

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

LUIZ GUSTAVO DE SOUZA RISSO

**EFEITO RETROATIVO DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS. UMA
ANÁLISE CRÍTICA.**

VOLTA REDONDA
2023

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**EFEITO RETROATIVO DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS. UMA
ANÁLISE CRÍTICA.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Luiz Gustavo de Souza Risso

Professor Orientador:

Ricardo Fernandes Maia

VOLTA REDONDA

2023



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

EFEITO RETROATIVO DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS. UMA ANÁLISE CRÍTICA.

Elaborado por Luiz Gustavo de Souza Risso, apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovado em 22 de junho de 2023

Banca Avaliadora:

Professor(a) Orientador(a) - Unifoa

Professor(a) Avaliador(a) - Unifoa

Professor(a) Avaliador(a) - Unifoa

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino e meu guia, ao meu pai Rogério Luiz Risso, minha mãe Andréia Gomes de Souza Risso, minha irmã Gabriela Gomes Risso, a todos da minha família e a todos os meus amigos que contribuíram direta ou indiretamente para que eu concretizasse este sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela minha vida e por me ajudar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo do curso. Aos meus pais, minha irmã, minha namorada e a todos que me incentivaram nos momentos difíceis e compreenderam a minha ausência enquanto eu me dedicava a este trabalho. Ao meu orientador por compartilhar o seu conhecimento e por se dedicar ao meu sucesso acadêmico. A todos os professores do Centro Universitário de Volta Redonda – UNIFOA por todas as correções e ensinamentos que me permitiram apresentar um melhor desempenho no meu processo de formação profissional ao longo do curso.

RESUMO

O objetivo desta monografia consiste em realizar uma análise detalhada acerca do efeito retroativo dos entendimentos dos tribunais, com especial enfoque na possibilidade de aplicação da retroatividade em benefício do réu, considerando a retroatividade da lei penal apresentada pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a análise aqui proposta terá como base a compreensão de que tanto a jurisprudência quanto a lei são fontes do direito penal e, portanto, a pesquisa buscará adentrar na possibilidade de aplicação extensiva das disposições constitucionais na retroatividade da jurisprudência, ampliando assim o alcance do benefício ao réu. Para tanto, será necessário examinar cuidadosamente como os tribunais têm se posicionado em relação a esse tema, com o objetivo de analisar a viabilidade do manejo de uma revisão criminal fundada na mudança jurisprudencial, explorando casos concretos e argumentos doutrinários que viabilizam a hipótese de extensão dos efeitos retroativos da jurisprudência na seara penal.

Palavras-chave jurisprudência; retroatividade; revisão criminal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 A LEI E A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTES DO DIREITO PENAL.....	10
2.1 Sistemas Jurídicos.....	13
3 A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL	17
3.1 <i>Lex gravior ou novatio legis in pejus</i>	20
3.2 <i>Abolitio criminis</i>.....	21
3.2 <i>Lex mitior ou novatio legis in mellius</i>.....	22
3.4 Combinação de leis penais	23
4 RETROATIVIDADE JURISPRUDENCIAL	26
4.1 Teorias que circundam a retroatividade da jurisprudência penal.....	26
4.2 A possibilidade de retroatividade da jurisprudência penal	28
4.3 Hipóteses de aplicabilidade da retroatividade da jurisprudência penal.....	30
4.3.1 Súmula Vinculante.....	30
4.3.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	31
4.4 Vedação à retroatividade da jurisprudência penal	32
5 POSSIBILIDADE DE REVISÃO CRIMINAL FUNDADA EM MUDANÇA JURISPRUDENCIAL.....	34
5.1 Revisão Criminal.....	34
5.2 Análise Doutrinária.....	36
5.3 Entendimento Jurisprudencial.....	38

6 CONCLUSÃO	43
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica visa o estudo acerca do efeito retroativo das decisões jurisprudenciais, desde que tais decisões beneficiem o réu de um processo penal, utilizando-se, caso transitada em julgado a decisão penal condenatória, de uma ação de revisão criminal. Isso se dá, pois a retroatividade da jurisprudência é um tema de grande relevância no âmbito do direito penal, tendo em vista que pode impactar diretamente a vida de indivíduos que foram condenados em processos criminais com base em interpretações que se modificaram ao passar dos anos.

Metodologicamente, a pesquisa utilizará diversos procedimentos técnicos em sua elaboração, em especial procedimentos de pesquisas bibliográficas, como doutrinas e jurisprudências, e pesquisas documentais, como a análise de processos e casos concretos, partindo sempre de uma análise aplicada, visando gerar novos conhecimentos em relação ao tema abordado.

Sendo assim, o intento da pesquisa é responder os seguintes questionamentos: é possível a retroatividade das decisões jurisprudenciais? Como a doutrina discorre sobre esse tema? As decisões dos tribunais superiores admitem essa possibilidade? A revisão criminal é a ação apropriada? Se sim, é entendimento unânime?

Primordialmente, para uma análise aprofundada do tema, o primeiro capítulo tem por finalidade evidenciar se tanto a lei quanto a jurisprudência são fontes do direito penal, passando por uma análise das fontes imediatas e mediatas, bem como pelos sistemas jurídicos existentes, de modo que, a partir de um exame pormenorizado, possamos perceber o enquadramento ou não da jurisprudência como uma fonte do direito penal.

Posteriormente, superada o estudo das fontes, o segundo capítulo desta pesquisa discorrerá sobre a garantia constitucional da retroatividade da lei penal em casos em que a lei beneficie o réu. Nessa linha, evidenciaremos a aplicação do direito penal no tempo, analisando, para tanto, os princípios da legalidade e da reserva legal, a fim de salientar a importância de tal garantia constitucional na concretização do princípio da isonomia, objetivando, assim, um tratamento igualitário e justo aos réus de uma persecução penal.

Adentraremos no terceiro capítulo na seara da retroatividade da jurisprudência, onde constataremos as correntes doutrinárias existentes, desde uma

corrente ortodoxa até correntes mais modernas sobre o tema, bem como a possibilidade ou não da retroatividade de entendimentos jurisprudenciais que beneficiem o réu, partindo de uma análise paralela à retroatividade da lei penal, onde será possível ressaltar as vedações e os casos em que será ou não viabilizada à retroatividade supramencionada.

Superada a análise da retroatividade da jurisprudência penal, discorreremos a respeito da possibilidade do manejo da revisão criminal, uma ação autônoma de impugnação que visa, com fundamentos já fixados em nosso ordenamento jurídico, desconstituir a coisa julgada. Nessa perspectiva, trataremos de como as cortes superiores e até mesmo alguns tribunais estaduais têm entendido acerca da possibilidade ou não do manejo da revisão criminal, de modo que, presente um novo entendimento jurisprudencial, possamos utilizar da ação em comento.

Derradeiramente, em sede de conclusão, analisaremos todo o conteúdo apresentado para que possamos compreender o quão importante é a aplicação efetiva do princípio da igualdade para um tratamento igualitário às pessoas que cometeram a mesma infração penal.

Portanto, a pesquisa tem como propósito expor a importância da retroatividade da jurisprudência, principalmente em se tratando da jurisprudência mais benéfica que, como consequência, implicaria o ajuizamento da revisão criminal, analisando, de forma ampla, os embates doutrinários e jurisprudenciais, bem como as divergências que circundam o tema.

2. A LEI E A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTES DO DIREITO PENAL

Precipuamente, para que se analise a eventual retroatividade da jurisprudência penal, deve-se ter em mente, como será explanado no presente capítulo, que a jurisprudência, assim como a lei, é fonte do Direito Penal, mesmo que para alguns doutrinadores as jurisprudências devam ser analisadas a parte das fontes penais.

Antes da análise das fontes, insta frisar que a jurisprudência pode ser conceituada como o conjunto de decisões, em regra judiciais, que seguem um mesmo padrão interpretativo e, portanto, resolvem-se no mesmo sentido (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 61).

De maneira mais aprofundada, o doutrinador Paulo Nader em sua obra, seguindo os ensinamentos de Aberlado Torr , distingue, de forma moderna, a jurisprudência em sentido amplo e em sentido estrito.

A jurisprudência em sentido amplo pode ser definida como a coletânea de decisões proferidas pelos tribunais sobre determinada matéria jurídica e, em rela o   jurisprudência em sentido estrito, esta consiste apenas no conjunto de decisões uniformes, prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre uma determinada questão jurídica (NADER, 2022, p.154).

Nessa linha, utilizaremos da jurisprudência em sentido amplo, dado que, como leciona o doutrinador supramencionado, se empreg ssemos o termo apenas em sentido estrito teríamos as expressões: “a jurisprudência   divergente”; “procedimentos para a unifica o da jurisprudência”; e tais afirmativas seriam contraditórias, pois o que   uniforme não diverge e não necessita de unifica o (NADER, 2022, p. 154).

Superada a análise sucinta da jurisprudência, no que se refere às fontes, nos dizeres de Damásio de Jesus e André Estefam, estas são, juridicamente, o lugar do qual prov m a norma de direito (JESUS; ESTEFAM, 2020, p. 55), ou seja, a fonte   responsável por fornecer o arrimo necessário para o desenvolvimento de um Direito Penal rígido e técnico.

Contudo, o Direito Penal não possui somente uma fonte, mas sim fontes, as quais são classificadas como materiais ou de produ o e formais ou de cogni o ou conhecimento (JESUS; ESTEFAM, 2020, p. 55).

Rogério Greco, ao discorrer sobre as fontes materiais, ou também denominadas fontes de produção, leciona que o Estado é a única fonte de produção do Direito Penal, que, para exteriorizar sua vontade, deve valer-se de algum instrumento, o qual, no caso, é a lei (GRECO, 2019, p. 62), lei esta que se origina de uma competência privativa da União em legislar sobre Direito Penal, como aduz o inciso I do art. 22 da Constituição Federal, restando evidente a exclusividade do Estado na produção do Direito Penal.

Não obstante, vale ressaltar que por mais que seja da competência privativa da União legislar sobre o Direito Penal, Paulo Queiroz assevera que excepcionalmente os Estados-membros podem legislar quanto a questões específicas, desde haja autorização por lei complementar para tanto (QUEIROZ, 2008, p. 41)

Superada a análise da fonte material, as fontes formais, também nomeadas de fontes de cognição ou conhecimento, por sua vez, dividem-se em fontes imediatas e mediatas. Em relação as fontes imediatas, por serem mais simplórias, torna-se imperioso afirmar que não existe outra fonte do direito formal imediata a não ser a lei e, portanto, para saber se determinada conduta é proibida pelo Direito Penal, devemos recorrer exclusivamente à lei, com base em seu caráter intrínseco em relação à fonte de cognição imediata.

No que tange às fontes mediatas, ou seja, o modo de expressão do direito, podemos citar os costumes e princípios gerais de direito.

Os costumes, nas palavras de Ricardo Antonio Andreucci, nada mais é do que o conjunto de normas de comportamento a que pessoas obedecem de maneira uniforme e constante, por convicção de sua obrigatoriedade (ANDREUCCI, 2021, p. 56).

No que se refere aos princípios gerais de direito, o doutrinador Ricardo afirma que esses descansam em premissas éticas que são extraídas, mediante indução, do material legislativo (ANDREUCCI, 2021, p. 57). Além disso, ainda sobre os princípios, Mirabete leciona que o Direito Penal está sujeito às influências desses princípios, estabelecidos com a consciência ética do povo em determinada civilização e que podem suprir lacunas e omissões da lei penal (MIRABETE, 2000, p. 47).

Não obstante, mesmo diante dos costumes e princípios gerais de direito, o debate que nos interessa está presente na inclusão ou não da jurisprudência como uma fonte mediata do direito penal. Explicando sobre o tema e em uma análise contrária à inclusão da jurisprudência como fonte do Direito Penal, Fontán Balestra afirma:

Em matéria penal, em nosso regime institucional, não existe outra fonte de 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. (FONTÁN BALESTRA, 1953, p. 105)

Em consonância com Fontán Balestra, Damásio de Jesus e André Estefam ensinam:

Não se pode negar, porém, valor à jurisprudência. Ela se forma no trabalho exegético dos juízes e tribunais, no exercício da função jurisdicional. Interpretando e aplicando o Direito ao caso concreto, de maneira constante e uniforme, o trabalho dos tribunais tem relevância para os juízes de instância inferior. Se uma orientação é adotada seguidamente pelos magistrados superiores, presume-se que seja a mais acertada. Contudo, dizer daí que é fonte formal, vai grande distância. Se por fonte formal se entende a maneira de exteriorização da norma penal, é evidente que a jurisprudência não apresenta essa característica. (JESUS; ESTEFAM, 2020, p. 73)

Mesmo Damásio de Jesus e André Estefam apresentando os ensinamentos retromencionados, eles admitem a utilização das súmulas vinculantes como fontes formais mediatas do Direito Penal. Os doutrinadores em comento prelecionam que:

As chamadas súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da Constituição Federal, formam caso à parte. Embora se trate a súmula de um enunciado que condensa, em poucas palavras, um entendimento consolidado dos tribunais, no caso da vinculante, dado seu caráter de observância obrigatória, pois, como diz o Texto Maior, ela é “vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, pode-se considerá-la fonte mediata de Direito Penal. Cita-se, como exemplo, a Súmula Vinculante 11 do STF, que, ao dispor a respeito do uso de algemas, determina que uma ordem indevida emanada pela autoridade, impondo as algemas de maneira inadequada, configura, em tese, crime de abuso de autoridade. (JESUS; ESTEFAM, 2020, p.74)

Nessa mesma linha, Miguel Reale Jr aduz que as súmulas dos Tribunais Superiores revelam o poder criativo dos juízes em matéria penal e o reconhecimento da jurisprudência como fonte do Direito, citando, como exemplo, a Súmula nº 246 do Supremo Tribunal Federal, de grande incidência, ao dispor que, comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos, e a

Súmula nº 96 do Superior Tribunal de Justiça ao considerar consumado o crime de extorsão independentemente da obtenção da vantagem indevida. (REALE JUNIOR, 2020, p. 61)

A verdade é que, de fato, para a análise a posteriori da retroatividade da jurisprudência penal, a súmula vinculante se torna um dos fatos geradores de sua ocorrência, haja vista que, como abordado, trata-se de uma fonte do direito.

A título de exemplo, no ano de 2021 a Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça disponibilizou a edição 180 de Jurisprudências em Teses com orientações jurisprudenciais sobre a COVID-19, onde na primeira tese foi apontado que a urgência e a excepcionalidade geradas pela pandemia da Covid-19 afastam a nulidade decorrente da ausência de prévia oitiva do Ministério Público acerca da concessão de benefícios na execução da pena – artigo 67 da Lei de Execução Penal.

Ademais, a segunda tese destacou que a incidência da circunstância agravante da calamidade pública, prevista no artigo 61, inciso II, alínea "j" do Código Penal, exige demonstração concreta de que o agente se valeu do contexto da pandemia da Covid-19 para a prática do crime.

Assim sendo, percebe-se a influência da jurisprudência na seara do Direito Penal, onde tais entendimentos criam aplicações de acordo com a realidade da sociedade, consagrando, dentro da jurisprudência, a adequação social, uma vez que se torna um útil instrumento do arsenal hermenêutico a ser utilizado para a superação do positivismo, o qual, de qualquer forma, isoladamente, não raro, mostra-se como fator gerador de injustiça (SILVEIRA, 2010, p. 404)

Não obstante, para uma análise aprofundada da jurisprudência como fonte do direito, torna-se indispensável a análise de dois sistemas, a saber: Common Law e Civil Law.

2.1 Sistemas jurídicos

Inicialmente, através da análise dos dois sistemas jurídicos existentes, nomeados de Common Law e Civil Law, visa-se a investigação da importância da jurisprudência nos dois sistemas, mas também a sua importância no ordenamento jurídico pátrio e o seu reconhecimento dentre as fontes do Direito Penal.

Em relação ao sistema Common Law, este pode ser notado como um sistema de prevalência da jurisprudência, cujas decisões judiciais tomadas por juízes em casos anteriores são usadas como precedentes para orientar decisões futuras. Portanto, no sistema abordado, os juízes têm o poder de interpretar a lei e criar princípios jurídicos por meio de suas decisões.

Contrariamente ao sistema Common Law, o sistema Civil Law está baseado em um código legal abrangente que estabelece os princípios gerais do direito, sendo os juízes os principais responsáveis pela sua aplicação.

Nesse sentido, uma diferença significativa entre os dois sistemas está relacionada com o papel dos precedentes nos dois sistemas, posto que, no direito comum, os precedentes são obrigatórios para os tribunais inferiores e só podem ser anulados pelos tribunais superiores, o que não ocorre no sistema do direito civil, tendo em vista que os juízes não estão vinculados aos precedentes e podem, portanto, interpretar a lei com maior discricionariedade, uma vez que a jurisprudência teria apenas autoridade moral, mas não obrigaria os Juízes singularmente considerados, não obrigando nem o próprio Juiz que emitiu o precedente (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 62)

Entretanto, segundo André de Carvalho Ramos e Erik Frederico Gramstrup, atualmente, não há mais como sustentar que as diferenças apontadas entre os dois sistemas sejam tão nítidas, haja vista a existência de uma clara tendência à convergência entre os sistemas da Common Law e Civil Law, aplicando por vezes os precedentes, mas também a aplicação da lei (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 63).

Além disso, os autores complementam:

De um lado, é preciso reconhecer que o Juiz brasileiro sempre foi criador do Direito, embora de maneira ocasional e disfarçada. O trabalho de sistematizar, de corrigir as contradições normativas e de suprir as omissões do legislador – portanto ainda em perspectiva bastante conservadora – já implicava no passado, como também hoje, na lapidação final da lei e do sistema. Sem fazer alarde, alguns tribunais já murmuraram que “a lei termina por ser elaborada aqui”; e isso é inerente à atividade de dizer o Direito, quer se goste disso ou não. Não estamos propondo discutir se isso é bom ou mau, legítimo ou ilegítimo, mas encarando o fato com a sua crueza: mesmo na era do apogeu do legalismo positivista, o aplicador da lei tinha função criadora de Direito Novo. A diferença específica dessa época é que tal atividade era exercida menos frequentemente e sob diversos disfarces. Os rituais destinados a encobrir a criação judicial do Direito ainda são praticados contemporaneamente, mas com menos timidez. (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 63).

Nessa linha, seguindo tal interpretação, por mais que os dois sistemas jurídicos apresentem diferenças em suas origens, princípios e métodos de interpretação, ambos visam fornecer uma estrutura para resolver disputas e manter a ordem social e a equidade. Ademais, como supracitado, poderíamos afirmar que atualmente estaríamos diante de um sistema híbrido, onde além das leis, os precedentes têm relevância em nosso sistema jurídico, como, por exemplo, a presença de súmulas vinculantes, julgamentos em ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade e até mesmo julgamento de recursos repetitivos na seara do direito processual civil.

Exemplificando, o nosso ordenamento jurídico pátrio, com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, passou a demonstrar indícios que viabilizam a aplicação dos precedentes como fontes de direitos. O inciso VI do §1º do art. 489 do diploma legal retromencionado assevera que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Silvio de Salvo Venosa, em seu livro “Introdução ao Estudo do Direito”, leciona que, embora a jurisprudência seja fonte subsidiária, seu papel é fundamental na produção do Direito, pois, ainda que não seja obrigatória, sua contribuição é importantíssima para a formação viva do Direito, no preenchimento de lacunas da lei e na sua interpretação e, por isso, os tribunais, mormente entre nós o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, possuem um peso efetivo na atividade jurisdicional (VENOSA, 2022, p. 136).

Ressalta-se, com a grandeza devida, os ensinamentos do doutrinador retromencionado, que aduz:

Ainda que não mencionada a jurisprudência em textos legais como fonte, é inafastável esse seu papel. Trata-se, como se vê, de fonte informativa e ilustrativa. A lei e as condições sociais de sua promulgação envelhecem, perdem a atualidade, distanciam-se dos fatos originários; cabe aos tribunais dar novos matizes, novos caminhos na aplicação da lei. É papel da jurisprudência atualizar o entendimento da lei, abrir horizontes, dando-lhe uma interpretação atual que atenda às necessidades do momento dos fatos. A jurisprudência é dinâmica. O juiz deve ser arguto pesquisador das necessidades sociais, decidindo como um homem de seu tempo e do seu meio, não se prendendo a premissas ultrapassadas ou preconceitos renitentes. Aí se coloca toda a grandeza do papel da jurisprudência. (VENOSA, 2022, p. 136)

Por fim, em encurtada síntese, após discorrer sobre as fontes e dentre elas a existência da jurisprudência, podemos perceber, como discorre Ronaldo Poletti, que a jurisprudência é fonte dinâmica e aplicada do Direito, sendo válvula importante de renovação do Direito, pois é por este canal que validade e faticidade se atritam, gerando valiosa experiência de consolidação do Direito por sua prática (POLETTI, 2012, p. 235). Nessa análise, o magistrado ao aplicar a norma de acordo com sua interpretação do caso concreto, deve levar em consideração às várias fontes existentes, na qual se inclui a jurisprudência.

3. A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Superada a análise das fontes do Direito Penal, onde se evidenciou, dentre as variadas fontes, a existência da lei como fonte formal imediata, deve-se ter em mente, antes da análise da retroatividade da jurisprudência, que, por expressa previsão legal e constitucional, existe em nosso ordenamento jurídico a retroatividade da lei penal.

A priori, para um estudo aprofundado a respeito desta retroatividade, se faz necessário discorrer acerca dos princípios da legalidade e da reserva legal, dada a sua influência na continuidade do estudo.

Segundo José Afonso da Silva, a doutrina costumeiramente confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva legal, salientando que o princípio da reserva legal ocorre quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinada (SILVA, 1992, p.368)

Em contrapartida, conforme leciona Alexandre de Moraes, o princípio da legalidade é mais amplo do que o princípio da reserva legal supracitado, uma vez que para o autor tal princípio deixa claro que qualquer comando jurídico que impõe comportamentos forçados deve provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas, observando as regras de processo legislativo constitucional (MORAES, 2022, p.55).

Paulo Bonavides aduz:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas. (BONAVIDES, 1994, p.112)

Dessa forma, torna-se indispensável a referência do art. 5º, II, da Constituição Federal, que, ao tratar dos direitos e garantias individuais, preconiza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, evidenciando, assim, a necessidade de uma lei que para regular os comportamentos da população.

Rodrigo Padilha, discorrendo sobre o princípio da legalidade, preceitua que existem dois tipos de legalidade, a saber: legalidade genérica e legalidade administrativa. A nível de esquadramento ao tema, mesmo não sendo o alvo da pesquisa acadêmica a legalidade administrativa, insta discorrer, de forma sucinta, a respeito das modalidades supramencionadas, onde a legalidade genérica (art. 5.º, II) está baseada em uma informação de que a pessoa pode fazer tudo o que a lei não proíbe, porém, em relação à legalidade administrativa (art. 37, caput), em sentido contrário, esta encontra-se fundamentada na premissa de que o administrador só pode atuar se houver previsão legal, seja em atos administrativos vinculados ou discricionários, na medida em que a competência (sujeito) para a prática do ato sempre estará em lei (PADILHA, 2020, p.105).

Ainda nos dizeres de Rodrigo Padilha, este estabelece que a legalidade penal, prevista no art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal, consagra, embora receba o nome de “legalidade”, o princípio da reserva legal, dado que não têm o fim de submeter pessoas às suas normas, mas sim visa a exigir lei para determinadas disposições materiais, como por exemplo normas penais incriminadoras (PADILHA, 2020, p.105).

Nesse sentido, o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, ao assentar que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, consagra, nas palavras do eminente doutrinador retromencionado, o princípio da reserva legal.

Noutro giro, de acordo com os ensinamentos do doutrinador Rogério Greco, este alega que segundo parte da doutrina, a diferença entre os princípios da legalidade e da reserva legal residiria no fato de que, falando-se tão somente em princípio da legalidade, estaríamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas elencados pelo art. 59 da Constituição Federal. Entretanto, quando fazemos menção ao princípio da reserva legal, estamos limitando a criação legislativa, em matéria penal, tão somente às leis ordinárias – que é a regra geral – e às leis complementares. (GRECO, 2022, 164).

Esclarece o doutrinador Rogério Greco que o melhor a se fazer seria restringir ainda mais a possibilidade de edição de diplomas penais, ficando limitada tal possibilidade às leis complementares, tal como ocorre na Espanha, que adota as chamadas Leis Orgânicas, que lhe são equivalentes (GRECO, 2022, 164).

Nessa linha, Rogério Greco assegura que, de qualquer forma, apesar das posições em contrário, mesmo adotando-se a expressão “princípio da legalidade” em sede de Direito Penal, outro raciocínio não se pode ter a não ser permitir a criação legislativa, nessa matéria, somente por intermédio de leis ordinárias e leis complementares (GRECO, 2022, 164).

Por sua vez, Fernando Capez, ao dissertar sobre o tema, aduz que o princípio da legalidade é gênero e que tal gênero compreende as espécies reserva legal e anterioridade da lei penal, lecionando da seguinte forma:

Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação). Assim, a regra do art. 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade. (CAPEZ, 2022, p. 40)

De todo modo, em que pese as diferenças conceituais e os entendimentos doutrinários, é uníssono o entendimento que para aplicação do Direito Penal, conforme se extrai do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, torna-se necessária a existência de uma lei, isto é, as normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo e respeitado o procedimento previsto na Constituição (NUCCI, 2022, p.20).

Por derradeiro, a fim de adentrarmos na retroatividade da lei penal, é imperioso afirmar que o princípio da legalidade possui quatro funções basilares, quais sejam: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Nesse diapasão, o princípio da legalidade tem como uma de suas funções a proibição da retroatividade da lei penal, isto é, haveria uma vedação da extensão da lei penal a fatos pretéritos, não incidindo em casos já ocorridos.

Todavia, o inciso XL do art. 5º da Constituição Federal diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, significando, assim, que a Constituição

Federal da República Federativa do Brasil de 1988 adotou a regra da irretroatividade da lei penal, porém excepcionado os casos em que haverá a retroatividade da lei penal quando esta for mais benéfica ao réu.

Dito de outro modo, como nos ensina Rogério Greco, a regra geral, trazida no próprio texto da Constituição Federal, é a da irretroatividade *in pejus*, ou seja, a da absoluta impossibilidade de a lei penal retroagir para, de qualquer modo, prejudicar o agente, possuindo como exceção a retroatividade *in melius*, quando a lei vier, também, de qualquer modo, a favorecê-lo, conforme se deduz da redação do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal (GRECO, 2022, p 166).

Gilmar Mendes argumenta que havendo sucessão de leis penais que disciplinem, no todo ou em parte, as mesmas questões e o fato houver se verificado sob a vigência da lei anterior podem-se colocar, em termos gerais, as seguintes situações: a lei posterior revela-se mais severa do que a lei anterior (*lex gravior*); a lei posterior descriminaliza o fato anteriormente punível (*abolitio criminis*); a lei posterior é mais benéfica em relação à pena ou à medida de segurança (*lex mitior*); a lei nova contém algumas normas que agravam a situação do réu e outras que o beneficiam (MENDES, 2021, p. 250).

Desta forma, é indispensável que comentemos a respeito de cada uma das hipóteses citadas pelo ilustríssimo doutrinador supracitado, vejamos:

3.1. *Lex gravior ou novatio legis in pejus*

No primeiro momento, no que se refere à lei posterior que agrave a situação do agente no caso concreto, também nomeada de *lex gravior ou novatio legis in pejus*, esta não poderá retroagir para alcançar casos passados, dada a vedação do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal à retroatividade maléfica.

Exemplificando, a nova lei será prejudicial ao réu quando esta ampliar o rol de circunstâncias agravantes, criar causas de aumento de pena, aumentar o prazo de prescrição ou mesmo trazer novas causas interruptivas ou suspensivas.

Guilherme de Souza Nucci leciona:

Há hipóteses em que o legislador, sem abolir a figura delituosa, mas com a aparência de tê-lo feito, apenas transfere a outro tipo incriminador a mesma conduta, por vezes aumentando a pena. Sem dúvida, em alguns casos, não se trata de uma singela transferência, porém há alguma modificação na descrição do preceito primário. Exemplo disso ocorreu com a aparente abolição do crime de rapto, previsto no antigo art. 219 do Código Penal ("raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para

fim libidinoso. Pena – reclusão, de 2 a 4 anos”). A Lei 11.106/2005 extirpou esse artigo, mas transferiu parte da conduta para o art. 148, § 1.º, V, do Código Penal (“privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado, com pena de reclusão, de 2 a 5 anos, se o crime é praticado com fins libidinosos”). Ora, o rapto era mesmo considerado, por grande parcela da doutrina, como um sequestro para fins libidinosos. Agora, passou a constar no capítulo adequado, com uma pena máxima abstrata maior, implicando em *novatio legis in pejus*. Assim, o agente que tenha sido condenado por privar a liberdade de uma mulher honesta, para fim libidinoso (rapto), continuará a cumprir sua pena e será mantida a condenação, pois a figura permanece no sistema jurídico-penal, considerada como sequestro com fins libidinosos. (NUCCI, 2022, p.48)

3.2. *Abolitio criminis*

Segundo o doutrinador Rogério Greco, 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, pois passou a entender que o Direito Penal não mais se fazia necessário à proteção de determinado bem, ocorre o fenômeno jurídico conhecido por *abolitio criminis* (GRECO, 2022, p.170).

Tal instituto está previsto no artigo 2º do Código Penal, proclamando este que 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.

Nesse diapasão, percebe-se que a *abolitio criminis* conduz à extinção da punibilidade, bem como cessa todos os efeitos penais da sentença condenatória, o que não exclui os efeitos civis.

Em outro giro, podemos extrair do caput do art. 2º do Código Penal que, havendo a descriminalização e uma vez cessados os efeitos penais da sentença condenatória, deverá ser providenciada a retirada do nome do agente do rol dos culpados, não podendo sua condenação ser considerada para fins de reincidência ou mesmo antecedentes penais (GRECO, 2022, p.171).

Ora, conforme nos ensina Guilherme de Souza Nucci, a desconsideração de determinada conduta como infração penal, portanto, é um forte instrumento para gerar a retroatividade da lei penal benéfica à data do fato delituoso (NUCCI, 2022, p.48), gerando, assim, a abolição do tipo penal incriminador, motivo pelo qual a lei deve retroagir, uma vez que não considera determinada conduta com um fato típico.

Por fim, é importante colacionar a ressalta feita pelo doutrinador André Estefam, qual seja:

Importante se atentar para o fato de que a simples revogação do tipo penal não produz, por si só, a descriminalização da conduta. Há casos em que, a despeito da supressão do dispositivo incriminador, o comportamento mantém seu caráter delituoso, não mais, por óbvio, em relação ao tipo penal revogado, mas à luz de outro dispositivo legal. Se a conduta mantiver sua natureza de infração penal, sem solução de continuidade, isto é, sem falhar um dia sequer no tempo, não ocorrerá abolitio criminis, em face do princípio da continuidade típico-normativa (ou normativo-típica). (ESTEFAM, 2022, p.186)

3.3. *Lex mitior ou novatio legis in mellius*

Em relação à *lex mitior*, ou também denominada *novatio legis in mellius*, nos orienta o doutrinador Fernando Capez que é a lei posterior que, de qualquer modo, traz um benefício para o agente no caso concreto, ou seja, é a lei mais benéfica anterior ou posterior ao fato (CAPEZ, 2022, p. 47).

Nessa linha, Rogério Greco afirma que a *novatio legis in mellius* será sempre retroativa, sendo aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado, exemplificando tal retroatividade com o surgimento de uma lei nova reduzindo a pena mínima de determinada infração penal e, com o seu nascimento no ordenamento jurídico, deve se aplicar a redução a fim de atender aos novos limites, mesmo que a sentença que o condenou já tenha transitado em julgado (Greco, 2022, p. 169). Contudo, vale salientar que a *lex mitior* não será aplicada quando o agente já tiver cumprido a pena que lhe fora imposta.

Pode ser que, na existência superveniente de uma lei que beneficie o réu, ocorra uma dúvida a respeito de qual das leis seria melhor para o agente. Discorrendo sobre o tema, André Estefam sustenta que da seguinte forma:

Como regra, não haverá qualquer problema em detectar, entre duas leis que se sucedem no tempo, qual a mais benéfica. Podem ocorrer, todavia, situações duvidosas. O que é mais benéfico ao réu, uma lei que permite o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto ou outra que autoriza o livramento condicional a este fato, se antes era-lhe negado? Se houver irreduzível dúvida, cremos que a melhor solução deve ser a de consultar o réu, por meio de seu defensor. Trata-se da saída adotada no Código Penal espanhol de 1995 (art. 2º, n. 2 – “en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo”) e encontra apoio de boa parte da doutrina. Entre nós, Hungria já a defendia a seu tempo. (ESTEFAM, 2022, p.188)

Outra dúvida relevante sobre o tema é a respeito da competência para a aplicação da *novatio legis in mellius*. Segundo Fernando Capez, se o processo estiver em primeira instância, a competência para aplicar a lei mais benéfica será do

juiz de primeiro grau encarregado de prolatar a sentença e, se o processo estiver em grau de recurso, recairá sobre o tribunal incumbido de julgar o recurso (CAPEZ, 2022, p. 47).

De forma complementar, é imperioso afirmar que se o caso ainda estiver em fase de investigação e surja durante este período uma nova lei que beneficie o agente, o Ministério Público, ao receber os autos de inquérito policial, já deverá oferecer a denúncia tomando por base o novo texto (GRECO, 2022, p.179).

No que tange à sentença transitada em julgado, o Supremo Tribunal Federal editou uma súmula sobre o tema, afirmando que transitado em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.

De acordo com Fernando Capez, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, pois esta, no juízo penal, opera com a cláusula *rebus sic stantibus* (a decisão permanecerá imutável enquanto o contexto fático se mantiver inalterado) e, havendo alteração posterior, caberá ao juiz da execução simplesmente adaptar a decisão à nova realidade.

Entretanto, Alberto Silva Franco faz a seguinte recomendação:

Tal entendimento não pode, contudo, de acordo com a corrente jurisprudencial minoritária, ser acolhido como regra geral, que não admite exceção. É que a aplicação da *lex mitior* não se resume apenas ao mero cancelamento de sanção punitiva (...) ou à simples operação aritmética de redução da pena (...) tarefas que o juiz da execução da pena poderá empreender sem nenhuma dificuldade e com os elementos processuais de que dispõe. Em algumas situações, como, por exemplo, na participação de menor importância ou na participação em fato menos grave, seria mister uma nova definição da conduta do agente, o que forçosamente implicaria um mergulho em profundidade na matéria probatória. Em casos desta ordem, a questão não deveria ser equacionada pelo juiz da execução penal, que não estaria sequer aparelhado, do ponto de vista processual, para o exame da matéria. Entendimento contrário conduziria a transformar o juiz da execução penal num 'superjuiz' com competência até para invadir a área privativa da Segunda Instância, alterando qualificações jurídicas definitivamente estatuídas. A revisão criminal, nesses casos, seria mais recomendável. (SILVA FRANCO, 1995, p. 53-54)

3.4. Combinação de leis penais

Há na doutrina um entendimento majoritário a respeito da combinação das leis penais no tempo e a sua retroatividade, onde, em favor da combinação de leis, argumenta-se que, se o juiz pode aplicar o todo, nada impede que aplique somente parte da lei, sobretudo porque buscaria uma solução justa (CAPEZ, 2022, p.188).

Dessa forma, a combinação de leis, de acordo com a corrente predominante, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas, ou

seja, se a lei anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa, e, se na lei posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiem, por respeito aos imperativos constitucionais, estes deverão ser aplicados (GRECO, 2022, p.177).

Por sua vez, de acordo com o entendimento minoritário, os que defendem a vedação à combinação de leis penais prelecionam que o julgador estaria criando um terceiro gênero de lei (*lex tertius*) e, portanto, não poderia ocorrer a combinação

Lamentavelmente, quando o tema de combinação de leis penais chegou aos Tribunais Superiores por meio da incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para os réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes sob a vigência da lei anterior, qual seja, Lei n. 6.368/76, houve divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Contudo, posteriormente, os Tribunais Superiores entenderam pela não aplicação da combinação das leis penais no tempo, resultando, como exemplo, as seguintes jurisprudências:

A Terceira Seção entende que a aplicação retroativa do § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas deve ser verificada, caso a caso, a fim de se aferir a situação mais vantajosa ao condenado, isto é, se a aplicação das penas insertas na antiga lei – em que a pena mínima é mais baixa – ou a aplicação da nova lei com a incidência da causa de diminuição, sem se admitir, contudo, a combinação dos textos legais, sob pena de contrariar a lógica da nova legislação, criando uma norma híbrida. (STJ, 2015, p. 1)

De qualquer forma, o Supremo Tribunal Federal assentou a impossibilidade de combinação de leis, vedando a aplicação retroativa da causa especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 à pena aplicada por crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76. (STF, 2014, p.1)

O Pleno do Supremo Tribunal Federal pôs uma pá de cal sobre o tema ao pacificar o entendimento de que não é possível a combinação de leis, ressalvada a aplicação integral da lei mais favorável. (STF, 2013, p.10).

As jurisprudências supracitadas ocasionaram a elaboração da súmula 501 do Superior Tribunal de Justiça, onde ela assevera que é cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis.

Superada a análise da hipótese de retroatividade ou irretroatividade da lei penal, é válido pontuar algumas considerações finais a respeito do tema.

Como primeira consideração, deve ser ressaltado que, conforme leciona Renato Brasileiro de Lima, às normas processuais materiais se aplica o mesmo

critério do direito penal, isto é, tratando-se de norma benéfica ao agente, mesmo depois de sua revogação, referida lei continuará a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência (ultratividade da lei processual mista mais benéfica); na hipótese de *novatio legis in melius*, ressalta o doutrinador, a referida norma será dotada de caráter retroativo, a ela se conferindo o poder de retroagir no tempo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente a sua vigência (LIMA, 2021, p. 84). Dessa forma, as leis processuais penais também devem retroagir para beneficiar o réu.

No que tange à aplicação da lei mais benéfica após o trânsito em julgado da decisão que condenada o réu, salienta a súmula 611 do Supremo Tribunal Federal que transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna. Noutro giro, se não estamos diante de uma sentença condenatória com trânsito em julgado caberá ao juiz que presidente do feito à aplicação.

Outra informação que merece destaque é a respeito da retroatividade da lei penal em caso de crime permanente e crime continuado, no qual diz crime permanente aquele que o momento consumativo se prolonga no tempo e crime continuado aquele que, de acordo com o art. 71 do Código Penal, o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Dispõe a súmula 711 do Supremo Tribunal Federal que, nos casos retromencionados, se aplicará a pena mais grave a lei penal se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

Derradeiramente, percebe-se, portanto, que sob à égide do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Ressalvadas algumas hipóteses supramencionadas, quando estivermos diante uma norma penal que beneficie o sujeito de alguma forma, esta deverá retroagir a fim de termos um tratamento igualitário e justo, enfatizando a ideal aplicação do princípio da isonomia e a aplicação do parágrafo único do art. 2º do Código Penal que afirma que a lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

4. RETROATIVIDADE JURISPRUDENCIAL

Como exposto alhures, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 disciplinou, através do inciso XL do art. 5º, que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. No entanto, se ao invés de uma lei penal estivermos diante de interpretação levada a efeito pelos Tribunais Superiores que consolide, através de súmulas ou decisões reiteradas, interpretação mais benéfica ao réu, essa poderá retroagir e alcançar fatos pretéritos? (GRECO, 2019, p. 177)

4.1. Teorias que circundam a retroatividade da jurisprudência penal.

A priori, é imperioso afirmar que a resposta ao questionamento retromencionado encontra debates doutrinários. Odone Saguiné, ao desenvolver o artigo científico intitulado “Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal”, discorreu acerca das correntes doutrinárias existentes, vejamos:

1º) a ortodoxa, que nega a aplicação da garantia da irretroatividade às variações da jurisprudência penal; 2º) a postura contemporânea dominante que defende a ideia de que o acusado pode invocar o benefício do erro de proibição; 3º) a posição, ainda minoritária, mas que ganha cada vez mais um número crescente de adeptos, que postula a aplicação da garantia da proibição de retroatividade às modificações jurisprudenciais desfavoráveis. (SAGUINÉ, 2000, p. 148)

Nesse sentido, é possível perceber que para a corrente ortodoxa não se deve aplicar a retroatividade da jurisprudência, posto que não há previsão legal que possibilite a sua retroatividade. Para Roxin, a aplicação da retroatividade fere a ideia básica do princípio da legalidade, uma vez que iguala a legislação e a jurisprudência, violando, também, o princípio da separação dos poderes (ROXIN, 1997, p. 165).

Ademais, expõe Roxin que se o Tribunal interpreta a norma de maneira mais desfavorável para o acusado, diverso do que havia feito na jurisprudência anterior, este tem de suportá-la, tendo em vista que, conforme o seu sentido, essa nova interpretação não é uma punição ou agravação retroativa, mas a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre, mas que apenas agora foi corretamente reconhecida (ROXIN, 1995, p.165).

Bustos Ramírez e Malarée, ao discorrerem sobre a lei penal no tempo, afirmam que uma mudança de direção mais favorável tende a afetar seriamente os princípios da proporcionalidade e da igualdade, uma vez que modificação

jurisprudencial não pode ser confundida com as hipóteses de retroatividade ou irretroatividade da lei, já que as decisões judiciais não possuem a natureza de lei. (BUSTOS RAMÍREZ, MALARÉE, 1997, p. 109.)

A visão ortodoxa da retroatividade da jurisprudência penal encontrou, na doutrina nacional, apoio na retórica do jurista Heleno Cláudio Fragoso, onde ele aduz que a proibição da retroatividade somente se refere à lei e não às alterações da jurisprudência dos tribunais (FRAGOSO, 2004, p. 113-114). Portanto, à luz desta corrente doutrinária, o inciso XL do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado de modo *stricto sensu*, a fim de que se aplique o efeito retroativo tão somente às leis.

De modo parecido, a segunda corrente doutrinária, citada por Saguiné como uma postura contemporânea dominante, também inviabiliza a retroatividade da jurisprudência. Contudo, diferentemente da primeira corrente, esta apresenta a possibilidade da arguição do erro de proibição que, por apresentar ausência de potencial consciência da ilicitude, exclui a culpabilidade.

Hassemer evidencia que seria possível reconhecer a situação de erro de proibição, pois o agente apenas realizou sua conduta sabendo da jurisprudência firme e consolidada a respeito (HASSEMER, 1984, p.325).

Nessa esteira, Francisco de Assis Toledo alega que o erro de proibição acerca da jurisprudência seria verdadeiro erro de eficácia, uma vez que a falsa percepção da realidade não recai sobre a vigência de um preceito legal, mas sim sobre a noção da efetiva aplicação de preceito que sabe ser vigente. (ASSIS TOLEDO, 1997, p. 119).

Mesmo inadmitindo a retroatividade da jurisprudência, Roxin reconhece a chance de aplicar o erro de proibição, afirmando que há muitas ações em que o autor se baseia irrepreensivelmente em certa jurisprudência e até obtém assessoria jurídica específica para este fim e, por isso, não seria justo castigar o sujeito pela sua confiança no Direito, devendo ser absolvido pela existência de erro de proibição inevitável. (ROXIN, 1997, p. 165-166).

Enrique Bacigalupo, seguindo a mesma linha, aduz que jurisprudência não vincula da mesma forma que a legislação, pois, ao contrário, os tribunais teriam praticamente o poder de legislar. Outrossim, o autor leciona que as mudanças jurisprudenciais importam apenas a correção da interpretação de uma vontade

legislativa já existente no momento do fato e, por isso, não se aplica a retroatividade. Entretanto, Bacigalupo afirma que, caso realmente o autor seja motivado por sua confiança no que foi decidido pelos tribunais antes de executar a ação, será possível apreciar um erro de proibição. (BACIGALUPO, 1999, p. 54)

Por fim, a última teoria citada por Saguiné diz respeito à proibição da retroatividade às modificações desfavoráveis, onde para ele, uma vez admitida a proibição da retroatividade para as alterações jurisprudenciais desfavoráveis, abre-se espaço para uma leitura *a contrario sensu*, possibilitando a aplicação do princípio da retroatividade das interpretações favoráveis ao réu, que, por sua vez, admitiria revisão criminal em favor do condenado toda a vez que se produzir uma mutação jurisprudencial que possa vir a beneficiá-lo. (SAGUINÉ, 2000, p. 135).

4.2. A possibilidade de retroatividade da jurisprudência penal.

Observando as teorias supracitadas, nos parece mais assertiva a teoria que viabiliza a retroatividade da jurisprudência que consolide interpretação mais benéfica ao acusado, sob pena de violarmos o princípio da igualdade. Ora, a título de exemplo e para exemplificarmos a importância de tal retroatividade, podemos discorrer acerca da súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça.

A referida súmula previa que na intimidação, feita com arma de brinquedo, para prática do crime de roubo, justifica-se o aumento da pena a que se refere o art. 157, parágrafo 2º, I, do CP quando o meio usado é o bastante para tolher a capacidade de resistência da vítima, que desconhecia a capacidade do objeto. Todavia, o STJ, por meio do RESP 213.054/SP, cancelou a súmula supracitada, *in verbis*:

RESP - PENAL - DOSIMETRIA DA PENA - ROUBO - USO DE ARMA DE BRINQUEDO - CANCELAMENTO DA SÚMULA 174, DESTA CORTE. - Esta Corte, através de sua Eg. 3ª Seção, no julgamento do REsp 213.054/SP, deliberou pelo cancelamento da Súmula 174. Assim, a causa de aumento considerada com base nesse enunciado (intimidação feita com arma de brinquedo) deve ser desconsiderada. - Recurso conhecido, mas desprovido.
(STJ, 2002, p. 1)

Nessa perspectiva, aquela pessoa julgada antes do cancelamento da súmula teve sua pena majorada e outra pessoa julgada posteriormente não teve o respectivo aumento. Por conseguinte, a verdade é que, por se tratar de entendimento mais benéfico, a súmula deve retroagir “como se lei fosse” (QUEIROZ,

2018, p. 140), posto que, caso não houvesse a retroatividade, estaríamos mantendo alguém preso com fundamento jurisprudencial revogado.

Ocorre que, as decisões reiteradas do Tribunais Superiores geram no sistema jurídico a confiança na orientação jurisprudencial adotada, tal como uma lei (MEIRELLES, 2019, p.75). Nessa linha enfatizam Pacelli e Callegari:

Não se trata, esclareça-se bem, de se dar primazia ao Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Definitivamente não. O que estamos sustentando é que o Direito aplicado é tão e tanto Direito quanto aquele legislado. Se todos nós, em nosso cotidiano, devemos observância à lei, cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra quanto ao significado e à extensão dos efeitos da norma jurídica. Por isso, também quanto aos fatos já julgados nada deverá impedir a retroatividade benéfica de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria penal, desde que se trata de entendimento efetivamente consolidado no âmbito daquela Corte. Havendo, ainda, divergência entre as Turmas, não se poderá pretender a revisão da coisa já julgada. (OLIVEIRA, CALLEGARI, 2015, p. 155)

Dessa forma, como lecionado por João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, o apego extremo ao formalismo conduz ao esquecimento da materialização da liberdade como direito fundamental e que o raciocínio que precisa ser sedimentado é o inverso: a mudança de posição do colegiado superior, se favorável ao acusado/condenado, deve retroagir para beneficiá-lo. (MARTINELLI, BEM, 2019, p. 340)

Portanto, com risco à igualdade devido a não aplicabilidade da retroatividade da jurisprudência penal mais benéfica, André Estefam discorre:

De fato, seria flagrantemente desigual permitir que duas pessoas, que cometeram o mesmo fato definido em lei penal declarada inconstitucional, recebam tratamento distinto, em que uma cumpra a pena correspondente (porque condenada antes da prolação do novo entendimento jurisprudencial) e a outra não receba qualquer sanção (posto que julgada depois da prolação da decisão com caráter vinculante por parte do STF). A ofensa ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) seria evidente; o mesmo se poderia dizer com respeito ao postulado da proporcionalidade. (ESTEFAM, 2022, p. 195)

Fidedigna é a premissa que Mariângela Magalhães nos ensina ao expor que cabe à jurisprudência um importante papel na definição do conteúdo do direito, no qual é inegável que, quando os entendimentos são pacíficos estes se aproximam muito a um mandado de caráter legal. Nesse sentido, eventual mudança na orientação jurisprudencial pode trair a confiança dos cidadãos que realizaram suas condutas antes da modificação, que se aplicará não apenas ao futuro, mas também àquela conduta em julgamento, que constitui passado. (GOMES, 2008, p.140).

Por derradeiro, Nilo Batista, Zafaroni, Alagia e Slokar reforçam tal entendimento:

Quando a jurisprudência massivamente muda de critério e considera atípica uma ação que até esse momento qualificara como típica (ou quando julga simples o delito que até então considerara qualificado, ou justificado o que considerara antijurídico etc.) provoca um escândalo político, pois duas pessoas que realizaram idênticas ações reguladas pela mesma lei terão sido julgadas de modo que uma resultou condenada e a outra absolvida, só porque uma delas foi julgada antes. Elementares razões de equidade, assim como o art. 5º da Constituição impõem que se torne aquela primeira condenação como uma sentença contraposta ao texto expresso da lei penal reinterpretada, viabilizando sua revisão (art. 621, inciso I, CPP). (BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p.224)

4.3. Hipóteses de aplicabilidade da retroatividade da jurisprudência penal.

Como visto anteriormente, para que se possa falar em retroatividade da jurisprudência penal mais benéfica, é necessário, primordialmente, que estejamos diante de decisão mais benéfica. Contudo, não é só esse requisito que será necessário avaliar para a sua aplicação, uma vez que poderíamos criar uma instabilidade e uma demasiada insegurança jurídica.

Por esse ângulo, a fim de limitar a possibilidade de aplicação da nova posição jurisprudencial benéfica ao agente, André Estefam assevera:

Tem-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. (ESTEFAM, 2013, p. 150)

4.3.1. Súmula Vinculante

A primeira hipótese de aplicabilidade da retroatividade jurisprudencial refere-se à súmula vinculante. A súmula vinculante pode ser compreendida como a pacificação da jurisprudência acerca da interpretação e aplicação da norma jurídica, onde visa a resolução de controvérsias e a melhor utilidade da lei. Trata-se, portanto, da interpretação sobre um determinado tema que vincula as decisões posteriores ao entendimento consolidado.

A emenda constitucional nº 45/2004 implementou o art. 103-A na Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe que 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.

Observa-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta ou indireta em todas as esferas. Sendo assim, todos os órgãos do Poder Judiciário localizados em patamar inferior ao STF estão vinculados às suas determinações emanadas nas referidas súmulas (PADILHA, 2020, p. 586).

Não obstante, para a elaboração das súmulas supracitadas, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, são eles: ser editada pelo Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação, ter o quórum de 2/3 de seus membros, tratar de matéria constitucional, ter reiteradas decisões sobre o tema, existir controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre eles e a administração pública e a controvérsia tem que ser capaz de gerar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

Para Alexandre de Moraes, a edição de súmula vinculante, com o cumprimento dos requisitos supracitados, permite que se evite a demora na prestação jurisdicional em inúmeras e infrutíferas ações idênticas sobre o mesmo assunto (MORAES, 2021, p. 827).

Por sua vez, Nathalia Masson, utilizando dos ensinamentos de Celso de Albuquerque Silva, assim preleciona:

A finalidade da previsão desse instituto no direito brasileiro teve objetivos mais amplos e muito mais nobres que simplesmente combater a morosidade do judiciário reduzindo sua carga de trabalho. A concessão de efeito vinculante às súmulas visou garantir respostas igualitárias entre os jurisdicionados, especialmente àqueles menos favorecidos constantemente excluídos das benesses da cidadania nas causas de repetição. Teve por intuito, também, garantir imparcialidade na aplicação da lei, alcançando previsibilidade e estabilidade no manejo do direito e impedindo arbitrariedades judiciais. Tudo isso acaba por tornar a máquina judiciária sensivelmente mais eficaz e indiretamente reforça o princípio democrático, pois garante a segurança jurídica, a previsibilidade e celeridade nas respostas judiciais (MASSON, 2020, p. 1259)

4.3.2. Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade configura-se, como discorre Hans Kelsen, como uma garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição, onde se coloca limites ao poder do Estado e ao mesmo tempo é uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando assim, os seus deveres e tornando possível o processo democrático de direito. (KELSEN, 1985, p. 288-290)

Dessa forma, controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, de maneira que só as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade. (MORAES, 2006, p. 637).

Acerca do tema, Nathalia Masson assevera:

Em síntese, a constatação da inequívoca hierarquia normativa entre as normas constitucionais e as demais, justifica a realização do controle de constitucionalidade. Afinal, se a Carta Constitucional se encontra em posição diferenciada no ordenamento (diga-se, superior), todas as demais normas lhe devem estrita observância e irrestrita obediência e precisam estar afinadas, em absoluto, com os seus preceitos, de modo que qualquer dissintonia possa ser detectada e solucionada em favor da Constituição. A instituição desse instrumental teórico de fiscalização da constitucionalidade dos diplomas é, pois, o que impede que o ideal da supremacia constitucional se torne mera retórica. (MASSON, 2020 p. 1438)

O controle concentrado de constitucionalidade foi desenhado por Hans Kelsen, de modo que a Corte Constitucional analise se há contrariedade à Constituição ou não. Portanto, não há, nesse processo, uma ocorrência fática ou pretensões resistidas, sendo o controle realizado em um processo objetivo, onde a decisão proveniente desse processo possui eficácia *erga omnes*, ou seja, efeitos que se opõem a todos. (Masson, 2020, p. 1473)

Nessa linha, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, possuindo como instrumentos a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", CF/88), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, "a", CF/88), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º, CF/88) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º, CF/88).

4.4. Vedação à retroatividade da jurisprudência penal.

Conforme mencionado anteriormente, para que uma jurisprudência possa retroagir, além de ter sido consolidada através de súmula vinculante ou controle

concentrado de constitucionalidade, se faz necessário que tal entendimento favoreça o réu, de modo que seja vedada, assim como a lei penal, a retroatividade em *malam partem*.

Rogério Greco leciona que quando a nova interpretação jurisprudencial for benéfica ao agente, deverá, obrigatoriamente, retroagir, a fim de alcançar os fatos ocorridos no passado que foram julgados sob a ótica do entendimento anterior (GRECO, 2019, p. 177). Sendo assim, somente a jurisprudência benéfica deverá retroagir, sendo vedada a aplicação da jurisprudência que prejudique o réu.

5. POSSIBILIDADE DE REVISÃO CRIMINAL FUNDADA EM MUDANÇA JURISPRUDENCIAL

Diante da aplicação da retroatividade jurisprudencial de entendimento mais benéfico, urge um novo questionamento, a saber: seria possível ajuizar uma revisão criminal fundada na mudança jurisprudencial? A resposta da pergunta supramencionada encontra algumas nuances entre a jurisprudência e a doutrina pátria.

5.1. Revisão Criminal

A Revisão Criminal, ação autônoma de impugnação, está prevista nos art. 621 e seguintes do Código de Processo Penal, no qual o art. 621 nos traz as possibilidades de sua aplicação, sendo possível a revisão dos processos findos quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos e quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Para Renato Brasileiro de Lima, a revisão criminal assume contornos de garantia fundamental do indivíduo, na forma de remédio constitucional contra condenações injustas (LIMA, 2021, p. 1579). De fato, a Constituição Federal, na alínea “j” do inciso I do art. 102 e alínea “e” do inciso I do art. 105, prever, expressamente, que caberá ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar as revisões criminais.

Guilherme de Souza Nucci expõe que a revisão criminal é uma ação de impugnação, destinada a desconstituir a coisa julgada, quando se detectar erro judiciário (NUCCI, 2021, p. 219). Nesse diapasão, a revisão criminal é de suma importância para que se evite que determinado réu continue preso ilegalmente ou com sua pena inalterada mesmo havendo possibilidade, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de uma mudança benéfica.

Além disso, Nucci preleciona:

O pedido, na revisão criminal, volta-se à absolvição, em primeiro plano, quando se comprovar o erro judiciário. Outra possibilidade é o pleito de reforma da pena, por ter havido contrariedade expressa a texto legal. Note-se que a revisão criminal desfaz a coisa julgada, motivo pelo qual não pode funcionar como se fosse um mero recurso, vale dizer, simples revisão de

provas já analisadas anteriormente por juiz ou tribunal. É fundamental constatar-se flagrante equívoco quanto à condenação. (NUCCI, 2021, p. 2019)

Acerca das possibilidades de aplicação da revisão criminal, Fernando Capez, ao discorrer sobre o inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal, leciona que a sentença condenatória é contrária à lei quando não procede como ela manda ou quando nela não encontra respaldo para sua existência (CAPEZ, 2022, p. 298).

Aury Lopes Junior ensina que significa uma contrariedade em relação à lei penal, mas também processual penal, à Constituição ou qualquer outro ato normativo que tenha sido empregado como fundamento da sentença condenatória (como as leis completivas empregadas na aplicação de uma lei penal em branco, portarias etc.) (LOPES JR., 2022, p. 491).

Observa-se, portanto, que a leitura do inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal não deve ser feito sob a égide de uma interpretação restritiva, de modo que utilizemos somente a lei penal substantiva, mas também todos os mecanismos citados pelo eminente doutrinador Aury Lopes Junior.

A propósito, a 3ª seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu, no julgamento da Revisão Criminal 4.944/MG, que "(...) a expressão "texto expresso da lei penal", contida no inciso I do art. 621 do CPP, não deve ser compreendida apenas como a norma penal escrita, abrangendo, também, qualquer ato normativo que tenha sido utilizado como fundamento da sentença condenatória (por exemplo, portarias, leis completivas empregadas na aplicação de uma lei penal em branco etc.), a norma penal processual, a norma processual civil (aplicável subsidiariamente no processo penal, na forma do art. 3º do CPP) e a norma constitucional. Nessa mesma linha, a melhor exegese da norma indica que o permissivo de revisão criminal constante no inciso I do art. 621 do CPP compreende, ainda, as normas processuais não escritas e que podem ser depreendidas do sistema processual como um todo, como ocorre com o direito ao duplo grau de jurisdição, a proibição de supressão de instância e a obrigação do julgador de fornecer uma prestação jurisdicional exauriente. (...)" (STJ, 2019, p.1)

O inciso II do art. 621 do CPP traz a segunda possibilidade para que se possa ajuizar a revisão criminal, onde caberá revisão quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos.

Explicando o inciso II do art. 621 do CPP, Renato Brasileiro afirma que a simples existência de prova falsa nos autos do processo não dará ensejo à revisão criminal, sendo necessário que a decisão esteja fundamentada nesta prova falsa, isto é, que a prova reconhecida falsa tenha influído decisivamente na conclusão (LIMA, 2021, p. 1588).

Derradeiramente, como última hipótese de revisão criminal, o inciso III do art. 621 do Código de Processo Penal dispõe que caberá a revisão quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

As novas provas que se refere o inciso retromencionado são os elementos de prova que não foram objeto de apreciação pelo julgador, pouco importando se já existiam mesmo antes da sentença ou se se tornaram conhecidos apenas após a condenação do acusado (LIMA, 2021, p. 1588).

5.2. Análise Doutrinária

Alguns doutrinadores, com fulcro no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal, admitem a possibilidade de revisão criminal fundada na mudança jurisprudencial, isso devido ao entendimento analisado anteriormente de que a expressão “texto expreso da lei penal” deve ser analisada por uma visão mais ampla, não se restringindo, apenas, às leis propriamente ditas.

Aury Lopes Junior, ensinando acerca deste tema, assevera que assim como a nova lei penal mais benigna tem efeito retroativo, a mudança radical no entendimento jurisprudencial, que beneficie o réu, também deve ter o mesmo efeito, sendo cabível a revisão criminal para sua obtenção (LOPES JR, 2022, p. 492).

A verdade, portanto, é que no caso de condenação transitada em julgado que contrarie a jurisprudência emanada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a revisão criminal fundada no inciso I do art. 621 seria plenamente possível, uma vez que a jurisprudência também é utilizada para interpretar texto expreso de lei e que, por diversas vezes, baseia a conduta do agente.

Nucci expõe que, havendo a jurisprudência firmado entendimento de que a lei deve ser interpretada num determinado prisma, cabe revisão criminal com base na

afronta à lei quando o magistrado adotar posicionamento oposto ao majoritário (NUCCI, 2022, p. 613).

Como demonstrado anteriormente, as decisões jurisprudenciais benéficas irão retroagir quando se tratar de súmula vinculante e controle concentrado de constitucionalidade. Nessa linha, Renato Marcão afirma que mudança de posicionamento da jurisprudência, variável no tempo conforme a composição da Corte, não legitima pedido revisional. Contudo, ele também entende que a superveniência de Súmula Vinculante (STF) a respeito de determinada regra de direito abre a possibilidade de revisão da decisão em sentido contrário proferida anteriormente (MARCÃO, 2021, p. 510).

Sendo assim, deve-se admitir, por analogia à retroatividade da lei penal, a revisão criminal com fundamento na mudança jurisprudencial mais benéfica. Renato Brasileiro de Lima exemplifica:

A título de exemplo, suponha-se que, em virtude da prática de crime de roubo com emprego de arma de brinquedo, determinado acusado tenha sido processado e condenado em 12/03/2000 pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma (CP, art. 157, §2º, revogado inciso I). Como se sabe, à época, prevalecia o entendimento de que a intimidação feita com arma de brinquedo autorizava o aumento da pena no crime de roubo (súmula nº 174 do STJ). Ocorre que tal entendimento acabou sendo modificado pelos próprios Tribunais Superiores, inclusive com o cancelamento da súmula nº 174. Ora, consolidado este novo entendimento jurisprudencial, diverso daquele constante da sentença condenatória, é de todo desarrazoado permitir-se que, aos acusados anteriormente condenados, fosse mantida a aplicação da majorante. (LIMA, 2021, p. 1586)

Além disso, as Mesas de Processo Penal realizadas na Faculdade de Direito da USP assentaram o enunciado de Súmula nº 116, onde estabelecem que “não infringe o texto expresso de lei a interpretação razoável, ainda que não unânime. Havendo, porém, adoção tranquila de tese contrária, cabível é a revisão criminal”.

Não obstante, insta frisar que o tema não é pacífico. Mirabete aduz que não é possível a retroatividade da jurisprudência mais benéfica às situações transitadas em julgado porque as hipóteses de revisão criminal estão taxativamente elencadas no art. 621, CPP, não estando incluída a variação jurisprudencial (MIRABETE, 1994, p. 724).

Nessa esteira, afirma Tourinho:

Se a decisão não afrontar o texto da lei, descabe a revisão com fulcro na primeira parte do inciso primeiro do artigo em comentário. Se por acaso houver mudança na jurisprudência, não se poderá dizer que a decisão

afrontou a lei. Aplica-se, por extensão, a Súmula 343 do STF: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição da lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. (TOURINHO FILHO, 1996, p. 347)

Derradeiramente, discorrendo ainda acerca da não possibilidade da Revisão Criminal fundada em mudança jurisprudencial, Médici assevera que a contrariedade à jurisprudência, entretanto, não autoriza o pedido de revisão, tendo em vista a existência de meio de impugnação específico para tal fim. Ademais, afirma Médici que não prevê a lei processual a possibilidade de revisão com fundamento em dissídio jurisprudencial (MÉDICE, 2000, p. 162).

5.3. Entendimento jurisprudencial

Assim como a doutrina, a jurisprudência pátria, como veremos a seguir, também está longe da pacificidade acerca da possibilidade de revisão criminal fundada na mudança jurisprudencial.

No julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 550.031/DF no dia 10/03/2020, com relatoria do ministro Nefi Cordeiro, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a mudança jurisprudencial após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória não enseja revisão criminal, posto que, segundo o entendimento da decisão, seriam violados os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica. Além disso, salientaram a taxatividade do inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal.

O Agravo Regimental interposto se deu em face de uma decisão monocrática que negou habeas corpus com embasamento na impossibilidade em sede de revisão criminal, de interpretação retroativa de mudança de entendimento jurisprudencial. O acusado requereu a aplicação de entendimento do STJ no sentido da impossibilidade de utilização de outras condenações para valorar negativamente tanto a conduta social quanto a personalidade, entendimento este que já vinha sendo aplicado pelo tribunal.

Mesmo diante das alegações, o eminente ministro denegou o pedido, como se observa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. REVISÃO CRIMINAL. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO IMPROVIDO.
1. A mudança de posicionamento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória não serve de base para o ajuizamento de

revisão criminal, sob pena de serem violados os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica.

2. As hipóteses da revisão criminal encontram-se taxativamente previstas no art. 621 do CPP, e essa ação não cabe para reformar a sentença definitiva no ponto em que tratou da dosimetria da pena-base.

3. Agravo improvido.

(AgRg no HC n. 550.031/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 16/3/2020.)

Em outro agravo regimental no Habeas Corpus nº 485.726-SC, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entenderam que a simples alteração de interpretação com relação à norma não permite a modificação da dosimetria, firmada em decisão condenatória há muito transitada em julgado, ante a necessidade de se preservar a segurança jurídica e por ausência de previsão expressa (STJ, 2019, p.4), restando a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBOS MAJORADOS (CONSUMADO E TENTADO). CONDENAÇÃO DEFINITIVA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SENTENÇA PROFERIDA EM 2002. PLEITO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA SÚMULA 444/STJ. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não é devida, em hipótese envolvendo condenação transitada em julgado no ano de 2002, a aplicação retroativa de entendimento jurisprudencial, ainda que sumulado, com o objetivo de se preservar a segurança jurídica e por ausência de previsão legal. Precedentes.

2. Identificado que à época da condenação do agravante o entendimento consolidado não coincidia com o contemporâneo, é inviável afastar a valoração negativa da personalidade.

3. Agravo regimental improvido. (STJ, 2019, p.1)

Contudo, em decisão mais recente, mais precisamente em 22/10/2021, a terceira seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu que é cabível o manejo de Revisão Criminal fundada no inciso I do art. 621 do CPP em situações em que o acusado pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benéfico, salientando que tal entendimento deve corresponder à entendimento pacífico e relevante.

No caso concreto, três requerentes ajuizaram revisão criminal requerendo a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois, embora os recorrentes tenham sido condenados como incurso no art. 273, § 1º-B, do CP, lhes foi aplicado, para fins de dosimetria, o preceito secundário previsto no art. 33 da Lei de Drogas e, por mudança jurisprudencial, passou-se a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

Sendo assim, o ministro relator Joel Ilan Paciornik afirmou que a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação de entendimento mais benigno e atual.

Vejamos à ementa da decisão supracitada:

REVISÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS BENIGNO E ATUAL. CABIMENTO. PRECEDENTE. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANUTENÇÃO DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RESTABELECIMENTO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE.

1. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante. Precedente.

2. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

3. A partir da solução da questão, verifica-se oscilação na jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Destarte, a maioria dos julgadores desta Seção passou a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

4. Assim, embora não tenha havido necessariamente alteração jurisprudencial, e sim mudança de direcionamento, ainda que não pacífica, a respeito do tema, a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação de entendimento desta Corte mais benigno e atual aos recorrentes, mormente quando a maioria dos julgadores desta Terceira Seção se posicionam no sentido da pretensão recursal.

5. No caso, assentado pelo Tribunal de origem que os recorrentes são primários, possuem bons antecedentes e, inexistindo provas de que integrem organização criminosa ou mesmo dedicação à atividade delitiva, deve ser mantida a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração adotada pelas instâncias ordinárias - 1/2, restando totalizadas as reprimendas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto. As penas privativas de liberdade permanecem substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos como determinado pelo Tribunal a quo.

6. Revisão criminal procedente.

(STJ, 2021, p.1)

Em 21 de agosto de 2015, o ilustríssimo desembargador Vico Mañas do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de Revisão Criminal, assentou a ideia de que a jurisprudência consolidada deve ter aplicação retroativa. Esse mesmo

desembargador, em diversas decisões, entendeu que na alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em benefício do jurisdicionado, é impositivo o deferimento de revisão criminal, atribuindo-se efeito retroativo à modificação jurisprudencial.

Na revisão criminal retromencionada restou-se a seguinte ementa:

Prova Vítima não ouvida em juízo Reconhecimento pessoal registrado na delegacia e confirmado por policiais em juízo Infração ao art. 155 do CPP Inocorrência Pena Reincidência Pluralidade de condenações Fração de aumento Critério progressivo, pelo número de infrações Roubo Emprego de arma Palavra da vítima Suficiência Precedentes do STF Roubo Número de majorantes Circunstância insuficiente para aumento superior ao mínimo Necessidade de motivação concreta Súmula 443 do STJ Revisão Jurisprudência consolidada Aplicação retroativa – Possibilidade. (TJSP, 2015, p. 2)

De igual modo, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina também já acolheu um pedido formulado em revisão criminal, reduzindo a pena pela condenação da prática do crime de roubo tentado, previsto no artigo 157 do Código Penal, considerando a retroatividade de entendimento mais benéfico sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ROUBO TENTADO (CP, ART. 157, § 2º, I E II C/C ART. 14, II). PEDIDO REVISIONAL FUNDADO NO INCISO I DO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INSURGÊNCIA CONTRA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENABASE. ELEVAÇÃO DA PENA À FRAÇÃO 1/12. PRESENTE FUNDAMENTAÇÃO EM UMA CIRCUNSTÂNCIA SUFICIENTE PARA A EXASPERAÇÃO. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA DA PENA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REFERÊNCIA AO ROL DE ANTECEDENTES ACOSTADOS AOS AUTOS. AUMENTO À FRAÇÃO DE 1/17 QUE NÃO COMPORTA AFASTAMENTO. RESSALVADA POSIÇÃO DO RELATOR QUE ENTENDE PELA IRRETROATIVIDADE DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. PREVALECEU A APLICAÇÃO RETROATIVA DE ENTENDIMENTO SUMULADO PELAS CORTES SUPERIORES. - Presente circunstância judicial capaz de dar amparo ao aumento diminuto operado na primeira fase da dosimetria, tem-se inviável a minoração da pena. - O aumento operado na segunda fase da dosimetria, ao considerar o rol de antecedentes, composto por decisões transitadas em julgado, constitui fundamento suficiente à incidência da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. - Possível a aplicação retroativa de entendimento sumulado. Em ressalva à posição do relator, que entende, fixada na sentença a fração de aumento na terceira fase da dosimetria com base em entendimento jurisprudencial à época da sua prolação, tem-se inviável a sua rediscussão por meio de Revisão Criminal, pois não preenchidos os critérios previstos no art. 621 do CPP, sobretudo quando o pleito se vale de súmula editada posteriormente. - Parecer da PGJ pelo não conhecimento e indeferimento da revisão criminal. - Revisão criminal conhecida e parcialmente deferida. (TJSC, 2015, p.1)

Por derradeiro, outra decisão que merece destaque acerca do tema é a decisão proferida pelo 4º Grupo Criminal do TJ/RS, na RevCrim 70 002 052 959,

Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 27/04/2001, que reconheceu a retroatividade da decisão penal mais benigna, onde assentou-se a premissa de que é necessário atribuir efeito retroativo à modificação jurisprudencial *in bonam partem* a fim de respeitar o princípio da igualdade de todos perante a lei, vejamos:

REVISÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. VARIAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RETROAÇÃO "IN BONAM PARTEM". REGIME CARCERÁRIO. NA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM BENEFÍCIO DO JURISDICIONADO, É IMPOSITIVO O DEFERIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL, ATRIBUÍDO EFEITO RETROATIVO À MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL, QUER PELA EXIGÊNCIA PURA E SIMPLES DE APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL, QUER POR RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TODOS PERANTE A LEI. MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE O CRIME DE ESTUPRO E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. EXCLUSÃO DO TIPO BÁSICO DO ESTUPRO (ART. 213 DO CP). RECONHECIMENTO DO DIREITO A SER TRATADO EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES. REVISÃO DEFERIDA. (TJRS, 2001, p.

O Desembargador em seu voto asseverou que o primeiro óbice à retroação é, evidentemente, o princípio da reserva legal, onde não é possível aplicar ao acusado a nova norma, posterior ao fato praticado. Contudo, se de benefício se trata, perde sentido a vedação e, portanto, restaria para o embasamento da coisa julgada somente o segundo obstáculo da segurança jurídica. Ora, entre os valores igualdade e segurança jurídica, o eminente desembargador, aduz que a ponderação leva ao prevalecimento do primeiro.

De fato, a igualdade deve prevalecer sobre a segurança jurídica. A igualdade, princípio geral que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro, recebeu da Constituição Federal um tratamento especial e robusto, capaz de evitar arbitrariedades em nome do estado. Joaquim Barbosa afirma que a igualdade veio para dar sustentação jurídica ao Estado, onde a lei deve ser igual para todos, sem distinção de qualquer espécie (BARBOSA, 2007, p.48)

Nessa esteira, a segurança jurídica não pode ser utilizada com o intuito de cercear a esfera de liberdade do particular e aumentar o poder punitivo estatal (COSTA, 2015, p. 19), sendo a revisão criminal fundada em mudança jurisprudencial, portanto, um mecanismo para assegurar a igualdade de todos e evitar que pessoas diferentes por condutas iguais tenham julgamentos com fundamentos dissemelhantes.

6. Conclusão

Diante de todo o exposto, podemos perceber que se torna mais apropriado a retroatividade tanto da lei quanto da jurisprudência quando mais favoráveis aos acusados e condenados de um processo criminal.

De fato, como evidenciado na presente pesquisa, adotamos, em tese, o sistema civil law em nosso país. Contudo, parece ser mais sensato a ideia de que atualmente nos enquadrados em um sistema híbrido, onde tanto a lei quanto a jurisprudência, por serem respectivamente fontes imediatas e mediatas do direito penal, convergem para a aplicação do direito.

Desse modo, a garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais favorável ao agente deve ser extensiva às jurisprudências que possuem um entendimento com maior benefício, tendo em vista que a jurisprudência consegue acompanhar as mudanças em nossa sociedade, diferentemente das leis que possuem um rigor maior para a sua elaboração.

Quando tratamos da retroatividade da jurisprudência, a corrente, ainda minoritária, que cria a possibilidade de retroatividade das modificações jurisprudenciais favoráveis é a corrente que nos parece mais adequada à garantia da isonomia, uma vez seria evidentemente desigual manter uma pessoa presa condenada antes da mudança do entendimento jurisprudencial.

Nessa linha, aparentam ser mais fidedignas às lições de Nilo Batitsa, Zafaroni, Alagia e Slokar, haja vista que a manutenção de uma pessoa presa por entendimento jurisprudencial modificado ocasionaria em um escândalo político e a flagrante violação à equidade. Entretanto, como uma questão de segurança jurídica, deve ser ter mente que a retroatividade da jurisprudência deve se ater as hipóteses de incidência, ou seja, quando estivermos diante de uma súmula vinculante ou uma decisão do controle concentrado de constitucionalidade, a fim de que se evite que um entendimento não consolidado retroaja, o que se mostraria temerário.

Noutro giro, se estivermos diante de uma das hipóteses supramencionadas, deve haver a retroatividade deste entendimento quando este for mais favorável ao réu, de modo que, caso estejamos perante uma decisão com trânsito em julgado, possamos nos valer da revisão criminal fundada no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal, posto que, como abordado nesta pesquisa, a expressão “texto

expresso da lei penal” deve ser analisada por uma visão mais ampla, não se restringindo, apenas, às leis propriamente ditas.

Existem decisões recentes admitindo o ajuizamento de revisão criminal fundada na mudança jurisprudencial, apontando que quando o entendimento for pacífico e relevante não existe óbice para o manejo da revisão criminal.

Portanto, como ilação da presente pesquisa, podemos salientar que ainda não há entendimento pacificado sobre o tema, porém ante toda a explicação, parece ser mais assertiva a ideia de que, mesmo em caso específicos, deve-se aplicar o efeito retroativo às mudanças jurisprudências e deve haver a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal, de maneira que a sustentação jurídica do Estado, de fato, seja a igualdade.

7. Referências Bibliográficas

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Manual de direito penal / Ricardo Antônio Andreucci. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. Do erro no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
- BARBOSA, Joaquim B. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2007.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.I.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 de outubro de 2022.
- BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11 de outubro de 2022.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., MALARÉE, Hérmán Hormazábal. Lecciones de Derecho Penal. Vol. 1. Madrid: Trotta, 1997.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral – arts. 1º a 120 – v. 1 / Fernando Capez. – 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal / Fernando Capez. – 29. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- COSTA, Natasha Raeder de Carvalho Martins. Possibilidade de Ultratividade e Retroatividade do Entendimento Jurisprudencial Mais Benéfico ao Réu. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.
- ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º a 120 – v. 1 / André Estefam. – 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- ESTEFAM, André. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NERY JR., Nelson. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2007

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 16ª Ed. Rio de Janeiro: 2004.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal – Parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1953.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 21. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2019.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Rogério Greco. – 24. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Barcelona: Bosch, 1984.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

JESUS, Damásio de Parte geral / Damásio de Jesus; atualização André Estefam. – Direito penal vol. 1-37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal / Aury Lopes Jr. – 19. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal / Renato Marcão. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINELLI, João Paulo O.; BEM, Leonardo Schmitt D. Lições fundamentais de direito penal : parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2019

MASSON, Nathalia. Manual de direito constitucional / Nathalia Masson – 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2020.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Revisão Criminal. 2 ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, João Victor Esteves. A (ir)retroatividade da jurisprudência na seara penal: uma (re)leitura necessária para contenção da jurisdição com fonte de exceção. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1994
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional /Alexandre de Moraes. – 19. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional / Alexandre de Moraes. – 37. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.
- MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 38. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.
- NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito / Paulo Nader. – 44. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Processo Penal e Execução Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; CALLEGARI, Andre Luis. Manual de direito penal: Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.
- PADILHA, Rodrigo, Direito Constitucional / Rodrigo Padilha. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- POLETTI, Ronaldo. Introdução ao Direito. - 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RAMOS, André de Carvalho. Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB / André de Carvalho Ramos, Erik Frederico Gramstrup. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

REALE JUNIOR, Miguel. Fundamentos de Direito Penal / Miguel Reale Júnior – 5. ed: - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

SAGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STJ. AgRg no HC n. 485.726/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe de 28/5/2019. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803420390&dt_publicacao=28/05/2019. Acesso em: 08/05/2023

STF, ARE 773.589 AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., DJe 18/09/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur277001/false>. Acesso em: 11/04/2023.

STF, HC 110.516 AgR-ED/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 18/12/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur246769/false>. Acesso em: 11/04/2023

STJ, HC 223.199/MS, Rel. Min. Ericson Maranhão – Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 26/02/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102579698&dt_publicacao=26/02/2015. Acesso em: 11/04/2023.

STJ. REsp: 328418 MG 2001/0067015-5. Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 03/09/2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.11.2002. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100670155&dt_publicacao=25/11/2002. Acesso em: 17/04/2023.

STJ. RvCr 5.627/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2021, DJe 22/10/2021. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101805200&dt_publicacao=22/10/2021. Acesso em: 17/04/2023.

STJ. RvCr n. 4.944/MG. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 11/9/2019, DJe de 20/9/2019. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901489061&dt_publicacao=20/09/2019. Acesso em: 18/04/2023

SILVA, Bruno Nova. A (ir)retroatividade das alterações jurisprudenciais: uma nova leitura do princípio da legalidade penal em meio à teoria dos precedentes. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013.

SILVA FRANCO, Alberto. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Fundamentos da adequação social em Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

TJRS. Revisão Criminal, Nº 70002052959, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em: 22-06-2001. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70002052959&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 17/04/2023

TJ-SC. Revisão Criminal n. 2014.030582-4, Balneário Camboriú, rel. Carlos Alberto Civinski, Seção Criminal, julgado em: 29-04-2015). Disponível em:

[https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=REVIS%C3%20CRIMINAL.%20CONDENA%C7%C3%20POR%20CRIME%20DE%20ROUBO%20TENTADO%20\(CP,%20ART.%20157,%20%A7%202%BA,%20I%20E%20II%20C/C%20ART.%2014,%20II\).%20PEDIDO%20REVISIONAL%20FUNDADO%20NO%20INCISO%20I%20DO%20ARTIGO%20621%20DO%20C%C3%20D%C3%20DIGO%20DE%20PROCESSO%20PENAL.%20&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALLWZAAa&categoria=acordao](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=REVIS%C3%20CRIMINAL.%20CONDENA%C7%C3%20POR%20CRIME%20DE%20ROUBO%20TENTADO%20(CP,%20ART.%20157,%20%A7%202%BA,%20I%20E%20II%20C/C%20ART.%2014,%20II).%20PEDIDO%20REVISIONAL%20FUNDADO%20NO%20INCISO%20I%20DO%20ARTIGO%20621%20DO%20C%C3%20D%C3%20DIGO%20DE%20PROCESSO%20PENAL.%20&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALLWZAAa&categoria=acordao).

Acesso em: 08/05/2023.

TJ-SP - RVCR: 01615728720088260000 SP 0161572-87.2008.8.26.0000, Relator: Vico Mañas, Data de Julgamento: 19/08/2015, 6º Grupo de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/08/2015. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8733868&cdForo=0>. Acesso em: 17/04/2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 1996.

VENOSA, Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito / Silvio Salvo Venosa. – 7. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.