

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

ENRICO SILVEIRA NORA

**RETROAÇÃO JURISPRUDENCIAL:
POSSIBILIDADE DE REVISÃO CRIMINAL POR ALTERAÇÃO DE
JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA.**

Porto Alegre

2015

ENRICO SILVEIRA NORA

**RETROAÇÃO JURISPRUDENCIAL:
POSSIBILIDADE DE REVISÃO CRIMINAL POR ALTERAÇÃO DE
JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para a obtenção de grau de
Especialista em Direito Penal e
Política Criminal na Universidade
Federal do Estado do Rio Grande
do Sul.

Professor Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca de Andrade

Porto Alegre

2015

“O homem mais honesto e mais respeitado pode ser vítima da justiça. Pode considerar-se um bom pai, um bom marido, um bom cidadão. Anda de cabeça levantada. Pensa que jamais terá de prestar contas aos magistrados do seu país. Que fatalidade poderia fazer passar por um homem indigno, por um criminoso? Essa fatalidade existe, tem um nome: erro judiciário.”

Renê Floriot

RESUMO

Essa dissertação busca estudar a força da coisa julgada e sua relativização frente a decisões iníquas passíveis de revisão criminal, bem como a força marcante da jurisprudência e sua evolução histórica para se tornar um instituto de grande relevância e vinculação.

Palavras-Chave: Coisa Julgada. Força Vinculante da Jurisprudência. Retroação da Jurisprudência mais Benigna. Revisão criminal. Possibilidade de Revisão Criminal por Alteração de Jurisprudência.

RESUMEN

Esta tesis pretende estudiar la fuerza de la cosa juzgada y su relativización contra las decisiones injustas objeto de revisión penal, así como la fuerza de choque de la jurisprudencia y de su evolución histórica para convertirse en una institución de gran relevancia y vinculación.

Palabras clave: Acción Independiente de Revisión Penal. Cosa Juzgada. Casación Penal para la Unificación de Doctrina.

ABSTRACT

This dissertation seeks to study the strength of *res judicata* and its relativization against unjust decisions subject to criminal revision, as well as the striking force of the jurisprudence and its historical evolution to become an institute of great relevance and linkage.

Keywords: Criminal Revision. Striking Force of Jurisprudence. Jurisprudence Retroactivity. Possibility of Criminal Revision by Jurisprudence Retroactivity.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	6
1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A COISA JULGADA E OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA.....	10
2.1. Aproximações histórico-conceituais ao tema.....	10
2.2. Relativização da coisa julgada e a prevalência do valor de Justiça.....	16
3. POSSIBILIDADE DE REVISÃO CRIMINAL POR ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.....	19
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
5. REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho, embora escasso de fontes em nosso ordenamento jurídico pátrio, revela-se de fundamental importância para os operadores de direito, uma vez que será tratada a desconstituição da coisa julgada pela ação autônoma de revisão criminal, bem como seu cabimento frente à retroação de jurisprudência benigna.

Ademais disso, será tratada a coisa julgada e sua força frente aos princípios fundamentais da isonomia e da liberdade, marcantes na Constituição da República. Para tanto, será feita breve viagem histórica, para os tempos revolucionários, demonstrando o raciocínio de autores como Montesquieu, que acreditavam cegamente na onipotência da lei, de forma que qualquer situação fática seria passível de resolução através do texto legal.

De outra banda, a razão pela qual se adotou o presente tema para dissertação, repousa na acesa polêmica envolvendo doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade ou não de retroação mais benéfica para o condenado em sede de revisão criminal, ou seja, pós-trânsito em julgado da decisão. Afinal, a força da coisa julgada, deve prevalecer frente à força vinculante da

jurisprudência? Deve a realidade formal prosperar frente à verdade material, de forma que a primazia da realidade seja afetada pelo princípio da coisa julgada? Pode ser feita uma interpretação extensiva em consonância com os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade ao art. 621 do Código de Processo Penal, para que se aplique a retroatividade jurisprudencial benigna em sede revisional?

Outro motivo que levou a dissertação do presente trabalho está na relevância da revisão criminal, pois sendo este remédio jurídico ausente de nosso ordenamento, a coisa julgada seria imutável, tornando decisões penais condenatórias definitivas, mesmo não representando elas o melhor Direito a ser aplicado.

Dentro outras estas serão as perguntas e questões que pretendemos solucionar ao longo do trabalho, ressaltando a força vinculante que a jurisprudência possui nos tempos atuais.

3. POSSIBILIDADE DE REVISÃO CRIMINAL POR ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

Essa polêmica questão, envolvendo a retroação de jurisprudência mais benéfica para beneficiar o condenado, trás à baila forte controvérsia entre os partidários da prevalência do valor de igualdade, e por outro lado, os que defendem de maneira incondicional a segurança jurídica.

Como visto no capítulo anterior, sentenças penais já transitadas em julgado, podem não representar a melhor maneira de se ver o direito, não refletindo a melhor solução para o caso posto em tela. Nesse passo, podem ser alteradas quando abarcadas de erros ou não representem o melhor direito, ocasionando a relativização da coisa julgada.

Dessa forma, quando um tribunal determina a melhor aplicação de uma lei, deve esta ser reconhecida e imposta uma vez que a jurisprudência representa a melhor maneira de se ver a lei. Nesse sentido, explica Odone Sanguiné:²⁶

Na verdade, hoje não há mais um limite radical separador entre as funções que levam a cabo o juiz e o legislador, tal como se concebia no iluminismo, seja porque as leis são redigidas de forma abstrata e hão de ser concretizadas pelo aplicador da norma, seja porque a linguagem utilizada pelo legislador, por sua própria natureza, não oferece limites precisos ou pela existência de uma valoração judicial na aplicação dos elementos descritivos e normativos do tipo penal. Além disso, a difundida sujeição do juiz somente à lei

²⁶ SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações de jurisprudência penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000, p. 158.

tem um valor puramente acadêmico, o que não se corresponde em absoluto com a prática dos Tribunais, de forma que uma jurisprudência constante dos Tribunais Superiores se aproxima muito a um mandado de caráter legal.

Assim, a jurisprudência se aproxima cada vez mais a um mandamento de caráter legal, de maneira que a tarefa do juiz não é simplesmente interpretativa, como dizia Montesquieu, sim criadora do direito, ao passo que ao interpretar a lei expressa profere uma decisão enquadrando a lei ao caso concreto.

Antigamente, no período revolucionário, o princípio da legalidade era entendido como vinculação automática, direta e exclusiva do texto da lei, chegando Robespierre a afirmar que a palavra jurisprudência dos tribunais deveria ser apagada da língua francesa. Em assim sendo, naquele momento histórico tratava-se da crença na onipotência da lei, de forma que esta criava para a classe emergente um sentimento de segurança contrastante com a insegurança que era gerada devido às arbitrariedades cometidas pela então classe dominante.²⁷ Além disso, acreditava-se que realmente existia uma regra específica para cada situação fática, visto que, sem necessidade de interpretação em face das particularidades do caso concreto, era capaz de se fornecer soluções as mais diversas hipóteses e situações fáticas.²⁸

Contudo, na atualidade, as decisões não podem mais ser consideradas como resultado automático e imediato do texto legal, uma vez que essa onipotência à lei não mais se configura. Como afirma Teresa Arruda Alvim Wambier:²⁹

As decisões já não mais podem ser consideradas como resultado imediato e automático da aplicação do texto legal. A ideia de que a sentença judicial surge claramente e sem vacilação da norma codificada se pode dizer que hoje esteja absolutamente superada. Assim, a ideia de que a sentença decorreria automaticamente da lei foi substituída por outra ideia, a de que o Juiz exerce função até

²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, 1997. p. 117.

²⁸ BOSCHI, Marcus Vinicius. Da Retroatividade da Jurisprudência penal mais Benigna. Porto Alegre, 2003, p.182.

²⁹ Op. Cit. p.117.

certo ponto e em certa medida criativa em relação à lei. Esta substituição de idéias, na verdade, constituiu um abandono da versão simplista do fenômeno decisório judicial para uma visão realista e a relação entre a sentença e o texto da lei não sendo tão óbvia como antigamente, tem gerado polêmicas e profundas discordâncias em todo o mundo ocidental.

Dessa forma, deve-se adotar a visão realista acerca do fenômeno decisório judicial, de maneira que se reconheça a jurisprudência como força vinculante, não prosperando apenas o texto legal para interpretação do Direito, como antigamente ocorria. Assim, na falta de regras específicas para alcançarmos a solução do caso posto à apreciação do magistrado, cabe à jurisprudência, amparada em princípios gerais de Direito, fornecer a solução para os casos concretos. Portanto é a jurisprudência que, ao contornar os problemas jurídicos dos mais diversos tipos, cria o Direito, tanto nas hipóteses onde o legislador é lacunoso ou inerte em seu ofício regulamentador quanto naquelas em que afasta a incidência da lei ou presta novo sentido ao texto legal.³⁰

Pontes de Miranda³¹, explica que a palavra lei não pode de maneira nenhuma substituir a palavra direito:

Se entendermos que a palavra 'lei' substitui a que lá devera estar, 'direito', já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento de realização dele. E esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a letra legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que fosse criada: apaziguar, realizar o direito objetivo. Seria a perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mas antissocial e, como a lei e a jurisdição servem a sociedade absurda. [...] Pouco importa ou nada importa, que a letra seja clara, que a lei seja clara; a lei pode ser clara, e obscura o direito que, diante dela, se deve aplicar. Porque lei é roteiro, itinerário guia. [...] Ainda quando o juiz decide contra legem scriptam, não viola o direito, se sua decisão corresponde ao que 'se reputa' direito.

³⁰ BOSCHI, Marcus Vinicius. Da Retroatividade da Jurisprudência penal mais Benigna. Porto Alegre, 2003.

³¹ PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. VI, Forense, São Paulo, 1974. p. 290-294.

Assim, como se depreende da lição de Pontes de Miranda, a lei nada mais é do que instrumento utilizado para obter-se o direito, não podendo, de forma alguma, confundir os dois termos. Como explicado pelo mestre, direito é um conceito sociológico, não sendo a função de o juiz ser simplesmente “*La bouche de La loi*”, de forma que se assim fosse, a função social estaria prejudicada. Não se pode olvidar que direito é “ciências jurídicas e sociais”, o que significa dizer que o jurídico está calcado na realidade social e, por isso mesmo, não se pode aceitar que um conceito ou definição jurídica, por mais importante que seja, revogue a realidade. A realidade deve modificar o direito, não o contrário. Assim, a fim de explicar a diferença entre direito e lei, ressalta o referido autor que mesmo o juiz decidindo contra o texto legal não estaria violando o direito, se sua decisão corresponder ao que se reputa direito.

Teresa Arruda Alvim Wambier ³² ainda ressalta o que dá os contornos do direito na atualidade:

A lei, somada à jurisprudência e à doutrina é que dá os contornos daquilo que é considerado *direito* em nossos dias. A jurisprudência e a doutrina funcionam, por assim dizer, como um *filtro* através do qual a lei é entendida, e é a este fenômeno que se vinculam os Juízes ao decidir.

Outrossim, a lei somada à doutrina e à jurisprudência representam o direito em nossos dias, de forma que, em conjunto, representam o perfeito entendimento desta ciência. É nesse sentido que Odone Sanguiné ³³ explica a valorização da jurisprudência, e sua necessária aplicação:

Ao relacionar a lei com o caso concreto, sempre acrescenta algo novo à concretização da mesma, e nesse sentido, ajuda a sua determinação: cada nova decisão judicial ajuda a delimitar de forma mais precisa os limites da lei.

Concluindo, o citado autor afirma:

³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *In: Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, 1997. p.118.

³³ SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações de jurisprudência penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000, p. 158.

Pode-se dizer até que a função da jurisprudência é superior à Lei, pois lhe incumbe reescrever e aperfeiçoar o teor da Lei acrescentando elementos valorativos atuais e particulares que o legislador não previu nem poderia fazê-lo. Como mostra a experiência, a jurisprudência pode alterar-se em aspectos fundamentais de conteúdo sem que ao mesmo tempo tenha se alterado a correspondente lei.³⁴ (O grifo é nosso)

Portanto, a jurisprudência mostra-se fundamental para o entendimento do Direito, uma vez que representa o pensamento dos tribunais acerca de determinado texto legal. De nada vale a simples leitura do texto sem sua correta interpretação. Além do mais, o ato de interpretação não se restringe à leitura do texto, pois se dessa maneira fosse, qualquer cidadão comum, mesmo sem nenhum conhecimento em ciências jurídicas e sociais, teria capacidade para interpretar o Direito. A interpretação vai muito além da leitura do texto, de forma que a Lei e sua interpretação se encontrem em um vínculo necessário de complementação. Deve, assim, a nova interpretação ser entendida como uma realização de vontade da lei, de forma que somente agora foi corretamente reconhecida e “amadurecida”.

Gustavo Zagrebelsky³⁵, Juiz da Corte Constitucional italiana traduz bem esse raciocínio:

Particularmente *naif*, además, es la llamada a letra de la ley que a menudo se quiere oponer a la evolución del derecho para preservar su certeza. En efecto, a quien observara que una actitud interpretativa más rigurosa podría frenar la fragmentación de la jurisprudencia se le podría contestar que ni siquiera conseguiría tanto el que parece más seguro e incontestable de todos los criterios de interpretación, el literal (consistente en atribuir a la ley el significado que resulta de las palabras que el legislador ha empleado). Cuando existen distintos contextos de sentido y de valor, ni siquiera la letra es una garantía de certeza. La argumentación literal de Porcia contra la pretensión de Shylock (en Shakespeare, *El mercader de Venencia*, IV, I) es una demostración clásica de ello. El propio legislador incurre normalmente en este equívoco y, el intento de hacer claro su pensamiento y su voluntad, abunda en palabras que deberían esclarecer el sentido de otras palabras, multiplicando, así, en vez de reducir, las posibilidades interpretativas de su producto. De este modo, la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más abierta de todas las interpretaciones.

³⁴ *Ibidem*, p. 158.

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, derecho, justicia. Madrid: Trotta, 2007.

Dessa forma, o autor italiano faz forte crítica ao seguimento incondicional à letra da lei, demonstrando que a mesma não traduz uma garantia de certeza. Nesse passo, nem mesmo quem sugere uma atitude interpretativa mais rigorosa, buscando encontrar fragmentos de jurisprudência, encontra a garantia de certeza.

Para realçar a ideia apresentada, bem como exemplificar a força normativa da jurisprudência na atualidade, destaca-se que esta se mostra configurada, até mesmo, em texto de lei, ou seja, no art. 557, § 1º do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 9.756/98 ³⁶. Se não vejamos:

Art. 557, § 1º O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. .

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. .

Assim, quando é conferido ao juiz o poder de negar seguimento a recurso que contraria uma jurisprudência dominante, a Súmula, e, inclusive, julgar tal recurso, o legislador deixa de maneira clara a força criadora da jurisprudência, bem como sua indiscutível força normativa.

Nessa linha de raciocínio, Marcus Vinicis Boschi ³⁷:

Esta “atualização legislativa” é tarefa própria da jurisprudência que, em contato com as mais diversas situações do cotidiano, consegue adaptar o Direito legislado à realidade, não deixado que seja ele um mero instrumento de controle social estagnado no tempo. O texto legal, enquanto abstração jurídica impessoal e desprovido de um destinatário específico, nada mais é do que um corpo sem alma, uma embalagem sem seu conteúdo. A jurisprudência interpretando os dispositivos normativizados e criando-os na inércia do legislador, passa a conferir sentido à lei, realizando sua tarefa por interpretar.

³⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.896 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 16 abr. 2013.

³⁷ BOSCHI, Marcus Vinicius. Da Retroatividade da Jurisprudência penal mais Benigna. Porto Alegre, 2003, p. 188.

À vista disso, acreditar na onipotência do legislador é retornar ao período revolucionário, mesmo depois de termos vivido cerca de duzentos anos pós Revolução Francesa. É evidente que hoje a jurisprudência possui força vinculativa, não prosperando mais argumentos de Robespierre e Montesquieu acerca da onipotência do legislador e a vinculação do Direito única e exclusivamente à lei.

Na revisão criminal nº 7000205269, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁸, o Desembargador José Antonio Paganella Boschi, ao proferir seu voto sustentando a procedência da revisional por alteração jurisprudencial benéfica, realçou a força vinculante da jurisprudência:

Se atentarmos para a realidade da vida, veremos o quanto é verdadeira afirmação de que a força normativa do direito provém não propriamente do texto, mas, isto sim, do sentido conferido a ele pela doutrina e pelos pretórios do país. Aliás, não raro, os tribunais afirmam o direito mesmo à falta de texto expresso, bastando que se invoque, como exemplo, antes mesmo do enunciado 174 da Súmula do STF, o enquadramento da *arma de brinquedo* nos domínios da majorante do § 2º do inciso I do art. 157 do Código Penal.

Antes mesmo do reconhecimento da união estável como entidade familiar, pelo texto da Lei Maior, a jurisprudência do Tribunal de justiça gaúcho, pioneiramente, já reconhecia aos concubinos, em caso de separação, o direito à divisão do patrimônio adquirido com o esforço comum, e, recentemente importante decisão fixou a competência das varas de família para apreciar o caso de separação de pessoas do mesmo sexo que mantinham vida em comum.

Assim a força normativa do direito provém da interpretação que a doutrina e os pretórios fazem acerca do texto legal, sendo comum que os tribunais afirmem o direito mesmo não presente texto legal.

É nessa linha de raciocínio que funciona o “*common law*”, tendo a doutrina e a lei uma função secundária do direito. Assim, a verdadeira fonte do Direito é encontrada nos precedentes judiciais, ou seja, nas decisões

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal nº 7000205269**, Marau/RS, Rel Min. Tupinambá Pinto de Azevedo, Quarto Grupo Criminal, Porto Alegre, 27 de junho de 2001, p. 71.

reiteradas das cortes sobre determinada matéria. Portanto, seguindo o raciocínio desse sistema, o órgão que diz o Direito é o Poder Judiciário, uma vez que suas decisões possuem força vinculativa. Nesse passo, a jurisprudência, dentro do sistema da “*common law*” é tratada como fonte de Direito.³⁹

Dada à relevância do assunto, bem como a semelhança entre a ação de revisão criminal e a ação rescisória (da esfera Processual Civil), faz-se mister uma breve análise do que vêm sendo dito acerca a súmula 343 do STF que abrange exatamente o problema aqui exposto. A referida Súmula diz que não é passível ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Pois bem, tal Súmula vem sendo fortemente atacada, provocando grande divergência entre doutrinadores. As jurisprudências têm, de certo modo, afastado a aplicação da súmula, ou afirmando que o seu dispositivo deve ser interpretado com temperamento.⁴⁰

De outra banda, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812 (publicado no Diário de Justiça em 02.05.2008), o órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento sobre a aplicabilidade da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, afastando tal súmula, uma vez que se tratava de matéria constitucional, dando provimento ao recurso extraordinário a fim de que possa o Tribunal *a quo* apreciar ação rescisória com fundamento nos art. 5º, XXXVI da Magna Carta.

³⁹ BOSCHI, Marcus Vinicius. Da Retroatividade da Jurisprudência penal mais Benigna. Porto Alegre, 2003, p. 188.

⁴⁰ Algumas decisões vêm atacando o disposto na Súmula, afirmando que a mesma deve ser aplicada com temperamento. A título ilustrativo, a ação rescisória 349-6 BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgada em 03/12/94, decidiu que a interpretação da Súmula 343 do STF deve ser feita com temperamentos, quando se trata de jurisprudência a respeito da qual já assentou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Da leitura da decisão supracitada, bem como das conclusões feitas pelos autores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer acerca da mencionada decisão ⁴¹, nota-se que a Corte Plenária assentou alguns pontos, merecendo aqui destacar-se dois: 1º) como trata-se de matéria constitucional a questão de interpretação contraditória à época dos fatos tornou-se pacífica em favor da tese do autor da ação rescisória; 2º) nas hipóteses onde o Supremo Tribunal Federal ajusta a interpretação correta de uma norma infraconstitucional, a violação desta interpretação (contrariedade à Lei já definida pela Corte face a Constituição) desencadeia o uso da ação rescisória.

Dessa forma, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer ⁴², fazendo análise da decisão supracitada, concluem:

Negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal implicaria admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa, pois a afronta se dirigiria a uma interpretação que poderia ser tomada como a própria interpretação constitucional realizada. Assim, a ação rescisória adquiriria uma feição que *melhor realizaria o princípio da isonomia*, tendo em vista que, se por um lado a rescisão de uma sentença representaria eventual fator de instabilidade, por outro não se poderia deixar de reconhecer que uma aplicação de forma assimétrica de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional produzisse instabilidade maior, já que representaria uma violação a um referencial normativo que daria sustentação a todo o sistema, o que não poderia ser equiparado a uma aplicação divergente de legislação infraconstitucional.

Assim, não se pode negar vigência a uma jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, sendo cabível ação rescisória quando fundada em alteração jurisprudencial deste Tribunal. Além disso, é o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição Federal, responsável por ditar sua melhor aplicação para o Direito. Em assim sendo, a aplicação da Súmula 343 do STF, seria afrontosa a força da Constituição, uma vez que estaria originando um fortalecimento das instâncias inferiores frente às decisões do próprio fiscalizador da Magna Carta, o Supremo Tribunal Federal. Ou seja, não se

⁴¹ PACCELLI, Eugênio; FISCHER Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e a sua Jurisprudência**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 1230-1233.

⁴² *Ibidem*, p. 1232.

pode valorizar decisões de instâncias primárias, frente à decisão já pacificada por aquele egrégio Tribunal.

Dessa forma, restou deferida ação rescisória por alteração de jurisprudência, pacificada pós trânsito em julgado da decisão que se quer desconstituir, com base, principalmente, no princípio da isonomia.

Ainda atacando a Súmula 343 do STF, Teresa Arruda Alvim Wambier⁴³ afirma que esta jamais pode ser aplicada:

Isto porque o que nos faz perceber que aquelas decisões anteriormente proferidas estavam *erradas* é a circunstância de aquele determinado problema jurídico já ter sido, por assim dizer, assimilado (ou seja, decidido reiteradamente num determinado sentido) pelo sistema. Isso significa dizer que em casos como esse se está permitindo que sobreviva uma decisão que afronta não só a lei, mas a forma como o entendimento dessa lei amadureceu em nossos tribunais, certamente com subsídios fornecidos pela doutrina, o que significa algo de muito mais grave e pernicioso para a estabilidade jurídica. (O grifo é nosso).

Em assim sendo, a revisão criminal, como a ação de rescisória cível, não é hábil apenas para exame de literal violação de dispositivo legal, mas capaz de libertar uma interpretação construtiva da norma legal, na aplicação do direito. Caso contrário, estar-se-ia a escravizar a ordem jurídica ao formalismo impiedoso.⁴⁴

À vista disso, necessária extensão de entendimento deve ser feita ao âmbito penal, onde está em jogo o direito fundamental à liberdade do indivíduo. As consequências geradas por uma condenação na esfera penal mostram-se muito mais gravosas do que as do âmbito civil, pois em jogo o *status dignitatis* do condenado. Assim, a questão deve ser levada mais a sério, pois não se pode condescender com a dignidade da pessoa humana, muito menos com a liberdade de locomoção.

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, 1997. p.118

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória nº 368-BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Brasília, (DF), 01 de agosto de 1994. **Diário da Justiça**, 17 out. 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300090194&dt_publicacao=17-10-1994&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 22 mai. 2013.

Nesse passo, concluem Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:⁴⁵

Assim, se no âmbito cível o posicionamento hodierno é no sentido do cabimento da ação rescisória em face de entendimento pacificado posteriormente ao trânsito em julgado que decidiu em sentido oposto, tendo como corolário primordial a melhor realização do princípio da isonomia, não há como não deixar de adotar idêntico posicionamento em sede criminal (com os temperamentos declinados), no qual está em jogo direito fundamental à liberdade (o que por si só, confere maior relevância ainda à possibilidade da revisão em sede criminal). Mas reiteramos: unicamente nas situações relacionadas à tipicidade ou causas que possam influenciar no cálculo da pena em benefício do réu.

Assim, os autores sustentam que se no âmbito Cível tem a ação rescisória cabimento perante entendimento jurisprudencial pacificado posteriormente ao trânsito em julgado da decisão que se pretende desconstituir, deve tal entendimento ser extensivo ao Direito Penal e, conseqüentemente, a revisão criminal.

Com semelhantes argumentos aos acima expostos, contudo já na esfera criminal, destaca-se a revisão criminal nº 4.592-SP, julgada em 12/11/1980 no Supremo Tribunal Federal, onde o requerente visava que sua conduta fosse considerada como crime continuado, matéria já pacificada por aquele tribunal e, nos casos semelhantes ao do requerente, dada a procedência e reconhecimento do crime continuado, a fim de diminuir a pena. A revisão foi indeferida, contudo importante destacar o voto do Ministro Pedro Soares Muñoz:⁴⁶

Se o STF é o intérprete máximo da lei, se ele é quem expressa a vontade e o conteúdo da lei, não vejo razão porque deixar de aplicar, mediante revisão, os princípios do art. 2º, do Código Penal (que consagra a retroatividade da lei mais benéfica) à jurisprudência atual do STF, quando mais favorável ao requerente.

O Ministro Leitão de Abreu também é favorável a essa hipótese, e em seu voto justifica:

⁴⁵ PACCELLI, Eugênio; FISCHER Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e a sua Jurisprudência**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1234.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Revisão Criminal nº 4.592-SP**, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Brasília, (DF), 12 de novembro de 1980.

A interpretação do STF tem caráter vinculativo, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado, obtendo-se o mesmo resultado pela via do recurso extraordinário (hoje denominado “recurso especial” e dirigido ao Superior Tribunal de Justiça).⁴⁷

Mesmo extenso, é fundamental transcrever aqui outra parte do voto do Ministro Leitão de Abreu no julgamento supramencionado:

[...] resta, contudo, como fato incontestável, a diferença, que se costuma assinalar entre a lei, tal como se acha estampada nos órgãos que lhe dão publicidade, bem como nos códigos ou nos livros (Law in the books) e a lei tal como é aplicada, mediante o trabalho jurisdicional, a lei revestida de efetividade, ou seja, a lei em ação “Law in action”. Irrecusável é, pois, a tarefa judicante um quid de criatividade, certamente sutil, mas, nem por isso, irreal. [...] Permanece a questão atinente a não se haver mostrado em que teria o acórdão revisando violado literal dispositivo de lei. Sucede, ao meu ver, no caso não é mister apontar texto legal ferido em sua literalidade. É que, a não dar-se pela procedência da presente revisão criminal, o Supremo Tribunal, violará não texto de lei, mas norma constitucional. O requerente – dir-se-á – não se reportou, com o fundamento do pedido, à inconstitucionalidade de qualquer natureza, limitando-se a invocar em apoio dele o § 2º, do art. 51 do Cod. Penal. Ocorre, no entanto, que a isso não se adstringiu o requerente, que alega fundamentalmente, haver esta Corte, pois que admitiu, em tese, a continuidade delitiva em crimes de roubo, atendidos os requisitos previstos no art. 51, § 2º, do Código Penal. A pretensão do requerente consiste, por conseguinte, em que, diante da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, onde passou ele a admitir a continuidade delitiva, em crimes de roubo, seja revisão, que ajuizou, julgada de acordo com o critério novo, uma vez que atendia, para isso, os requisitos do art. 51, § 2º, do Código Penal. [...] Pede, portanto, que lhe defira a Suprema Corte o mesmo tratamento que hoje confere, diante da exegese que nela domina, quanto ao preceito que regula o crime continuado, aos que praticaram crime de roubo em que ele, requerente, o fez. Roga, pois, em última análise, se lhe reconheça o direito a ser tratado em igualdade de condições com que esta Corte, hoje, trata os que perpetraram crimes de roubo. Quer, numa palavra, que se lhe aplique, para conceder-se-lhe a revisão criminal, o princípio da igualdade perante a lei. Como se entende que, para o cabimento da ação rescisória, não é necessário, quando se alega, ofensa a preceito constitucional, seja este violado na sua literalidade, bastando que a cláusula constitucional seja inobservada, concluo que não há obstáculo, também na espécie, a que se tenha como cabível a revisão criminal, por quanto esta é pedida com fundamento na igualdade perante a lei, igualdade que se não observaria se não aplicável a regra relativa ao crime continuado, tal como interpretada, atualmente, pelo Supremo Tribunal. [...] No fundo, pois, o caso presente é um caso, quando mais não fosse de equidade, um caso onde se clama pela aplicação desse generoso e

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Revisão Criminal nº 4.592-SP**, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Brasília, (DF), 12 de novembro de 1980.

indeclinável princípio. Cabe, pois, a palavra de Brackton, quando, ao lembrar os axiomas jurídicos romanistas diz que 'A equidade é *rerum convenientia quae in paribus causis paria desiderati iura et omnia bene coaequiparat.*'⁴⁸

Portanto o Ministro, ao sustentar a possibilidade de revisão criminal por alteração de jurisprudência, cita a necessidade de igualdade de condições e de igualdade perante a lei, afirmando que deve a Suprema Corte dar o mesmo tratamento ao acusado que vem dando aos demais, que realizam o mesmo tipo de crime. Além disso, da leitura dos votos epigrafadas, nota-se que os argumentos foram muitos semelhantes aos dados pelo Supremo Tribunal Federal, ao deferir Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812 (antes mencionado), no sentido de que é possível a retroação da jurisprudência para beneficiar o requerente, quando restar jurisprudência pacífica sobre determinado assunto de índole constitucional. Assim, feriu-se, no julgado supracitado, o princípio da isonomia, logo, foi a Magna Carta violada.

Além do exemplo supramencionado, o Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando a revisão criminal nº 383.670/8, deferiu, por maioria de votos, a pretensão revisional para diminuir a pena do condenado em face de um novo entendimento quanto à existência de concurso formal no crime de roubo consignado, baseado na possibilidade de retroação de jurisprudência mais benéfica para o condenado, justificado no princípio da isonomia:

Adotadas as premissas acima, uma norma individual de natureza penal que seja substancialmente contrária ao princípio constitucional da isonomia pode ser objeto de revisão criminal, nos termos do art. 621, inciso I (primeira parte), do CPP, porque ela é substancialmente contrária ao princípio da igualdade e, conseqüentemente, à Constituição Federal.⁴⁹

Portanto, quando há divergência jurisprudencial que represente, a casos idênticos julgamentos distintos, impõe-se a observância do art. 5º, da Constituição Federal, o que permite a ação revisional com fundamento no art. 621, inciso I (primeira parte), do CPP.⁵⁰

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Revisão Criminal nº 4.592-SP**, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Brasília, (DF), 12 de novembro de 1980.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Revisão Criminal nº 383.670/8, Rel. Des. Marco Nahum. *In: Boletim de Jurisprudência do IBCCRIM*, ano 10, n 118, Setembro de 2002.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Revisão Criminal nº 383.670/8, Rel. Des. Marco Nahum. *In: Boletim de Jurisprudência do IBCCRIM*, ano 10, n 118, Setembro de 2002.

Portanto demonstrada na revisão criminal a consistente divergência jurisprudencial para casos absolutamente iguais, em nome do princípio da igualdade e adotado o princípio favor rei, a corrente jurisprudencial mais favorável ao revisionando deverá ser adotada.⁵¹

Dessa forma, o Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu o pedido de revisional com fulcro na retroação de jurisprudência mais benéfica para o condenado.

Assim, não seria justo um cidadão que comete um crime alguns anos atrás (em um mesmo momento histórico), responder de forma diversa do que responde um cidadão que cometeu este mesmo crime nos tempos atuais. A questão aqui entra, inclusive, no âmbito constitucional, pois estaríamos diante do descumprimento do art. 5º da carta maior, qual seja, todos são iguais perante a lei.

Poderíamos ter, por exemplo, dois sujeitos na cadeia respondendo pelo mesmo crime, realizados nas mesmas circunstâncias, pelo mesmo motivo, porém com penas diversas. Como explicar para um desses sujeitos, que seu crime é mais grave que do outro, merecendo mais agravamento, apenas por que, na época em que ele realizou o fato delituoso, a sociedade via tal conduta de maneira mais grave? Tupinambá Pinto de Azevedo já tratara esse problema, alertando para a quebra do princípio da isonomia no tratamento de apenados, estando alguns com regimes integralmente fechados, outros com regime inicialmente fechado, havendo condenação por crimes idênticos, causando graves riscos para o sistema penitenciário devido a desigualação verificada.⁵²

Outro exemplo para elucidar o assunto: sujeito responde processo criminal. Na prolação da sentença condenatória o entendimento jurisprudencial era de que condenação sem trânsito em julgado poderia ser considerada como circunstância judicial de maus antecedentes. A sentença considerou esta circunstância como positiva e condena o réu, aumentando

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² DE AZEVEDO, Tupinambá. Crimes Hediondos e Regime Carcerário Único: Novos Motivos de Inconstitucionalidade. *In: Revista da Ajuris*. Porto Alegre. Ano XXIV, vol.70, 1997.

sua pena com base nesta circunstância. Em grau de recurso especial, e, portanto, antes do trânsito em julgado da decisão, a jurisprudência muda seu posicionamento, e considera que apenas condenações com trânsito em julgado podem ser consideradas como maus antecedentes. Se o recurso defensivo questionasse esta circunstância e demonstrasse a alteração de jurisprudência, seria provido, afastando tal circunstância e, automaticamente, diminuindo a pena. Porém, se a mudança de jurisprudência ocorresse após o trânsito em julgado da decisão, portanto, sendo a revisão criminal o único recurso cabível para alterar a decisão, nada poderia ser feito, uma vez que este requisito não é suficiente para adentrarmos com a revisão criminal. A injustiça fica evidente no caso em tela, uma vez que a estamos diante da mesma situação, porém com tempos processuais diferentes, e como consequência, obtendo penas diferentes.⁵³

Seguindo a linha de raciocínio acima exposta, Teresa Arruda Alvim Wambier:⁵⁴

Admitir que sobreviva decisão que consagrou a interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo Judiciário é prestigiar o “acaso”. Explicamos: isto significa dizer que serão beneficiados com a decisão que lhes favorece, ainda que posteriormente seja considerada *incorreta* aqueles que tiveram a “sorte” de participar de determinada ação no pólo passivo ou ativo, num momento em que havia, ainda, divergência nos tribunais, quanto a qual seria a interpretação acertada da lei, a solução correta a ser dada àquele caso. É comum que, por exemplo, no início do período vigente de certo texto legal, haja certa dose de insegurança dos tribunais, que gere indesejáveis e às vezes fundas discrepâncias entre decisões jurisprudenciais. Depois de certo tempo, a matéria, por assim dizer, “amadurece”, e a jurisprudência começa a se firmar num determinado sentido.

Assim, a autora demonstra que manter decisões que consagram interpretações consideradas hoje como equivocadas é prestigiar o acaso.

De outra baila, faz-se mister análise de outra decisão de revisão criminal onde foi aplicada a retroação mais benéfica. No caso, o requerente

⁵³ PACCELI, Eugênio; FISCHER Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e a sua Jurisprudência**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1299.

⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, 1997. p. 116.

havia sido condenado por estupro simples, sendo fixado regime carcerário integralmente fechado. Naquela época existia forte jurisprudência de que todas as modalidades de estupro enquadravam-se na qualidade de crimes hediondos, sendo que o órgão fracionário que julgou o recurso defensivo entendia que a Lei nº 8.072/90, dos crimes hediondos, que impõe regime carcerário único, era constitucional. Contudo, com a nova posição Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como outros no país, e posteriormente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a lei dos crimes hediondos, foi a modalidade do estupro simples retirada deste roll. Assim, foi ajuizada revisão criminal a fim de que o condenado tivesse progressão de regime, começando este **inicialmente** fechado. A revisional foi deferida e o voto do Des. Relator Tupinambá Pinto de Azevedo⁵⁵ foi no seguinte sentido:

Sabemos que a proibição de retroatividade da lei penal, na Constituição Federal, só operam **in bonam partem**. A inovação legislativa em benefício do réu, naturalmente retroage. *Mutatio mutandis*, se o entendimento da lei, tal como definido nas instâncias constitucionalmente competentes para a interpretação, é aperfeiçoado, e da nova leitura jurisprudencial resulta benefício aos réus ou condenados, revela-se impositiva a revisão dos julgados. Não vemos como manter situação de injustiça que impera nos presídios, onde alguns réus condenados por estupro ou atentado violento ao pudor, sem qualificação, têm direito a regime progressivo, e outro se vêm confinados, sem qualquer esperança de escapar ao regime integralmente fechado. E, do mesmo modo, entendemos desnecessária a exigência de súmula, eis que a aplicação retroativa de jurisprudência benigna, nova, não decorre de efeitos vinculativos da decisão superior, mas – como insistentemente aqui se sustentou – de respeito, sobretudo aos princípios da isonomia e da legalidade.

Assim, o Desembargador votou pela procedência da revisão criminal, afirmando que deve a jurisprudência retroagir para beneficiar o réu, não necessitando, nem mesmo, que esteja sumulada. Assim, não permitir a retroação da jurisprudência mais benéfica para o condenado acarreta grave afronta aos princípios da isonomia e da legalidade.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal nº 7000205269**, Marau/RS, Rel Min. Tupinambá Pinto de Azevedo, 4º Grupo Criminal, Porto Alegre, 27 de junho de 2001.

O Desembargador José Antonio Paganella Boschi, no mesmo julgado, acompanhando o voto do Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo ⁵⁶, pela procedência da revisão criminal, justificou sua decisão:

Se de um lado resulta incontestável que a coisa julgada não pode sofrer abalos ante o contínuo aparecimento de correntes de interpretação sobre uma mesma questão jurídica, pois, do contrário, implementar-se-ia o caos na comunidade jurídica organizada, de outro, soa estranho que a *uniformização de entendimentos* nos pretórios do país, inclusive daquele encarregado pela supremacia da Constituição, não possa vir a ser estendido a todos os indivíduos, em situação de igualdade, pela sentença condenatória, quando, aos olhos vistos, a mesma Constituição Federal proíbe discriminações.

À vista disso, sustenta o Desembargador que a jurisprudência pacificada pelo Supremo Tribunal Federal deve ser aplicada em todos os tribunais e a todos os indivíduos, sob pena de implementação de caos na comunidade jurídica.

De outra banda, observamos duas “barreiras” nas quais vêm se refugiando alguns Tribunais do país para negar a retroação da jurisprudência mais benéfica para o condenado. A primeira delas é o princípio da reserva legal, que afirma não ser possível aplicar a nova norma ao acusado, por fato posteriormente realizado. Contudo, se estamos diante de um benefício, tal vedação perde seu sentido. Assim, explica Tupinambá Pinto de Azevedo: ⁵⁷

Não tínhamos, à época, a regra da irretroatividade *in malam partem* inscrita na Constituição. Agora, erigida à condição de garantia individual, com maior razão impõe-se assegurar a retroação para benefício do réu, se a leitura contemporânea da lei permite favorecê-lo.

Portanto, a primeira “barreira” impeditiva, qual seja o princípio da reserva legal, mostra-se prejudicada, não podendo ser utilizada para negar a possibilidade da revisão criminal por alteração de jurisprudência. Vale aqui

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal nº 7000205269**, Marau/RS, Rel Min. Tupinambá Pinto de Azevedo, 4º Grupo Criminal, Porto Alegre, 27 de junho de 2001.

⁵⁷ DE AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Retroatividade Erga Omnes da decisão Penal Benigna**, WUNDERLICH, Alexandre. (orgs.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 301.

lembrar importante norma do Direito Penal, citado no art. 5º, XL da Magna Carta, qual seja: a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Nesse passo, quando uma nova lei retira a ilicitude de uma conduta, e um cidadão é preso, antes da vigência dessa nova lei por praticar conduta anteriormente punível, deve esta retroagir para que lhe seja dada a liberdade. Contudo, “Não há regramento legal para a possível aplicação retroativa na mudança de jurisprudência. Todas as disposições legais e a própria Constituição, cuidam apenas da aplicação intertemporal **da lei**, e não da jurisprudência.”⁵⁸

Assim, se a lei pode retroagir para beneficiar o réu, também pode a jurisprudência, dada sua força vinculante:⁵⁹

A alteração de jurisprudência pacífica dos máximos tribunais, em consequência de uma mudança na concepção jurídica ou com fundamento em um novo conhecimento, não se submete, de acordo com a opinião dominante, a qualquer proibição de retroatividade.

Nessa linha de raciocínio, também se manifesta o professor Aury Lopes Junior:⁶⁰

Assim como a lei penal mais benigna tem efeito retroativo, a mudança radical no entendimento jurisprudencial, que beneficie o réu, também deve ter mesmo efeito, sendo cabível a revisão criminal para sua obtenção.

Dessa forma, o autor mostra-se favorável a retroação de jurisprudência para beneficiar o réu, bem como acredita que a revisão criminal é o caminho para que isso ocorra, caso esteja a decisão que se pretende desconstituir transitada em julgado.

Tupinambá Pinto de Azevedo⁶¹ explica a retroação da lei:

⁵⁸ DE AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Retroatividade Erga Omnes da decisão Penal Benigna**, WUNDERLICH, Alexandre. (orgs.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 285.

⁵⁹ DE AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Retroatividade Erga Omnes da decisão Penal Benigna**, WUNDERLICH, Alexandre. (orgs.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 285. p. 291.

⁶⁰ LOPES, Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 1310.

⁶¹ DE AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Retroatividade Erga Omnes da decisão Penal Benigna**, WUNDERLICH, Alexandre. (orgs.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.297.

A aplicação geral é a irretroatividade, que sequer precisa estar enunciada em lei, pois é consequência do princípio da reserva legal. Excepcional é a retroação, mas esta somente se dará para beneficiar o acusado. O sistema, pois, é integralmente garantista. Retroatividade ou não é indagação que se resolve sempre *pro reo*.

Portanto a retroação da lei é consequência do princípio da reserva legal, mas como já dito, só cabe para beneficiar o réu. Nesse passo, não há razões para que se impeça a retroação benéfica da jurisprudência. Além disso, lembra o referido autor:

No sentido da aplicação retroativa da jurisprudência mais benigna somou-se a voz do então Juiz de Alçada e celebrado professor, Paulo Cláudio Tovo, estendida ao processo penal. Lembrou ele a importante *virada jurisprudencial* ocorrida com a intimação do defensor, em se tratando de sentença condenatória. Por aplicação literal do Código de Processo Penal, os tribunais dispensavam-na, somente exigindo a intimação do próprio réu. Com o *aperfeiçoamento da compreensão da lei*, na expressão do prof. Tovo, ampliou-se o direito de defesa. Por qual razão então, *não aplicar a jurisprudência mais benigna retroativamente, seja por revisão criminal, seja por habeas corpus?*⁶²

A segunda “barreira”, levantada pelos Tribunais para negar a tese ora tratada, é a que a possibilidade de revisão criminal por alteração de jurisprudência, afetaria a segurança jurídica. Embasado nessa ideia, o Des. Ilton Carlos Dellandréa, Revisor na revisão criminal nº 7000205269, julgada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, divergiu do Relator Tupinambá Pinto de Azevedo⁶³, votando pela improcedência da revisional:

Por outro lado, a segurança jurídica e a necessidade de prestação jurisdicional definitiva e eficiente impedem tal modalidade de retroação, que implicaria no reconhecimento de que toda decisão judicial é, em última análise, provisória [...] ⁶⁴
Utilizar o mesmo critério em relação à jurisprudência importa na análise caso a caso, de cada decisão anterior transitada em julgado, e isto, como salienta o douto Procurado de Justiça, significa institucionalizar o caos, na medida em que depende, sempre, de provocação da parte, e atulharia os tribunais com centenas de pedidos semelhantes prejudicando a prestação jurisdicional.

⁶² DE AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Retroatividade Erga Omnes da decisão Penal Benigna**, WUNDERLICH, Alexandre. (orgs.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 300.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal nº 7000205269**, Marau/RS, Rel Min. Tupinambá Pinto de Azevedo, 4º Grupo Criminal, Porto Alegre, 27 de junho de 2001.p. 66.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal nº 7000205269**, Marau/RS, Rel Min. Tupinambá Pinto de Azevedo, 4º Grupo Criminal, Porto Alegre, 27 de junho de 2001. p. 67.

Contudo, como anteriormente sustentado, a segurança jurídica é fundamental princípio que norteia a coisa julgada, de forma que proporciona aos cidadãos a certeza de que o direito aplicado é o mais justo e correto. Assim, a estabilização de decisões iníquas, ou com interpretações ultrapassadas não condiz com o melhor Direito. Dessa forma, eternizar tais decisões, gera exatamente o que se pretende evitar com o princípio da segurança jurídica, ou seja, o caos jurídico pela desconfiança no Poder Judiciário. Caos existiria, se o povo não confiasse no Poder Judiciário, temendo que fosse tratado de forma arbitrária, sem o princípio fundamental da isonomia. Ademais, “Ora, entre os valores igualdade (alguns falam em justiça) e segurança jurídica a ponderação leva ao prevalecimento do primeiro”.⁶⁵

Ademais, o argumento de que os tribunais seriam sobrecarregados com novos processos, e por isso não pode ser concedida a retroação da jurisprudência mais benéfica ao réu, não deve prosperar. A ideia de que os cidadãos não podem pleitear seus direitos, pois dessa forma sobrecarregariam o judiciário, é absurda. Ademais, cabe ao Estado providenciar os serviços de infraestrutura para atender novas demandas processuais.

Além das “barreiras” acima expostas, a doutrina brasileira dominante não vêm admitindo a revisão criminal por alteração de jurisprudência sob argumentos de que o art. 621 do Código de Processo Penal apenas cogita hipótese de texto expresso na lei penal.⁶⁶

⁶⁵ DE AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Retroatividade Erga Omnes da decisão Penal Benigna**, WUNDERLICH, Alexandre. (orgs.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 302.

⁶⁶ CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão Criminal**: características, consequências e abrangência. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pp. 91-92. O autor, ao rechaçar a tese ora debatida, afirma que a revisão não constitui remédio jurídico adequado para se rever critérios, teses jurídicas, posições doutrinárias e correntes jurisprudenciais controvertidas ou contrárias àquela em que se baseou a decisão condenatória revidada, utilizando jurisprudência para dar embasamento à sua tese (STJ, REsp 234483 e 474406, 6º Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 24.9.2001). Contudo, o autor não alcança o ponto cerne da questão aqui tratada, ou seja, é mister rechaçar-se que a jurisprudência citada e a doutrina dominante, referem-se à sentença condenatória que optou do determinada orientação jurisprudencial sobre um tema *controvertido*, hipótese onde realmente não existe a possibilidade de revisão criminal. Sustenta-se, aqui, a possibilidade de revisão criminal por alteração de jurisprudência já pacificada. Além disso, Carlos Roberto Ceroni ainda cita a súmula 400

De outra banda, Odone Sanguiné ⁶⁷ mostra-se favorável a possibilidade de revisão criminal por alteração de jurisprudência, fazendo uma ressalva:

Ademais, da mesma forma que para a proibição de irretroatividade, a aplicação da nova jurisprudência mais favorável através de revisão criminal exige que a nova orientação tenha se *consolidado* em sentido diverso da concepção seguida ao tempo do crime ou da condenação, não sendo admissível mera divergência ou oscilação jurisprudencial.

Dessa maneira, para que a tese aqui apresentada seja aplicada, é necessário que a nova jurisprudência esteja pacificada. O Desembargador Nereu Giacomolli ⁶⁸, também mostra-se favorável a tese:

A aplicação da jurisprudência mais favorável, nas mesmas hipóteses da incidência da *Lex mitior*, inclui-se na limitação do *ius puniendi*, pois, ao jurisdicionado, não se pode retirar a confiança de que receberá dos magistrados uma igualdade de tratamento diante da mesma situação fática. Proibir a retroação da jurisprudência, como afirmou Hassemer, suporia a paralisação de sua função de recriação da lei, observando-se 'situações em que a comunidade jurídica tem um conhecimento maior do conteúdo da jurisprudência penal que da lei penal, confiando em sua aplicação.

Assim, o mencionado Desembargador também mostra-se favorável a retroação de jurisprudência mais benéfica.

Tendo em vista o princípio da igualdade perante a lei e igualdade perante a aplicação da lei é vedado aos tribunais que resolvam de forma distinta casos similares. Explica Odone Sanguiné: ⁶⁹

do Supremo Tribunal Federal para embasar suas ideias contrárias a tese ora debatida, contudo explica Teresa Arruda Alvim Wambier que tal Súmula "hoje tem sido rechaçada pelos magistrados mais cultos e conscientes". Além de que, "Com essa comparação entre ambas as súmulas quer-se demonstrar que a Súmula 343 deve ter o mesmo destino que acabou por ter a Súmula 400, hoje muito mais raramente invocada pelos membros dos Tribunais Superiores." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *In: Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, 1997. pp. 121-122.

⁶⁷ SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações de jurisprudência penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000, p 166.

⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu. **A irretroatibilidade da Lei nº 11.464: requisitos temporais à progressão de regime nos crimes hediondos**". Disponível em: <www.giacomolli.com>. Acesso em: 09 abr. 2013.

⁶⁹ SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações de jurisprudência penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000, p. 169.

Por isso, a revisão criminal se insere no mesmo sentido do princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu, cuja fundamentação não é única, mas complexa, isto é, responde principalmente à modificação de valoração jurídica em sentido desincriminador ou atenuador que expressa a nova lei por parecer mais justo (princípio da igualdade) aplicá-la também aos fatos anteriores, tratando-os igualmente aos cometidos com posterioridade; desnecessidade de punição à luz das finalidades de prevenção geral e especial, ou motivos humanitários. Em definitivo, se trata de razões *político-criminais* ou de justiça material, presentes tanto no caso de modificação legal como no caso de sua interpretação jurisprudencial. O pedido de revisão encontra amparo, então – através de uma interpretação extensiva em consonância com os princípios e direitos fundamentais constitucionais -, no inciso I ou III do art. 61 do CPP.

E ainda conclui o referido autor:

Quanto à retroatividade da jurisprudência mais benéfica consolidada ou, *a fortiori*, de *Súmula* (de jurisprudência dominante ou vinculante), ocorrem idênticos fundamentos aos esgrimados para admitir a retroatividade da lei mais favorável. Por isso, o Tribunal superior deve adotar a nova jurisprudência vigente, baseada em consideração de *político-criminais*, que conduza a garantir o “princípio da igualdade” e de “justiça material”, admitindo, em consequência, a revisão criminal com base na jurisprudência estabilizada mais favorável ao condenado.⁷⁰

Dessa forma, o autor defende a possibilidade de revisão criminal por alteração de jurisprudência.

Para demonstrar a aplicabilidade da tese aqui debatida, vale relembrar que, antes da Portaria MF 75, de 22/03/2012, que definiu novo patamar de R\$ 20.000,00, para ajuizamento das execuções fiscais, já vinha jurisprudência do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região definindo um valor mínimo para configuração dos delitos contra a ordem tributária (no caso R\$ 10.000,00). Assim, com base em entendimento jurisprudencial daquele colendo Tribunal fora deferida Revisão Criminal⁷¹ para absolver o revisando:

1. A jurisprudência da Sétima Turma do TRF da 4ª Região, entendia ser aplicável o princípio da insignificância, na prática de

⁷⁰ *Ibidem*, p. 169.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Revisão criminal nº 2009.04.00.034692-8/PR**, Quarta Seção, Rel. Des. Fed. Taadaqui Hirose, julgado em 15/04/2010, publicado em 26/04/2010.

descaminho, quando sonegados tributos de até R\$ 100,00, no montante passível de extinção do crédito tributário (art. 18, § 1º, da Lei 10.522/02). **2.** Contudo, adotando a orientação consolidada pelos Tribunais Superiores, a Quarta Seção Criminal deste Tribunal, quando do julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2005.70.02.006341-6/PR e nº 2006.70.07.000110-1/PR (DJU de 29.09.2008 e de 27.10.2008, respectivamente), por unanimidade, passou a reconhecer a atipicidade da conduta nos crimes de descaminho, nas hipóteses em que o imposto iludido for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme o disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004. **3.** Em regra, não se admite a revisão criminal sob o fundamento de alteração de entendimento jurisprudencial em questão controvertida. **4.** Na hipótese, contudo, revela-se incongruente a manutenção de condenação, já transitada em julgado, por crime de descaminho, **porquanto a nova jurisprudência pacificamente adotada tornou atípica a conduta, com base em critérios objetivos (valor dos tributos iludidos).** De modo que, tratando-se a revisão criminal de instituto que visa justamente atacar a coisa julgada, cumpre seja conhecida, e ao final provida, absolvendo-se o requerente.

Outro julgado do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região merece destaque⁷²:

Em regra, não se admite a revisão criminal sob o fundamento de alteração de entendimento jurisprudencial em questão controvertida. Na hipótese, contudo, revela-se incongruente manter a condenação por crime de descaminho, pois a nova jurisprudência consolidada tornou atípica a conduta quando o valor dos tributos iludidos for inferior a R\$ 10.000,00 (critério objetivo). Assim, tratando-se a revisão criminal de instituto que visa justamente atacar a coisa julgada, cumpre seja conhecida, e ao final provida, absolvendo-se o requerente.

Assim, deve ser admitido a revisão criminal por alteração de jurisprudência, de forma que se respeito o princípio da isonomia, tão contundente em nossa Constituição Federal⁷³.

Na Espanha o tema vem sendo fortemente debatido. A *Ley de enjuiciamiento criminal*, no art. 954, nº 4, possibilita a revisão criminal, “Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.”⁷⁴ Verifica-se que tal hipótese é muito

⁷² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Revisão criminal nº 2009.04.00.030480-6/RS**, Quarta Seção, Rel. Des. Fed. Taadaqui Hirose, julgado em 17/02/2011, publicado em 24/02/2011.

⁷³ Observe-se que a Magna Carta demonstrou extrema preocupação com a igualdade. Basta afirmar que o *caput* do art. 5º inicia relatando o princípio da isonomia, bem como ainda inclui, entre os direitos invioláveis, o próprio direito a igualdade. Assim, qualquer decisão que viole este princípio é manifestamente inconstitucional, tendo em vista seu alto grau de relevância na Constituição Federal.

⁷⁴ Habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes:

1. Cuando estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un

semelhante ao art. 621, inciso III do Código de Processo Penal, que determina que após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado cabe a revisional. No entanto, em nenhum dos motivos elencados pela lei espanhola verifica-se algo semelhante com o que dispõe no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal.⁷⁵

De outra banda, o julgado 176/99 do Tribunal Supremo da Espanha, julgou procedente uma revisão criminal por alteração de jurisprudência, como explica o professor Ignacio Serrano Butragueño⁷⁶, da Escola Universitária de Direito Penal da UNED, na Espanha:

Sin embargo, la citada resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1999 (Ponente: Sr. Martín Pallín), ha ensanchado el ámbito de la revisión penal de una sentencia condenatoria firme, por el delito de contrabando, **ya que, de haberse aplicado la doctrina jurisprudencial ahora vigente** (que entiende consumido o absorbido dicho delito por el tráfico de drogas), el penado hubiera resultado condenado entonces sólo por el delito contra la salud pública, pero absuelto del referido delito de contrabando. (O grifo é nosso).

E complementa o referido autor, explicando o tema:

Así ha sucedido, por ejemplo, con la concurrencia de los delitos de tráfico de drogas y contrabando, que, tras calificarse durante mucho tiempo como concurso de delitos (en ocasiones concurso real y en otras ocasiones concurso ideal, medial o instrumental), por fin se ha considerado que el delito de contrabando queda absorbido por el de tráfico de drogas, según un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo de Justicia. En

mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola. 2. Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena. 3. Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o a testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión. 4. Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l5t3.html#a954>. Acesso em: 24 abr. 2013.

⁷⁵ SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações de jurisprudência penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000, p. 168.

⁷⁶ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial. *In: La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, año XX, n. 4768, abril de 1999, p. 1.

consecuencia en tales casos, puede decirse que el delito de contrabando ha quedado despenalizado.⁷⁷

Portanto, no caso em tela, por muito tempo vigorou a ideia de que nos delitos de tráfico de drogas, o agente concorria em concurso de delitos, respondendo por contrabando e por tráfico de drogas. Contudo, houve alteração jurisprudencial, gerado em um acordo do Pleno da Sala Segunda do Tribunal Supremo da Espanha, que decidiu que o crime de tráfico de drogas absorveria o de contrabando, tornando esse segundo crime atípico. Nesse passo, verifica-se que a Sala Segunda enfrentou a seguinte situação: ou mantinha a sentença condenatória injusta, em defesa da coisa julgada; ou rescindia parcialmente a sentença condenatória injusta, fazendo prevalecer, frente à coisa julgada formal, a liberdade (tendo em vista que foi anulado dois anos e quatro meses e um dia de prisão da pena do réu), a igualdade (dando igual tratamento a casos idênticos) e a justiça material (aplicada retroativamente a nova regra de direito, classificando assim a jurisprudência anterior como equivocada e não condizente com o melhor direito). Como a Sala Segunda seguiu a opção de rescindir parcialmente a sentença condenatória firme, utilizou o Direito como um instrumento para a realização da justiça.

Além disso, em relação aos fatos novos, presente no art. 954, nº 4 da *Ley de enjuiciamiento criminal*, da Espanha, explica Ignacio Serrano Butragueño:⁷⁸

Indubitablemente, hechos nuevos no son tan sólo los que físicamente se van sucediendo en el tiempo, sino que en dicha expresión pueden albergarse también nuevos hechos **sociales** o nuevos hechos jurídicos, como la entrada en vigor de una ley, o la sustitución de una norma por otra, o un cambio de jurisprudencia.

Portanto, fatos novos podem ter sua interpretação estendida a novo entendimento jurisprudenciais pacificados pelos tribunais.

⁷⁷ Ibidem, p. 4

⁷⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial. In: *La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, año XX, n. 4768, abril de 1999, p.3

Ademais, ensina o professor Ignacio Serrano Butragueño ⁷⁹, a diferença entre jurisprudência meramente interpretativa e orientadora para a jurisprudência que constitui doutrina legal:

Conviene distinguir, por tanto, entre jurisprudencia meramente interpretativa u orientadora, y jurisprudencia que constituye doctrina legal. Así, para pode hablar de **doctrina legal penal** es necesario que ese regla de derecho sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y plasmada en al menos dos resoluciones sea, precisamente la fundamentadora de sentencias **rescindentes** al resolver motivos de casación análogos (que guarden identidad de razón). Sin embargo, no constituye doctrina legal el contenido de las sentencias rescisorias o segundas sentencias, en as que la Sala Segunda del Tribunal realiza funciones de instancia.

À vista disso, para que a jurisprudência forme doutrina legal penal é necessário que a regra de direito proferida pela jurisprudência de um Tribunal (no exemplo do autor a jurisprudência da Sala Segunda do Tribunal Supremo da Espanha) seja fundamentadora de sentenças rescindenda ao resolver motivos de cassação de decisões que guardem identidade de funções. Assim, se a jurisprudência determina que um tipo penal é absorvido por outro, e outros Tribunais pelo país acatam esta ideia e aplicam suas decisões nesse sentido, de acordo com o autor mencionado, a jurisprudência constitui doutrina legal. E quando a jurisprudência formar doutrina legal penal, afirma o autor:

La jurisprudencia doctrina legal penal tiene consideración de norma o regla de derecho y cuando cambia declarando impune una conducta hasta entonces estimada punible, puede extender su eficacia más allá de la cosa juzgada, permitiendo la revisión de sentencias firme condenatorias injustas cuando las mismas no hayan agotado aún todos sus efectos. ⁸⁰

Assim a jurisprudência que constitui doutrina legal tem caráter de norma ou regra de direito, e quando se altera deve estender seu efeito para a coisa julgada.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 4

⁸⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial. *In: La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, año XX, n. 4768, abril de 1999, p. 4.

O referido autor conclui, afirmando que o art. 954 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, referente a revisão criminal, é taxativo (como no Brasil), contudo vem recebendo interpretação restritiva, dado o caráter excepcional do recurso de revisional, e tendo em vista que quando se tratam de valores basilares do ordenamento jurídico, bem como princípios fundamentais, deve a interpretação se dar de maneira extensiva:

Los motivos del recurso de revisión penal están tasados y constituyen un catálogo cerrado o *números clausulus* contiendo en el art. 954 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tales motivos han venido siendo objeto de interpretación restrictiva, habida cuenta de que se trata de un recurso excepcional y extraordinario. Sin embargo, tanto los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (en especial la Justicia). Como los derechos fundamentales y libertades públicas, requieren interpretaciones expansivas (art. 7 Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que propiciará , cuando entra en juego, el ensanchamiento de los motivos de revisión penal principalmente frente del núm. 4 del art. 954 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que actúa como cajón de sastre de nuestro sistema de revisión penal.⁸¹ (O grifo é nosso).

Portanto, tanto em nossa legislação pátria, quando na legislação espanhola, vêm se reconhecendo a força que a jurisprudência possui, bem como seu caráter vinculante. Assim, deve-se admitir a revisão criminal por alteração de jurisprudência, seja abrindo-se um novo inciso, dentro do art. 621 do Código de Processo Penal⁸², seja por interpretação extensiva em consonância com os princípios fundamentais constitucionais, dos incisos I ou III do art. 621 do Código de Processo Penal.⁸³ Não estamos mais nos tempos onde a onipotência da lei prevalece de forma absoluta, sendo necessário, para termos o melhor Direito aplicado, a harmonia entre lei, doutrina e

⁸¹ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial. *In: La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, año XX, n. 4768, abril de 1999, p. 5.

⁸² “Portanto sustentamos aqui, tal como Sanguiné, a possibilidade de utilização de revisão criminal como instrumento hábil para se fazer retroagir as variações de jurisprudência mais benéficas, mas, diversamente do autor gaúcho, entendemos pela inclusão de novo inciso ao art. 621 do Código de Processo Penal para que esta hipótese (revisão) seja autonomamente contemplada. Além disso, ressalta ainda o mencionado autor que além da necessidade de nova redação ao art. 621 do Código de Processo Penal, os câmbios mais benéficos também devem ser incluídos como uma das causas de excludente de punibilidade. (BOSCHI, Marcus Vinicius. Da Retroatividade da Jurisprudência penal mais Benigna. Porto Alegre, 2003.).

⁸³ Como defendido por Odone Sanguiné: “O pedido de revisão encontra amparo, então – através de uma interpretação extensiva em consonância com os princípios e direitos fundamentais constitucionais - , no inciso I ou III do art. 61 do CPP”. (SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações de jurisprudência penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000, p.169.).

jurisprudência, uma vez que a jurisprudência representa a melhor aplicação das normas legais, de maneira que “A lei reina e a jurisprudência governa”.⁸⁴

⁸⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, Buenos Aires: Ed. Losada, 1950, pp. 352-353.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, com este trabalho, demonstrar a evolução da jurisprudência, bem como sua atual força vinculante. Assim, fez-se breve viagem histórica, para os tempos revolucionários, onde foi exposto o raciocínio de autores como Robespierre e Montesquieu acerca da Lei e do Direito. Mostrou-se que naquela época, a crença na onipotência da lei era o raciocínio dominante, de forma que se acreditava que para cada situação fática existia uma solução dentro do texto legal, tornando a jurisprudência irrelevante. Contudo, demonstrou-se que essa linha de raciocínio não pode mais ser seguida, tornando-se insustentável, uma vez que o que dita o Direito, nos dias de hoje, é a harmonia entre lei, doutrina e jurisprudência.

Para sustentar a força vinculante da jurisprudência e sua aproximação com os textos legais, buscou-se, através dos diversos doutrinadores aqui citados, bem como as jurisprudências coletadas, demonstrar como a jurisprudência vêm criando o direito, complementando normas quando estas ausentes, ou elucidando-as, quando de maneira genérica estão dispostas. Portanto, para defendermos essa ideia, fez-se *mister* que colocássemos a jurisprudência como verdadeira fonte de Direito, como ocorre na *common law*, e como vem sendo sustentado na Espanha, onde se buscou a ideia de jurisprudência formadora de caráter legal e sua necessária aplicação de forma retroativa a fim de beneficiar o cidadão.

Por fim, buscou-se rechaçar as decisões e ideias contrárias a tese aqui trazida, demonstrando seus equívocos, bem como sua negativa de vigência à Magna Carta, quando a fim de defender de maneira cega a prevalência da

coisa julgada frente a realidade fática, feriu-se os princípios da isonomia e da justiça. Buscou-se, portanto, demonstrar que Direito é “Ciências Jurídicas e Sociais”, devendo, nesse passo, adequar-se à realidade social, não o contrário, de forma que, como explica Pontes de Miranda, Direito é conceito sociológico, devendo a primazia da realidade prosperar frente a qualquer conceito jurídico.

5. REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 4º ed. São Paulo: Método, 2012.

BALLESTEROS, Tomás Vicente. **El Proceso de Revisión Penal**. Barcelona: Bosch, 2013.

BOSCHI, Marcus Vinicius. *Da Retroatividade da Jurisprudência penal mais Benigna*. Porto Alegre, 2003.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.896 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/site/legislacao/estadual/>. Acesso em: 08 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória nº 368-BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Brasília, (DF), 01 de agosto de 1994. **Diário da Justiça**, 17 out. 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300090194&dt_publicacao=17-10-1994&cod_tipo_documento=1>.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 116204/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Brasília, (DF), **Diário da Justiça**, 05 maio 2013. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4343005>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 13.207-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, Brasília, (DF) 28 de agosto de 2001, **Diário da Justiça**, 08 out. 2001. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=161271&nreg=200000464058&dt=20011008&formato=PDF>>.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Habeas Corpus nº 107.782/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, Brasília (DF), **Diário da Justiça**, 23 mar. 2009. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4602951&sReg=200801201789&sData=20090323&sTipo=5&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus, nº 18.963-SP, Rel. Min. MARIA Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Brasília, (DF), **Diário da Justiça**, 17 dez. 2007. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3593186&sReg=200600265478&sData=20071217&sTipo=5&formato=PDF>

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habes Corpus nº 80796, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, Brasília, (DF), 29 de maio de 2001, **Diário da Justiça**, 10 Ago. 2001. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1916987>>.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Revisão Criminal nº 4.592-SP**, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Brasília, (DF), 12 de novembro de 1980.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revisão Criminal nº 01021292.3/8-0000-000**, Sétimo Grupo de Câmaras, Porto Alegre, 09 de agosto de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal nº 7000205269**, Marau/RS, Rel. Min. Tupinambá Pinto de Azevedo, Quarto Grupo Criminal, Porto Alegre, 27 de junho de 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Revisão Criminal nº 383.670/8, Rel. Des. Marco Nahum. *In: Boletim de Jurisprudência do IBCCRIM*, ano 10, n 118, Setembro de 2002.

CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão Criminal**: características, consequências e abrangência. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE AZEVEDO, Tupinambá. Crimes Hediondos e Regime Carcerário Único: Novos Motivos de Inconstitucionalidade. *In: Revista da Ajuris*. Porto Alegre. Ano XXIV, vol.70, 1997.

DE AZEVEDO, Tupinambá Pinto. **Retroatividade Erga Omnes da decisão Penal Benigna**, WUNDERLICH, Alexandre. (orgs.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAYET, Paulo. Sobre a ação de revisão criminal: possibilidade do pedido de liminar em sede de *revisio*. *In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: ESMP, CEIP, ano 4, n. 9, maio-agosto 2003.

GIACOMOLLI, Nereu. **A irretroatibilidade da Lei nº 11.464: requisitos**¹
GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, Buenos Aires: Ed. Losada, 1950.

JUNIOR, Antonio Sydnei de Oliveira. **Revisão Criminal: Novas Reflexões**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

LOPES, Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MÉDICI, Sergio de Oliveira. **Revisão Criminal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **El Error Judicial**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Revisão Criminal no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal**: curso completo. São Paulo: Monole, 2010.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACCELI, Eugênio; FISCHER Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e a sua Jurisprudência**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. VI, Forense, São Paulo, 1974.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **Da Revisão Criminal: condições da ação**. São Paulo: Malheiros, 1998.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da Revisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

RANGEL, Paulo. **A coisa Julgada no Processo Penal Brasileiro como Instrumento de Garantia**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Aluisio J.T. Gavazzoni. **Revisão Criminal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas e Bastos S.A., 1984.

SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações de jurisprudência penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial. *In: La Ley, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid, año XX, n. 4768, abril de 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. Sobre a Súmula 343. *In: Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, derecho, justicia**. Madrid: Trotta, 2007.