

RETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA MAIS BENÉFICA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Pedro Augusto Lombello¹

Gian Miller Brandão²

Resumo: Essa pesquisa trata da possibilidade de aplicação retroativa da novel jurisprudência benigna a casos pretéritos ao novo entendimento pacificado, ainda que acobertados pelo manto da coisa julgada, buscando-se analogia à retroatividade da lei benigna disposta no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. Além disso, sendo possível, identifica o instrumento jurídico adequado e eficaz para aplicação das aludidas alterações jurisprudenciais benéficas ao condenado. A metodologia utilizada foi baseada no método hipotético-dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de fontes primárias e secundárias. Assim, foi possível atingir os resultados pretendidos, chegando à conclusão de que, embora cuida-se de questão controvertida nos Tribunais Superiores, é possível a retroatividade da jurisprudência benigna e que o instrumento que viabiliza o pleito dependerá de exame aprofundado do caso concreto, face a possível necessidade de reanálise de fatos e provas, bem como eventual desconstituição do julgado.

Palavras-chave: Retroatividade da jurisprudência benigna. Princípio da retroatividade da lei penal. Sentença penal condenatória. Execução Penal. Direito Penal.

1 Introdução

Considerando o que reza o artigo 5º, inc. XL, da Constituição da República, e o artigo 2º, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, bem como o princípio da segurança jurídica, é necessário verificar a possibilidade ou não da retroatividade da jurisprudência mais benéfica após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como, em caso positivo, o instrumento jurídico adequado, eficaz e ágil para viabilizar tal requerimento. Isso porque, tendo em vista a ausência de previsão legal nesse sentido e a primordialidade da busca de tratamento igualitário entre condenados, devemos perquirir acerca da posição devida pelo Poder Judiciário perante a superveniência de jurisprudência mais benéfica para o réu após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse estudo, serão apresentados os princípios e dispositivos constitucionais e legais que regem o Direito Penal acerca da sucessão de leis e sua possível aplicação extensiva a alterações jurisprudenciais, bem como análise de doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Insta registrar que a presente pesquisa é assentada no método hipotético-dedutivo, em razão da lacuna existente sobre a aplicação de jurisprudência superveniente mais benéfica após o trânsito em julgado da sentença condenatória, através de pesquisa qualitativa com delineamento em bibliografia de fontes primárias e secundárias, como a legislação e jurisprudência brasileira, bem

1 Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN

2 Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN

como artigos e livros sobre o tema, e pesquisa explicativa, em razão da subjetividade de interpretações que podem ser empregadas e aplicação prática no campo forense do Direito.

Após o devido estudo, chega-se à conclusão que o presente tema possui grande divergência doutrinária e jurisprudencial, mas que, em certos casos, é admitida a retroatividade da jurisprudência benigna. Além disso, verificou-se, quanto ao instrumento jurídico adequado que viabiliza o aludido pleito, que dependerá do caso hipotético sob exame, em razão da possível necessidade de reanálise de fatos e provas, bem como eventual da desconstituição do julgado.

A presente pesquisa será exposta, com o fito de delimitar a pesquisa e esclarecer os seus objetivos, as questões iniciais e principiológicas do ordenamento jurídico brasileiro que abordam a retroatividade da jurisprudência penal com a exposição dos conceitos doutrinários. Ato contínuo, será apresentado propriamente a possibilidade da retroatividade jurisprudencial benigna, com a exposição das correntes doutrinárias e seus fundamentos. E, finalmente, será tratado acerca dos possíveis instrumentos jurídicos que viabilizam a aplicação do instituto e as divergências jurisprudências dos Tribunais pátrios.

2 Questões iniciais e principiológicas do ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro é regido, principalmente, pela Constituição da República³, sendo composta por normas-regra e normas-princípio. O professor Garcia (2015) diferencia as regras e os princípios da seguinte forma:

Em geral, regras são conceituadas como normas que exigem, proíbem ou permitem algo em face de determinadas situações que elas próprias preveem. Já os princípios não delimitam situações específicas em que devam ser aplicados. São intencionalmente formulados em linguagem de "textura aberta", cuja imprecisão semântica lhes permite fixar orientações gerais acerca de uma gama indeterminável de situações.(p.178).

Dentre os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, há de ser ressaltado o princípio da segurança jurídica. A referida máxima atribui estabilidade às relações jurídicas com o escopo de dar credibilidade ao Estado e evitar constantes e inesperadas alterações. A título de exemplo, no tocante a dispositivo legal que normatiza tal conteúdo, há de se destacar o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, que define que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, ou seja, apresenta, respectivamente, inalterabilidade do direito adquirido

3 Segundo Paulo e Alexandrino (2015) a “[...] Constituição congrega todas as normas essenciais à organização e ao funcionamento do Estado brasileiro, como as relativas aos direitos fundamentais, à estrutura do Estado federal e às competências de cada ente político, à organização dos poderes e da Administração Pública, à repartição de rendas, aos princípios fundamentais da ordem econômica e da ordem social etc.”(p. 35).

dentro da ordem constitucional, a manutenção das relações contratuais em sentido estrito e a imutabilidade das decisões que não caibam mais recursos.

Em consonância com o exposto acima, o Direito Penal está repleto de direitos fundamentais decorrentes do aludido princípio. Dentre os quais, se faz necessário apontar o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, que determina a aplicação da lei penal ainda que posteriormente tenha perdido vigência, bem como a sua aplicação a fatos anteriores à sua edição. No mesmo viés, o referido princípio ainda comporta a hipótese de extinção da norma incriminadora, também denominada de *abolitio criminis*⁴, o que acarreta efeitos pretéritos à sua ruptura, beneficiando também condutas já julgadas e, em tese, imutáveis.

Assim, denota-se que o ordenamento jurídico atribui certa prevalência da liberdade do indivíduo quando contrapomos o fenômeno da retroatividade da lei penal benéfica e *abolitio criminis* em relação a coisa julgada⁵.

Notadamente, a retroatividade da lei penal mais benéfica e a *abolitio criminis*, particularidades da sucessão de leis penais no tempo⁶, estão, indubitavelmente, presentes na legislação brasileira, especificamente no art. 5º, XL, da Constituição da República⁷ e nos artigos 2º, *caput* e parágrafo único⁸, e 107, III,⁹ ambos do Código Penal.

Assim, em simples análise da legislação vigente, extraímos facilmente a solução a ser dada pelo Poder Judiciário quando deparado com uma situação de alteração de leis em matéria penal, seja incluindo ou excluindo crimes do ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, sabemos que a fundamentação das decisões judiciais no sistema normativo jurídico, inclusive na seara penal, não se limita a empregar a lei. Cotidianamente, e cada vez mais

4 Segundo Rogério Greco (2016), ocorre o fenômeno da *abolitio criminis* “[...] quando o legislador, atento às mutações sociais, resolve não mais continuar a incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa [...]” (p.162).

5 A coisa julgada, conforme Garcia (2015), consiste na “[...] decisão judicial de que já não caiba recurso, nem remessa necessária (§ 4º do art. 60 da LIDB e CPC, art. 475). De modo que a decisão judicial atinge seu mais alto grau de eficácia somente após esgotada toda a cadeia de expedientes processuais capazes de influir, no todo ou em parte, nos efeitos que o comando decisório esteja apto a produzir” (p.130).

6 Segundo GRECO (2016) ocorre sucessão de lei penal no tempo quando surge várias leis penais entre a data do fato praticado e o término do cumprimento da pena.

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

8 Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

9 Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

[...]

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

frequente, é utilizada a jurisprudência na função jurisdicional. A propósito, se extrai do sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, que jurisprudência pode ser conceituada como “[...] o conjunto das decisões dos tribunais, no exercício da aplicação da lei. Representa a visão do tribunal, em determinado momento, sobre as questões legais levadas a julgamento” (2018, s.p.). Deste modo, insta registrar que auferimos do seu conceito a sua relevância, pois, além de promover a segurança jurídica, realiza a manutenção do sentimento de isonomia e justiça no jurisdicionado em razão da uniformização das decisões de certo Tribunal.

Partindo da sua importância no sistema normativo, far-se-á necessário indagar os efeitos jurídicos que sua alteração, de modo a beneficiar o réu, acarreta em uma decisão acobertada pelo manto da coisa julgada. Isso porque, em certas hipóteses, a título de exemplo, a alteração jurisprudencial nos elementos do conceito analítico do crime (fato típico, ilícito e culpável) e na análise da dosimetria da pena, eventualmente, acarretam, respectivamente, na extinção da punibilidade do agente e redução da pena, ou seja, os mesmos efeitos práticos da alteração legislativa penal mais benéfica.

3 Possibilidade da retroatividade da jurisprudência mais benéfica após o trânsito em julgado.

No ordenamento jurídico brasileiro, é cediço que a norma superveniente benigna é aplicada, indubitavelmente, aos casos pretéritos à sua publicação, nos termos do artigo 5º, inc. XL, da Constituição da República e o artigo 2º, *caput* e parágrafo único, do Código Penal.

Entretanto, não é o que ocorre com a jurisprudência. A *contrario sensu*, denota-se que o fundamento da retroatividade da lei penal mais benéfica, a saber, reduzir o poder punitivo estatal e garantir a liberdade do indivíduo, é idêntico àquele sustentado como fundamento para aplicação da jurisprudência *in bonam partem* após o trânsito em julgado.

Desse modo, considerando que as duas hipóteses (retroatividade da lei penal e da jurisprudência), embora de conceitos juridicamente distintos, possuem o mesmo parâmetro e efeito prático, devemos sopesar o direito de julgamento justo pelo réu, a luz dos princípios da igualdade e proporcionalidade, contrapondo-o aos argumentos de ausência de previsão legal e de violação da segurança jurídica e da coisa julgada.

Quanto a ausência de previsão legal, veremos a seguir, especificamente, quando explanado sobre os instrumentos de aplicação da novel jurisprudência, que há no ordenamento jurídico a interpretação extensiva e analógica dos dispositivos legais penais quando favorável ao réu.

Outrossim, no que diz respeito ao argumento que sustenta que a retroatividade da jurisprudência na execução penal viola a segurança jurídica e a coisa julgada, devemos lembrar que os institutos retromencionados buscam, como já dito, proteger o direito a liberdade do particular e

limitar o poder de punir do Estado. Dessa maneira, tomar como argumento favorável a repelir a retroatividade da jurisprudência benéfica, significa corromper a sua essência e substituir o titular das garantias supracitadas.

No mesmo sentido, segundo Boschi (2004), o princípio da segurança jurídica, que se trata de uma garantia do indivíduo e um freio ao poder-dever de punir do Estado, não pode ser utilizado em seu desfavor para que seja um obstáculo para a retroatividade da jurisprudência, o que caracterizaria em inversão da sua função primordial.

Outro defensor da tese permissiva é o professor Rogério Greco. Greco (2016) entende que quando um Magistrado, seja Juiz singular de primeira instância ou Tribunal, condenar um réu fundamentando em entendimento de um Tribunal Superior e, posteriormente, esse último altere a sua posição pacificada, deverá ser também alterada aquela sentença ou Acórdão que, por consequência, perdeu o seu fundamento.

Afirma ainda que tal posição deve ser adotada mesmo que a alteração jurisprudencial aborde matérias além de modificação de Súmula com efeitos vinculantes ou controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Afora as hipóteses que não mais se discutem, ou seja, a edição ou modificação de Súmula com efeitos vinculantes ou controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, o que não pode ocorrer, insistimos, é manter um julgado que se fundamentou numa posição de determinado Tribunal, que agora a modificou no sentido de beneficiar o agente. (2016, p.178).

A referida posição, relevante dizer, bem acertada, traduz o espírito esculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, devendo-o ser aplicado extensivamente a retroatividade da jurisprudência como sustentado. Isso porque, denota-se que as duas hipóteses (retroatividade da lei penal e da jurisprudência), embora de conceitos juridicamente distintos, possuem o mesmo parâmetro e efeito prático, tratando-se, então, de garantia fundamental e plenamente cabível a interpretação retromencionada.

Ademais, observa-se que em seu posicionamento, Greco, embora inclua na tese permissiva tanto a hipótese de alteração jurisprudencial habitual como a edição/modificação de súmula com efeitos vinculantes ou controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, segrega as duas hipóteses das demais. Isso porque existe parte da doutrina que entende que só haveria a possibilidade da retroatividade da jurisprudência mais benéfica após o trânsito em julgado em ocasiões excepcionais.

Essa segunda corrente é defendida por André Stefam (*apud* GRECO, 2016). O aludido professor limita a possibilidade de aplicação da nova posição jurisprudencial que beneficia o agente

após o trânsito em julgado. Ele afirma que só haveria a aplicação nos casos de súmula com efeito vinculante e controle concentrado de constitucionalidade, pois o ordenamento jurídico brasileiro não prevê que as demais decisões proferidas por tribunais tem caráter vinculante, senão vejamos:

Ter-se em mente, em primeiro lugar, que nosso país não adota o sistema do precedente judicial, de modo que as decisões proferidas por tribunais não têm caráter vinculante. Há, contudo, *exceções* (súmula vinculante e controle concentrado de constitucionalidade pelo STF) e, somente nesses casos, é que terá relevância verificar se, caso surja novo entendimento mais brando por parte da jurisprudência, este deve alcançar fatos já protegidos com o manto da coisa julgada. (STEFAM, 2010, apud GRECO, 2016, p. 177).

Denota-se do entendimento supracitado, que Stefam aponta como requisito primordial o efeito vinculante na decisão judicial para que ela produza efeitos em ocasiões pretéritas e penetre na blindagem da coisa julgada.

No que diz respeito a primeira hipótese catalogada pelo autor retromencionado, o seu efeito vinculante é extraído do art. 103-A da Constituição da República, que determina o seu acatamento obrigatório pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Por sua vez, a segunda hipótese elegida é o controle de constitucionalidade realizado pelo STF. O fundamento está disposto no art. 102, §2º, da Constituição da República, que, em síntese, atribui efeito vinculante as decisões definitivas de mérito proferidas pelo referido tribunal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, senão vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Entretanto, tal tese não merece respaldo a luz do princípio da isonomia e do conceito de justiça. Extrai-se do ordenamento jurídico que existem demais decisões que, embora não possuem

tal característica vinculante, ventilam o entendimento atual sobre determinado tema e transmitem a evolução do direito, carregando consigo potencial alteração jurídica sobre o quadro fático analisado.

Nesse sentido, a título de exemplo, podemos citar a aplicação da Súmula 444 do STJ¹⁰ do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 13.05.2010, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Registra-se que a retroatividade desse entendimento não gera apenas redução de pena na 1ª fase da dosimetria da pena, mas também novo cálculo que pode ensejar novo montante apto a conceder ao sentenciado benefícios penais como a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o que revela a sua expressiva importância prática.

Por fim, há uma terceira corrente que afasta qualquer tipo de retroatividade de jurisprudência mais benigna após o trânsito em julgado. Um dos defensores dessa tese é Mirabete (1994) que sustenta que não há previsão legal e, conseqüentemente, inexistente mecanismo que possibilite a retroatividade, pois as hipóteses que ensejam a Revisão Criminal¹¹ são taxativas, ou seja, não há espaço para incluir revisão do julgado sobre alteração jurisprudencial.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou contrário ao cabimento de revisão criminal quando o fundamento é dissídio jurisprudencial, ou seja, tal instrumento não se presta para uniformizar a jurisprudência sobre questão controvertida nos Tribunais, senão vejamos:

PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL (CPP, ART. 621). CONCEITO. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA CONTRÁRIA AO TEXTO LEGAL. CRIME COMUM PRATICADO POR POLICIAL MILITAR COM USO DE ARMA DO QUARTEL. COMPETÊNCIA. QUESTÃO CONTROVERTIDA. DESCABIMENTO DA REVISÃO. - A revisão criminal, instrumento processual instituído exclusivamente em benefício do réu, que supera a autoridade da coisa julgada, e cabível tão-somente nas hipóteses previstas no art. 621, do CPP, não se prestando para uniformizar a jurisprudência sobre questão controvertida nos tribunais. - Sentença contrária ao texto expresso da lei penal e sentença que enfrenta o preceito legal, contestando ou negando a sua realidade jurídica, o que não se confunde com a adoção de certa linha exegética sobre tema cuja compreensão e controvertida nos pretórios. - Recurso especial não conhecido. (REsp 61.552/RJ, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/1996, DJ 14/10/1996, p. 39040)

Além do mais, de maneira incisiva em seu voto, acompanhado por unanimidade, o Relator explicitou o entendimento, inclusive se referindo a Mirabete, *in verbis*:

10 Súmula 444 – É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

11 Segundo Renato Brasileiro (2014) [...] “a revisão criminal pode ser compreendida como ação autônoma de impugnação, da competência originária dos Tribunais (ou das Turmas Recursais, no âmbito dos Juizados), a ser ajuizada após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria (leia-se, exclusivamente em favor do acusado), visando à desconstituição da coisa julgada, sempre que a decisão impugnada estiver contaminada por erro judiciário.”

Ora a revisão criminal um instrumento processual instituído exclusivamente em benefício do réu, de especial relevância, tanto que supera a coisa julgada para fazer prevalecer a plena Justiça. Todavia, o seu cabimento é restrito tão-somente nas hipóteses previstas no art. 621, do CPP, não se prestando, em absoluto, para uniformizar a jurisprudência sobre questão controvertida nos Tribunais.

Assim tem proclamado a jurisprudência e a melhor doutrina. Com efeito, é de se reconhecer que a sentença contrária ao texto da lei penal é sentença que enfrenta o preceito legal, contestando ou negando a sua realidade jurídica, o que não se confunde com a adoção de certa linha exegética sobre tema cuja compreensão é controvertida nos Pretórios.

A propósito, merece registro a magistério de Júlio Fabbrini Mirabete, em comentário sobre a *quaestio juris*:

“Refere-se o dispositivo a texto expresso de lei e não à sua interpretação, desde que nessa, evidentemente, não se despreze as regras e princípios da hermenêutica levando a uma conclusão *contra legem*. Por isso, não basta para o cabimento da revisão da decisão transitada em julgado, quando de questão controvertida, se tenha adotado corrente doutrinária ou jurisprudencial ainda que não predominante ou minoritária. Também é firme a orientação do STF e dos tribunais estaduais que não cabe revisão criminal sob o fundamento de mudança de jurisprudência em questão controvertida. A variação de posição do tribunal sobre qualquer questão jurídica, inclusive no Pretório Excelso, é circunstância que não permite a revisão, eis que conflita com a própria arguição de ofensa ao texto expresso da lei penal.” (in PROCESSO PENAL, 3ª edição, Editora Atlas, 1.994, pág. 650).

A lição supratranscrita encasa-se com perfeição à hipótese sub judice, o que afasta a alegação de negativa de vigência do art. 9º, II, “f”, do Código Penal Militar. Isto posto, não conheço do recurso.”

Entretanto, o cerne do problema não está na possibilidade uniformização da jurisprudência pela revisão criminal como fundamentado por Mirabete e pelos Tribunais Superiores. O pano de fundo que se indaga, na verdade, é a aplicação de novo entendimento mais benéfico que supera o anterior e que, eventualmente, pode acarretar na redução de pena aplicada e seus possíveis efeitos, como progressão de regime e incidência de institutos despenalizadores, bem como na extinção da punibilidade.

Outrossim, no que diz respeito a revisão criminal e as suas hipóteses taxativas, há de se entender, como veremos a seguir, que seria mero instrumento utilizado por meio de interpretação extensiva do dispositivo legal previsto no art. 621, I, do Código de Processo Penal, enquanto não houver instrumento que possibilite a revisão adequada, com objetivo de promover o tratamento igualitário entre condenados dentro de um lapso temporal em que ocorreu a alteração jurisprudencial benéfica.

Destarte, considerando apresentada as três teses que vigoram na doutrina pátria para a resolução do presente problema, devemos, como dito no início da explanação, sopesar o direito de novo julgamento justo pelo réu, seja no que concerne a redução de pena ou extinção da punibilidade, a luz dos princípios da igualdade e proporcionalidade, e a aplicação da lei penal em sentido literal, ou seja, afastando a possibilidade da relativização da coisa julgada.

Assim, superado o impasse entre a possibilidade da retroatividade da jurisprudência mais benéfica e, por conjectura, ser concebível à sua aplicação, conforme entendimento do professor Rogério Greco explanado anteriormente, uma vez que a conveniência da interpretação literal do texto legal não pode ser óbice para impedir o direito de um julgamento justo, devemos perquirir acerca de qual instrumento jurídico é adequado para tal requerimento.

4 Instrumento adequado para retroatividade da jurisprudência mais benéfica após o trânsito em julgado.

Na presente seção, tomando como base ser possível a aplicação da jurisprudência mais benéfica após o trânsito em julgado, há se de verificar qual instrumento adequado para viabilizar tal entendimento.

Nesse caso, a doutrina e a jurisprudência também divergem e apontam para três instrumentos distintos.

A primeira sustenta que tal pleito seria realizado por meio de mero requerimento ao juízo da execução penal, uma vez que, com fundamento no art. 66, I da Lei n. 7.210/62 e por meio de interpretação extensiva, é competente também para aplicação do entendimento jurisprudencial benéfico superveniente.

A corrente supra, conforme Costa (2015), baseia-se, primordialmente, em eventuais posições adotadas pelo STF que sinalizam o reconhecimento de interpretação extensiva ao referido artigo, alcançando a possibilidade do juízo de execução aplicar a novel jurisprudência sem modificar o decidido no processo de conhecimento, como foi o que aconteceu quando o pleno do STF declarou a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime e da pena restritiva de direitos aos crimes hediondos e equiparados no HC sob o nº 82.959/SP.

O referido artigo estabelece diversas competências para o juízo da execução, inclusive a aplicação de norma superveniente que beneficie o condenado, senão vejamos:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

Portanto, para essa corrente, o agente que busca o provimento judicial que enseja a aplicação da jurisprudência mais benigna, deverá, por meio de petição simples dirigida ao juízo da Vara Criminal de Execuções Penais, pleitear a demanda por meio de interpretação extensiva e analógica ao dispositivo legal previsto no art.66, I, da Lei 7.210/62.

Merece ressaltar que a aludida tese deve ser usada com precaução. Isso porque, a depender da alteração jurisprudencial, há de se reanalisar o caso concreto, especificamente no quadro fático e nas provas coligidas na instrução criminal ora realizada. Assim, quando incorrer nessa situação, o Magistrado da execução não poderá atuar, pois, se fizer, desconstituirá a decisão do seu par, que está no mesmo patamar hierarquicamente, ou em grau superior, haja vista as hipóteses que possuem confirmação da sentença em sede de Acórdão no Tribunal. Dessa forma, diante dessas suposições que embaraçam o uso do mero requerimento, entra em cena o instrumento da Revisão Criminal, que, pelo contrário, autoriza essa reanálise do caso.

Nesse sentido, a segunda corrente sustenta que o instrumento viável é a Revisão Criminal, também por meio de interpretação extensiva, mas, agora, com fundamento no artigo 621, inc. I, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

Do mesmo modo, ela também encontra respaldo na jurisprudência, principalmente no julgamento da Revisão Criminal sob o n.º 0000093.56.2000.8.21.7000¹² pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, recentemente, no julgamento das Revisões Criminais sob o n.º 0304806-41.2009.4.04.0000 e 0161572-87.2008.8.26.0000, julgadas, respectivamente, pelo Tribunal Regional da 4ª Região em 2011 e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2015.

A propósito, o Tribunal Regional Federal – 4ª Região assim consignou no referido julgado:

PENAL E PROCESSUAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, DO CPP. DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. QUESTÃO CONTROVERTIDA. ALTERAÇÃO. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. PARÂMETROS JURISPRUDENCIAIS ALTERADOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. CONDUTA TORNADA ATÍPICA. EXCEPCIONALIDADE. ABSOLVIÇÃO. Em regra, não se admite a revisão criminal sob o fundamento de alteração de entendimento jurisprudencial em questão controvertida. Na hipótese, contudo, revela-se incongruente manter a condenação por crime de descaminho, pois a nova jurisprudência consolidada tornou atípica a conduta quando o valor dos tributos iludidos for inferior a R\$ 10.000,00 (critério objetivo). Assim, tratando-se a revisão criminal de instituto que visa justamente atacar a coisa julgada, cumpre seja conhecida, e ao final provida, absolvendo-se o requerente. (TRF – 4ª Região - Revisão Criminal nº 0304806-41.2009.4.04.0000, Rel. Des. Federal Tadaaqui Hirose, julgado em 17/02/2011)

12 Numeração do CNJ.

Por outro lado, a terceira corrente que pode ser reconhecida, quando analisado os julgados do Superior Tribunal de Justiça, sustenta a impetração de Habeas Corpus. Isso porque, existem decisões que versam sobre aplicação de súmulas editadas posteriormente ao decreto condenatório, demonstrando certa retroatividade jurisprudencial alcançando efeitos pretéritos, como pode ser observado do HC nº 446.133 – SC e HC nº 445.465 SC, ambos julgados pelo STJ.

Entretanto, vale ressaltar a sua limitação quando necessário reexame probatório que se enquadre na novel jurisprudência benigna, o que, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹³, torna-se via inadequada para o remédio constitucional.

Assim, analisando as correntes retromencionadas e baseando-se no entendimento do professor Rogério Greco explanado na seção anterior, é plenamente cabível a reanálise do julgado quando houver alteração jurisprudencial pacífica que enseje alteração na interpretação do quadro fático e que de algum modo beneficie o réu. Nesse sentido, no que concerne aos casos que não exigem nova instrução probatória mas que demandam reanálise fática, o que impede o mero requerimento ao Juízo da execução penal e a impetração de Habeas Corpus, o instrumento jurídico que demonstra ser razoável é a Revisão Criminal.

Vale dizer que, embora exista parte da doutrina que defenda que o rol trazido pelo art. 621 do Código de Processo Penal elenca hipóteses taxativas, o que inviabiliza a interpretação extensiva, há de se entender, pelo menos, que seria mero instrumento utilizado enquanto não houver mecanismo que possibilite a revisão adequada, com objetivo de promover o tratamento igualitário entre condenados dentro de um lapso temporal em que ocorreu a alteração jurisprudencial benigna.

Todavia, como já explanado anteriormente, caso a hipótese se tratar de entendimento jurisprudencial que verse sobre decisão de inconstitucionalidade de dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal, que, então, possui efeitos vinculantes, configurando a hipótese defendida por Stefam elucidada na seção anterior, como aconteceu referente a vedação da progressão de regime e da pena restritiva de direitos aos crimes hediondos e equiparados no HC sob o nº 82.959/SP, poderá o juízo da execução ser instado, por meio de mero requerimento, a aplicar o novo entendimento benigno ao condenado.

Ademais, imperioso registrar, outra vez, que o mero requerimento se apresenta inadequado em razão de possível alteração do julgado pelo juízo de conhecimento face a nova análise do quadro fático, o que, considerando ambos Juízes estarem no mesmo patamar hierarquicamente ou, até mesmo, superior, ofende a estrutura do Poder Judiciário e o artigo 185 da Lei 7.210/84¹⁴.

13 HC 464.760 / SP; HC 483.938 / CE; HC 485.190 / SC e HC 46.335/SP.

14 Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Outrossim, no que diz respeito a impetração de Habeas Corpus, vale ressaltar, como dito no tópico anterior, a sua limitação quando necessário reexame probatório, o que torna o remédio constitucional inviável quando necessária tal demanda, nos termos do precedente do Superior Tribunal de Justiça,

Entretanto, insta registrar que, caso seja hipótese que não requisite o referido exame, e não sendo aceito o mero requerimento, ante a possível revisão do juízo de conhecimento, o Habeas Corpus se apresenta como instrumento mais rápido e eficaz quando comparado com a Revisão Criminal ora defendida.

Dessa maneira, nota-se que também carecemos de solução pacífica no que concerne ao instrumento viável ao requerimento de aplicação de jurisprudência mais benéfica após o trânsito em julgado. Assim, devemos perquirir perante o caso concreto, qual dos instrumentos jurídicos seria eficaz e benéfico ao réu, bem como a sua agilidade perante o ordenamento jurídico, observando se há a necessidade ou não da desconstituição do julgado e nova interpretação do quadro fático e probatório.

5 Considerações Finais

Esta pesquisa, com o emprego do método hipotético-indutivo através de pesquisa bibliográfica, em especial legislação e jurisprudência brasileira, artigos e livros jurídicos sobre o tema, em razão da subjetividade de interpretações que podem ser adotadas, examinou a possibilidade da retroatividade da jurisprudência na execução penal, bem como o instrumento jurídico que viabiliza a sua aplicação dentro do ordenamento jurídico.

Depreende-se da pesquisa produzida, três principais teorias, sendo sustentadas, respectivamente, pelos professores Rogério Greco (2016), André Stefam (2016) e Mirabete (1994).

Em apertada síntese, se mostrou mais adequada a possibilidade da retroatividade jurisprudencial em tela, em conformidade com a corrente proposta pelo professor Rogério Greco.

A referida posição, com dito anteriormente, traduz o espírito esculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, devendo-o ser aplicado extensivamente a retroatividade da jurisprudência como pleiteado.

Denota-se que a retroatividade da lei penal, prevista cabalmente em lei, precisamente no artigo 2º, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, possui o mesmo parâmetro e efeito prático quando comparada a retroatividade da jurisprudência benigna, devendo, ambas, serem tratadas como garantia fundamental e aplicadas igualitariamente.

Insta registrar que as demais teses elencadas em seção anterior, sustentadas, substancialmente, por Stefam e Mirabete, limitam a possibilidade de aplicação da novel

jurisprudência benigna, o que caracteriza em cerceamento do direito de julgamento justo e a liberdade do réu para, em contrapartida, ampliar o poder punitivo estatal, fundamento que vai na contramão dos ditames constitucionais.

Por conseguinte, superado o impasse entre a possibilidade da retroatividade da jurisprudência mais benéfica e, por conjectura, se entender concebível à sua aplicação, averiguou-se acerca de qual instrumento jurídico é adequado para tal requerimento.

Sobre o tema, analisando o que julga como acertado a doutrina e a jurisprudência, embora divergentes, há de se reconhecer três instrumentos jurídicos, quais sejam, mero requerimento ao juízo da execução penal, Revisão Criminal e Habeas Corpus.

No que pertine a essa indagação, resta concluir que os três instrumentos são cabíveis especificamente a resultar do caso, embora todos são de difícil aceitação nos Tribunais pátrios.

Isso porque, a depender do caso concreto, será necessário novo juízo de valor acerca dos fatos delituosos imputados no processo de conhecimento, o que inviabiliza o mero requerimento ao juízo da execução penal, ante a ofensa ao artigo 185 da Lei 7.210/84, sendo cabível, portanto, o Habeas Corpus e Revisão Criminal.

No mesmo sentido, também a depender da hipótese, para a aplicação do novel entendimento jurisprudencial, será imprescindível nova análise do arcabouço probatório coligido nos autos, o que torna inviável a impetração do remédio constitucional, ante o entendimento jurisprudencial consolidado acerca da impossibilidade de reexame de provas em sede de Habeas Corpus.

Por fim, resta a Revisão Criminal, instrumento jurídico moroso quando comparado com os demais, mas que, em certas hipóteses, único plenamente cabível diante dos empecilhos elencados acima, embora também rechaçado em diversas oportunidades pelos Tribunais Superiores.

Assim, conclui-se pela ausência de plena solução pacífica no que concerne ao instrumento viável ao requerimento de aplicação de jurisprudência mais benéfica após o trânsito em julgado, devendo debruçar sobre o caso concreto e estabelecer qual dos instrumentos jurídicos tornará o pleito eficaz e benéfico ao réu, bem como a sua agilidade perante o ordenamento jurídico.

Referências

BOSCHI, Marcus Vinicius. **A retroatividade da jurisprudência penal mais benigna**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituiçãocompilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.210/84. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em: <[https://http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.](https://http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.)>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 445.465/SC. Processo n. 2018/0085281-7. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. 16 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 446.133/SC. Processo n. 2018/0089215-7. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. 12 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 464.760/SP. Processo n. 2018/0209234-7. Relatora: Ministra Laurita Vaz. 23 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 483.938/CE. Processo n. 2018/033251-4. Relatora: Ministra Laurita Vaz. 11 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 485.190/SC. Processo n. 2018/0339634-4. Relatora: Ministra Laurita Vaz. 11 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 496.335/SP. Processo n. 2019/0062355-9. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. 02 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Revisão Criminal. Processo n. 0304806-41.2009.4.04.0000. Relator: Desembargador Vico Mañas. 19 agosto 2015. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2014.

COSTA, Natasha Raeder de Carvalho Martins. **Possibilidade de Ultratividade e Retroatividade do Entendimento Jurisprudencial Mais Benéfico ao Réu**. Orientadores: Mônica Areal, Néli

Fetzner e Nelson Tavares. 2015. Pós-Graduação em Direito – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros (Coord.); BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA. Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional Tomo I**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros (Coord.); BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA. Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional Tomo II**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1994.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Método, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Revisão Criminal. Processo n. 0000093.56.2000.8.21.7000. Relator: Desembargador Tupinamba Pinto de Azevedo. 22 junho 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 maio 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Revisão Criminal. Processo n. 0161572-87.2008.8.26.0000. Relator: Desembargador Vico Mañas. 19 agosto 2015. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>. Acesso em: 23 maio 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Perguntas frequentes sobre a jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 23 maio 2019.