

**TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE 5 AMAZONAS**

**RELATOR** : MIN. EDSON FACHIN  
**REQTE.(S)** : ACIR MARCOS GURGACZ  
**ADV.(A/S)** : THIAGO MACHADO DE CARVALHO  
**REQDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão**

Trata-se de pedido de *tutela de urgência*, “inclusive liminarmente”, manejado por Acir Marcos Gurgacz “para suspender os efeitos da condenação criminal (prisão agendada para 09/10/2018) que lhe foi imposta no bojo da AP 935-AM, que tramita perante a eg. 1ª Turma desse Supremo Tribunal Federal”.

Sustenta que, a despeito de recursos pendentes, foi determinada a certificação de trânsito em julgado da decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que o condenou a 4 anos e 6 meses de pena privativa de liberdade, razão pela qual sua prisão é iminente.

Alega que embora “não concorde com a condenação que lhe foi imposta, como ainda permanece válida a decisão de certificação antecipada do trânsito em julgado, lança mão desta medida de urgência, registrando que o aludido decreto condenatório poderá ser objeto de impugnação via Revisão Criminal, cuja competência para processamento e julgamento será do Plenário, nos termos dos arts. 102, I, “j”, da CF, 6º, I, “b”, do RISTF c/c art. 621, I e III, do CPP”.

Pretende, pois, antecipação da tutela a ser requerida em sede de revisão criminal, apontando como plausibilidade de seu direito, erronia na fixação da pena.

Nessa linha, sustenta que “nenhuma justificativa concreta foi apresentada para que a pena-base do Requerente, considerando apenas 3 circunstâncias negativas, fosse dosada em 4 anos e 6 meses, patamar que extrapola o dobro da pena mínima prevista para o crime que teria sido praticado

**TPA 5 / AM**

*(2 anos), em especial porque apenas foram considerados elementos inerentes ao tipo penal para tomar como mais reprovável a conduta”.*

Após refutar os fundamentos que prevaleceram por ocasião da dosimetria da pena privativa de liberdade contra si imposta, aponta que a pena deverá necessariamente ser reduzida na terceira fase da dosimetria, em razão da incidência da minorante prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior), a qual não foi aplicada.

Com esses argumentos, requer *“o deferimento de tutela de urgência, inclusive liminarmente, para suspender os efeitos da condenação que lhe foi imposta, até que sejam enfrentadas, na via processual própria (Revisão Criminal), as controvérsias jurídicas acima apontadas”.*

Em data de 11 de outubro próximo passado, o requerente peticionou pleiteando o deferimento do pedido formulado na inicial, bem como ratificando seus termos. Transcreve doutrina e jurisprudência.

**Relatei.**

**Decido sobre a liminar.**

O requerente pretende, pela presente, a antecipação da tutela a ser deferida em futura revisão criminal a ser intentada visando a desconstituição do acórdão condenatório contra si proferido no âmbito da Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal.

Em análise preliminar e superficial, própria dos juízos liminares, independentemente da discussão sobre o cabimento da concessão liminar de antecipação de tutela no âmbito de revisão criminal intentada para desconstituir acórdão condenatório proferido em sede de Ação Penal de competência originária desta Suprema Corte, não depreendo presente a verossimilhança das alegações, requisito necessário ao provimento pleiteado.

De início, cumpre apontar que a revisão criminal consubstancia importante remédio processual que visa conciliar os valores *justiça e segurança*.

**TPA 5 / AM**

A coisa julgada constitui, sem dúvida, garantia com assento constitucional, atuando, inclusive, como limitador expresso da atividade legislativa (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal). Entretanto, conquanto a imutabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais definitivos espelhe a segurança cuja necessidade permeia as relações jurídicas, tal interesse pode ceder em situações **efetivamente graves** que legitimem tal proceder.

Em direção semelhante, ao discorrer acerca da revisão criminal, leciona Gustavo Henrique Badaró que referido meio de impugnação expressa “*um processo reparatório do erro judiciário*” (**Manual dos recursos penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 433).

Nesse sentido, situações excepcionais, assim reconhecidas pelo legislador, podem, em tese, autorizar a desconstrução do pronunciamento jurisdicional acobertado pelo manto da coisa julgada.

De fato, a relevância da coisa julgada é observada tanto na seara cível quanto no campo processual penal. Não obstante, a revisão criminal não se submete às mesmas condicionantes da ação rescisória, como, por exemplo, prazo decadencial.

Cabe salientar, ainda, que a definitividade da decisão penal exhibe contornos próprios se produzida em favor ou em prejuízo do réu, embora, em ambas as hipóteses, verifique-se uma preocupação voltada, em maior ou menor grau, a prestigiar a segurança jurídica. Como é sabido, a coisa julgada penal, se constituída em favor do acusado, não se submete a causas de rescindibilidade, forte na impossibilidade de emprego, no sistema processual penal brasileiro, de revisão criminal *pro societate*. Trata-se do que parte da doutrina convencionou chamar de “coisa soberanamente julgada”. Essa impossibilidade de revisão da coisa julgada formada em favor do réu, desde que observados os demais requisitos para tanto, não se transporta à ambiência cível.

Há, portanto, regramento específico acerca dos meios de desconstituição da coisa julgada cível e penal.

Ainda que com tais particularidades, esse cenário não

**TPA 5 / AM**

confere ao condenado o direito subjetivo de, **fora da destinação legal do meio de impugnação**, perseguir a desconstituição do título penal condenatório. De tal forma, a coisa julgada penal admite desfazimento, desde que preenchidas as hipóteses **taxativamente** previstas no art. 621, CPP e reproduzidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispositivo que, mesmo formalmente regimental, tem *status* de lei, eis que editado pelo Supremo Tribunal Federal com base em poder normativo primário que lhe fora expressamente conferido pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 120). Confira-se o texto regimental:

“Art. 263. Será admitida a revisão, pelo Tribunal, dos processos criminais findos, em que a condenação tiver sido por ele proferida ou mantida no julgamento de ação penal originária ou recurso criminal ordinário:

i – quando a decisão condenatória for **contrária ao texto expresso da lei penal** ou à **evidência dos autos**;

ii – quando a decisão condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

iii – quando, **após** a decisão condenatória, se descobrirem **novas provas** de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

Acerca da excepcionalidade da desconstituição do título penal condenatório, colaciono o seguinte ensinamento doutrinário de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

“**Só em casos excepcionais, taxativamente** arrolados pelo legislador, prevê o ordenamento jurídico a **possibilidade de desconstituir-se a coisa julgada por intermédio da ação de revisão criminal** e da ação rescisória para o juízo cível. Isso ocorre quando a sentença se reveste de **vícios extremamente graves**, que aconselham a prevalência do valor ‘justiça’ sobre o valor ‘certeza’.

No balanceamento dos valores em jogo, o legislador

**TPA 5 / AM**

previu expressamente, no art. 621 CPP (e no art. 485 CPC), os casos de rescindibilidade da sentença passada em julgado. Porém, **diante da relevância do instituto da coisa julgada, tais casos devem ter aplicação estrita.**” (Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 237, *grifei*)

Na mesma linha, Gustavo Henrique Badaró afirma que *“as hipóteses de cabimento da revisão criminal – que caracterizam sua causa de pedir – são previstas nos incs. do art. 621 do CPP, tratando-se de rol taxativo”* (Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 439, *grifei*).

A excepcionalidade de admissão do pleito revisional a fim de observar a envergadura constitucional da coisa julgada é um tema que deve ser enfatizado. É que, partindo dessa premissa, sua dissolução não se alcança mediante mero pedido de reexame do quadro processual. Trata-se de ação penal constitutiva, cuja fundamentação vinculada não se coaduna com mero inconformismo.

Ademais, no que diz respeito ao ônus da prova neste âmbito, Gustavo Henrique Badaró esclarece que *“tem prevalecido o entendimento de que, na revisão criminal, há uma inversão do ônus da prova, aplicando-se o in dubio pro societate”*. Registra, nada obstante, posição de Ada Pellegrini Grinover no sentido de que não há inversão, mas apenas *“aplicação da regra do ônus da prova, segundo a qual incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito (...) ou, como previsto no campo penal, que o ônus da prova incumbe a quem alega”*. Sintetiza Badaró:

**“A divergência, contudo, parece ser terminológica. Afirmar que incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito (CPC/1973, art. 373, I) – que ele é inocente – equivale a dizer que, se o Tribunal estiver na dúvida sobre a ocorrência ou não da causa de pedir, deverá negar provimento à revisão criminal, mantendo a condenação. Ou seja, a dúvida será resolvida contra o acusado que requer a**

**TPA 5 / AM**

**revisão criminal.**” (Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 462-463, *grifei*)

De tal modo, dissonâncias doutrinárias à parte, é certo que, no âmbito da revisão criminal, é ônus processual do autor ater-se às hipóteses taxativamente previstas em lei e demonstrar que o conjunto probatório amealhado autoriza o juízo revisional ou absolutório. Do contrário, a observância da coisa julgada, ao invés de regra, seria relegada ao campo da exceção.

Nos termos do RISTF (art. 263), será admitida revisão *“quando a decisão condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”*.

Como já reconheceu esta Suprema Corte, a revisão criminal não atua como ferramenta processual destinada a propiciar tão somente um novo julgamento, como se instrumento fosse de veiculação de pretensão recursal. Possui, destarte, pressupostos de cabimento próprios que não coincidem com a simples finalidade de nova avaliação do édito condenatório.

Nessa linha, cito os seguintes precedentes, de lavra do saudoso Min. Teori Zavascki:

**“A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa ‘ao texto expresso da lei penal’, ou, quanto à matéria de fato, o desprezo ‘à evidência dos autos’.”** (RvC 5437, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, *grifei*)

**“O objetivo da revisão criminal fundada no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal (contrária à prova dos autos) não é permitir “uma terceira instância” de julgamento, uma segunda apelação. Se a sentença condenatória se apresenta**

TPA 5 / AM

verossímil e **minimamente** consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal, **não cabe ao Tribunal reverter a condenação mediante o afastamento de interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor.**” (HC 114164, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, *grifei*)

Dessa forma, a revisão criminal, mesmo quando calcada na inobservância da evidência dos autos, pressupõe total dissociação entre a resposta jurisdicional e o acervo probatório. Assim, o pleito revisional não se afigura cabível na hipótese em que a condenação encontrar-se lastreada minimamente nas provas colhidas.

Nesse sentido, recorro novamente ao magistério de Gustavo Henrique Badaró, que bem relata, com ressalva pessoal, a posição doutrinária predominante em relação à matéria:

“Há, contudo, uma restrição: o texto legal exige que a condenação tenha contrariado a ‘evidência’ dos autos. Com base em tais elementos, que de certa forma se assemelha à restrição da apelação das decisões do júri – que exige que a sentença seja **manifestamente contrária** à prova dos autos – tem se entendido que, nessa nova reapreciação da prova, a **contrariedade do seu resultado com a condenação deve ser frontal**. Diante da exigência de que a ‘evidência’ dos autos tenha sido contrariada, há **firme entendimento de que, apoiando-se a decisão em qualquer prova, mesmo que inferior ou mais fraca que as demais, deve-se negar provimento à revisão criminal**. Ou seja, para o provimento da revisão **seria necessário que a condenação não tivesse ‘qualquer base na prova dos autos’**.” (Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.445, *grifei*)

A guarida de tal meio de impugnação pressupõe que a conclusão condenatória, ao invés de fruto de discricionariedade regrada e

**TPA 5 / AM**

de persuasão racional, tenha decorrido de ilegalidade afeta a verdadeiro desprezo da prova dos autos, bem como da expressa dicção legal.

Em outras palavras, a análise empreendida em sede de revisão criminal (Juízo revisor em sentido estrito) cinge-se a aspectos de **legalidade** da condenação proferida **sem lastro** em elementos probatórios, o que não corresponde à avaliação encetada em sede de apelação (Juízo revisor em sentido amplo), em que também é possível o reexame aprofundado da **suficiência** dessas provas ou ainda de melhor interpretação do direito aplicado ao caso concreto.

É nesse sentido que Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes buscam conciliar a hipótese revisional com a valoração da prova inerente ao modelo do convencimento jurisdicional motivado:

“Assim, frise-se, novamente, que a **contrariedade à evidência dos autos (parte final do inc. I do art. 621 do CPP) há de ser frontal, vista como divórcio dos elementos probatórios existentes nos autos**. Somente esta interpretação resguarda o princípio do **livre convencimento do juiz**. (Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 250, *grifei*)

É nesse contexto que, como já mencionado, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que *“não cabe ao Tribunal reverter a condenação mediante o afastamento de interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor”* (HC 114164, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015).

Também já se afirmou que, no campo revisional, *“a evidência dos autos só pode ser alguma coisa que resulte de uma **apreciação conjunta e conjugada da prova**”* (Batista, Nilo. Decisões criminais comentadas, Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1976, p. 120, *grifei*), de modo que se reclama que as provas apontadas pela defesa subtraíam

**TPA 5 / AM**

substancialmente a aptidão demonstrativa dos elementos que cancelam a condenação.

Articular provas que poderiam harmonizar-se com a tese revisional não atende, por si só, ao figurino legal excepcional que legitima a desconstituição da coisa julgada penal condenatória. Nessa ótica, *“a doutrina, em sua maioria, afirma que se houver elementos a favor e contra o acusado e a sentença optar por um deles não há sentença contrária à evidência dos autos. Da mesma forma, havendo duas versões dos fatos, uma favorável e outra desfavorável ao acusado, não há decisão contrária à evidência dos autos se o julgador acolher uma delas”* (QUEIJO, Maria Elizabeth. Da revisão criminal. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 210, grifei).

Em linha semelhante, menciono os seguintes escólios doutrinários:

*“É posição corrente na doutrina e nos Tribunais que para a procedência da revisão, a **prova nova deve ser decisiva, no sentido de alterar o convencimento anterior.** (...) Isso, porque, tem se entendido **não ser suficiente** que o resultado decorrente da adição da prova nova ao antigo conjunto probatório seja simplesmente uma **dúvida**. Deverá, ao contrário, **demonstrar plenamente a inocência do condenado. Se o documento gerar dúvida** em face do conjunto probatório existente, a revisão, embora conhecida, será julgada **improcedente.**”* (BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 451, grifei)

*“A revisão, porém, **não é uma segunda apelação**, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, **exigindo, pois que o requerente apresente elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação.** Há, na verdade, uma inversão no ônus da prova, e **os elementos probatórios devem ter poder conclusivo e demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilitam a prova dos autos ou causam***

TPA 5 / AM

**dúvidas no espírito dos julgadores.**” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.623, *grifei*)

“E a consequência segura, inevitável, é que **nunca se poderá dizer contrária à evidência dos autos uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova**, deles constante, **embora se choque com outros elementos**, com a maioria destes, com a sua totalidade. O juiz escolheu mal? Porque não apelou o réu? Desprezando o recurso ordinário, que a lei lhe faculta para remediar, com a submissão à superior instância, a injustiça daquela avaliação. Provém do tribunal superior a sentença? Se este confirmou a condenação, vemos prestigiado aquele fato, isolado no conjunto das provas, mas que à imparcialidade de dois julgamentos se mostrou eficiente para imposição da pena; se a absolvição, pronunciada pelo juiz singular, foi substituída pela condenação, imposta em recurso, o elemento probatório, da preferência do tribunal, terá tido a força de impressionar tanto a maioria dos julgadores, que estes não vacilaram em punir, alterando a situação favorável ao réu, estabelecida na primeira sentença. **Em qualquer caso, há um sustentáculo, para a condenação, na prova dos autos, conservada a mesma, e é o bastante para dever respeitar-se o que, fazendo a livre apreciação da prova, assentou o julgador, no curso normal do processo.**

(...)

**Essa avaliação livre dos elementos de prova não é atribuída ao tribunal de revisão, que se deve limitar a verificar se a condenação tem base em algum daqueles elementos, ou se é divorciada de todos eles, pois só no último caso há a sentença contrária à evidência dos autos.**” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. v. VI. 5. ed. 1965. p. 379-380, *grifei*)

Dessa compreensão não se afasta a tradicional jurisprudência desta Corte:

TPA 5 / AM

“Revisão Criminal. Só há decisão contrária à evidência dos autos quando não se apóia ela em nenhuma prova existente no processo, não bastando, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação (Precedentes do STF). Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 113269, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/05/1987, *grifei*)

“REVISÃO CRIMINAL. NÃO SE PODE DIZER, FACE AO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR, QUE UMA DECISÃO, CUJA CONCLUSÃO TEM APOIO NUM ELEMENTO DE PROVA, CONTRARIA A EVIDÊNCIA DOS AUTOS. SOMENTE HÁ DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS, QUANDO A MESMA NÃO TEM FUNDAMENTO EM NENHUMA PROVA COLHIDA NO PROCESSO.” (RE 87004, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 22/11/1977, *grifei*)

Transcrevo, por oportuno, trecho do voto proferido pelo Relator no referido precedente (RE 87004, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA), que bem esclarece as razões de decidir empregadas na ocasião:

“Poder-se-ia admitir **insuficientes** as provas para a condenação, como pareceu à sentença de primeiro grau e ao voto vencido na instância de revisão.

Entretanto, **tal divergência se situa na interpretação dos elementos probatórios e não na contestação de sua evidência.**”

Nessa dimensão, a condenação baseada na motivada valoração da prova não se confunde com o desprezo à evidência dos autos, tampouco com o pronunciamento jurisdicional desacompanhado

**TPA 5 / AM**

de elementos probatórios.

Feitas essas considerações, importa ter em mente o caso concreto.

O requerente pretende liminar para sustar a execução da pena privativa de liberdade imposta pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que houve excesso na aplicação da pena base, eis que, em suas palavras, *“nenhuma justificativa concreta foi apresentada para que a pena-base do Requerente, considerando apenas 3 circunstâncias negativas, fosse dosada em 4 anos e 6 meses, patamar que extrapola o dobro da pena mínima prevista para o crime que teria sido praticado (2 anos), em especial porque apenas foram considerados elementos inerentes ao tipo penal para tomar como mais reprovável a conduta”*. Além disso, sustenta que, indevidamente, não foi considerada a minorante do arrependimento posterior prevista no art. 16 do Código Penal.

Em juízo de delibação, próprio desta fase processual, compreendo que não restou demonstrada, estreme de dúvidas, o flagrante e incontestável desacerto na fixação da pena privativa de liberdade, como se exige para que tenha trânsito revisão criminal, quer no que diz respeito à incorreta valoração probatória, quer no que toca com a violação expressa à dispositivo legal.

Isso porque, a jurisprudência desta Suprema Corte não agasalha posicionamentos voltados a identificar relação matemática entre o número de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal e um percentual de aumento a ser aplicado sobre o mínimo da pena para cada uma delas, quando da fixação da pena base. Nessa linha, tenho manifestado:

*“É cediço que a dosimetria da pena constitui tema sujeito a certo grau de discricionariedade, conforme fatos precedentes desta Turma. Nesse sentido, faço minhas as palavras veiculadas, em inúmeras oportunidades, pela Min. Rosa Weber, ilustre Presidente deste Colegiado: “a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente*

**TPA 5 / AM**

objetivas para a fixação da pena” (HC 125197; HC 125772; HC 125804, entre outros).

Os argumentos adicionais trazidos à colação pela parte requerente não infirmam a linha decisória aqui exposta.

Diante disso, compreendo não ser o caso, monocraticamente e *inaudita altera pars*, de antecipar a tutela em face de futura revisão criminal com base alegados equívocos na fixação da pena, os quais não resultam, até o momento, estreme de dúvidas.

Posto isso, **indefiro o pedido de liminar.**

Desde já, tratando-se de tutela provisória antecedente em sede de revisão criminal, cuja competência (art. 6, I, *b*, do RISTF) é do Tribunal Pleno, submeto o julgamento do mérito desta TPA à deliberação do Plenário, nos termos do art. 21 do RISTF.

Faculto a manifestação da Procuradoria-Geral da República até o início do respectivo julgamento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de outubro de 2018.

**Ministro Edson Fachin**

Relator