

Revisão criminal contra o réu: legitimidade e compatibilidade com a ordem constitucional brasileira

Retrial against the defendant: legitimacy and compatibility with the Brazilian constitutional order

João Pedro Ayrosa 

Resumo: O estudo buscou responder a duas questões de base para a discussão sobre a revisão criminal contra o réu. No primeiro momento, focou-se na legitimidade pré-positiva dessa figura, concluindo-se pela admissibilidade quando presente uma ou mais condutas ilícitas praticadas durante o processo (*propter falsa*), ao mesmo tempo que postula a inadmissibilidade para casos baseados em novos elementos probatórios descobertos após o trânsito em julgado (*propter nova*). No segundo, questionou-se se a revisão criminal contra o réu é compatível com a ordem constitucional brasileira, o que exigiu um estudo de possíveis objeções. Ao final, a pesquisa concluiu pela sua compatibilidade com a Constituição e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ressaltando que essa ação autônoma só poderá ser utilizada na prática mediante posituação legal.

Palavras-chave: revisão criminal contra o réu; revisão criminal *pro societate*; *ne bis in idem*; coisa julgada; reabilitação.

Abstract: The study sought to answer two basic questions for the discussion on retrial against the defendant. Firstly, it focused on the pre-positive legitimacy of this figure, concluding that the *propter falsa* modality is admissible and that the *propter nova* modality is inadmissible. The second questioned whether retrial against the defendant is compatible with the Brazilian constitutional order, which required a study of possible objections. In the end, the research concluded that it is compatible with the Constitution and the American Convention on Human Rights, emphasizing that this autonomous action can only be used in practice if it is legally established.

Keywords: retrial; retrial *pro societate*; double jeopardy; res judicata; rehabilitation.

Sumário: Introdução; 1 O que é a revisão criminal; 2 Revisão criminal contra o réu no plano pré-positivo; 2.1 Tentativas de fundamentação da revisão criminal contra o réu; 2.2 Tradução legislativa; 2.3 Conclusão intermediária; 3 Admissibilidade da revisão criminal contra o réu na ordem constitucional brasileira; 3.1 Constituição Federal; 3.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Conclusões; Referências.

Introdução

Não consta no meu tão querido Houaiss.
(Lourenço Mutarelli, *O livro dos mortos*)

No final de 2023, o Tribunal Constitucional alemão decidiu pela inconstitucionalidade do § 362 Nr. 5 do Código de Processo Penal alemão (adiante StPO), que previa a hipótese de revisão criminal contra o réu¹ (adiante RCCR) com base em provas ou fatos novos². A decisão coroou a longuíssima discussão alemã sobre a figura, reavivada nos últimos anos pela Lei de Estabelecimento da Justiça Material³, responsável pela introdução do referido dispositivo no StPO; o rio de tinta de comentários sobre a decisão serve para ilustrar a sua relevância⁴. Esses acontecimentos podem despertar o interesse de leitores brasileiros para o tema da RCCR; contudo, antecipo que uma eventual busca infelizmente restará

1 Tanto as decisões judiciais que tratam sobre o tema quanto a doutrina que se arrisca a escrever sobre valem-se da expressão “revisão criminal *pro societate*”. Levando em conta que a tradição, a despeito de não ser um argumento suficiente, tem certa força persuasiva, a minha opção por uma outra terminologia necessita de fundamentação. No espaço de uma nota, posso oferecer ao menos três argumentos: a) a expressão *pro societate* ganhou destaque na discussão processual penal brasileira durante os debates sobre uma suposta inversão do *in dubio pro reo* na decisão de pronúncia, apelidada de *in dubio pro societate* [recentemente sobre o tema, cf. KERSHAW, *RBDPP* 10]. Assim, o termo adquiriu conotação negativa, o que me parece um péssimo ponto de partida para a troca de ideias que caracteriza o debate dogmático, justificando-se, dessa forma, a renúncia a tal expressão e a opção por outra, mais neutra no imaginário processual penal; b) além disso, o termo *pro societate* acentua um lado da revisão criminal (o suposto ganho social), quando, na verdade, o essencial está, como pretendo demonstrar ao longo do trabalho [conferir os tópicos 2.1 e 2.2], na própria conduta do réu, em sua falha personalíssima. Sob este ponto de vista, o destaque deveria estar na desvantagem que o próprio réu atrai para si – logo, a revisão é principalmente uma resposta *contra o que foi feito pelo réu*, e não *uma busca por interesses coletivos*. Parece-me que a expressão “contra o réu” incorpora melhor essa ideia; c) ainda que de forma isolada, a expressão já foi utilizada pela jurisprudência: “Não é mais possível dar cumprimento à decisão proferida por esta Corte Superior no presente recurso especial, porquanto não se admite no ordenamento jurídico pátrio a *revisão criminal contra o réu*” [destaque meu]. Trecho extraído de EDcl-EDcl-AgRg-RE 987.521/PE, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, J. 12.11.2013, DJe 18.11.2013; “Nessa linha de intelecção, não havendo na sentença condenatória transitada em julgado determinação expressa de reparação do dano ou de devolução do produto do ilícito, não pode o juízo das execuções inserir referida condição para fins de progressão, sob pena de se ter verdadeira *revisão criminal contra o réu*”. Trecho extraído de AgRg-HC 686.334/PE, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, J. 14.09.2021, DJe 20.09.2021. Se o termo está sendo corretamente utilizado no contexto das decisões é uma outra questão.

2 BVerfGE 166, 359.

3 Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit, BGBl. I 2021, p. 5252.

4 Para alguns exemplos: BOHN, *ZfStw* 3, p. 58-63; STUCKENBERG, *StV* 44, p. 14-17; MAGNUS, *KriPoZ* 9, p. 26-35; MITSCH, *KriPoZ* 8, p. 498-501; GRÜNEWALD, *JZ* 79, p. 101-104; GÄRDITZ, *JZ* 79, p. 96-101; SCHMIDT, *ZfStw* 3, p. 172-183; POHLREICH, *GA* 171, p. 481-495; IBOLD, *ZfStw* 3, p. 438-444; HOPPE; NEUBACHER, *ZStW* 136, p. 544-561; GÖKEN; KULHANEK, *ZStW* 136, p. 562-588; SLOGSNAT, *JZ* 79, p. 956-965.

infértil: há pouquíssimos trabalhos publicados em nosso País sobre o assunto⁵, sendo a regra manuais e comentários que se satisfazem em simplesmente reiterar a impossibilidade jurídica da RCCR no direito nacional⁶.

Esse silêncio doutrinário talvez seja explicável pela tradição brasileira de não adotar a figura da RCCR. Contudo, não é como se a ideia de desconstituição da coisa julgada em desfavor do réu fosse uma especiaria europeia desconhecida por nós. Ao menos desde metade dos anos 2000, decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷ e da Corte Suprema argentina⁸ indicaram uma tendência de, ao menos com relação a delitos graves, admitir a quebra da coisa julgada e a reabertura de processos para julgamento do mesmo fato. Dessa forma, levando em conta a recente decisão alemã e a existência de certa jurisprudência sobre a quebra da coisa julgada em nosso continente, parece-me ser um bom momento para refletir sobre a figura da RCCR.

O presente estudo, portanto, pretende ser uma introdução ao tema. Como introdução, o trabalho busca responder a duas perguntas: primeiro, se a RCCR é legítima em um plano pré-positivo; segundo, se a RCCR é compatível com a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Antecipo que a resposta será positiva a ambas as questões.

Porém, antes de discutirmos a legitimidade da RCCR, é necessário abordar a natureza da revisão criminal de forma mais geral, a fim de garantir clareza conceitual para os debates ulteriores.

5 Exceções que abordam o tema com um pouco mais de cuidado: CRUZ, *A proibição de dupla persecução penal*, p. 99 e ss.; QUEIJO, *Da revisão criminal*, p. 66 e ss. Há uma pequena e interessante descrição de sistemas estrangeiros em TOURINHO FILHO, *Processo penal* 4, p. 706-708.

6 A título de exemplo: PACELLI, *Curso de processo penal*, p. 795; LOPES JR., *Direito processual penal*¹⁷, p. 1719; TORON, *Código de Processo Penal comentado*, p. 1176; TÁVORA/ALENCAR, *Curso de direito processual penal*, p. 1613. Com argumentos de direito positivo pela impossibilidade: BADARÓ, *Processo penal*⁹, p. 1567; LIMA, *Manual de processo penal*, p. 1903; DEZEM, *Curso de processo penal*, p. 483. Os referidos argumentos serão enfrentados no tópico 3 deste estudo.

7 Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, em que se analisou o Decreto Ley nº 2.191, de 1978, que concedeu anistia às pessoas envolvidas em atos criminosos no contexto da ditadura militar chilena. Entre os agraciados pela anistia estavam os autores do homicídio de Luis Alfredo Almonacid Arellano, professor de ensino médio e militante do Partido Comunista, alvejado por tiros na frente de sua família ao sair de casa. Com uma breve descrição dos fatos, ver: https://corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335.

8 Caso Mazzeo, em que a Corte Suprema argentina reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto nº 1.002/89, que indultava chefes militares argentinos que praticaram crimes durante a ditadura. Na decisão, o tribunal relativizou a garantia da coisa julgada e a vedação ao *ne bis in idem* no contexto de “[...] delitos que implicam a violação dos princípios mais elementares da convivência civilizada [...]”. Decisão Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de Casación e Inconstitucionalidad, 13 de julho de 2007, tópico 31 e ss.

1 O que é a revisão criminal

Há na doutrina duas posições sobre a natureza jurídica da revisão criminal: de um lado, aqueles que sustentam tratar-se de um recurso, ainda que *sui generis*, e, de outro, os que a classificam como uma ação autônoma de impugnação. Um primeiro indício a favor do tratamento da revisão criminal como recurso é a sua localização no Código de Processo Penal no Livro III, Título II (“Dos recursos em geral”). Esse fato, porém, permanece apenas isso: um fato. E um fato, se é um argumento, o é apenas de forma limitada, pois está preso a contingências, de forma que, constatada a alteração do estado de coisas, não mais serve àquele que o esgrime para defender a sua posição⁹. Outra tentativa de alocá-la nos recursos lhe confere o nome de instrumento “extraordinário” por ter como objeto uma sentença já transitada em julgado, sem explicar, novamente, por que ela seria um recurso e não uma ação autônoma¹⁰, o que acende as luzes para uma possível fraude de etiquetas¹¹.

Assim, é mais proveitoso simplesmente seguir o fio que as próprias definições consagradas nos oferecem. Se considerarmos que o recurso *prolonga* uma relação processual previamente existente e a ação autônoma *instaura* uma nova relação jurídica; que o recurso exige a *ausência* de coisa julgada enquanto a revisão criminal a *pressupõe*, tem-se que a melhor qualificação dessa figura é como uma *ação autônoma de impugnação*¹². Assim, arrisquemos uma definição inicial: a revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação que busca corrigir erros judiciais abarcados pela coisa julgada¹³.

Tais erros judiciais podem ter diversas origens, as quais vão desde uma valoração falha do material probatório até a manipulação do resultado por al-

9 Por exemplo, o PLS 156/2009 (projeto de novo Código de Processo Penal) alocou a revisão criminal no Livro IV, intitulado “Das ações de impugnação”. Sobre o problema de argumentos contingentes: GRECO, *In Dret Penal* 4/2010, p. 6: “*Más importante es la consideración de que aunque tengamos buenas razones para aceptar esas premisas como proposiciones verdaderas, esas razones solamente tendrán peso en el momento en que efectuamos la comparación entre las premisas y la realidad, sin que haya garantía alguna de que en el futuro no se modifique tal realidad, lo que obligaría a revisar las premisas*”.

10 QUEIJO, *Da revisão criminal*, p. 116-117.

11 Ou seja, atribuir um novo nome/etiqueta a uma posição teórica reconhecida como falha na tentativa de salvá-la. Sobre isso: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 86, nota 204.

12 QUEIJO, *Da revisão criminal*, p. 116-131; nesse sentido: TORON, *Código de Processo Penal comentado*, p. 1176. O Ministro Fachin a definiu como *ação penal constitutiva*: RvC 5480 MC/AM, Rel. Min. Edson Fachin, J. 17.12.2018, Publ. 19.12.2018; no mesmo sentido: TOURINHO FILHO, *Processo penal* 4, p. 709; MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, p. 305. TORNAGHI, *Curso de processo penal* 2, p. 362, entende a discussão acerca da natureza jurídica como “bizantina” por não ter repercussões práticas.

13 A parte final da definição foi retirada de ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 534.

guma das partes processuais. Diante dessa multiplicidade de causas, costuma-se diferenciar a revisão criminal com base em dois pontos de referência: o primeiro tem como objeto condutas ocorridas enquanto o processo ainda tramitava; o segundo, por sua vez, tem como objeto fatos posteriores ao término da relação processual, que, se pudessem ter sido considerados durante a tomada de decisão, provavelmente alterariam o seu conteúdo. À primeira hipótese dá-se o nome de *propter falsa*; à segunda, *propter nova*¹⁴. O que pode em um primeiro momento parecer um taxonomismo¹⁵ estéril provar-se-á relevante para as conclusões deste trabalho.

Feitas essas duas explicações prévias, passo à análise da legitimidade da RCCR.

2 Revisão criminal contra o réu no plano pré-positivo

2.1 Tentativas de fundamentação da revisão criminal contra o réu

Pensemos em um país hipotético. Nele, está-se discutindo a redação de um novo Código de Processo Penal e, em determinado ponto dos debates legislativos, questiona-se a opção por acolher no Código a figura da RCCR. A redação do dispositivo autoriza a ação autônoma de impugnação tanto para os casos de *propter falsa* quanto para os casos de *propter nova*. A Constituição deste país imaginário silencia sobre a matéria, não vedando nem autorizando a RCCR, bem como não indica uma opção do legislador constitucional pela prevalência de um valor jurídico sobre o outro – em outros termos, não há nada que diga valer a segurança jurídica mais que a justiça material ou vice-versa. Se fôssemos convocados para dar nossa opinião sobre esse ponto do projeto, o que deveríamos dizer? É a partir desse experimento mental que o presente tópico se desenvolverá¹⁶. Os principais argumentos pré-positivos contra ou a favor da figura da RCCR serão apresentados e, ao final, será tomada posição quanto ao nosso cenário hipotético.

14 WALTER, *Strafprozessrecht*, p. 229.

15 Traçando o termo para as discussões jurídico-penais, a fim de identificar o subterfúgio de evitar a análise crítica de um determinado objeto por meio de sua simples categorização dentro de um sistema previamente dado: DUBBER, *Der doppelte Strafstaat*, p. 100 e ss. Breve explicação em português em MINORELLI, *RSCP* 6, p. 552.

16 Sobre a importância dessa forma de argumentação no Direito: MINORELLI/CEOLIN, *REC* 72, p. 151 e ss.; DIAS, *Notwehrprovokation*, p. 33, que defende os experimentos mentais como um meio de encontrar soluções que posteriormente serão testadas frente a problemas práticos. O presente estudo segue essa estrutura.

A pergunta inicial pode ser assim formulada: Sob que condições é legítimo, com relação aos mesmos fatos, dar início a uma segunda persecução penal contra alguém que fora previamente absolvido? A resposta está vinculada a um outro questionamento, anterior: Por que alguém que fora absolvido não pode ser colocado novamente no banco dos réus pelos mesmos fatos? Essa pergunta gira em torno do fundamento material da coisa julgada, ou seja, do motivo pelo qual ela funciona como um empecilho à nova persecução penal¹⁷. A resposta satisfatória à primeira pergunta pressupõe uma resposta satisfatória à segunda, de forma que o presente tópico será dedicado majoritariamente às teorias que trabalham a relação entre coisa julgada e revisão criminal, enquanto o próximo será dedicado propriamente às hipóteses de legitimidade da RCCR.

Um primeiro ponto de vista vê a garantia da autoridade das decisões judiciais como fundamento da coisa julgada. Assim, o Estado atribui imutabilidade a uma decisão judicial para garantir tanto a autoridade desta quanto a sua própria¹⁸; de forma invertida, quando a manutenção da decisão significar mais prejuízos do que a sua anulação – o que só ocorreria excepcionalmente –, então haver-se-ia de admitir a quebra da coisa julgada e a desconstituição da decisão¹⁹. Para a RCCR, isso significa que o ordenamento jurídico a reconheceria apenas nas hipóteses em que a figura contribuisse para a manutenção da autoridade estatal²⁰. Duas objeções destacam-se. Primeiro, é empiricamente obscuro como a correção ou incorreção de uma decisão afeta a autoridade do Judiciário e, de forma mais geral, do Estado; nesse plano, poder-se-ia argumentar inclusive que a desconstituição de

17 Não se pretende, porém, uma profunda discussão sobre todas as teorias ao redor da figura da coisa julgada. O importante neste ponto do trabalho é simplesmente identificar uma fundamentação segura o suficiente para carregar as posteriores considerações sobre a revisão criminal. Além disso, a coisa julgada e a garantia do *ne bis in idem* serão tratadas lado a lado ao longo do trabalho, visto que a última tem como base a primeira: o indivíduo tem direito a não ser processado mais de uma vez pelo mesmo fato e isso se garante por meio da figura da coisa julgada. Em que pese os dois conceitos não se confundam, não vejo empecilho para trabalhá-los em conjunto, da mesma forma que CRUZ, *A proibição de dupla persecução penal*, p. 30-32, que destaca a diferença para, depois, manter tal uso conjunto.

18 Breve exposição sobre a posição e ulteriores referências sobre: GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 866; SLOGSNAT, *ZStW* 133, p. 749. Aparentemente nesse sentido, ao mencionar a autoridade das decisões como fundamento do § 362 Nr. 1-4 StPO, POHLREICH, *GA* 171, p. 489. Apontando que esta espécie de fundamentação foi utilizada na decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a inconstitucionalidade do § 362 Nr. 5 StPO: IBOLD, *ZfIStw* 3, p. 444.

19 Conferir os resumos da teoria em: GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 866; SLOGSNAT, *ZStW* 133, p. 750 e 752-753; conferir, também, KATO, *ZIS* 1 p. 354: “[...] punir um inocente é uma intervenção insuportável na dignidade humana que, além disso, *prejudica a autoridade dos tribunais*” [destaque meu].

20 TORNAGHI, *Curso de processo penal* 2, p. 363, reconhece que a correção dos erros judiciais contribui para o prestígio do judiciário, mas acrescenta: “Daí, porém, não se deve inferir que a *finalidade* da revisão ou, sequer, a sua *razão histórica*, seja a de prestigiar a magistratura; isso é apenas uma consequência”.

uma decisão tida como imutável também afetaria a “autoridade estatal”, seja lá o que isso signifique. Segundo, pode-se apontar, em um plano normativo, que a autoridade não é suficiente para ser fonte de legitimação, pressupondo sempre a complementação por razões “caso queira ser mais do que um puro maquiavelismo processual”²¹. Essa posição não nos entrega tal complementação, limitando-se à autoridade estatal como ponto de apoio. Portanto, essa primeira tentativa de fundamentação não pode ser aceita.

Um segundo argumento muda a perspectiva: ao invés de buscar a fundamentação da coisa julgada e as suas consequências para a RCCR, ele resolve o problema por meio da negação da coisa julgada nas hipóteses previstas de RCCR, afirmando que a decisão atacada é nula ou mesmo inexistente²², de forma que a garantia decorrente de decisões transitadas em julgado não é atingida; logo, a tensão entre a imutabilidade das decisões e sua quebra fática por meio da revisão criminal estaria resolvida. Segundo essa lógica, a RCCR seria simplesmente o instrumento para reconhecer a nulidade ou inexistência da decisão, não exigindo maior fundamentação quanto à desconstituição da coisa julgada. Contudo, é questionável se decisões objeto de revisão criminal efetivamente podem ser assim adjetivadas: uma decisão faticamente errada não é nula, muito menos inexistente²³. Além disso, admitir a imutabilidade de uma decisão, mesmo que falha, parece fazer parte da própria ideia de coisa julgada²⁴⁻²⁵. Pode-se dar, inclusive, um passo além e identificar nesse argumento um *definitional stop*, situação na qual uma condição para *justificar* uma prática (a correção formal do processo/a correção material da decisão) é confundida com uma condição necessária para *definir* essa prática (um processo com falhas formais não é um processo/uma decisão judicial errada é nula/inexistente)²⁶. Por conta disso, esse argumento também deve ser negado.

21 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 871.

22 Sobre e com ulteriores referências: GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p.865; sobre essa perspectiva no Direito italiano: CALLARI, *La revisione*, p. 28.

23 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 866; crítico sobre a discussão argentina: BARBERÁ, *Derecho procesal penal IV*, p. 637 ss.

24 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 866.

25 Pode-se acrescentar mais um argumento, formulado por Matias Falcone em uma conversa informal que tivemos antes de um seminário: ninguém ainda conseguiu justificar o tratamento de um processo que faticamente ocorreu e, portanto, gastou dinheiro público, como se fosse algo inexistente. Nesse caso, que fim levou o dinheiro do contribuinte?

26 BARBERÁ, *Derecho procesal penal IV*, p. 637.

Como terceira posição temos a teoria da ponderação, a qual merece ser mencionada por duas razões: primeiro, ela não coloca o destaque da discussão na fundamentação da coisa julgada, mas em sua quebra; segundo, pode-se dizer sem medo que se trata da posição majoritária na Alemanha. O argumento central: a coisa julgada confere imutabilidade às decisões como manifestação do *princípio segurança jurídica*. Contudo, há situações em que a manutenção de uma decisão é percebida como intolerável; são os casos em que o *princípio justiça* contrapõe-se ao da segurança jurídica. E, como há um conflito entre princípios, pondera-se. Assim, a revisão criminal nada mais seria do que o resultado da *ponderação que consagra a justiça vencedora sobre a segurança jurídica*²⁷. Finaliza-se reiterando que a resolução do conflito em favor da justiça seria simplesmente uma exceção²⁸: no geral, a coisa julgada deve ser mantida.

A principal objeção é a forma como essa posição trata o indivíduo sujeito à persecução penal. Se o direito a não ser mais processado pelo mesmo fato puder ser relativizado para a realização de interesses difusos e manipuláveis²⁹ de justiça³⁰, então o acusado se tornaria simplesmente objeto do processo penal³¹: ele seria instrumentalizado em nome da justiça material³². Tentou-se evitar isso por

27 Nesse sentido: ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 534; KINDHÄUSER/SCHUMANN, *Strafprozessrecht*, § 33 nm. 1; VOLK/ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO*, § 38 nm. 1; WALTER, *Strafprozessrecht*, p. 229; DIPPEL, *GA* 119, p. 106; p. 534; IBOLD, *ZfStw* 3, p. 440: “Caso a segurança jurídica e a justiça material conflitem, [...] cabe ao direito de revisão criminal solucionar o conflito”; sobre a evolução histórica da contraposição desses dois princípios no contexto da revisão criminal: GRÜNEWALD, *ZStW* 120, p. 547 e ss.; de forma mais geral: TEMMING, *Heidelberger Kommentar*, vor § 359 ff. nm. 1; SCHMITT, *Beck’sche Kurz-Kommentare Strafprozessordnung*, § 359, nm. 1; SCHWEIGER, *ZfStw* 1, p. 397; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, nm. 1106; MARXEN/TIEMANN, *Die Wiederaufnahme in Strafsachen*, nm. 5; FEILCKE, *Wiederaufnahme in Strafsachen*, p. 295; PETERS, *Fehlerquellen im Strafprozeß*, p. 32-33; crítico: KASPAR, *SSW-StPO*, Vorbemerkung zu §§ 359 ff. nm. 8. No Brasil, de forma semelhante: TOURINHO FILHO, *Processo penal* 4, p. 704-706; MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, p. 306.

28 Sobre: KASPAR, *SSW-StPO*, § 362. nm. 1; KASPAR, *GA* 169, p. 27; SCHMITT, *Beck’sche Kurz-Kommentare Strafprozessordnung*, § 362, nm. 1; PABST, *ZIS* 5, p. 127; RANFT, *Strafprozeßrecht*, p. 668; FEILCKE, *Wiederaufnahme in Strafsachen*, p. 296; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, nm. 1106. O tratamento da revisão criminal como “exceção” pode ser reconduzido ao ganho em importância da coisa julgada na segunda metade do século 19, comparar: GRÜNEWALD, *ZStW* 120, p. 561. Até em ordenamentos que só preveem a modalidade em favor do réu fala-se em exceção, por exemplo: ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 315.

29 Manipulável, pois sempre se pode interpretar esses interesses abstratos da forma a atingir um determinado objetivo desejado. Por exemplo, Achenbach argumenta em favor da coisa julgada a partir da ideia de justiça e a favor de sua quebra a partir da ideia de segurança jurídica. Cf. ACHENBACH, *ZStW* 87, p. 85-86.

30 SALAS, *Kritik des strafprozessualen Denkens*, p. 301: “Já que não há um parâmetro definitivo para a resolução de conflitos referentes a valores, tenta-se costumeiramente convencer o interlocutor em uma discussão por meio de argumentos de justiça intuitivo-emocionais”; BÖRNER, *Legitimation durch Strafverfahren*, p. 27: “Tanto é certo que a justiça (percebida) é importante quanto é incerto o que se busca expressar com tal termo”.

31 HÖRNLE, *GA* 169, p. 191.

32 SLOGSNAT, *ZStW* 133, p. 758; próximo: NEUMANN, *FS-Jung*, p. 663.

meio do acoplamento de interesses do acusado à segurança jurídica, de forma que ele seria considerado durante a ponderação³³. O fato de, a despeito disso, alcançar-se o mesmo resultado é um indício forte da natureza retórica da construção. Além disso, é necessário considerar que a posição do acusado no processo é marcada por *direitos*, e não interesses. E tais direitos não podem ser ponderados com interesses abstratos³⁴, sob o risco de sofrerem relativizações indevidas.

Uma quarta tentativa de fundamentação, chamada de três colunas da coisa julgada, trabalha a relação entre coisa julgada e revisão criminal (não apenas a RCCR) de forma mais íntima, em que esta se torna decorrência lógica dos fundamentos daquela³⁵. O argumento já anuncia de saída o ponto de chegada: a coisa julgada material incorpora a ideia de que a *persecução penal deve ter um fim*³⁶, buscando-se compreender tal imutabilidade em três dimensões: nas hipóteses de condenação (i), nos casos de absolvição (ii) e em seus efeitos contra o acusado (iii).

De início, deve-se responder o porquê de uma nova persecução pelo mesmo fato, com relação ao qual já há uma *condenação*, não ser admissível. A resposta é que, por conta de uma condenação, a culpabilidade exaure-se (*Schuldtilgung*), de forma que uma nova punição está conseqüentemente bloqueada³⁷: se não há mais culpabilidade, não há mais motivo para investigar-se o fato novamente. E a figura que garante esse bloqueio a novas investidas contra o réu é a coisa julgada (i).

Quando se trata de uma *absolvição*, porém, não há mais espaço para o raciocínio envolvendo a culpabilidade, pois não há culpabilidade alguma a ser exaurida, sendo necessário buscar um novo ponto de apoio para a coisa julgada. A resposta está, então, na *reabilitação* a que tem direito o réu absolvido por conta de sua *tolerância* ao processo³⁸. Pode-se traduzir o fenômeno como um contrato: o réu compromete-se a tolerar o processo e o Estado compromete-se a nunca mais

33 Crítico: SLOGSNAT, ZStW 133, p. 758.

34 SLOGSNAT, ZStW 133, p. 758

35 Breve explicação em português sobre a construção em GRECO, *Homenagem ao Ministro Rogerio Schietti*, p. 505. Referência esparsa a partes da teoria em: LEITE/TEIXEIRA, *Revista do TRF1* 36, p. 84-85.

36 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 117.

37 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 371-372.

38 O conteúdo do dever de tolerância é bem restrito: o réu não pode influenciar o processo por meio de um comportamento imputável e antijurídico [GRÜNEWALD, ZStW 120, p. 574; SLOGSNAT, ZStW 133, p. 752]. Contudo, ele não precisa contribuir para o esclarecimento de fatos ou confirmação de suspeitas, visto que essas são tarefas do Estado; ademais, o simples exercício de direitos processuais não representa um descumprimento do dever de tolerância, pois é um comportamento que se move dentro das fronteiras de condutas legítimas no processo [GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 973].

processá-lo pelo fato investigado. Assim, o direito à reabilitação também bloqueia um novo processo sob a forma da coisa julgada³⁹ (ii).

Apresentei duas das três anunciadas colunas. Um leitor poderia questionar se as duas colunas descritas *supra* não seriam suficientes para suportar a construção da coisa julgada. Isso, porém, ignora que uma legitimação bem-sucedida *não pode restringir-se à perspectiva do réu*. E isso porque, se ela fosse suficiente, não se conseguiria explicar por qual motivo a coisa julgada também gera efeitos contra o acusado⁴⁰. Essa possibilidade pode ser explicada a partir do termo “justiça processual” (*Verfahrensgerechtigkeit*): se o processo se desenvolveu conforme as normas pertinentes, pode-se assumir que o acusado foi atingido comunicativamente e não tratado como simples objeto, de forma que está vinculado ao resultado do processo⁴¹ (iii). Em resumo:

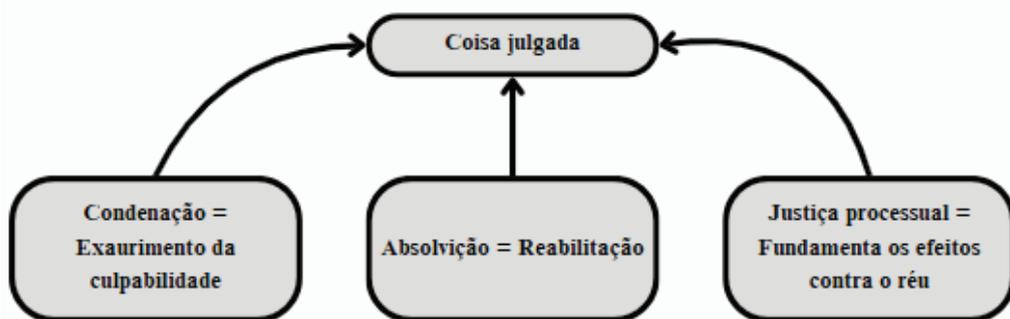


Gráfico 1 (elaborado pelo autor).

Não era o réu culpado ou foi ele tratado como objeto da violência estatal, e não como sujeito de direitos, então há uma violação à culpabilidade (i) ou à justiça processual (iii), respectivamente. Isso significa que à condenação sob essas circunstâncias falta ao menos uma das três colunas da coisa julgada, sendo a sua quebra admissível e legítima. Consequentemente, é necessário garantir ao indivíduo o direito de alterar a decisão “manca”, legitimando-se a revisão criminal em favor do réu⁴².

39 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 372.

40 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 357.

41 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 260-261, 372. Exemplo desse efeito contra o réu da coisa julgada são as diversas decisões que, a despeito de falhas, não podem ser rediscutidas em sede de revisão criminal. Sobre: TORNAGHI, *Curso de processo penal 2*, p. 367-368.

42 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 999.

Como dito, não há exaurimento de culpabilidade em casos de absolvição. Porém, a coisa julgada continua a exercer os seus efeitos em favor do réu absolvido por conta do direito à reabilitação. Tal direito é a outra face do *dever de tolerar o processo*, pois quem esteve sob suspeita e atuou todo um processo contra si está em condições de exigir não ser mais processado pelo mesmo fato⁴³. Essa argumentação apresenta os traços de uma obrigação recíproca entre Estado e cidadão. E quando se trata de uma obrigação recíproca, sempre há a possibilidade de que um dos envolvidos não cumpra com a sua parte. Exatamente essa ideia está no fundamento da revisão criminal contra o réu: se ele não cumpre o seu dever de tolerância com o processo, *o Estado não lhe deve um direito à reabilitação e, por falta dessa coluna, não surge o bloqueio decorrente da coisa julgada*⁴⁴. Formulado de outra forma, não há violação à proibição de múltipla persecução, pois o réu, por meio de seu próprio comportamento, “destrava” o bloqueio da coisa julgada ao romper o contrato que lhe sustentava⁴⁵.

Essa construção quebra a dicotomia predominante entre coisa julgada e revisão criminal como uma relação de regra e exceção em que a última surge como algo anormal, um corpo estranho dentro de um sistema de outra forma harmônico⁴⁶, ao vincular a ausência de um fundamento da coisa julgada (culpa, reabilitação e justiça processual) à justificação da revisão criminal. Além disso, a RCCR e a revisão criminal em favor do réu passam a dividir um fundamento comum, conferindo maior sistematicidade às hipóteses de quebra da coisa julgada. Por fim, a ideia das três colunas evita a instrumentalização do réu: não se trata mais de resolver a tensão entre fins processuais abstratos, por meio da qual a posição do réu é enfraquecida para dar espaço a ponderações de justiça ou interesse social⁴⁷. Sob o ponto de vista aqui desenvolvido, o principal é a própria conduta do réu, de forma que *qualquer limitação a seus direitos pode ser reconduzida ao seu próprio agir*.

43 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 958; HÖRNLE, GA 169(4), p. 187; POHLREICH, HRRS 24(5), p. 140; próximos: MARXEN; TIEMANN, ZIS 3, p. 189; GRÜNEWALD, ZStW 120, p. 568, fala de um “dever de comparecimento, desde que haja suficientes elementos incriminadores (*Belastungsmomente*)”; SCHUHR, *Handbuch des Strafrechts*, § 24 Nm. 44, limita o dever de tolerância a apenas um processo.

44 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 958; mais geral, porém alcançando o mesmo resultado: SLOGSNAT, ZStW 133, p. 752.

45 Próximo: GRÜNEWALD, ZStW 120, p. 574-575.

46 Nesse sentido: CALLARI, *La revisione*, p. 26.

47 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 978.

2.2 Tradução legislativa

Agora é necessário traduzir as consequências dessa formulação sobre a coisa julgada para o âmbito das hipóteses de revisão criminal, ou seja, determinar sob que condições concretas a RCCR é legítima. Como dito anteriormente, a revisão criminal pode ser dividida em dois grupos principais (*propter nova* e *propter falsa*). Assim, há um ganho de clareza e precisão ao trabalhar a legitimidade desses dois grupos de forma separada.

A RCCR *propter falsa* manifesta-se principalmente por atos de influência ilegítima sobre o desenrolar/resultado do processo; o StPO, por exemplo, prevê como hipóteses de RCCR a utilização de documentos falsos em favor do réu (§ 362 Nr. 1), o falso testemunho ou a falsa perícia em favor do réu (§ 362 Nr. 2) e a violação ao dever de ofício por parte de um juiz de direito ou leigo que tenha participado do julgamento (§ 362 Nr. 3). Olhando essas constelações e tendo em mente que o elemento central para a RCCR é a *reabilitação* – a qual, ressalte-se mais uma vez, decorre do dever de tolerância –, tem-se que, nas hipóteses em que há uma violação a tal dever, o réu renuncia à proteção dada pela coisa julgada. Assim, quando o réu participa da conduta ilícita⁴⁸ que influencia a decisão, há de se admitir a revisão criminal. A última frase é importante por destacar um elemento que é muito discutido no ordenamento alemão: a necessidade de pelo menos participação do réu na conduta. Há autores que, com base na literalidade do dispositivo do StPO, sustentam não haver uma vinculação entre conduta do réu e admissibilidade da revisão criminal, bastando que o réu seja beneficiado pela sabotagem alheia⁴⁹. Isso pode até ser defensável no contexto alemão, mas em nosso experimento mental e à luz da fundamentação apresentada não podemos admitir essa conclusão. Portanto, temos uma primeira resposta para o nosso legislador imaginário: a RCCR *propter falsa* é legítima desde que se exija a participação do réu nos crimes que lhe servem de base.

Falta, agora, analisar a RCCR *propter nova*. Como dito, trata-se de modalidade de revisão criminal cujo elemento central não é mais algo que ocorreu durante o processo, mas algo posterior a ele: um teste de DNA inacessível à época do processo, um vídeo até então desconhecido, uma confissão feita pelo réu após

48 Pois as hipóteses mencionadas são puníveis no Direito brasileiro: (i) falsificação de documento público (art. 297, CP); falsidade de documento particular (art. 298, CP); falsidade ideológica (art. 299, CP); (ii) falso testemunho ou falsa perícia (art. 342, CP); (iii) corrupção passiva (art. 317, CP).

49 KASPAR, *SSW-StPO*, § 362 nm. 6; SCHMIDT, *Karlsruher Kommentar*, § 362 nm. 8; SCHMITT, *Beck'sche Kurz-Kommentare Strafprozessordnung*, § 362 nm. 3; TEMMING, *Heidelberger Kommentar*, § 362 nm. 3; MARXEN/TIEMANN, *Die Wiederaufnahme in Strafsachen*, nm. 305; FEILCKE, *Wiederaufnahme in Strafsachen*, p. 304.

o fim do processo, etc. O problema trazido por essa constelação é a dificuldade de legitimação⁵⁰ da nova persecução penal nos casos em que o réu cumpriu com o seu dever de tolerância, sendo absolvido por outros motivos (falta de prova, principalmente). As tentativas de oferecer uma resposta são as mais diversas, de forma que retratarei as que mais aparecem nas discussões sobre o tema⁵¹.

Primeiro, sustenta-se que haveria um direito da vítima e/ou de sua família à persecução penal e a RCCR seria o instrumento jurídico para resolver o conflito entre estes direitos e aqueles do réu⁵², sendo que a modalidade *propter nova* da RCCR seria legítima por possibilitar a concretização dos direitos da vítima/família quando surgissem provas novas. Contudo, afirmar que há um direito da vítima à persecução quando já houve um processo anterior conforme as normas legais soa contraditório: o direito à persecução não é o mesmo que um direito à condenação; caso se queira complementar o argumento afirmando ser um direito à persecução penal *efetiva*, comete-se o erro de equiparar resultado correto com condenação, ou seja, ver o processo como simples instrumento para colocar alguém atrás de grades. Ademais, tal argumento trata o réu absolvido após o correto desenrolar do processo como se fosse um autor certo, elevando o novo elemento probatório a um patamar tal que simplesmente reduz todo o processo anterior a um simples rodapé indesejado; ele transmuda, como em um passe de mágica, o *in dubio pro reo* em uma espécie de *in dubio pro victimam* e abre as portas para uma condenação “com a consciência limpa”⁵³.

O argumento definitivo contra essas considerações, porém, está no efeito neutralizador da referência à vítima. Quando esta está no centro, as intervenções

50 Em que pese seja possível intuir que do ponto de vista da sociedade a reabertura do processo nesses casos seria algo quase que evidente, visto que uma eventual vedação “estaria bloqueando a descoberta da verdade, a punição do culpado e, com isso, a realização da justiça” [STUCKENBERG, *Strafverteidiger* 44, p. 14]. Sobre isso, uma pesquisa realizada em 2016 na Alemanha mostrou que 91% dos participantes colocaram-se a favor da ampliação das hipóteses de revisão criminal [POHLREICH, *GA* 171, p. 484].

51 Os argumentos que serão expostos foram formulados tendo em mente principalmente as provas novas como elemento central da revisão criminal. A razão para isso está em terem sido desenvolvidos durante o debate sobre o § 362 Nr. 5 StPO; a confissão como hipótese de RCCR goza de dispositivo próprio (§ 362 Nr. 4 StPO). Contudo, parece-me que a discussão fundamental toma como referência a figura geral da RCCR *propter nova*, não se limitando a uma hipótese concreta, de forma que tratarei de ambas em conjunto. Quando uma diferenciação for necessária, ela será feita no texto.

52 HÖRNLE, *GA* 169, p. 194. Um leitor atento poderia apontar que trabalhar com a figura da vítima restringiria o argumento a um grupo de delitos, excluindo os delitos contra bens jurídicos coletivos ou, pelo menos, precisando justificar a revisão criminal nesses casos com argumentos adicionais. E esse leitor estaria correto. De fato, o argumento foi pensado apenas para um grupo específico de delitos, mais precisamente aqueles previstos no rol do § 362 Nr. 5 StPO (homicídio qualificado e alguns crimes do Código Penal Internacional alemão).

53 GRECO, *GA* 167, p. 264; sobre a violação à presunção de inocência: HOPPE; NEUBACHER, *ZStW* 136, p. 555.

estatais nos direitos do acusado relativizam-se, pois passam a ser cobertas pelo esmalte de um suposto conflito entre duas pessoas com “igual ou comparável visibilidade, tangibilidade e realidade”⁵⁴. Encarar a violência estatal dessa forma adocica o sofrimento causado pelo novo processo, visto não se tratar mais da imposição de um mal, mas da realização do direito da vítima ou de sua família – Quem se oporia a isso? Como já dito com relação ao direito penal material, um processo penal orientado à vítima se torna tão invulnerável a críticas quanto a própria vítima⁵⁵⁻⁵⁶.

Uma segunda tentativa que pode ser especialmente sedutora para nosso legislador imaginário é olhar para além de suas fronteiras e observar países cujo ordenamento jurídico convive com a RCCR *propter nova*; poder-se-ia até constatar uma certa tendência internacional, em especial europeia, de reconhecê-la⁵⁷. O erro é tão evidente que basta apontar o fato de existirem diversos outros países, tanto da tradição romano-germânica quanto anglo-americana, que não conhecem a figura *geral* da revisão criminal contra o réu⁵⁸, quanto menos a modalidade *propter nova*. Por exemplo, o Código de Processo Penal francês proíbe a revisão criminal contra o réu, algo visto como tão relevante que recebeu tratamento de garantia constitucional por meio da jurisprudência do Conselho Constitucional⁵⁹. A lista poderia seguir: também não a reconhecem Brasil, Espanha⁶⁰, Japão⁶¹, etc. Mais importante do que listar países críticos ou favoráveis à RCCR é a conclusão de que a sua ausência em um determinado Código de Processo Penal não pode

54 GRECO, GA 167, p. 264.

55 GRECO, GA 167, p. 264; também contra essa postura: NEUMANN, *FS-Jung*, p. 663: “[...] a ideia questionável e perigosa ao Estado de Direito de um direito da vítima à punição do autor”; GERSON, *Das Recht auf Beschuldigung*, p. 282: “[...] um processo que não se pauta por teorias absolutas da pena não pode se escorar na vítima”. Sob um outro ponto de vista, tratando o processo apenas como meio de garantir um interesse coletivo e, portanto, não como instrumento idôneo para compensar interesses individuais (entre estes, os da vítima): GÄRDITZ, *JZ* 79, p. 99-100.

56 Um argumento que não me parece forte, mas cuja menção vale a pena: a possibilidade de reabertura perene do caso pode, na verdade, ter efeitos negativos sobre a vítima por impossibilitar o “fechamento” do ciclo iniciado pelo delito. Nesse sentido: HOPPE/NEUBACHER, *ZStW* 136, p. 556-557.

57 MAGNUS, *KriPoZ* 9, p. 35; crítico, citando alguns exemplos da *common law*: STUCKENBERG, *StV* 44, p. 14.

58 SCHMIDT, *Karlsruher Kommentar*, § 362 Nm. 2; ARNEMANN, *Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen*, p. 85; NOLTE/AUST, *Grundgesetz*, Art. 103, Nm. 222; PETERS, *Fehlerquellen im Strafprozeß*, p. 41; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, Nm. 1115; já em 1972 sobre: MEYER, *ZStW* 84, p. 924 ss.

59 POHLREICH, *HRRS* 24, p. 153; o mesmo autor fez um panorama da proibição de dupla persecução no Direito europeu em POHLREICH, *Bonner Kommentar*, nm. 17 e ss.

60 ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 315.

61 Que, a despeito da influência alemã, prevê apenas a modalidade em favor do réu. Sobre isso e como a recepção do Direito americano após a segunda guerra reverberou na regulamentação da revisão criminal japonesa: SAITO, *ZfStw*, v. 3, p. 445.

ser interpretada como “insuportável”⁶². Um ordenamento jurídico pode seguir sem reconhecê-la. A escolha político-jurídica de não incorporar a RCCR *propter nova* não pode ser repudiada como extravagância legislativa ou conservadorismo desmedido diante da discussão internacional⁶³. Consequentemente, as opções legislativas estrangeiras não podem servir como argumento nem a favor nem contra a RCCR *propter nova*.

É possível pensar ainda em um terceiro grupo de argumentos centrado em um dever de punição absoluto. A pertinência dessa linha de raciocínio pode ser questionada com relação a delitos leves, mas parece ter alguma força persuasiva quando se trata de delitos graves (fiquemos com os exemplos do § 362 Nr. 5 StPO – homicídio qualificado e crimes internacionais). Assim, a RCCR *propter nova* incorporaria um imperativo, um dever absoluto de punição de crimes graves. Caso lêssemos a palavra *absoluto* como o inverso a algo condicionado ou derrotável, então há o problema de falta de fundamento de um dever dessa natureza⁶⁴. Mais do que isso: se o argumento que falta está atrás de uma porta, o que nos impede de entrar não é apenas a falta da chave, mas o fato de a porta ser, na verdade, um desenho na parede. Isso porque a estrutura dos deveres positivos só autoriza reconhecer um imperativo absoluto de ação quando *inexistir* qualquer outro dever vinculando a conduta do obrigado⁶⁵. Considerando que o obrigado é o Estado, ente acorrentado por uma infinidade de deveres perante os cidadãos, a resposta negativa se impõe: paredes não se abrem com chaves.

Dessa forma, não parece haver uma linha argumentativa que confira legitimidade à RCCR *propter nova*. Concretizando a construção apresentada *supra*, os casos em que surgem provas novas não autorizariam uma nova persecução penal por ter o réu cumprido com o seu dever de tolerância ao processo e adquirido o direito à reabilitação.

Poder-se-ia questionar, contudo, se a confissão do réu não autorizaria um novo processo, dado que, nessa hipótese (prevista no Direito alemão no § 362 Nr. 4 StPO), há uma espécie de *renúncia* à proteção conferida pelo direito à re-

62 PABST, ZIS 5, p. 132; NEUMANN, *FS-Jung*, p. 662.

63 Pode-se apontar, ainda, que uma simples referência ao Direito estrangeiro sequer alcança o espaço da troca de razões dentro do qual se movimenta uma ciência jurídica com pretensões de universalidade. Sobre: GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, *passim*.

64 Com relação aos crimes do direito penal internacional: GRECO, *Católica Law Review* 1, p. 122 e ss.

65 GRECO, *Católica Law Review*, p. 124.

abilitação⁶⁶. Contrariamente, argumenta-se que isso implicaria deixar nas mãos do réu a manutenção ou não de uma decisão transitada em julgado⁶⁷, o que lhe conferiria muito poder. Contudo, a fragilidade subjacente ao § 362 Nr. 4 StPO é mais simples do que isso: um réu que respeitou o seu dever de tolerância não pode ser penalizado (mesmo que queira) por seu comportamento pós-processual, pois não há mais fundamento algum para colocá-lo novamente no polo passivo de um processo pelo mesmo fato⁶⁸. De forma resumida: *uma confissão não cria um novo dever de tolerância*.

2.3 Conclusão intermediária

Voltemos ao nosso país hipotético e o seu processo de escrita de um Código de Processo Penal. No momento de dar nossa opinião, diríamos que a RCCR pode ser legítima e tem como fundamento a falta de uma das colunas da coisa julgada – o direito à reabilitação, que apenas passa a existir após o cumprimento do dever de tolerância para com o processo. Traduzindo isso em termos de direito positivo, a RCCR deve ser estruturada de forma tal que apenas as violações a esse dever por meio de uma conduta antijurídica e imputável ao réu autorizem a quebra da coisa julgada, como a compra de uma decisão ou a ameaça a testemunhas. De outro lado, tanto o comportamento posterior do réu (uma confissão) quanto o surgimento de novas provas (um novo teste de DNA) são irrelevantes para a manutenção da coisa julgada, visto que, em ambas as hipóteses, o dever de tolerância foi cumprido, garantindo ao acusado o direito à reabilitação. Assim, apenas a RCCR *propter falsa* poderia ser incorporada ao projeto de Código de Processo Penal de nosso país imaginário.

3 Admissibilidade da revisão criminal contra o réu na ordem constitucional brasileira

Estabelecida a legitimidade da figura da RCCR na espécie *propter falsa*, é o momento de nos despedirmos do país imaginário e voltarmos para o Brasil. De *lege lata*, falta qualquer dispositivo que preveja essa modalidade de ação⁶⁹,

66 Reconhecendo a posterior confissão do réu absolvido como hipótese que deve ser discutida para uma eventual positivação da RCCR: TORNAGHI, *Curso de processo penal* 2, p. 363.

67 MEYER, *ZStW* 84, p. 928.

68 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 984-985.

69 O que tem sido corretamente reiterado pela jurisprudência: “Diferentemente do que ocorre em relação às sentenças condenatórias, no caso de sentença absolutória a imutabilidade é absoluta, não se admitindo, em hipótese alguma, a revisão criminal *pro societate*” [HC 339.635/ES, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, J. 07.02.2017, DJe 15.02.2017]. Contudo, há de se apontar que o termo “revisão criminal *pro societate*” nem

de modo que toda a discussão deve dar-se no plano da *lege ferenda* e pode ser resumida na seguinte pergunta: Poderia a RCCR, nos moldes delineados *supra*, ser positivada em nosso Código de Processo Penal? Vislumbro dois possíveis empecilhos à sua introdução em nosso ordenamento: a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Analisaremos cada um deles separadamente.

3.1 Constituição Federal

O texto constitucional brasileiro não veda expressamente a RCCR, o que indicia a falta de tomada de posição do constituinte sobre o tema⁷⁰. Assim, um argumento contra a possibilidade de implementação da RCCR teria que ser construído a partir de algum outro direito ou garantia albergado pelo texto constitucional. Uma forte candidata a ocupar esse posto é a garantia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), visto tratar-se de garantia *restringida* pela RCCR.

O conteúdo dessa garantia pode ser assim expresso: não só novas leis não têm o que dizer sobre uma decisão transitada em julgado (princípio da legalidade), como, via de regra, também não o tem o Poder Judiciário; a lógica por trás é a preponderância da segurança jurídica, mesmo que isso implique a manutenção de uma decisão errada ou injusta⁷¹. Em termos de direito constitucional, a coisa julgada seria uma regra (e não princípio), estando fechada a ponderações, só cedendo em hipóteses “absolutamente extraordinárias”⁷² – o que, contudo, nos indica não se tratar de um direito absoluto⁷³. Seria um eventual dispositivo prevendo a RCCR compatível com essa garantia?

sempre tem sido corretamente empregado; por exemplo, em um contexto de discussão sobre o princípio da vedação à *reformatio in pejus*, mencionou-se que tal prática configuraria uma revisão criminal: “Nesse viés, seja por nulidade absoluta, seja por erro material, não se pode agravar (quantitativamente ou qualitativamente) a situação do réu sem recurso próprio do acusador, sob pena de configurar indevida revisão criminal *pro societate*. Precedentes do STJ” [HC 257.376/PB, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, J. 12.03.2013, DJe 26.03.2013]; no mesmo sentido: HC 176.320/AL, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator p/o Acórdão Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, J. 17.05.2011, DJe 17.09.2012.

70 BADARÓ, *Processo penal*⁵, p. 984.

71 BORGES, *LH-Schietti*, p. 16.

72 BORGES, *LH-Schietti*, p. 17; destacando a coisa julgada como regra fechada a ponderações: SARLET/MARIONI/MITIDIERO, *Curso de direito constitucional*, p. 853-854, que acrescentam ser vedado ao legislador enfraquecê-la ou aboli-la.

73 O Supremo Tribunal Federal já o reconheceu – ainda que de forma excepcional – no julgamento do RE 363.889/2011, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 16.12.2011, em que a coisa julgada foi relativizada para “ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo”; com referência ao caso e à sua excepcionalidade: BORGES, *LH-Schietti*, p. 23.

De início, vem à mente a figura da revisão criminal a favor do réu (arts. 621-631, CPP) e a questão: Como pode, ao mesmo tempo, a coisa julgada ser imponderável e o ordenamento ponderá-la com outros interesses? Talvez as hipóteses previstas nos incisos do art. 621, CPP sejam dignas da adjetivação “extraordinárias” e correspondam a uma certa visão de justiça. Isso, porém, não é um argumento apto a justificar a ponderação do imponderável, o que fortalece a nossa intuição de que não se trata de um direito absoluto. Independentemente disso, a revisão criminal em favor do réu não resolveria o problema de compatibilidade da RCCR com a Constituição. Os dispositivos no CPP funcionam em favor do indivíduo, de forma que a coisa julgada enquanto garantia *individual* não é atingida, o que não pode ser dito sobre a RCCR. Além disso, a revisão em favor do réu incorpora uma percepção muito forte de que a condenação de uma inocente é intolerável, de forma que relativizar a coisa julgada para evitá-la é algo quase que evidente⁷⁴. Portanto, a revisão criminal a favor do réu não serve como argumento a favor da admissibilidade da RCCR⁷⁵.

Uma segunda possibilidade seria defender que há uma fraude de etiquetas a esconder o reconhecimento da RCCR pela prática jurisprudencial sob um outro nome. Esse seria o caso das decisões que autorizam a reabertura de processos findos quando a decisão absolutória se baseou em atestado de óbito falso. Na fundamentação, menciona-se sempre não se tratar de uma RCCR, pois a decisão que julga extinta a punibilidade não seria sentença no sentido próprio, mas “despacho interlocutório”⁷⁶, não fazendo coisa julgada no sentido estrito, de forma que, “ocorrendo nulidade absoluta, como no caso em tela, pode o juiz decretá-la de ofício”⁷⁷. Não estou convencido de que a decisão que reconhece a extinção

74 Esse interesse surge como evidente na admissão da modalidade *propter nova* para a revisão criminal em favor do réu, como prevê o CPP no art. 621, inciso III.

75 Aparentemente nesse sentido, mas com uma argumentação muito estranha de que “[n]ão há possibilidade jurídica de se atender a uma pretensão em que se almeja o desfazimento de uma sentença absolutória, ainda que injusta, pois o criminoso absolvido, mesmo injustamente, pode regenerar-se, ser útil à sociedade, enquanto que a condenação de um inocente é sempre uma fonte de revolta”: RANGEL, *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*, p. 267. Parece-me que defender a “regeneração do criminoso” para que volte a ser “útil à sociedade” viola a proibição de instrumentalização em tantos níveis e de forma tão evidente que posso renunciar a uma crítica mais detalhada.

76 Termo retirado de HC 104.998/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, J. 14.12.2010, Publ. 09.05.2011.

77 HC 104.998/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, J. 14.12.2010, Publ. 09.05.2011. No mesmo sentido: HC 84.525/MG, Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, J. 16.11.2004, Publ. 03.12.2004: “É que a Suprema Corte já decidiu pela possibilidade de revogação de decisão que julga extinta a punibilidade do réu, à vista de certidão de óbito falsa, já que não existe, no caso, coisa julgada em sentido estrito. Caso contrário, o paciente estaria se beneficiando de conduta ilícita, qual seja, a apresentação de certidão de óbito falsa, cuja responsabilidade penal poderá ser definida em ação penal própria. A extinção da punibilidade pela morte do agente (art. 107, I, do Código Penal), em decorrência do princípio *mors omnia solvit*, ocorre independentemente da declaração. A decisão que

da punibilidade não possa ser classificada como sentença absolutória, visto que, do contrário, deveríamos aplicar a mesma lógica à decisão que reconhece a prescrição, a qual é corretamente categorizada como tal⁷⁸. Contudo, trata-se de tema que exige um estudo próprio, de forma que, por conta dessa indefinição, não poderá servir, pelo menos por enquanto, como argumento a favor da compatibilidade da RCCR com a Constituição.

Por fim, resta um último caminho argumentativo para fundamentar a compatibilidade entre a RCCR e a Constituição. Lê-se no art. 5º, XXXVI, CF que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*. Quando esses três elementos são lidos em conjunto, tem-se claramente que ele veda ao legislador atos normativos que desconstituam situações jurídicas *já estáveis*: um direito à aposentadoria, um contrato concluído, uma decisão transitada em julgado. Assim, o legislador não pode criar leis com efeitos retroativos que atinjam situações jurídicas petrificadas pela coisa julgada, como ocorreu na Alemanha com a Lei de Estabelecimento da Justiça Material⁷⁹.

No entanto, isso não impede o legislador de criar outras regras que digam respeito à coisa julgada *ainda não constituída*, como a possibilidade de sua quebra no caso de decisão baseada em fraude, sob o argumento desenvolvido *supra* de falta de uma das colunas que lhe dão sustento. Tendo em vista não se tratar de um direito absoluto⁸⁰, é possível a sua restrição pela via legislativa.

Assim sendo, em respeito ao princípio da reserva legal (art. 5º, II, CF), cabe ao legislador prever por lei as restrições a essa garantia, as quais só terão aplicabilidade para os casos iniciados após a entrada em vigor do dispositivo⁸¹. Essa interpretação garante, de um lado, o respeito à coisa julgada já constituída ao mesmo tempo em que abre as portas para uma positivação legítima da RCCR

reconhece extinta a punibilidade é meramente declaratória, não subsistindo se o seu pressuposto é falso". Concorrendo com a jurisprudência: DEZEM, *Curso de processo penal*, p. 105.

78 LOPES JR., *Direito processual penal*¹⁵, p. 889, menciona como exemplo de sentença a declaração de extinção da punibilidade pela concessão do perdão judicial ou reconhecimento da prescrição e acrescenta um "por exemplo" após mencioná-las, de forma que parece admitir a decisão que reconhece qualquer uma das causas de extinção de punibilidade como sentença. Afirmando que as decisões de extinção de punibilidade são sentenças, mas ressaltando o entendimento do STF sobre a decisão lastreada em certidão de óbito falsa: MENDONÇA, *Código de Processo Penal comentado*, p. 224.

79 IBOLD, *ZfStw* 3, p. 443, em que se verificou uma "retroatividade própria" (*echte Rückwirkung*), pois a nova lei possibilitava a revisão criminal também em casos nos quais a decisão transitada em julgada era anterior à entrada em vigor do § 362 Nr. 5 StPO.

80 Com mais detalhes sobre esse aspecto, conferir o tópico subsequente.

81 A via legislativa como o único caminho legítimo para restrições à coisa julgada também é defendida no Direito argentino por BARBERÁ, *Derecho procesal penal* IV, p. 639 e ss.

propter falsa no Direito brasileiro. Ademais, a lógica jurisprudencial de autorizar a reabertura de processos quando já reconhecida a extinção da punibilidade com base em certidão de óbito falsa ganha, com essa proposta, uma solução harmônica e que não viola o princípio da legalidade. Portanto, a RCCR é compatível com a Constituição brasileira.

3.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), da qual o Brasil é signatário⁸², ao contrário da Constituição Federal, prevê expressamente uma norma que aparenta bloquear a introdução da RCCR no ordenamento brasileiro. No art. 8, inciso 4, lê-se: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. A interpretação mais óbvia seria reconhecer a derrota da RCCR: se o acusado previamente absolvido não pode responder mais pelo mesmo fato, qualquer espécie de revisão criminal que não seja em favor do réu estará de antemão descartada.

Contudo, um segundo olhar revela que não é necessariamente esse o caso. Se assumirmos que a maior parte dos direitos e das garantias constitucionais ou convencionais, no extremo, pode ser restringida em casos de conflito com outro direito ou garantia de mesmo nível, então constata-se que não há, de saída, uma vedação *absoluta* a restrições⁸³⁻⁸⁴; pelo contrário: com base na fundamentação apresentada antes sobre a revisão criminal (as três colunas da coisa julgada), a possibilidade de sua quebra não é uma exceção, mas antes manifestação de seus próprios fundamentos: a ausência de um dos pilares que sustentam a imutabilidade da decisão. Caso queira-se defender uma outra posição, deve-se demonstrar

82 O status hierárquico da CADH não é relevante para o presente trabalho, pois não alterará as conclusões alcançadas.

83 Em que pese o conhecido brocardo “não existem direitos absolutos”, um pequeno grupo de direitos parece-me gozar de imponderabilidade absoluta. Para ficar com um exemplo tradicional do campo penal, a vedação à tortura prevista no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal é corretamente vista como absoluta; sobre o tema: GRECO, *Revista Jurídica Unicuritiba* 23, p. 257 e ss.; e SILVA, *Direito constitucional brasileiro*, p. 117. Sobre a excepcionalidade dos direitos absolutos no Direito alemão, cujo exemplo paradigmático é o Art. 1 Abs. 1 da Lei Fundamental: BOHN, *Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise*, p. 86.

84 Um exemplo prático do problema de assumir um direito como absoluto pode ser visto na recente decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a RCCR com base em provas novas, que, ao analisar a compatibilidade do § 362 Nr. 5 StPO com o Art. 103 Abs. 3 GG, dispositivo que prevê a garantia *ne bis in idem*, afirmou que o dispositivo constitucional incorpora uma prevalência *absoluta e imponderável da segurança jurídica sobre a justiça* para poucas páginas depois admitir que as outras hipóteses do § 362 representam exceções a tal “prevalência absoluta e imponderável”, sendo “barreiras imanentes” de tal direito. Sobre STUCKENBERG, *StV* 44, p. 15.

que o direito discutido faz parte do grupo dos absolutos, o que exige uma fundamentação específica até agora não apresentada com relação ao *ne bis in idem*⁸⁵.

O problema passa a ser quem é competente para restringir uma garantia fundamental. No caso de normas com previsão expressa de restrição por via legislativa⁸⁶, a competência cai de forma clara no colo do legislador; no caso de normas que não fazem tal ressalva, há dois caminhos interpretativos: ou a restrição poderá ser feita pelo órgão judiciário competente – no caso de garantias constitucionais, o STF⁸⁷ – ou ela somente poderá ser positivada pelo Poder Legislativo com base no *princípio geral de reserva legal* (art. 30, CADH; art. 5º, inciso II, CF⁸⁸).

Na prática, a primeira opção, o caminho pretoriano⁸⁹, tem-se imposto, como mostram as decisões da Corte Suprema argentina e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a coisa julgada. Porém, nem sempre a prática é a melhor conselheira, podendo-se citar ao menos dois motivos pelos quais a saída legislativa seja mais convincente, um de natureza prática e outro de natureza normativa: (i) a relativização de direitos e garantias por meio de decisão judicial não tem a mesma aptidão para criar uma regra geral do que a lei, visto que é parte da natureza da atividade judicial o foco na resolução do caso concreto, o qual é dotado de idiosincrasias que exigirão um posterior trabalho de *distinguishing* e sistematização de decisões; (ii) mais importante, a saída pretoriana toma para si o *se* e o *como* de uma restrição com potencial de afetar gravemente o cidadão, quando o *locus* legítimo para tanto – como indica a ideia de reserva legal⁹⁰ – é

85 A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que a vedação à dupla persecução não é absoluta: “*En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto*” [Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, p. 61]. Caso se sustente que o direito contido no art. 8, inciso 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos é absoluto, corre-se o risco de se admitir a sua restrição de forma velada, e, portanto, menos aberta ao controle externo, por meio de restrição judicial disfarçada de interpretação. Sobre isso: SILVA, *Direito constitucional brasileiro*, p. 119.

86 Por exemplo, o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas é classificado no art. 5º, XII, CF, como inviolável, mas passível de restrição por decisão judicial na hipótese e forma previstas em lei. A matéria foi posteriormente regulada pela Lei nº 9.296/1996.

87 Ou talvez qualquer magistrado brasileiro, já que qualquer juiz ou tribunal pode negar a aplicação de uma lei ao caso concreto sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição sob amparo do controle difuso de constitucionalidade. Cf. SILVA, *Direito constitucional brasileiro*, p. 573.

88 Sobre a reserva legal no contexto do processo penal, cf. GRECO, *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, p. 36 e ss.

89 O termo é de BARBERÁ, *Derecho procesal penal* IV, p. 639.

90 Como diz ROCHA, RACP 8(2), p. 356, em outro contexto, mas com perfeita aplicação ao defendido neste trabalho: “Goste-se ou não dessa solução, ela é a que está em vigor e a ela devemos obediência por força dos princípios

a casa legislativa, constituída por membros eleitos diretamente pela população para deliberar sobre o ordenamento jurídico, o que engloba restrições a direitos e garantias⁹¹.

Assim, há boas razões para admitirmos a compatibilidade entre o art. 8, inciso 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos e a RCCR: quando há previsão legal da hipótese de RCCR *propter falsa*, a coisa julgada pode ser relativizada por não se tratar de um direito absoluto. Uma conclusão diversa passa por fundamentar os motivos pelos quais o direito à não dupla persecução deve pertencer ao seletivo grupo dos direitos absolutos.

Conclusões

Podemos sistematizar as conclusões do trabalho nos seguintes tópicos:

Discutir sobre a RCCR é discutir sobre o fundamento material da coisa julgada. Esta se apoia sobre três ideias fundamentais: culpabilidade, reabilitação e justiça processual. A RCCR é legítima quando falta a coluna do direito à reabilitação, o que ocorre quando o réu não cumpre com o seu dever de tolerância para com o processo, ou seja, quando há uma conduta ilícita por parte do réu e que seja a ele imputável. Isso se traduz na modalidade *propter falsa* da RCCR; a sua contraparte *nova* não é passível de fundamentação por colidir com o direito à reabilitação;

A Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos não se opõem de *lege ferenda* à RCCR. A garantia constitucional da coisa julgada pode ser restringida para hipóteses futuras; a mesma lógica aplica-se à garantia do art. 8, inciso 4, CADH, visto não se tratar de garantia absoluta e, portanto, restringível dentro dos limites da reserva de legalidade. De *lege lata*, contudo, a falta de previsão legal impede o emprego da RCCR.

Essas conclusões são apenas o momento inicial do debate e não dizem nada sobre a *necessidade* de admissão da RCCR, tratando-se de uma escolha do legislador. Caso surja um movimento em direção à positivação da RCCR, outros tópicos precisam ser discutidos, como a elaboração ou não de um catálogo de

do Estado de Direito e da legalidade". Também se poderia mencionar neste contexto a proteção da confiança (*Vertrauensschutz*) como elemento do Estado de Direito pertinente à discussão – por ter sido absolvido e não haver previsão legal de desconstituição da decisão, o cidadão deve poder confiar que não será obrigado a suportar mais um processo. Com uma breve lista de elementos formais e materiais constitutivos de um Estado de Direito: ROSENAU, *ZfIStw*, v. 3, p. 381-382.

91 BARBERÁ, *Derecho procesal penal IV*, p. 645-646.

crimes sujeitos à RCCR, a relação entre RCCR e prescrição, as hipóteses que serão concretamente previstas em lei, etc.

Uma arena possível para tais debates, além da esfera acadêmica, pode ser o espaço legislativo por conta do projeto de novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009), o qual, por ora, filia-se à tradição brasileira de não adotar a figura, praticamente repetindo em seus arts. 627 a 634 as normas atualmente vigentes sobre a revisão criminal, de forma que imaginar a positivação da RCCR seria ingênuo. Acredito, contudo, que a abertura do debate e as futuras publicações de outros pesquisadores que verticalizem e concretizem o tema podem, no longo prazo, pavimentar o caminho para uma mudança de paradigma no processo penal nacional.

Referências

- ACHENBACH, Hans. Strafprozessuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 87, n. 1, p. 74-102, 1975. DOI: 10.1515/zstw.1975.87.1.74.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- ARNEMANN, Carolin. *Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen: Bestandsaufnahme und Reformvorschläge auf der Grundlage einer empirischen Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BARBERÁ, Gabriel Pérez. § 23. Recursos. In: MAIER, Julio B.; PASTOR, Daniel R.; BARBERÁ, Gabriel Pérez; SARRABAYROUSE, Eugenio (org.). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, t. IV, 2023. p. 247-656.
- BOHN, André. *Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.
- BOHN, André. Entscheidungsanmerkung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, Gießen, v. 3, n. 1, p. 58-63, 2024. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2024_1_1600.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.
- BORGES, Ademar. A proteção da coisa julgada penal e a proibição de revisão criminal *pro societate* na jurisprudência do STJ a partir da contribuição do Ministro Rogério Schietti. In: SICILIANO, Benedito; VERNAO, Cristiano; BORGES, Ademar (org.). *Homenagem ao Ministro Rogerio Schietti*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023. p. 14-28.

BÖRNER, René. *Legitimation durch Strafverfahren*: Die normative Kraft des Misstrauens. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

CALLARI, Francesco. *La revisione*: la giustizia penale tra forma e sostanza. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (versão digital).

DIAS, Leandro. *Notwehrprovokation* – Zugleich ein Beitrag zu den moraphilosophischen Grundlagen des Notwehrrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2024.

DIPPEL, Karlhans. Zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 119, p. 97-125, 1972.

DUBBER, Markus D. *Der doppelte Strafstaat*: Die Krise des modernen Strafrechts in vergleichend-historischer Perspektive. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.

FEILCKE, Burkhard. Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten. In: MIEBACH, Klaus; HOHMANN, Olaf. *Wiederaufnahme in Strafsachen*. München: C.H. Beck, 2016. p. 295-308.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Strafanklageverbrauch im Wiederaufnahmeverfahren bei propter nova – Verfassungsrechtsprechung im Schatten historischen Strafprozessrechts. *JuristenZeitung*, [s.l.], v. 79, n. 3, p. 96-101, 2024. DOI: 10.1628/jz-2024-0021.

GERCKE, Björn; TEMMING, Dieter; ZÖLLER, Mark. A. *Heidelberger Kommentar*. 7. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2023.

GERSON, Oliver Harry. *Das Recht auf Beschuldigung*: Strafprozessuale Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie. Berlin: De Gruyter, 2016.

GÖKEN, Hanna; KULHANEK, Tobias. Der über Art. 103 Abs. 3 GG proklamierte partielle Vorrang des Friedens im Recht in seinem vorkonstitutionellen Gewand. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 136, n. 3, p. 562-588, 2024. DOI: 10.1515/zstw-2024-0020.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GRECO, Luís. As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, n. 23, p. 229-264, 2009. DOI: 10.26668/revistajur.2316-753X.v23i7.95.

GRECO, Luís. Breves considerações sobre a proibição de dupla persecução penal com base na decisão do REsp 1.515.845/DF. In: SICILIANO, Benedito; VERNAO, Cristiano; BORGES, Ademar. *Homenagem ao Ministro Rogerio Schietti*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023. p. 503-510.

GRECO, Luís. Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del derecho penal. In *Dret Penal*, Barcelona, n. 4, p. 1-36, 2010. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3635525&orden=0&info=link>. Acesso em: 19 dez. 2024.

GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen; GRECO Luís. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova e proteção de dados (separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21-82.

GRECO, Luís. Por que inexitem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review*, v. 1, n. 3, p. 115-126, nov. 2017. DOI: 10.34632/catolicalawreview.2017.1991.

GRECO, Luís. Strafrjurist mit gutem Gewissen – Kritik der operferorientierten Straftheorie. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 167, n. 4, p. 258-265, 2020.

GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

GRÜNEWALD, Anette. Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 120, n. 3, p. 545-579, 2008. DOI: 10.1515/ZSTW.2008.545.

GRÜNEWALD, Anette. Systemwidrige Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen. *JuristenZeitung*, v. 79, n. 3, p. 101-104, 2024. DOI: 10.1628/jz-2024-0023.

HANNICH, Rolf. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2019.

HOPPE, Amina; NEUBACHER, Frank. Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen gemäß § 362 Nr. 5 StPO: Neue Aspekte zum Wiederaufnahme-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus kriminalwissenschaftlicher Perspektive. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 136, n. 3, p. 544-561, 2024. DOI: 10.1515/zstw-2024-0019.

HÖRNLE, Tatjana. Die subjektiven Rechte der Angehörigen von Mordopfern – Und ihre Relevanz für die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 169, n. 4, p. 184-194, 2022.

IBOLD, Victoria. Rechtssicherheit versus Gerechtigkeit im Rechtsstaat. *Zeitschrift für Internationales Strafrechtswissenschaft*, v. 3, n. 6, p. 438-444, 2024. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2024_6_1646.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.

KASPAR, Johannes. Mord-Freisprüche nur noch unter Vorbehalt? Strafprozessuale und verfassungsrechtliche Probleme der neuen Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 362 Nr. 5 StPO. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 169, n. 1, p. 21-36, 2022.

KATO, Katsuyoshi. Wiederaufnahmeverfahren bei zum Tode Verurteilten. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 1, n. 8, p. 354-358, 2006. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_8_55.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.

KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda Dias. A aplicação do *in dubio pro societate* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma pesquisa empírica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 1-32, 2024. DOI: 10.22197/rbdpp.v10i3.1018.

KINDHÄUSER, Urs; SCHUMANN, Kay. *Strafprozessrecht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022.

KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. 9. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2015.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Adiar a morte do direito penal liberal: pena, crime e processo na obra de Luís Greco. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 36, n. 2, p. 76-88, 2024. DOI: 10.69519/trf1.v36n2.574.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, volume único, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAGNUS, Dorothea. Verfassungswidrigkeit der Neuregelung zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens: Folgen für die Praxis der Strafverfolgung. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 26-35, 2024. Disponível em: <https://kripoz.de/2024/02/01/verfassungswidrigkeit-der-neuregelung-zur-wiederaufnahme-des-strafverfahrens-folgen-fuer-die-praxis-der-strafverfolgung/>. Acesso em: 19 dez. 2024.

MANGOLDT, Hermann; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Grundgesetz*. 7. ed. München: C.H. Beck, v. 3, 2018.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, v. 4, 1997.

MARXEN, Klaus; TIEMANN, Frank. Aus Wissenschaft und Praxis: Die geplante Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 3, n. 4, p. 188-194, 2008. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_4_228.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.

MARXEN, Klaus; TIEMANN, Frank. *Die Wiederaufnahme in Strafsachen*. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2014.

MINORELLI, Lucas. Resenha de DUBBER, Markus D. The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective. Oxford: Oxford University Press, 2018. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 549-554, 2021. DOI: 10.46274/1809-192XRiCP2021v6n2p549-554.

MINORELLI, Lucas; CEOLIN, Guilherme. Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da tábua de Carnéades. *Revista de Estudos Criminais*, v. 18, n. 72, p. 147-170, 2019.

MITSCH, Wolfgang. Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG zu § 362 Nr. 5 StPO. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, [s.l.], v. 8, n. 6, p. 498-501, 2023. Disponível em: <https://kripoz.de/2023/11/29/anmerkung-zur-entscheidung-des-bverfg-zu-%C2%A7-362-nr-5-stpo/>. Acesso em: 19 dez. 2024.

NEUMANN, Ulfrid. Non numquam bis in idem crimen iudicetur? Zur Fragwürdigkeit einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu Ungunsten des Angeklagten. In: MÜLLER-DIETZ, Heinz; BRITZ, Guido; KORIATH, Heinz; KUNZ, Karl-Ludwig; MOMSEN, Carsten; MÜLLER, Egon; RADTKE, Henning (org.). *Festschrift für Heike Jung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2007. p. 655-668.

PABST, Simon. Wider die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten: Eine zu Recht unterbliebene Reform. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 5, n. 2, 126-133, 2010. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2010_2_411.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PETERS, Karl. *Fehlerquellen im Strafprozess: Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe: C.F. Müller, v. 3, 1974.

POHLREICH, Erol. Art. 103 Abs. 3. In: KAHL, Wolfgang; WALDHOFF, Christian; WALTER, Christian (org.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, v. 19, 2024. p. 1-62.

POHLREICH, Erol. Keine Gerechtigkeit um jeden Preis. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 171, n. 9, p. 481-495, 2024.

POHLREICH, Erol. Mit dem Zweiten sieht man schlechter – Plädoyer für die Verfassungswidrigkeit von § 362 Nr. 5 StPO. *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, v. 24, n. 5, p. 140-156, 2023. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/23-05/index.php?sz=6>. Acesso em: 19 dez. 2024.

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

RANFT, Otfried. *Strafprozeßrecht: Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis*. 3. ed. Mörlenbach: Richard Boorberg Verlag, 2015.

RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

ROCHA, Ronan. A curiosa proposta de transferência da jurisdição para o Ministério Público: reflexões críticas sobre a interpretação alternativa do artigo 385 do CPP. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 8, n. 2, p. 352-389, 2024. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2023v8n2p352-389.

ROSENAU, Henning. Der Rechtsstaat und seine Bedeutung für Strafrecht und Strafverfahren. *Zeitschrift für Internationales Strafrechtswissenschaft*, Gießen, v. 3, n. 6, p. 379-387, 2024. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2024_6_1638.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck, 2022.

SALAS, Minor. *Kritik des strafprozessualen Denkens: Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*. München: C.H. Beck, 2005.

SAITO, Tsukasa. Rechtsstaatliche Herausforderungen im Wiederaufnahmeverfahren in Japan. *Zeitschrift für Internationales Strafrechtswissenschaft*, Gießen, v. 3, n. 6, p. 445-449, 2024. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2024_6_1647.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SATZGER, Helmut; SCHLUCKBIER, Wilhelm. *Strafprozessordnung (SSW-StPO)*. 5. ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2023.

SCHMIDT, Anja. Materielle Gerechtigkeit versus Rechtssicherheit: Zur Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO anlässlich des Urteils des BVerfG. *Zeitschrift für Internationales Strafrechtswissenschaft*, Gießen, v. 3, n. 3, p. 172-183, 2024. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2024_3_1611.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.

SCHMITT, Bertram; KÖHLER, Marcus. *Beck'sche Kurz-Kommentare Strafprozessordnung*. 66. ed. München: C. H. Beck, 2023.

SCHUHR, Jan. Ne bis in idem und Strafklageverbrauch. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. *Handbuch des Strafrechts*. 7. Band. Heidelberg: C. F. Müller, 2020. p. 913-954.

SCHWEIGER, Theresa. Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts: § 362 Nr. 5 StPO und der Paradigmenwechsel bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, Gießen, v. 1, n. 5, p. 397-406, 2022. Disponível em: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2022_5_1501.pdf. Acesso em: 19 dez. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SLOGSNAT, Florian. Ein Recht auf Rechtskraft: Die Entscheidung des BVerfG zur Wiederaufnahme gemäß § 362 StPO und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Prozessrecht und materieller Wahrheit. *JuristenZeitung*, v. 79, n. 21, p. 956-965, 2024.

SLOGSNAT, Florian. Ne bis in idem – Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Beschuldigten durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 133, n. 3, p. 741-776, 2021. DOI: 10.1515/zstw-2021-0028.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Entscheidung Anmerkung. *Strafverteidiger*, [s.l.], v. 44, n. 1, p. 14-17, jan. 2024.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1992.

TORON, Alberto. Artigo 621. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1173-1180.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*. 10. ed. München: C.H. Beck, 2021.

WALTER, Tonio. *Strafprozessrecht*: Ein Lehrbuch für Studenten und angehende Praktiker. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Agradecimentos

O presente trabalho foi realizado com apoio da Fundação Konrad Adenauer (*Konrad-Adenauer-Stiftung*, KAS). O autor agradece a Hellen Luana de Souza, Luís Greco e Vítor Gabriel Carvalho pela leitura das versões iniciais do trabalho, bem como aos editores e avaliadores anônimos da RICP pelas sugestões de aprimoramento do texto.

Sobre o autor:

João Pedro Ayrosa | E-mail: joabayrosa@gmail.com

Mestre (LL.M.) e doutorando em Direito pela Universidade Humboldt de Berlim (HU-Berlin/Alemanha).

Recebimento: 15.11.2024

Aprovação: 19.12.2024