”. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em seu art. 16, estabelece que nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir por um período de 12 meses, a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado.

Segundo o art. 8.1 da CADH, “toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”. No art. 7.5 também refere que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade”. O julgamento da impugnação da detenção também deverá ocorrer em um prazo razoável, nos termos do art. 7.6 (“a fim de que este decida sem demora”). A razoabilidade do prazo também se aplica ao tempo que o imputado dispõe à preparação de sua defesa, nos termos do art. 8.2, c, da CADH: “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, nestes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de



- A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – Printed in Brazil

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

**EDITORA ATLAS LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nêbias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Leonardo Hermano

- Data de fechamento: 28.07.2016

- DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

Giacomolli, Nereu José

O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica / Nereu José Giacomolli – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

ISBN 978-85-97-00845-6

1. Processo penal 2. Processo penal – Brasil I. Título.

14-00594

CDU-343.1

Índice para catálogo sistemático

*Aqui merecem estar  
Beatriz, Caroline e Felipe Giacomolli,  
pela compreensão da realidade vital da criação  
e da arte, muito além do lírico e do repetir.  
Pela permissão à chegada nos limites da fronteira  
e poder divisar o ponto de partida.*



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em [www.grupogen.com.br](http://www.grupogen.com.br).

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o cresci-

NEREU JOSÉ  
GIACOMOLLI

# O DEVIDO PROCESSO PENAL

Abordagem conforme a CF e o  
Pacto de São José da Costa Rica

3.<sup>a</sup> | Revista,  
Edição | atualizada  
e ampliada



atlas