

OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECER A INEXISTÊNCIA OU DE REVISAR ATO JURÍDICO EM DESFAVOR DO RÉU

Marion Bach

Doutoranda em Ciências Criminais pela PUC-RS, Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Professora de Direito Penal na graduação e na pós-graduação no UNICURITIBA, na FAE e na EMAP. Advogada Criminal.

As linhas que seguem pretendem examinar julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, aos dois dias do mês de fevereiro de 2015, quando da análise do Recurso Especial n. 1.324.760/SP. A discussão é não apenas interessante, mas também polêmica – tanto assim que dividiu Ministros em votos opostos e contundentes e fez com que o Min. Rogerio Schietti Cruz expressamente registrasse que seus “longos anos de atuação no âmbito da Justiça criminal não mostraram situação tão surpreendente e preocupante quanto a ora examinada”.

O caso trata de uma revisão criminal ajuizada por familiares de condenado já falecido. Tais familiares pretendiam fosse revista a condenação prolatada pela 14ª Vara Criminal de São Paulo, que entendeu pela ocorrência do crime de ato obsceno, tipificado no art. 233 do Código Penal, em razão de ter o sentenciado “esfregado o pênis no braço de uma menina, no interior de um ônibus, em janeiro de 1957”.

Não obstante o próprio condenado já houvesse ajuizado duas revisões criminais distintas, em 1962 e 1963 – tendo sido a primeira indeferida e a segunda não conhecida -, os familiares conseguiram, posteriormente, localizar a suposta vítima, que firmou declaração no sentido de que a acusação feita à época era falsa, não tendo o ato obsceno, de fato, existido.

A revisão criminal foi conhecida e o Ministério Público opinou pela procedência do pedido. Foi, então, designado julgamento para a data de 25.10.2007. Segundo consta da certidão de julgamento, o advogado de defesa e o membro do *Parquet* sustentaram oralmente, tendo, em seguida, o Relator votado favoravelmente ao pleito, acompanhado de mais um Desembargador. Quatro outros Desembargadores, porém, votaram em sentido oposto – pela improcedência da revisão criminal, portanto -, não tendo o julgamento se encerrado naquela data em razão de pedido de adiamento por parte do Des. Pinheiro Franco.

O julgamento foi retomado em 31.01.2008, não havendo registro a respeito da presença (ou ausência) das partes.

Na certidão e no acórdão constou que “o pleito foi deferido, por unanimidade de votos”. As partes foram devidamente intimadas, mas não recorreram da decisão.

Passados quase dois anos do trânsito em julgado da decisão, um dos Desembargadores que participou da sessão de julgamento tomou conhecimento de notícias veiculadas na mídia acerca da “procedência do pleito revisional, por unanimidade de votos”. Em razão da lembrança dos votos desfavoráveis ao pedido de revisão, o Desembargador, de ofício, em 05.09.2009, suspendeu os efeitos do acórdão que (supostamente) julgara procedente a revisão criminal, obteve declaração escrita dos Desembargadores votantes, à época, no intuito de comprovar o equívoco da decisão publicada e, por fim, convocou sessão específica para retificar o julgamento, o que ocorreu em 12.11.2009.

Assim, contra essa última decisão, os familiares do condenado interpuseram Recurso Especial.

O Min. Relator no Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi Sebastião Reis Júnior, que entendeu que os argumentos trazidos pela defesa deveriam prosperar. Importa registrar que a defesa trouxe teses subsidiárias¹, mas aqui

1 Não obstante as demais teses não sejam objeto de análise do presente estudo, são também interessantes e valem o conhecimento do leitor. Há discussão a respeito de (a) possível suspeição por parte do magistrado que se excede na linguagem e que demonstra estar, de certa maneira, emocionalmente envolvido com a causa, bem como (b) há discussão a respeito da impossibilidade do julgador condenar, quando acusação e defesa se posicionam pela absolvição, em razão dos princípios que informam o sistema processual penal acusatório.

centralizaremos a atenção no argumento principal: a possível existência de violação da coisa julgada e do princípio da segurança jurídica, em razão de uma “revisão criminal *pro societate*”.

Nesse ponto, justo que se abra parênteses para breves esclarecimentos. A revisão criminal é ação autônoma que permite que a decisão *condenatória* passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas ou novas tecnologias que possibilitam a análise de antigas provas, seja a partir da atualização do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição².

A revisão criminal, prevista no art. 621 do Código de Processo Penal, não conta com prazo e pode ser ajuizada a qualquer tempo, antes ou depois da extinção da pena. A principal limitação à revisão criminal, porém, é quanto às consequências para o condenado. Leia-se: a revisão pode redundar na absolvição do réu, na alteração da classificação do delito, na anulação do processo ou na diminuição da sanção. Não pode, porém, de qualquer maneira, agravar a situação anteriormente imposta.

A ação de revisão criminal, como é óbvio, não é permitida à acusação, pois o princípio da vedação da revisão *pro societate* a impediria. Absolvido o réu por sentença passada em julgado, nada mais

2 PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 17a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 959.

se poderá fazer em relação aos fatos então (bem ou mal) apreciados.³

E foi com fulcro nessa vedação que o Relator, Min. Sebastião Reis Júnior, votou pela procedência do recurso defensivo. Entendeu o Min. que a Corte estadual se afastou do devido processo legal, ofendendo o princípio da legalidade, da segurança jurídica, bem como violando a coisa julgada, porque, após a proclamação do resultado do julgamento e encerrada a prestação jurisdicional do Tribunal de origem, inclusive com intimação das partes sobre o acórdão que acolheu a revisão criminal, sem que qualquer delas tenha recorrido, retificou o julgamento, modificando o resultado proclamado. E o fez de modo a revogar a absolvição anteriormente proferida, constituindo numa revisão *pro societate*, inadmitida no nosso ordenamento jurídico.

Para fundamentar seu voto, o Min. trouxe à baila lições de Theotônio Negrão⁴, José Carlos Barbosa Moreira⁵, Alexandre Freitas Câmara⁶, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁷.

3 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 17a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 959.

4 NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 478 e 800.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento Colegiado – Modificação de voto após a proclamação do resultado?*. Selecções Jurídicas: jan. 2000, p. 35 e ss.

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. Julgamento por órgão colegiado. Modificação de voto após a proclamação do resultado. Impossibilidade. In *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 341 e ss.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo*

Aduz o referido Min., ainda, que, acaso tenha havido equívoco na máquina judiciária, devem ser apuradas as responsabilidades, mas isso não autoriza a subversão das regras do ordenamento jurídico.

Ocorre que tal voto restou vencido. O Min. Rogerio Schietti Cruz abriu divergência e prolatou decisão contundente em sentido oposto. Primeiro importa registrar que o que o Min. Sebastião Reis Júnior tratou por “equívoco”, o Min. Rogerio Schietti Cruz tratou por “fraude” – discussão na qual não adentraremos por falta de elementos para análise. Entendeu o Min. que “erros, evidentemente, justificam-se pelas raízes que têm na própria natureza humana, que é falível”, mas que não se recordava de “nenhum caso em que o acórdão de revisão criminal, na sua integralidade (resultado de julgamento, relatório e voto, tudo devidamente assinado), tenha sido manipulado de forma tão atentatória à credibilidade do Judiciário”.

Para o Min. Rogerio Schietti Cruz, a absolvição obtida mediante fraude não é realmente uma absolvição e, portanto, não merece o manto protetor da coisa julgada. Para reforçar o seu entendimento, menciona, preliminarmente, que ao sistema de invalidades processuais se aplicam todas as noções de teoria do direito acerca do plano de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral e que, por tal razão, a discussão já nasceu maculada por vício intolerável.

Civil comentado artigo por artigo. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 598.

Na sequência, traz fundamentos relacionados ao direito comparado. Aduz que a ação de revisão criminal contrária aos interesses do réu é permitida em alguns países – Alemanha, Portugal, Noruega, Suécia, Suíça, Áustria, Hungria, Rússia, Inglaterra... -, desde que reste comprovado “procedimento ilícito empregado pela defesa para obtenção do resultado favorável”. Cita, então e expressamente, o exemplo da Alemanha, “cujo § 362 da StPO (Estatuto Processual Penal) admite a revisão em prejuízo do acusado nas situações que configurem práticas ilícitas pelo réu absolvido ou por magistrado que participou do julgamento”.

Nesse ponto, considerações importantes devem ser traçadas. A primeira delas: de fato, ao sistema de invalidades processuais se aplicam todas as noções de teoria do direito acerca do plano de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral. No Brasil, através, especialmente, das lições de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, adota-se a *teoria da existência jurídica* traçada pelo alemão Karl Salomon Zacharie von Ligenhal, que estabelece que

Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte

fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.⁸

Assim, é possível afirmar que um ato jurídico que se baseia *exclusivamente* em um ato falso, no sentido de que não encontra qualquer respaldo no mundo dos fatos, sequer adquire existência jurídica. Não por outra razão o Supremo Tribunal Federal (STF), em 16.05.1978, ao julgar o HC 55.901/SP, decidiu que a decisão extintiva de punibilidade transitada em julgado, baseada unicamente em certidão de óbito falsa, é juridicamente inexistente.

Nesse referido caso, o réu havia sido condenado pela prática do crime de estelionato. Houve, então, a juntada de certidão de óbito e o pedido para que se declarasse, justamente em razão da morte do agente, extinta a punibilidade. O pleito foi acolhido e foi prolatada decisão extintiva de punibilidade que, diante da ausência de recursos, transitou em julgado. Posteriormente, se descobriu a falsidade da certidão de óbito e nasceu a discussão: rescindir a coisa julgada, nessa hipótese, configuraria uma revisão criminal *pro societate*?

Decidiu o STF que não. Que, em verdade, a discussão não passava pela (im)possibilidade de revisão criminal, mas sim pelas regras gerais de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos. Na ocasião, o Relator, Min. Cunha Peixoto trouxe passagem escrita pelo professor ita-

8 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

liano Manzini, em que registra que “a improsseguibilidade da ação penal contra um defunto deriva da morte e não da autoridade da coisa julgada: a sentença nada mais faz do que tomar conhecimento do decesso e declarar-lhe as consequências”. Assim, “se a morte não ocorreu, a sentença que conheceu de um fato insubsistente e por isso mesmo juridicamente inexistente, não só porque fundado num erro de fato, como também porque não se deu a morte (...), é sentença juridicamente inexistente”⁹.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, adveio o julgamento do HC n. 84.525/MG, pelo STF, em 03.12.2004, tendo o Min. Carlos Velloso considerado que “a decisão que, com base em certidão de óbito falsa julga extinta a punibilidade do réu, pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito”.

Em 06.05.2011, quando do julgamento do HC n. 104.998/SP, pelo STF, o Relator, Min. Dias Toffoli, registrou que “aquilo que não existe no mundo dos fatos não pode existir no mundo jurídico, porque o conjunto maior é o mundo dos fatos. O mundo jurídico tem que estar dentro do mundo dos fatos. Ele não cabe fora do mundo dos fatos. Se, no mundo dos fatos, não houve o evento morte, qualquer declaração nesse sentido,

9 Some-se a isso os argumentos de ordem lógica-racional trazidos na decisão: não faz sentido o Poder Judiciário considerar o sujeito como *morto* para responder ao crime de estelionato, cuja punibilidade foi extinta pela juntada de certidão de óbito falsa, mas como *vivo* para responder ao crime de falsidade da própria certidão.

mesmo judicial, mesmo transitada em julgado, pode ser desconsiderada por qualquer um diante do que explica a teoria da existência jurídica”.

Assim, parece que o Min. Rogerio Schietti Cruz agiu com acerto ao trazer seu primeiro argumento, relacionado à *teoria da existência jurídica*. É bem verdade que a ata que registrou que os Desembargadores votaram, de modo unânime, pela procedência do pleito revisional, não retrata, em absoluto, o mundo dos fatos e nem tampouco acolhe uma possível tese defensiva: registra, em verdade, um equívoco material. Assim, a decisão que transita em julgado baseada em tal ata, de fato não gera coisa julgada em sentido estrito.

Preocupa, porém, o segundo fundamento trazido pelo Min. Rogerio Schietti Cruz, no que refere ao direito comparado. E por duas diferentes razões. Primeiro, porque, no intuito de reforçar seu entendimento, o Min. menciona ordenamentos que autorizam a revisão criminal em desfavor do réu, em determinadas situações. Não é o caso do Brasil, que *não comporta* qualquer exceção a essa vedação. Ou seja: os dispositivos estrangeiros que autorizam a revisão criminal *pro societate*, seja por qual razão for, não coadunam com a legislação brasileira¹⁰.

10 Por honestidade, necessário registrar que o Min. Rogerio Schietti Cruz registra expressamente, na sequência do voto, que “não se está a admitir uma revisão criminal *pro societate*”, mas a crítica exposta no presente estudo é que os fundamentos por ele trazidos conduzem, inevitavelmente, a essa impressão, pois trazem dispositivos estrangeiros que defendem justamente a possibilidade de revisão criminal *pro societate*.

E é por isso que os precedentes do Supremo Tribunal Federal acima mencionados, ao permitir que se desconsidere a decisão que extinguiu a punibilidade com base em certidão de óbito falsa, expressamente registraram que *não* se trata de uma exceção à vedação de revisão criminal *pro societate*: não se autorizou o desfazimento da coisa julgada em desfavor do réu, mas apenas se entendeu pela *inexistência* da coisa julgada porque baseada em fato inexistente.

Segundo, porque também na intenção de reforçar o seu voto, o Min. Rogerio Schietti Cruz conduz a sua fundamentação ao campo da “verdade” e da “moral”. Obviamente não se está aqui rejeitando que as partes possuem o dever de atuar com ética, mas se entende perigosa a assertiva do Min. de que “trata-se de um dever das partes, a quem se impõe conduta proba e reta em todas as suas intervenções no processo, pautando-se na boa-fé durante a prática de atos, vedada, por isso mesmo, a utilização de mentiras ou omissões relevantes para proveito próprio ou alheio.” Prossegue o Min. aduzindo que “logo, condutas contrárias à verdade, fraudulentas ou procrastinatórias conspurcam o objetivo publicístico e social do processo, a merecer uma resposta inibitória exemplar do Judiciário”.

É evidente que ao réu – e no presente estudo se está, desde sempre, no âmbito do direito penal –, é imposto um *limite* à ampla defesa e ao princípio da não-autoincriminação. Não é, obviamente, permitido ao réu (e ao seu defensor), por exemplo, que corrompa qualquer sujeito processual para que atue em seu favor. Do mesmo modo, não é permitido que o

réu (e seu defensor), na intenção de se defender, plante provas em desfavor de terceiros. Ainda, segundo o art. 142 do Código Penal, não se isenta o réu (e o defensor) da prática do crime de *calúnia* acaso aponte determinada pessoa como autora de delito, sabendo ser tal apontamento falso¹¹. Por fim, o STJ sumulou entendimento (Súm. 522) de que “é típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Porém, daí a querer afirmar que, para a realização da própria (ampla) defesa, qualquer fato contrário à verdade ou qualquer omissão relevante para proveito próprio, deve ser afastada e punida pelo Poder Judiciário – sugerindo que isso, inclusive, permite a desconsideração da coisa julgada (!) -, é violar perigosamente regras legais e princípios constitucionais.

Veja-se que o reconhecimento de que o direito à ampla defesa e o direito à não autoincriminação possuem *limites*, é também um reconhecimento da própria *existência* da ampla defesa e da não autoincriminação. Em outras palavras: apenas se *limita* aquilo *que se reconhece como existente*. E é fato que os direitos à ampla defesa e à não autoincriminação permitem que o réu, assim como o seu defensor, omitam fatos relevantes ou mesmo profiram declarações contrárias à verdade.

11 Estabelece o art. 142 do CP que “não constituem injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”. Veja-se, assim, que a legislação deixou excluído da imunidade o crime de calúnia.

Veja-se, primeiro, que o próprio art. 142 do CP trata de imunidade conferida à parte e ao advogado (e reflete, quanto ao último, a regra constitucional disposta no art. 133 da Constituição Federal¹² e a garantia disposta no art. 7, § 2º da Lei 8.906/94¹³), e que, antes de negar a possibilidade de calúnia por parte do réu e seu defensor, *autoriza* a prática de injúria e de difamação quando a ofensa guardar relação com a causa e com o exercício profissional. A existência de tal imunidade se justifica, segundo Paulo César Busato, pelo “entendimento de que não se deve impor barreiras e constrangimentos para o exercício mais amplo das defesas das causas em juízo”¹⁴.

Interessante analisar que o próprio Min. Rogerio Schietti Cruz já entendeu, acertadamente, em voto proferido na Reclamação n. 15.574/RJ, em 15.04.2014, por afastar (inclusive) o crime de calúnia praticado por advogado no bojo de petição. Aduziu que “no que se refere aos delitos contra a honra, por meio de alegadas ofensas insertas em petições apresentadas por advogados, no exercício de suas funções, a 6ª Turma desta Corte Superior

12 Art. 133 da CF: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

13 Art. 7º, § 2º da Lei 8.906/84: “São direitos do advogado: (...) O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”.

14 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial* 1. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 271.

já decidiu no sentido de que, mesmo que o causídico se utilize de forte retórica em sua petição, é imprescindível a intenção de macular a honra”.

Veja-se, por segundo, que o réu tem o direito constitucional de permanecer calado (art. 5º, LXIII, CF). Ou seja, mesmo que o réu tenha conhecimento a respeito da existência e dos detalhes relacionados à existência de crime, é constitucionalmente autorizado a omiti-los. Por si só, a regra constitucional afasta a fundamentação exposta pelo Min. Rogerio Schietti Cruz ao afirmar que “o Poder Judiciário não pode tolerar a utilização de omissões relevantes em proveito próprio”.

Mais do que direito ao silêncio, há quem defenda que, como desdobramento do princípio *nemo tenetur se detegere*, o réu tem mesmo direito à mentira.¹⁵

Nas palavras de Cordero, o acusado nada tem a temer no interrogatório. Poderá silenciar e até mentir, desde que não impute falsamente o crime a outrem. (...) Grevi refere a existência de um ‘dever moral’ do acusado de dizer a verdade, quando não exerce o direito ao silêncio, mas conclui que esse dever não é dotado de coercibilidade no plano jurídico. (...) Indaga-se, assim, se existe um direito à mentira, por parte do acusado. Na doutrina portuguesa, Manuel Lopes Maia Gonçalves salienta, a esse respeito, que a questão não tem grandes re-

15 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277.

percussões práticas, na medida em que, em qualquer caso, será inexigível do acusado o dever de verdade. Já Costa Andrade, embora não afirme peremptoriamente a existência do direito à mentira, traz a lúmena citação de Castanheira Neves, que bem define a questão: “o que ninguém exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade autoincriminadora.”¹⁶

Não obstante a legislação pátria não reconheça propriamente a existência do direito à mentira, não há possibilidade de impor sanção ao réu que falta com a verdade. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 68.929, em 22.10.1991, entendeu que o direito ao silêncio, constitucionalmente previsto, abrange “a prerrogativa de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”.

Assim, é possível afirmar que o próprio STF, na contramão do que sugeriu o Min. do STJ no voto que estamos a analisar, reconhece o direito do réu em omitir informações relevantes, bem como em falsear a verdade a respeito da prática do crime.

Tal compreensão é essencial, sob pena de admitirmos – ao entender como correta a fundamentação exposta pelo

16 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277.

Min. Rogerio Schietti Cruz – que seja considerada inexistente a sentença que se baseia em interrogatório no qual o acusado omite informação relevante ou falseia a verdade sobre a prática delituosa (!), bem como a sentença que acolhe como verdadeiro um álibi apresentado pelo réu e que, após o trânsito em julgado, se revela inverídico (!)

Portanto, o que se pode concluir é que o Min. Rogério Schietti Cruz acerta em sua conclusão e em seu primeiro fundamento, ao aduzir que o ato jurídico (decisão) inexistente, porque baseada unicamente em fato inexistente na realidade (ata de julgamento eivada de erro material). Porém, ao reconhecer a inexistência do ato jurídico, com a conseqüente impossibilidade de formação da coisa julgada, absolutamente dispensável – e equivocada - a fundamentação apelar para o direito comparado (que traz hipóteses de revisão criminal *pro societate*, vedadas no Brasil) e para a relação entre o “compromisso com a verdade”, por parte do acusado, e a ética/moral (posto que, no Brasil, o réu possui direito ao silêncio e, limitadamente, mesmo à mentira)¹⁷.

Aliás, a incongruência na fundamentação decorre da própria teoria da existência jurídica. É que a *existência* do fato jurídico constitui premissa de que decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídi-

17 Isso que não adentraremos, por falta de elementos para a análise, na discussão sobre a incorreção da ata haver decorrido de mero equívoco ou de efetiva fraude.

co¹⁸. Assim, não havendo o Min. reconhecido a existência do ato jurídico, não há como discutir a sua (in)validade e (in)eficácia, por exemplo.

A discussão traçada na jurisprudência aqui escolhida como paradigmática, conduz a outras interessantes reflexões, como é o caso da abordada pelo STJ no HC 286.575/MG. Em 17.11.2014, o Min. Felix Fischer relatou decisão sobre condenado que, acusado do crime de tráfico de drogas, se atribuiu identidade falsa, de modo a esconder a existência de antecedentes criminais. A sentença, então, foi prolatada considerando a identidade falsa do réu e, assim, reconhecendo os bons antecedentes e a possibilidade de aplicação do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Apenas a defesa recorreu da decisão.

Em sede recursal, porém, restou comprovado o ardil utilizado pelo réu, tendo sido apurada a sua real identificação, bem como demonstrada a existência de maus antecedentes. E é aí que se colocou a seguinte discussão: há como reformar a decisão em desfavor do réu – tendo em vista que a sentença se baseou em informação falsa fornecida pelo próprio acusado -, ou isso violaria a proibição de *reformatio in pejus*, já que tão somente a defesa recorreu?

O Relator, Min. Felix Fischer, para decidir a respeito desse caso, resgatou a fundamentação exposta no caso

18 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155.

da juntada de certidão de óbito falsa. Mais especificamente, registrou que “tal circunstância, referente ao estado da pessoa, assemelha-se em tudo e por tudo com a hipótese da declaração de extinção da punibilidade fundada em certidão de óbito falsa, situação em que a jurisprudência remansosa do Pretório Excelso reconhece ser inexistente a decisão que a decreta”.

Assim, entendeu o Min. Relator que “o raciocínio a ser empregado para o caso em questão é exatamente o mesmo. O paciente utilizou-se de nome falso para ocultar seus antecedentes criminais e obter uma situação mais favorável quando da prolação da sentença. Revelado o ardil, não pode ele invocar em seu favor o princípio do *ne reformatio in pejus*, uma vez que a primeira sentença, cujos fundamentos foram estabelecidos tomando-se por base pessoa diversa do verdadeiro, é inexistente”.

Tal análise também merece reparos, ao que nos parece, o que evidencia o descuido com que os Tribunais Superiores têm tratado do tema.

Primeiro: já restou evidente que a inexistência da decisão que se baseia em certidão de óbito falsa, não guarda relação com o “ardil” utilizado pelo réu, mas sim com a absoluta inexistência da morte – fato único que gerou a decisão extintiva de punibilidade. Acaso se transfira para o “ardil” a causa do reconhecimento de inexistência, seria inexistente toda condenação baseada em álibi falso, em prova testemunhal falsa, abrindo vasta possibilidade de

revisão criminal (e rejuvimento!) em desfavor do réu, o que é legalmente vedado.

Ademais, e eis um ponto significativo, o caso da juntada de certidão de óbito falsa versa sobre uma *causa extintiva de punibilidade*. Assim, concluindo que a causa (morte) é inexistente, se conclui que a sentença baseada exclusivamente naquela causa, é também inexistente. Resultado? Se “ignora” tal sentença (porque inexistente) e o processo pode seguir da fase em que está – seja fase de instrução, seja fase recursal -, podendo, ao final, o réu ser absolvido ou condenado do crime a ele imputado.

Veja-se que tal possibilidade decorre do fato de que o restante do processo, com exceção da decisão que extinguiu a punibilidade, é “existente” e não está contaminado.

Pode, nesse caso, ainda, o Ministério Público ofertar nova denúncia, dando ensejo a um novo e independente processo, agora pelo crime de falsidade.

Já no caso em que o acusado se atribui falsa identidade, a falsidade contamina não apenas a sentença – como fez crer o Min. Felix Fischer -, mas a própria denúncia, que fora oferecida em desfavor de pessoa que não cometeu o delito. Sim, porque o caso não versa sobre uma causa extintiva de punibilidade, mas sobre *a própria acusação narrada na denúncia*.

Veja-se que, acaso fosse descoberto – o que, aliás, é bastante comum na prática – durante a instrução, em pri-

meiro grau, que o acusado utilizou documentos de terceiros para se atribuir falsa identidade, o Ministério Público aditaria a denúncia, nos termos do art. 384 do CPP, tanto para corrigir o nome do autor do crime, quanto para imputar ao acusado a prática do art. 307 do CP. Isso porque a *denúncia* é que estava eivada de informação falsa, atribuindo a prática do delito a quem nunca o cometeu.

Como no caso do HC 286.575/MG só houve a descoberta em segunda instância, após interposição de recurso por parte (unicamente) da defesa, agiu com desacerto o Min. ao registrar que “a primeira sentença, cujos fundamentos foram estabelecidos tomando-se por base pessoa diversa do verdadeiro, é inexistente”. Ora, a falsidade que informa a sentença, informa também a denúncia. Assim, deve haver novo oferecimento de denúncia, agora correta no mérito da acusação e com o nome do efetivo autor do fato criminoso, recomeçando a instrução processual. Pode, ademais, o Ministério Público ingressar com nova ação penal, atribuindo ao réu também o delito de falsa identidade, descrito no art. 307 do CP.

Não há que se cogitar, nesse caso, de problemas relacionados ao *non bis in idem*, pois o verdadeiro autor do crime jamais fora anteriormente denunciado. Se possível problema há, diz respeito à possibilidade de ocorrência da prescrição ou fragilidade probatória decorrente do passar do tempo, problemas que não autorizam, obviamente, a deturpação de regras e princípios processuais penais.

Em outras palavras: não faz sentido reputar *inexistente* a sentença que *julgou* o sujeito X como sendo o sujeito Y, mas reputar *existente* a denúncia e a instrução que *imputou* ao sujeito X o crime pertencente ao sujeito Y, permitindo a condenação de sujeito que nem denunciado foi (!) e o aumento da sanção em segundo grau, quando apenas a defesa recorreu (!).

A intenção das linhas que foram até aqui traçadas, muito mais do que esgotar tema complexo que envolve não apenas regras processuais penais, mas também regras da teoria geral do direito, foi demonstrar a falta de acerto – e mesmo de congruência - nas decisões prolatadas pelos Tribunais Superiores. Principalmente, foi alertar o leitor quanto aos tais equívocos e instigá-lo a aprofundar a pesquisa e o estudo no tema, que repercute diretamente em casos com os quais nos deparamos, enquanto advogados, diariamente.

Espero que a intenção tenha sido alcançada.