

## A RETROATIVIDADE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO EM MATÉRIA PENAL COMO GARANTIA DE SEGURANÇA JURÍDICA

### *THE RETROACTIVENESS OF THE JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDING CONSOLIDATED IN CRIMINAL MATTERS AS A GUARANTEE OF LEGAL SECURITY*

MARTINS JUNIOR, Odair (1); JACOB, Alexandre (2)

(1) Graduando em Direito. Unipac Aimorés. E-mail: omj\_wise@yahoo.com.br

(2) Orientador. Unipac Aimorés. E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

#### RESUMO

Trata-se de proposta para aplicação extensiva do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica às alterações jurisprudenciais favoráveis ao réu, ainda que já tenha contra si uma decisão transitada em julgado, com base na tese de que modernamente a jurisprudência é fonte primária do Direito Penal. Sendo assim, com a presente pesquisa, objetiva-se promover a defesa da aplicabilidade da jurisprudência penal no tempo da mesma forma como é aplicado o princípio da legalidade no que tange a retroatividade da lei mais benéfica ao réu por meio de uma interpretação extensiva da norma inscrita no artigo 5º, inciso XL da Constituição, bem como pela aplicabilidade concreta e imediata dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, à luz do garantismo penal. Trata-se de pesquisa com levantamento bibliográfico e pesquisa de campo realizada com os julgados Supremo Tribunal Federal. Defende-se com a presente pesquisa uma releitura dos princípios da isonomia e da proporcionalidade a fim de atender às garantias constitucionais assegurando aos réus e acusados em geral a concretização do princípio da retroatividade da jurisprudência penal *in bonam partem*.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Jurisprudência. Princípio da irretroatividade. Retroatividade da jurisprudência benigna.

#### ABSTRACT

*It is a proposal for the extensive application of the principle of retroactivity of the most beneficial criminal law to changes in case-law favorable to the defendant, even if he already has a final judgment against him, on the basis that the case law is nowadays a primary source of law Criminal. Thus, with the present research, the objective is to promote the defense of the applicability of criminal case law in the same way as the principle of legality is applied with respect to the retroactivity of the most beneficial law to the defendant through an extensive interpretation of the norm as set out in Article 5, point XL of the Constitution, as well as by the concrete and immediate applicability of the principles of isonomy and proportionality, in the light of criminal guarantees. It is a research with a bibliographical survey and field research carried out with the judgments of the Federal Supreme Court. It is defended with this research a re-reading of the principles of isonomy and proportionality in order to meet the constitutional guarantees, assuring to defendants and defendants in general the principle of retroactivity of criminal jurisprudence in bonam partem.*

**Keywords:** Criminal Law. Jurisprudence. Principle of non-retroactivity. Retroactivity of benign jurisprudence.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa tratar a possibilidade de retroatividade da jurisprudência benéfica em matéria penal substancial. Modernamente os entendimentos jurisprudenciais são verdadeiras fontes reveladoras do Direito Penal, motivo pelo qual se deve dar ao entendimento jurisprudencial mais benéfico, quando ocorre mudança dos posicionamentos das Cortes, o mesmo tratamento que é deferido à alteração da lei penal mais favorável ao réu.

Dessa forma, o tema visa demonstrar os princípios que são feridos, sob a ótica do garantismo penal, quando juízes, inclusive da Suprema Corte do país vem mudando entendimentos jurisprudenciais penais com grande frequência, de acordo com a exposição midiática ou mesmo interesses políticos.

Nesse sentido, a pesquisa visa responder o seguinte questionamento: Quais princípios são feridos pela não aplicação de alterações jurisprudenciais *in bonam partem* a crime cometido sob a égide de entendimento diverso mais gravoso ao réu?

A hipótese apresentada é a de que o novo entendimento jurisprudencial que seja de qualquer forma mais benéfico ao réu deve ser aplicado a casos pretéritos em respeito ao princípio da isonomia.

O tema é relevante para a Ciência do Direito Penal e mostra-se como uma evolução ao entendimento já consagrado na lei quanto ao direito do réu à retroatividade da lei penal mais benéfica (*abolitio criminis* ou *novatio legis in mellius*).

Assim sendo, com a presente pesquisa, objetiva-se promover a defesa da aplicabilidade da jurisprudência penal no tempo da mesma forma como é aplicado o princípio da legalidade no que tange a retroatividade da lei mais benéfica ao réu por meio de uma interpretação extensiva da norma inscrita no artigo 5º, inciso XL da Constituição, bem como pela aplicabilidade concreta e imediata dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, à luz do garantismo penal.

Em um primeiro momento será feito um paralelo entre a retroatividade da jurisprudência penal mais benéfica e a lei penal. Após, será abordada a aceitação ou não da jurisprudência como fonte primária do Direito Penal. Por fim, será defendida a tese que permite a retroatividade do entendimento jurisprudencial mais benéfico ao

agente, mesmo após o trânsito em julgado, com fulcro nos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Trata-se de pesquisa com levantamento bibliográfico e pesquisa de campo realizada com os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Como fontes dessa pesquisa, primariamente a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Código Penal (1940), Código de Processo Penal (1941), e Código de Processo Civil (2015), usando as regras de hermenêutica para interpretar seus dispositivos dando embasamento normativo ao tema, secundariamente, utilizando-se de livros e obras doutrinárias.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 PARALELO ENTRE A RETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA PENAL E A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL

O artigo 5º, inciso XL da CRFB prevê a irretroatividade da lei penal mais gravosa e retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu. O mesmo comando encontra-se no artigo 2º do Decreto-lei nº. 2.848 de 1940, Código Penal:

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 (BRASIL, 1940).

Trata-se do princípio da retroatividade da lei penal benéfica, que funciona como verdadeiro mecanismo de freios do poder punitivo estatal, ou seja, limitações ao exercício da jurisdição penal, aplicando regras que impedem a arbitrariedade ou a punição desproporcional. O *caput* trata da *abolitio criminis*, que ocorre quando uma nova lei penal descriminaliza determinado fato anteriormente definido como crime, ou seja, quando a lei que tipifica criminalmente o fato é revogada.

Já o parágrafo único traz a *novatio legis in mellius*, ocorrendo este fenômeno quando lei nova, em que pese não revogar a anterior tornando atípico o fato, traz nova regra mais favorável ao réu, como por exemplo, a diminuição de lapso temporal para receber determinados benefícios da Lei de Execução Penal.

Note-se que, no que tange a norma processual penal, a lei aplicável ao processo é aquela em vigor. Se ela for revogada por outra que a substitui, a nova será aplicada, seja ela benéfica ou maléfica ao réu. Noutra giro, existe a chamada norma híbrida, que tem efeitos tanto na esfera penal material quanto na processual, como a lei não pode ser cindida, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, a parte penal deve prevalecer. Portanto, a norma somente será aplicada de imediato aos feitos pendentes se for favorável ao réu.

Já a norma penal substancial retroagirá para beneficiar o réu, ainda que este tenha contra si uma sentença com trânsito em julgado, exceto na hipótese prevista no artigo 3º do Diploma Repressor, que trata da lei temporária ou excepcional: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”. Ou seja, em matéria penal, a retroatividade das alterações *in bonam partem* é medida que se impõe.

Assim, a lei penal mais benigna (*abolitio criminis* ou *novatio legis in mellius*) sempre irá prevalecer para favorecer o réu, ainda que tenha contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado, a menos que a conduta praticada estivesse prevista em uma lei temporária ou excepcional, caso expressamente ressalvado pelo Código Penal vigente.

No que tange à jurisprudência, não se discute que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes*, bem como as súmulas editadas com caráter vinculante, retroajam para beneficiar os réus e acusados em geral a exemplo do que ocorre com a *novatio legis in mellius*. A controvérsia fica por conta das decisões que são proferidas em casos concretos, porém sem eficácia para todos e sem caráter vinculante.

Imagine-se um crime de roubo (artigo 157 do Código Penal) praticado com emprego de arma de brinquedo. Havia entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº. 174) autorizando a aplicação da majorante do emprego de arma. Ocorre que em 2011 a referida súmula foi cancelada pelo Tribunal da Cidadania, sob o argumento, dentre outros, de que:

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da

Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena (STJ, 2007).

Assim, indaga-se, o novo entendimento jurisprudencial deve retroagir para beneficiar os condenados por crime de roubo praticado com arma de brinquedo antes do cancelamento da súmula? Nas palavras de Rogério Sanches Cunha (2016, p. 114) o entendimento que prevalece é o deque a extra-atividade só se refere à lei, não se estendendo à jurisprudência.

Já Paulo Queiroz (2015, p. 290) sustenta que as alterações jurisprudenciais que favoreçam o réu devem retroagir, inclusive autorizando a revisão criminal.

Para a doutrinadora Tereza Arruda Alvim Wambier (1997, p. 115), a inadmissão da retroatividade do entendimento jurisprudencial mais benéfico seria prestigiar a “sorte” uma vez que os réus seriam prejudicados pelo simples fato de seus processos terem sido julgados antes da alteração jurisprudencial.

## 2.2 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO PENAL

Etimologicamente o vocábulo fonte deriva de *fons-tis*, significa nascente, aquilo que tem por origem ou produz. Com relação a “fontes do direito” compreende-se a origem, ou lugar de onde emana (FARIAS, 2005, p. 45).

Nos países cujo sistema jurídico é a *Common Law*, a jurisprudência e os costumes são as principais fontes do Direito.

Já no sistema da *Civil Law*, a tradição é contar com um conjunto de normas escritas, sob a forma de leis e códigos elaborados formalmente pelo poder legislativo. Nesse sistema a principal fonte do direito é a lei escrita.

O Brasil adota predominantemente o segundo sistema, qual seja o da *Civil Law*, porém, com o advento das súmulas, súmulas vinculantes (introduzidas através da Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 como se verá abaixo) e do Código de Processo Civil de 2015, tem-se adotado cada vez mais a jurisprudência como fonte do direito, aproximando nosso sistema jurídico da *Common Law*.

As fontes do Direito Penal são divididas em materiais e formais. Fonte material é o órgão ou ente competente para produzir normas penais. Nos termos do artigo 22, inciso I da CRFB de 1988 a fonte material do Direito Penal brasileiro é a União, pois lhe incumbe legislar privativamente sobre esta matéria. Importante

observar, que lei complementar pode autorizar os Estados-Membros a legislarem acerca de temas específicos em matéria penal, consoante o parágrafo único do artigo 22 da Carta da República.

Já a fonte formal do Direito penal, também chamado de fonte de conhecimento, é o instrumento de exteriorização da matéria, o modo pelo qual é revelada. As fontes formais são subdivididas em fontes mediatas e imediatas, assim, para a doutrina tradicional, a fonte formal imediata do direito penal, seria somente a lei, ao passo que os costumes e os princípios gerais de direito apareceriam como fontes mediatas formais. Rogério Greco, citando Carlos Fontán Balestra, leciona que:

Em matéria penal, em nosso regime institucional, não existe outra fonte do direito a não ser a lei. Os costumes, a jurisprudência e a doutrina podem ter influência mais ou menos direta na sanção e modificação das leis, mas não são fontes do Direito Penal (GRECO, 2016, p. 62).

Para a doutrina moderna, contudo, o rol de fontes formais imediatas do Direito Penal é mais extenso, incluindo a lei, a Constituição da República, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os princípios, os atos administrativos que complementam normas penais em branco e ainda, a jurisprudência.

Para Rogério Sanches Cunha (2016, p. 53), a jurisprudência adquiriu novos contornos e importância no cenário penal, tornando-se fonte imediata reveladora do direito, principalmente após a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, que incluiu o artigo 103-A a CRFB:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de 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 (BRASIL, 1988).

Contudo, como explicitado alhures, não se discute que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal com efeito *erga omnes*, bem como as súmulas editadas com caráter vinculante, retroajam para beneficiar os réus e acusados em geral a exemplo do que ocorre com a *novatio legis in melius*. A controvérsia fica por conta das decisões que são proferidas em casos concretos, porém sem eficácia para todos e sem caráter vinculante.

Assim, no que tange aos entendimentos jurisprudenciais, sem caráter vinculante, leciona Rogério Sanches Cunha:

De outro lado, as decisões jurisprudenciais, ainda que não vinculantes, configuram também fonte formal imediata, a exemplo do que ocorre com o crime continuado (art. 71, CP), cujos entornos atuais dados pelos tribunais limitam a continuidade no tempo (trinta dias entre as infrações) e no espaço (mesma comarca ou comarcas vizinhas). 1: STJ – Quinta Turma – AgRg no REsp 1244833 – Rel. Ministro Jorge Mussi – DJe 01/02/2012. 2: STJ – Quinta Turma – HC 206.227 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 14/10/2011 (CUNHA, 2016, p. 54).

Para Fredie Didier Junior, a jurisprudência nada mais é senão a consolidação dos precedentes. O autor divide os precedentes em declarativos e criativos.

É declarativo o precedente que se limita a seguir orientação jurisprudencial anterior, ao passo que é criativo o precedente que cria norma jurídica, dando nova interpretação e inovando o ordenamento jurídico. Assim, o precedente criativo, quando firmado como jurisprudência seria considerado fonte do direito (DIDIER JR., 2015, p. 390).

Através dos entendimentos jurisprudenciais o direito é revelado como norma, ou seja, a valoração que faz o hermeneuta ao texto legal para extrair o verdadeiro significado da lei. É através da atividade do magistrado, analisando um caso concreto, que a norma jurídica é criada. Eis o entendimento de Fredie Didier Junior acerca da jurisprudência:

É fonte do Direito porque a lei é verdadeiramente a sua interpretação, ou seja, a norma nada mais é que o seu significado dado pelo intérprete. O magistrado não só interpreta e aplica a lei, mas também cria uma norma jurídica que fundamenta e dá validade à sua conclusão, a partir da análise do caso concreto sob a perspectiva constitucional, especialmente à luz dos direitos fundamentais (DIDIER JR, 2015, p. 391).

Rubens Limongi França, citado por Rogério Soares de Souza aponta as seguintes como sendo as funções da jurisprudência:

- a) Interpretação da lei, mesmo porque não se pode aceitar o aforismo inexplicável que prega que a lei clara não necessita de interpretação;
- b) Atualização e vivificação da lei, porque uma nova lei influi e sofre influência do ordenamento que a precede, podendo surgir a necessidade de novas interpretações para a harmonização de todo o sistema jurídico;
- c) Humanização da lei, porque há que se atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum;
- d) Suplementação da lei, para que as lacunas – que são inevitáveis – sejam vencidas e todos os eventos da vida disciplinados pelo direito;
- e) Rejuvenescimento da lei, para destacar-lhe as imprecisões, incongruências, aspectos ásperos e mesmo as inevitáveis falhas, reelaborando, constantemente, o sistema jurídico que é dinâmico e relativo a um determinado momento histórico e da sociedade (SOUZA, 2014, p. 43).

É nesta última função que reside à importância da jurisprudência como fonte do Direito. Pois ao interpretar e atualizar o sentido dos comandos legais o Poder Judiciário revela o verdadeiro sentido da norma. O Código Penal data de 1940, mais de meio século atrás, assim, cada vez mais as interpretações de seu texto ganharão relevância em face da literalidade da lei.

Portanto, como fonte reveladora do Direito Penal, a jurisprudência, ao mesmo passo que a lei, pode levar à condenação ou absolvição do acusado. Considerando que a liberdade é um dos direitos fundamentais mais valiosos ao cidadão, deve-se dar a tal instituto o mesmo tratamento que é dado à lei, como forma de garantir a igualdade material e a segurança jurídica.

### **3 PESQUISA E ANÁLISE DE DADOS**

#### **3.1 OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Nos últimos anos tem ganhado destaque nacional às mudanças de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, principalmente no tocante à possibilidade de cumprimento antecipado da pena após a condenação em segunda instância, que se tornou exemplo nacional de como a oscilação jurisprudencial traz insegurança jurídica e sentimento de injustiça ao jurisdicionado.

O Supremo Tribunal Federal tem oscilado quando enfrenta a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância em face do princípio da presunção de inocência. Nos últimos oito anos, o entendimento da Corte Suprema mudou duas vezes.

No ano de 2016, em quatro oportunidades, o Pretório Excelso asseverou ser possível o início da execução da pena após a condenação por um tribunal de segundo grau, ainda que não haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas este fato está longe de gerar a segurança jurídica desejada, como será demonstrado adiante.

No *Habeas Corpus* 68.726, julgado em 28/06/1991 em decisão unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a prisão em segunda instância não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, vejamos:

*Habeas Corpus*. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da

constituição. Código de processo penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso lvii, da constituição. De acordo com o par. 2 do art. 27. Da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido (STF, 1991).

Vale notar que a decisão supramencionada foi editada já sob a égide da CRFB/1988.

Poucos anos mais tarde, no julgamento do HC 84.078, o Supremo, por maioria de votos (7 a 4) superou o entendimento consolidado no *Habeas Corpus* 68.726. Na ocasião a corte entendeu que executar a pena antes do trânsito em julgado feria frontalmente a presunção constitucional de não culpabilidade, como se extrai da ementa do julgado: “Inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil” (STF, 2009).

Em fevereiro de 2016 ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292, a Corte Suprema mudou novamente seu posicionamento, passando a admitir a prisão após a condenação em segunda instância. Do *Habeas Corpus* em tela extrai-se a seguinte ementa:

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado (STF, 2016).

Em outubro de 2016, ao julgar a concessão de liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, com base nos mesmos fundamentos invocados no *Habeas Corpus* 126.292, o plenário do Supremo Tribunal Federal manteve o posicionamento pela possibilidade de execução da pena após a condenação criminal em segundo grau. Entretanto, o Ministro Dias Toffoli mudou seu entendimento sufragado apenas seis meses antes para admitir a execução provisória apenas após o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça (STF, 2018a).

Ainda em 2016 foram publicadas decisões monocráticas que não aplicaram a tese vencedora no plenário, a exemplo do *Habeas Corpus* nº. 138.337 de relatoria do Ministro Marco Aurélio e do *Habeas Corpus* 137.063 da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski.

O ministro Gilmar Mendes, depois do julgamento das Ações Declaratórias supracitadas também concedeu liminares em *habeas corpus* para determinar a suspensão da execução provisória das penas de condenados em segunda instância (o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do *habeas corpus* 84.078, votou contra a execução provisória da pena na pendência de recursos especial e extraordinário, acompanhando a maioria dos ministros, tendo mudado de opinião no ano de 2016 por ocasião da apreciação do *habeas corpus* 126.292).

Se porventura, o Ministro Gilmar Mendes mantiver sua postura em eventual novo julgamento no Plenário da Corte Suprema, provavelmente conduzirá a mais uma mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visto que se formará nova maioria de votos para restabelecer a tese da proibição da execução imediata da pena após a condenação em segunda instância, ante a apertada votação no ano de 2016 e a mudança de posição do Ministro nos casos em que atualmente figura como relator.

A isonomia seria frontalmente violada caso o novo entendimento não retroagisse para determinar a soltura imediata de todos aqueles que estivessem cumprindo provisoriamente condenação de segunda instância ainda não transitada em julgado.

Assim, em que pese no ano de 2016 ter afirmado quatro vezes novo posicionamento, não foi descartada nova mudança jurisprudencial, vez que existem ações em curso que ainda não foram pautadas pela corte Suprema. Porém, não foi descartado pelo novo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli a inserção em pauta para o ano de 2019, o que poderia mudar novamente o posicionamento da Corte.

Em recente publicação da versão eletrônica da revista *Veja*, em 19 de julho de 2018, foi destacada a possibilidade do entendimento exarado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em outubro de 2016 ser modificado novamente no ano de 2019:

Ministros favoráveis a mudança da jurisprudência atual da Corte, firmada em 2016, têm expectativa de que Toffoli pautar as ações, relatadas pelo ministro Marco Aurélio Mello, pelo menos a partir do ano que vem, ou após as eleições em outubro [...]. A expectativa de ministros que buscam mudar o entendimento da Corte é de que Rosa mantenha o voto contrário à prisão em segunda instância quando o plenário julgar as ações sobre o tema, que valem para todos os casos no Brasil. Com isso, o placar inverteria (VEJA, 2018).

A oscilação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal gera insegurança jurídica, quando no exercício de sua função primordial de guarda da Constituição o Pretório Excelso deveria buscar dar estabilidade ao ordenamento jurídico constitucional e elaborar precedentes sólidos, vinculantes para os demais Tribunais e Juízos de Primeiro Grau.

No caso em tela, a melhor solução certamente seria aplicar retroativamente qualquer nova alteração no tocante à prisão em segunda instância que viesse a beneficiar os réus. A Corte Suprema, os Tribunais e os juízos têm o dever de manter a integridade de sua jurisprudência e o julgador deve ter isso em mente ao proferir seus votos ou lavrar decisões monocráticas.

### 3.2 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO TEMA

Em 2018 o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o tema. Após o Tribunal de Justiça de Santa Catarina aplicar a tese de que a jurisprudência benéfica deve retroagir, o Pretório Excelso manteve a decisão após recurso do Ministério Público:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO-MATÉRIA LEGAL-INVIABILIDADE – DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolhendo pedido formulado em revisão criminal, reduziu a pena pela condenação da prática do crime de roubo tentado, previsto no artigo 157 do Código Penal, considerada a retroatividade de entendimento mais benéfico sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, o recorrente aponta a violação do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Afirma que somente benesse prevista em lei poderia implicar aplicação retroativa. 23. Ante o quadro, conheço do agravo e o desprovejo (STF, 2018b).

Contudo, ainda não houve manifestação do Pleno da nossa Corte Suprema.

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a possibilidade de revisão criminal com o intuito de aplicar retroativamente entendimento jurisprudencial benéfico. No julgamento restou decidido que é

necessário atribuir efeito retroativo à modificação jurisprudencial *in bonam partem* a fim de respeitar o princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º da Constituição.

Assim se manifestou o relator Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo:

O primeiro óbice à retroação é, evidentemente, o princípio da reserva legal. Não é possível aplicar ao acusado a nova norma, posterior ao fato praticado. Mas se de benefício se trata, perde sentido a vedação. Restaria, então, o segundo obstáculo, argumento apenas formal: a segurança jurídica, embasamento da coisa julgada. Ora, entre os valores igualdade (alguns falam em justiça) e segurança jurídica, a ponderação leva ao prevalecimento do primeiro (TJ-RS, 2001).

Contudo, ainda não houve manifestação do Pleno da nossa Corte Suprema.

Com efeito, a segurança jurídica, por se tratar de garantida do cidadão em face do Estado não pode ser utilizada como desculpa para aumentar o poder punitivo Estatal, seria verdadeira inversão do princípio.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, utilizando-se dos fundamentos da decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul citado acima, proferiu decisão no mesmo sentido no julgamento da Revisão Criminal n. 0161572-87.2008.8.26.0000. Relator: Desembargador Vico Mañas. Julgamento em 18 de agosto de 2015. No caso em tela o pleito revisional foi deferido, diminuindo a pena imposta ao réu.

#### **4 CONCLUSÃO**

A aplicação retroativa da jurisprudência mais benéfica ao réu da mesma forma que é aplicada quando se trata de *novatio legis in melius* mostra como mais um importante mecanismo de defesa do jurisdicionado em face do Estado, limitando o poder punitivo estatal.

Hoje não é mais possível se apegar à tese de que o Brasil se filia estritamente ao sistema jurídico da *Civil Law*. São diversos casos em que uma orientação dos Tribunais Superiores desempenha a mesma função que a lei, até mesmo há interpretações diametralmente opostas à literalidade da lei que prevalecem no caso concreto.

Nessa toada, a possibilidade de retroatividade da jurisprudência penal benéfica seria uma forma de garantir e potencializar os princípios da isonomia e da proporcionalidade, garantindo que o Judiciário sempre ponderará as consequências

de uma mudança de posicionamento, diminuindo assim o risco do ativismo judicial ser usado para deturpar a ordem jurídica.

Além da igualdade (isonomia) e da proporcionalidade, a segurança jurídica também ganhará novos contornos e importância, vez que mudanças sazonais na interpretação da norma tenderão ser evitadas, sob pena de iniciar um efeito cascata quando da aplicação retroativa do novo posicionamento.

Ante todo o exposto, principalmente diante da importância que os precedentes judiciais possuem no atual ordenamento jurídico pátrio, cada vez mais, mostra-se indispensável à existência de coerência na aplicação e na interpretação da lei.

Portanto, conclui-se que os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade são feridos pela não aplicação de alterações jurisprudenciais *in bonam partem* a crime cometido sob a égide de entendimento jurisprudencial diverso mais gravoso ao réu.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Catete, 1940.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito civil: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016, v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUZA, Rogério Soares. A jurisprudência como fonte de direito. **Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade**, v. 5, n. 2, 2014.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 68.726-DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília-DF: DJ, 1991.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº. 84.078-MG**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília-DF: DJe, 2009.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº. 126.292-SP**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília-DF: DJe, 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº. 152.752-PR**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. 2018a. Disponível em: <<https://bit.ly/2UT7Fle>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário com Agravo nº. 999.317-SC**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF: DJe, 2018b.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 213.054-SP**. Terceira Seção. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília-DF: DJe, 2007.

TJ-RS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal nº. 70.002.052.459**. Quarto Grupo Criminal. Relator: Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo. Porto Alegre: DJe, 2001.

VEJA. **Revisão de prisão em segunda instância no STF deve ficar para 2019**. 19 jul. 2018. Disponível em: <<https://abr.ai/2Ltrqux>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 70, 1997.