

A Constituição Federal e a revisão criminal

Ronaldo Sérgio Moreira da Silva

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1. A Constituição

É sabido que, diversamente do que acontecia sob a égide do positivismo jurídico, no qual avultava o primado da lei, na era do constitucionalismo o ordenamento jurídico é composto por uma diversidade de normas, mas no seu ápice situa-se a Constituição Federal, da qual emanam os princípios e demais normas que servem como diretrizes e, mais especificamente, como fundamento de validade a esse mesmo ordenamento jurídico. Ou, como preleciona o ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, “[...] a constituição dá origem ao conceito de validade como atestado de filiação de uma norma ao Ordenamento Jurídico”.¹ Daí decorre que todas as normas infraconstitucionais devem guardar compatibilidade com a norma maior representada pela Constituição.

Alguns princípios constitucionais aqui haverão de ser considerados, estritamente no interesse deste singelo trabalho, destacadamente os da supremacia da Constituição, da interpretação conforme a Constituição e da presunção de inocência.

2. Princípio da supremacia da Constituição

Por força desse princípio, nenhuma norma – seja lei complementar ou lei ordinária, seja decreto expedido pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, seja resolução, provimento, portaria etc., expedido por quaisquer órgãos da administração pública – poderá ter a pretensão de sobrepor-se à Constituição. Ao contrário, se qualquer dessas normas contrariar a Constituição, sob o aspecto material ou formal, haverá de sucumbir frente à possibilidade de declaração de sua inconstitucionalidade. Vale dizer, toda e qualquer norma infraconstitucional haverá sempre e sempre de ser compatível com os ditames da Constituição, sob pena de ser expungida do ordenamento jurídico. É justamente isso que ensina o preclaro Ministro Luís Roberto Barroso:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.²

¹ *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p.103.

² *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 6. ed., 2008, p. 161.

3. Princípio da interpretação conforme a Constituição

Corolário do princípio da supremacia, o da interpretação conforme a Constituição recomenda que os intérpretes e aplicadores do Direito, diante das normas infraconstitucionais, escolham para estas sempre o sentido que as façam compatíveis com a Constituição, evitando aquela que possa dar ensejo à sua declaração de inconstitucionalidade. Por isso mesmo, lembra o Ministro Gilmar Mendes que:

Modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.³

4. Princípio da presunção de não culpabilidade

A Constituição Federal preceitua, no artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, às expressas, o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência. Como deixamos assentado em anterior estudo, “Significa que antes da condenação definitiva em um processo criminal, os cidadãos devem ser considerados inocentes”, acrescentando que: é ao Ministério Público, titular da ação penal condenatória, que competirá provar o fato e suas circunstâncias e a responsabilidade do acusado; o acusado passa a ser visto não como objeto, mas como sujeito de direitos dentro da relação jurídica processual; ao acusado não se imporá condenação, quando não tenha ficado provada, em consonância com a lei, a sua culpabilidade, ainda que não tenha reste demonstrada de maneira cabal a sua inocência.⁴ E mais, a prisão do acusado, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá ocorrer somente se estiverem presentes os pressupostos e requisitos da prisão em flagrante, da prisão temporária ou da prisão preventiva, previstos nos artigos 301, 302, 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, e artigo 1º da Lei nº 7.960/89. Vale dizer, desde que se façam presentes os pressupostos da pré-cautelaridade⁵ ou da cautelaridade, a prisão anterior à sentença condenatória definitiva é perfeitamente compatível com os ditames da Constituição Federal (v. art. 5º, LXI e LXVI).

³ *Curso de direito constitucional*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 180-181.

⁴ A criminalidade moderna e as garantias constitucionais – a influência da globalização no Direito Penal e Direito Processual Pena. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 51.

⁵ Confira-se, a respeito, o escólio do Prof. Aury Lopes Júnior, em *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 4. ed., 2006, ao dissertar: “Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial” (p. 225). Mais adiante, salienta que “a prisão em flagrante não é uma prisão cautelar, mas sim uma medida pré-cautelar. Isto porque destina-se a preparar, instrumentalizar uma futura medida cautelar. Por isso, é a única forma de detenção que a Constituição permite seja realizada por um particular ou pela autoridade policial sem ordem judicial” (p. 226).

5. A liberdade e a revisão criminal

A liberdade é um dos maiores bens inerentes ao ser humano, somente cedendo em tamanho e importância diante da própria vida. O homem dela necessita para realizar-se plenamente, seja para educar-se, seja para participar de um grupo, seja para conquistar uma profissão, seja para constituir sua família, seja para fazer valer seus direitos em face do Estado. Bem por isso, o homem não se põe satisfeito diante de uma decisão condenatória, máxime pelas consequências dela decorrentes, tais como a perda ou a restrição do direito de liberdade, a mácula para o condenado no meio social, as restrições que a sociedade acaba por impor-lhe etc. De sorte uma condenação criminal revela-se como verdadeiro estigma na vida do ser humano, que por isso busca extirpá-lo e ver restabelecida a sua respeitabilidade. E erros judiciários acontecem, pois os julgamentos são realizados por seres humanos, razão por que o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para tal realidade. Daí nasce ao homem a necessidade de ter à sua disposição meios ou instrumentos capazes de possibilitar-lhe reverter uma decisão criminal condenatória definitiva e injusta, seja decorrente de um julgamento manifestamente contrário à prova dos autos ou amparado em provas falsas, seja defluente de prova nova de sua inocência, seja decorrente de infligência de penas vistosamente desproporcionais, flagrantemente contrárias aos ditames constitucionais ou legais etc. Para fazer frente a tais situações jurídicas é que existe a revisão criminal.

5.1. Sede constitucional da revisão criminal

É importante considerar que a revisão criminal tem previsão na Constituição Federal, haja vista o disposto no seu artigo 5º, inciso LXXV, segundo o qual o “Estado indenizará o condenado por erro judiciário”. Ora, ainda que o constituinte não tenha sido explícito quanto ao uso da expressão “revisão criminal”, evidentemente assegurou implicitamente a existência de instrumento judicial colocado à disposição do cidadão para, valendo-se do princípio também constitucional da inafastabilidade da jurisdição, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), buscar a rescisão de decisão condenatória definitiva – portanto, da coisa julgada –, seja para obter a absolvição, seja para alcançar a desclassificação do crime, seja reduzir a pena, seja, enfim, para anular o processo penal condenatório. Nessas condições, impossível é negar a sede constitucional da revisão criminal, como destaca Paulo Rangel.⁶

5.2. Revisão criminal como garantia constitucional

Conquanto não inserida no capítulo concernente aos direitos e garantias fundamentais, a revisão criminal guarda a natureza de ação constitucional e é considerada, tradicionalmente, direito fundamental do condenado, na compreensão de Ada Pellegrini, Antonio Magalhães e Scarance Fernandes.⁷ Esse pensamento é reforçado pelo escólio do eminente

⁶ *Direito Processual Penal*, 2009, p. 926.

⁷ *Recursos no processo penal*, p. 306.

Professor e Desembargador Guilherme de Souza Nucci, para quem o *status* constitucional da revisão criminal decorre de sua finalidade consistente em expungir o erro judiciário, indesejado e expressamente repudiado pela Carta Constitucional de 1988.⁸

5.3. Natureza jurídica da revisão criminal

A julgar pela posição da revisão criminal no Código de Processo Penal brasileiro, localizada no título que disciplina os recursos, dir-se-á precipitadamente que se trata de um igual (recurso). Sim, porque está ela inscrita no Livro III, Título II, este sob a epígrafe “Dos Recursos em Geral”, Capítulo VII. Contudo, não é bem assim.

5.3.1. Ação

Lavra verdadeiro dissenso na doutrina em torno da natureza jurídica dessa medida denominada revisão criminal. Lembrem-nos os Professores Jayme Walmer de Freitas e Marco Antonio Marques da Silva que, segundo Sérgio de Oliveira Médici, em Portugal, Itália, França e Argentina, a revisão criminal é um recurso extraordinário. Na Alemanha, Claus Roxin diz ser um recurso, por comportar a repetição da fase probatória, enquanto Gomez Colomer entende ser um processo autônomo.⁹

No Brasil, o grande jurista Pontes de Miranda sustenta que, por ter ocorrido formalmente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, está-se diante de uma ação, não de um recurso.

Aliás, expressiva parte da doutrina nacional representada por importantes vozes do Direito, como José Frederico Marques, Vicente Greco Filho, Júlio Fabbrini Mirabette, Guilherme de Souza Nucci, Fernando da Costa Tourinho Filho, Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Edilson Mougnot Bonfim, Eugênio Pacelli de Oliveira, Ada Pelegrinni Grinover, (Paulo Rangel e Norberto Avena), define a revisão criminal como ação penal de impugnação de natureza constitutiva, porquanto visa desconstituir a coisa julgada, ou seja, objetiva desfazer a decisão condenatória definitiva, para a qual se esgotaram todos os meios de impugnação pela via recursal, como observam os Profs. Freitas e Marques da Silva (ob. e p. cit.).

Destacadamente, Nucci preleciona que a revisão criminal é ação penal de natureza e sui generis, de competência originária dos tribunais, destinada a rever a decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Desse conceito bem acabado, não destoa o dos Profs. Freitas e Marques da Silva:

A revisão criminal é uma ação de impugnação autônoma e sui generis, cujo fim é a desconstituição de uma sentença ou decisão transitada em julgado prejudicial ao condenado, de competência originária dos tribunais (p. 896).

⁸ Código de Processo Penal comentado, 2008, p. 984.

⁹ Código de Processo Penal comentado, 2012, p. 896.

5.3.2. Recurso

Outros igualmente renomados cultores do Direito, contudo, consideram a revisão criminal como um recurso. São eles Edgard Magalhães Noronha, Eduardo Espínola Filho, Borges da Rosa e Hélio Tornaghi. Entende o primeiro que se trata de recurso misto e *sui generis*, por provocar o tribunal nos casos expressamente previstos em lei, a reexaminar o processo, a fim de outorgar ao beneficiário a absolvição, a qualificação menos rigorosa do crime, a diminuição da pena ou a anulação do processo. Já Tornaghi chama a revisão criminal de *recurso excepcional* pelo fato de só caber de sentença condenatória transitada em julgado. Ficaria aqui a nossa indagação: como poderia haver recurso interponível depois de certificado o trânsito em julgado da decisão condenatória?

5.3.3. Meio de impugnação autônomo

Sérgio Oliveira Médici, por sua vez, diverge de todos os juristas até aqui nomeados. Explica, em seu livro clássico intitulado Revisão Criminal, que a coisa julgada expunge a possibilidade de interpor recurso, de sorte que o condenado, ao postular a revisão da decisão condenatória, não está propriamente a *agir*, mas a *reagir* contra o julgamento por ele tido como configurador de erro judiciário (p. 273).

5.4. Conceito de revisão criminal

A revisão criminal é verdadeira ação penal de impugnação autônoma e *sui generis*, que tem por finalidade desconstituir uma sentença ou acórdão condenatório transitado em julgado, de competência originária dos tribunais. Diz-se *sui generis* essa ação, por não contar com partes, como ocorre com as ações em geral, mas ter apenas o autor. Se bem que deveria, a nosso ver, se aforada contra o autor da ação penal condenatória: o Ministério Público ou a Justiça Pública, como se usa dizer. Assim, uma vez ajuizada a ação, o órgão ministerial seria citado, ofereceria contestação ou impugnação (no sentido lato da palavra), não apenas aos argumentos postos na petição inicial, senão também, em sendo o caso, contra a prova nova trazida a lume pelo autor. Ao Ministério Público, portanto, incumbiria zelar pela preservação da coisa julgada formal e material, até mesmo vistas a reverenciar a segurança jurídica e, pois, a paz social. Por fim, malgrado tenha erroneamente situado a revisão criminal no título dos recursos, o legislador não escondeu a sua inclinação pela ideia mesmo de ação, como se deduz da dicção do artigo 626 do Código de Processo Penal, ao asseverar: “Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.” É o nosso entendimento também de que se trata de ação penal de impugnação autônoma e *sui generis*, nos exatos termos acima postos.

De outro lado, ao contrário de países como a Alemanha, Áustria, Suíça, Suécia, Noruega, Hungria, Sérvia Montenegro, Portugal e Rússia, que conhecem a revisão criminal *pro societate* – vale dizer, eles têm essa ação com o escopo também de proteger a sociedade –, a ordem jurídica no Brasil somente cuida da revisão criminal *pro reo*, para o resgate do *status dignitatis* do condenado.

Ademais, os Profs. Jayme Walmer de Freitas e Marco Antonio Marques da Silva prelecionam que, a despeito dos argumentos em contrário e da tradição secular sempre *pro reo*, no Brasil, por não se estar frente a princípio expresso, mas implícito ou tácito, inexistente óbice à instituição ordinária da revisão criminal *pro societate*, até mesmo com vistas a combater criminosos que buscam abrigo na impunidade, destacando-se a hipótese do foragido condenado a penas altíssimas que obtém certidão de óbito falsa e com isso alcança a indevida extinção de sua punibilidade. Pelas regras imperantes na ordem jurídica brasileira, esse criminoso estará a salvo das penas altíssimas, porque fraudulentamente extintas e somente será julgado e condenado pelo crime de falsidade (ob. cit., p. 898).

A dupla funcionalidade do julgado da revisão criminal repousa no juízo rescindente (ou *rescindens*) e no juízo rescisório (*rescisorium*). O primeiro envolve a rescisão da sentença ou acórdão coberto pela coisa julgada formal, enquanto o segundo significa a prolação de nova decisão em substituição à rescindida.

5.5. Pressuposto da revisão criminal

Constitui pressuposto para o aforamento da ação de revisão criminal a existência de processo criminal com sentença condenatória transitada em julgado para ambas as partes. É o denominado *processo findo* de que fala o legislador no artigo 621, *caput*, do Código de Processo Penal. Mas é perfeitamente possível também a sentença absolutória imprópria, haja vista que só não impõe condenação, por ser o réu inimputável – não ser capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo esse entendimento, na forma do artigo 26 do Código Penal –, mas sofre ele a imposição de medida de segurança. Portanto, se contra a sentença (condenatória ou absolutória imprópria) foi interposto recurso, ainda não julgado, evidentemente faltará o pressuposto legal para o ajuizamento da ação impugnativa de revisão criminal.

Mas não terá cabimento a ação revisional se, logo após a sentença condenatória, o juiz ou o tribunal, na forma do artigo 61 do Código de Processo Penal, reconhece a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal e, em consequência, julga extinta a punibilidade do condenado. Ora, essa decisão desconstituiu a sentença condenatória, sem a qual, portanto, se torna infactível lançar mão da revisão criminal.

A esta altura, não fica difícil avaliar qual seria a solução para a revisão criminal cujo autor, logo depois do seu ajuizamento, obtém num tribunal superior a concessão de habeas corpus para anular a certidão de trânsito em julgado. Ora, é claro, é evidente, que o respectivo processo deverá ser julgado extinto, sem resolução do mérito, em consonância com o artigo 3º do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

5.6. Prazo para aforamento

Diferentemente da ação rescisória prevista no Código de Processo Civil, que delimita prazo para a sua propositura, a ação de revisão criminal não se sujeita à limitação temporal, podendo ser ajuizada, portanto, em qualquer ocasião, mesmo depois do cumprimento da pena ou morte do condenado, hipótese esta que se presta para reabilitar-lhe a memória.

5.7. Hipóteses de cabimento

O artigo 621 do Código de Processo Penal, ao longo de seus três incisos, define expressamente quais as hipóteses que tornam possível o cabimento da ação revisional: 1. quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal; 2. quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos; 3. quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; 4. quando, depois da sentença, forem descobertas novas provas da inocência do condenado; 5. quando, depois da sentença, forem descobertas novas provas de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

É predominante o entendimento de que esse rol é taxativo, vale dizer, é fechado, inadmitindo a consideração de fundamento outro para o manejo da revisão criminal que não os supramencionados.

Neste trabalho, o que nos cumpre analisar e abordar é a hipótese da revisão criminal sob o fundamento consistente em ser a sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal.

5.7.1. Sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal

Nessa hipótese, elencada como a primeira no artigo 621 do Código de Processo Penal, conquanto o legislador mencione a expressão “lei penal”, autoriza a propositura da ação de revisão criminal se a sentença for contrária tanto à lei material (Código Penal e legislação especial ou extravagante) como à lei formal (Código de Processo Penal), conclusão a que se chega ao se considerar que o artigo 626 do Código de Processo Penal prevê, entre outras consequências da procedência da ação, a anulação do processo. Se anula o processo, é porque o erro judiciário repousa na forma, no procedimento, o que somente é possível por afronta à lei processual penal (art. 626, parágrafo único).

Pois bem. Vale focar aqui o que interessa a este estudo: o direito material. No atinente ao direito material, a ação de revisão criminal prestar-se-á para buscar a rescisão da sentença ou acórdão condenatório transitado em julgado que tenha contrariado frontalmente o texto expresso do Código Penal ou da legislação penal extravagante ou especial.

Mas convém firmar uma compreensão sobre o que seja efetivamente contrariar a lei penal.

Não há dúvida de que contrariar é afrontar, desrespeitar aquilo que o legislador estabeleceu, sem que o resultado signifique, singelamente, a construção de uma norma jurídica decorrente de pura e admissível interpretação da lei. Haverá contrariedade ao mandamento legal expresso no caso em que o juiz, ao definir a pena relativa a um crime de roubo agravado, por conta das circunstâncias inscritas no parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, estabelece a majoração da pena na fração de $\frac{3}{4}$, quando é certo que esse dispositivo prevê a majoração entre $\frac{1}{3}$ e $\frac{1}{2}$.

Mas, por outro lado, poderá ocorrer que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, tenha optado por seguir uma de várias correntes jurisprudenciais acerca de determinado tema abordado no ato sentencial em desfavor do réu.

Poderá o réu, transitada em julgado essa sentença condenatória, valer-se da ação revisional com o fito de vê-la rescindida para afastar essa interpretação e perseguir aquela que melhor consulte os seus interesses?

Cabe obter negativamente. Ora, essa hipótese não se amolda ao disposto no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

É sabido, a propósito, que a revisão criminal não se presta para discutir e obter a melhor orientação jurisprudencial a ser ministrada neste ou naquele caso. Se pesa controvérsia sobre determinado tema na jurisprudência, aflora evidente que não se pode falar em erro judiciário, pois a questão é meramente de interpretação da lei.

Nesse sentido, tem-se pronunciado a jurisprudência do Augusto Tribunal de Justiça de São Paulo:

*[...] Ora, há que se ter presente que a ação de revisão criminal, cujo fundamento deve ser erro judiciário decorrente de decisum condenatório contrário à prova dos autos ou a texto expresso da lei penal, não se presta como instrumento para reivindicar o entendimento jurisprudencial melhor ou mais adequado ao caso concreto. A existência de interpretações divergentes da mesma norma legal jamais pode ser comparada a erro na aplicação da lei. A coisa julgada criminal constitui fenômeno jurídico que, protegido a partir da norma mais elevada do sistema jurídico, a Constituição Federal, há de ser mantida incólume sempre que sua formação, como na espécie, não tenha se dado em contrariedade ao texto expresso da lei penal. [...]*¹⁰

Daí decorre que, se o juiz, ao condenar o acusado e aplicar o disposto no artigo 59 do Código Penal, majora a pena-base por conta de processos em tramitação a título de *maus antecedentes*, a via da revisão criminal, à primeira vista, não seria o instrumento adequado para buscar o afastamento desses supostos maus antecedentes. Não haveria falar-se em condenação “contrária ao texto expresso da lei penal”.

Sim, porque há corrente jurisprudencial a admitir inquéritos policiais e processos em andamento como hábeis a configurar *maus antecedentes*,¹¹ mas há também orientação jurisprudencial no sentido de que tal circunstância judicial somente se caracteriza se contra o réu existirem processos com condenações definitivas,¹² é claro, não configuradoras de reincidência.

E mais, reforçaria a conclusão acerca do não cabimento da revisão criminal a jurisprudência emanada da Corte de Justiça Paulista no sentido de que em “tema de revisão criminal só é possível o reexame na dosagem de pena, se ficou manifesto nos autos erro ou falta de técnica na aplicação da pena.”¹³

¹⁰ Revisão Criminal nº 0165614-48.2009, Relator: Des. Moreira da Silva, 4º Grupo de Direito Criminal, Julgado em: 14/06/2012.

¹¹ Apelação Criminal n. 993.07.118896-4, São Paulo, 9ª Câmara de Direito Criminal, Relator: René Nunes julgado em 13.08.08.

¹² HC 84687/MS – Relator(a): Min. Celso de Mello – Julgamento: 26/10/2004 – Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 27-10-2006 PP-00063 – Ement Vol-02253-02 PP-00279 – LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 333-346.

¹³ TJSP – Revisão Criminal nº 159.509-3 – Relator: Celso Limongi – Tupi Paulista – j. 20.10.94.

Bem é de ver, contudo, que a questão ora posta, nos tempos hodiernos, em que predomina o constitucionalismo moderno e o neopositivismo¹⁴ ou pós-positivismo¹⁵, reclama tratamento que transcende o singelo discurso até aqui desenvolvido para desaguar na principiologia constitucional ou, mais amplamente, na constitucionalização do Direito.

É importante ressaltar que não mais cabe, nesta quadra histórica do Direito, emprestar interpretação ao artigo 59 do Código Penal no concernente à circunstância judicial em questão, a dos *maus antecedentes*, consubstanciada exclusivamente em inquéritos policiais e processos criminais em andamento. Sim, porque nesses casos, não se tem sentença condenatória transitada em julgado, daí não aflorando a necessária segurança jurídica em face da consideração inadequada e equivocada acerca do sobredito conceito (maus antecedentes), nessas condições de todo provisório e suscetível de não consolidação, máxime porque em desconformidade com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional de 1988.

Oportuno considerar, nesse passo, que hoje impera, no sistema jurídico nacional, o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual nenhum ato ou norma pode ter a pretensão de situar-se acima do texto constitucional, com ele, ao revés, devendo conformar-se. Aliás, corolário lógico desse princípio é o da interpretação conforme a Constituição. Por esse princípio, “tem-se que a interpretação de toda e qualquer norma, especialmente aquela infraconstitucional, haverá de ter como parâmetro a Constituição”, consoante a precisa lição do preclaro constitucionalista e Professor André Ramos Tavares.¹⁶

É válido lembrar, ainda, a força normativa de que se revestem os princípios constitucionais – dentro do pensamento neoconstitucionalista que, nos tempos atuais, não é ocioso recordar, predomina no mundo civilizado –, a imprimir-lhes características importantes na operacionalização do Direito, consistentes em que “eles são cogentes, são considerados normas, possuem normatividade no sentido de impositividade”¹⁷, o que significa, na prática, ser comum e razoável “o afastamento de uma norma infraconstitucional dar lugar à aplicação (oficial) de um princípio como vetor único na solução de um caso concreto”.¹⁸

Assaz elucidativo, nesse aspecto, o escólio do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, ao prelecionar sobre os princípios, antes do mais, que “O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade”. E ao dissertar que:

¹⁴ A nosso humilde modo de ver, se o positivismo jurídico ao longo de mais de uma centúria tinha como dogma principal a lei, tratando-se de uma forma de pensar o Direito que tinha por base o primado da lei, em momento posterior sofreu significativa evolução, passou a emprestar normatividade ou força normativa aos princípios, a Constituição tornou-se o guia a orientar todo o sistema jurídico, nascendo daí o hoje denominado neoconstitucionalismo. E o neoconstitucionalismo não teria se tornado um aspecto importante, mas apenas um aspecto de uma porção maior do Direito que, com esse processo evolutivo, mereceria conceituar-se como neopositivismo jurídico?

¹⁵ - Vide Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 6. ed., 2008, p. 325-338.

¹⁶ *Fronteiras da hermenêutica constitucional*, São Paulo, Método, 2006, p. 133.

¹⁷ Ob. e autor cits., p. 88.

¹⁸ Ob. e autor cits., p. 88.

*Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição.*¹⁹

Em conclusão, afigura-se indubitável que a interpretação por alguns ministrada em torno do artigo 59 do Código Penal acerca do conceito de *maus antecedentes* (que se traduzem na existência de processos criminais em andamento), revela-se patentemente inconstitucional, por afrontosa não apenas ao princípio da interpretação conforme, senão também ao princípio da supremacia da Constituição e ao da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Não é sem fundada razão que o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula no 444, cujo comando normativo assim dispõe: “É vedada a utilização de inquérito policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Tal orientação, agora consolidada na sobredita súmula, apresenta-se em perfeita consonância com o entendimento emanado do Pretório Excelso, como se pode conferir:

*O princípio constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política, não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado.*²⁰

Destarte, a conclusão irrefragável a que se chega é no sentido de que, na fase contemporânea do Direito, caracterizado pelo neoconstitucionalismo, a pena haverá de ser submetida à reavaliação, em sede de revisão criminal, não apenas nas hipóteses de erro ou falta de técnica na sua aplicação, mas, também, e principalmente, no caso em que resultar de aplicação flagrantemente desconforme à Constituição Federal, lembre-se, por representar ostensiva violação do princípio constitucional da presunção de inocência e, mais do que isso, do princípio da supremacia da Constituição.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 327-328.

²⁰ STF – HC 106157/SP – Relator(a): Min. Dias Toffoli – Julgamento: 15/03/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma – Processo Eletrônico – Publicação – DJe-100 DIVULG 26-05-2011 PUBLIC 27-05-2011.

Não é ocioso registrar que, nesse sentido, já se pronunciou o Colendo 4º Grupo de Câmaras de Direito Criminal desta Augusta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento da Revisão Criminal nº 0185021-40.2009, de nossa relatoria, ocorrido em 14.06.2012:

Revisão Criminal – Roubo qualificado – Pretendida a absolvição ou a redução da pena – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente provadas – Condenação, portanto, bem editada – Pena-base majorada em razão de processos em andamento – Inadmissibilidade – Questão que envolve interpretação – Corrente jurisprudencial a amparar aquele entendimento - Insubsistência, contudo, do decisum condenatório nesse aspecto – Decisão condenatória que abraçou interpretação do artigo 59 do Código Penal desconforme à Constituição Federal e à Súmula 444 do STJ – Vulneração dos princípios constitucionais da supremacia da constituição e da presunção de inocência (art. 5º, LVII) – Redução da pena que se impõe – Procedência parcial da ação revisional.

Em suma, se é inadmissível efetivar o princípio da inafastabilidade da jurisdição por manejo da revisão criminal quando o tema a ser atacado repousa em interpretação jurisprudencial oscilante da norma infraconstitucional, não é menos certo que essa ação de impugnação *sui generis* é perfeitamente cabível quando se visa à desconstituição, parcial ou total, da coisa julgada criminal formada a partir da interpretação da norma infraconstitucional com vulneração dos princípios da interpretação conforme e da supremacia da Constituição.

Bibliografia

- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINNOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarrance. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed., atualizada pelo Des. Adalberto José Queiroz Teles de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira e Oliveira; ALMEIDA, Carlos Alberto Correia de. A criminalidade moderna e as garantias constitucionais – a influência da globalização no direito penal e direito processual. In: MARQUES, Marco Antonio (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.