

Artigo

Possibilidade de uso da revisão criminal pela alteração jurisprudencial em benefício do réu Possibility of using criminal review to change jurisprudence for the benefit of the defendant

Manoel Cacimiro Neto¹

¹Promotor de Justiça do Ministério Público da Paraíba. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar, Mossoró, Rio Grande do Norte. E-mail: mcacimiro.neto@gmail.com.

Submetido em: 01/10/2024, revisado em: 05/10/2024 e aceito para publicação em: 08/10/2024.

Resumo: É possível observar nos últimos anos a gradual aproximação entre o ordenamento brasileiro e práticas típicas dos países de tradição common law, notadamente a adoção de um sistema de precedentes. Essa mudança visa enfrentar os problemas históricos de ineficiência do Judiciário brasileiro, agravados pelo aumento expressivo de demandas. Além disso, a adoção de precedentes ressalta a função criativa que é própria da aplicação do Direito, desempenhada tradicionalmente pela jurisprudência. Contudo, surge uma tensão entre doutrina e jurisprudência quanto à regra de aplicação da norma penal mais benéfica decorrente de superação de uma interpretação mais gravosa como hipótese de para a revisão criminal. Diante desse cenário, o presente artigo promove a discussão sobre a possibilidade de utilização de precedentes judiciais mais benéficos como fundamento para a revisão criminal. Trata-se de pesquisa jurídica teórica com método dedutivo, baseando-se na análise de conceitos e normas, com fontes predominantemente bibliográfica, partindo de premissas gerais para chegar a conclusão de que, embora haja resistência doutrinária, há margem para a aplicação de precedentes mais benéficos nas revisões criminais, significando a adoção de precedentes judiciais um importante avanço prático no âmbito do processo penal.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; Constitucionalismo; Direito Processual Penal; Revisão Criminal.

Abstract: In recent years, it has been possible to observe a gradual approximation between the Brazilian legal system and practices typical of countries with a common law tradition, notably the adoption of a system of precedents. This change aims to address the historical problems of inefficiency of the Brazilian Judiciary, aggravated by the significant increase in lawsuits. In addition, the adoption of precedents highlights the creative function that is inherent to the application of the Law, traditionally performed by case law. However, a tension arises between doctrine and case law regarding the rule of application of the most beneficial criminal norm resulting from overcoming a more serious interpretation as a hypothesis for criminal review. In view of this scenario, this article promotes the discussion on the possibility of using more beneficial judicial precedents as a basis for criminal review. This is theoretical legal research with a deductive method, based on the analysis of concepts and norms, with predominantly bibliographic sources, starting from general premises to reach the conclusion that, although there is doctrinal resistance, there is room for the application of more beneficial precedents in criminal reviews, meaning the adoption of judicial precedents is an important practical advance in the scope of criminal proceedings.

Key-words: Judicial Precedents; Constitutionalism; Criminal Procedural Law; Criminal Review.

1 INTRODUÇÃO

A adoção de precedentes judiciais como parte essencial da fundamentação jurídica tem ganhado relevância no Brasil especialmente após o Código de Processo Civil de 2015, que positivou a existência de precedentes vinculantes, além de prever expressamente o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

No âmbito do processo civil, o microsistema de precedentes vinculantes é aclamado como necessária readequação do processo brasileiro a uma nova realidade de repetição de vínculos jurídicos e multiplicação de demandas decorrentes daquelas relações, com pedidos e causas de pedir similares,

combatendo o déficit de proteção causado por problemas antigos, tais como a morosidade, o alto custo do processo, a baixa previsibilidade das decisões e o descrédito no sistema de justiça.

Esse contexto reflete uma tendência de aproximação do direito brasileiro com práticas de jurisdições historicamente vinculadas ao modelo common law, tais como Estados Unidos e Reino Unido, onde a doutrina dos precedentes forma a base de sistemas jurídicos que buscam através daqueles assegurar que suas decisões não sejam arbitrárias, mas baseadas em uma lógica jurídica consistente e em princípios de justiça formal, coerência e integridade.

Com a Lei nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida com Pacote Anticrime, o legislador incorporou ao processo penal uma sistemática de precedentes semelhante àquela desenvolvida no Código de Processo Civil, notadamente através das atuais redações dos artigos 315, § 2º, e 638 do Código de Processo Penal, gerando debates sobre avanços e retrocessos induzidos pela alteração legislativa.

No entanto, a incorporação de um sistema de precedentes no Direito Penal não tem sido pacífica. Por um lado, a inserção de precedentes judiciais no processo penal brasileiro tem o potencial de trazer consigo benefícios como aumento da uniformidade e previsibilidade das decisões, incremento da eficiência processual, segurança jurídica e isonomia. Por outro, as particularidades do direito penal revelam uma maior complexidade na aplicação da sistemática de precedentes, dada a possibilidade de decisões judiciais fundamentadas em elementos informativos não produzidos perante a dialética processual, o que pode ser desafiador, especialmente quando os precedentes nem sempre são claros quanto às razões que lhe servem de fundamento, ou frente a possibilidade de criação, ampliação ou redução de tipos penais pela via jurisprudencial.

Diante desse contexto, este artigo se dedica ao estudo do precedente judicial como fonte do direito no processo penal brasileiro com enfoque na possibilidade de uso da revisão criminal em razão da alteração jurisprudencial.

Com o objetivo de explorar a questão proposta, este estudo teórico adotou o método de investigação jurídico dedutivo, partindo da premissa geral de que a revisão criminal possui como fundamento axiológico essencial assegurar a concretização da justiça nas decisões condenatórias definitivas. Para tanto foram utilizadas fontes predominantemente bibliográficas como livros, artigos, teses, dissertações, leis e decisões judiciais relevantes ao estudo.

O presente artigo parte da análise detalhada do conceito de precedentes, sua formação e as técnicas de sua aplicação a fim de compreender os parâmetros que orientam o sistema de precedentes no contexto da justiça criminal brasileira, e, em seguida, revisita o instituto da revisão criminal, examinando seus fundamentos teóricos e a legislação processual penal, com o intuito de responder à seguinte questão: à luz do sistema de precedentes vinculantes, incorporado ao Processo Penal brasileiro pelo “Pacote Anticrime”, é possível utilizar a alteração jurisprudencial in bonam partem como fundamento para a revisão criminal?

2 PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Assim como a maior parte dos países da Europa Continental, o sistema jurídico brasileiro tem suas balizas na Escola Jurídica *civil law*, de tradição romano-germânica. Isso significa que a jurisdição brasileira é estruturada de forma a privilegiar a aplicação do direito produzido pelo Poder Legislativo, escrito e positivado. A lei desponta como principal fonte do direito, apta a solucionar os conflitos levados ao Judiciário.

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal confirma a adoção desse modelo de justiça na medida em que assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No âmbito do Direito Penal essa vinculação à produção legislativa é mais intensa, pois conforme incisos XXXIX e XL, ambos daquele mesmo artigo 5º, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, respectivamente.

Na legislação infraconstitucional, o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, recepcionado como Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, prevê como fonte formal primeira e imediata do direito somente a lei e como fontes formais secundárias, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Embora prepondere na doutrina clássica que doutrina e jurisprudência seriam fontes informais, que não geram, por si só, norma jurídica, Tartuce considera a jurisprudência como elemento integrante do costume, fonte formal do direito, a vista da posição de destaque que tem assumido no ordenamento brasileiro¹.

No entanto, é equivocado afirmar que os precedentes judiciais são utilizados somente pelos juízes do *common law* ou que não há grande relevância na produção legislativa fora do sistema *civil law*. Em verdade, a existência de legislação escrita e precedentes, entendidos estes como decisões passadas cujo fundamento pode ser repetido em casos futuros de matéria semelhante, pode ser encontrada de forma genérica em ambos os sistemas².

O intercâmbio de propostas e experiências entre os diversos modelos jurídicos é um processo histórico que foi acelerado face ao processo de globalização e de facilitação das comunicações. A tese de que haveria uma rigorosa separação entre o direito codificado e o direito jurisprudencial é mero resquício do pensamento positivista que considerava o direito como objeto estático, cujo método fundamental era o conceitualismo e um apelo a dicotomias tais como direito positivo e direito natural, norma válida ou inválida, ser ou dever ser³.

Como bem explica Zaneti Júnior, a antiga diferenciação entre as tradições *civil law* e *common law*, que determinavam o método indutivo para esta e o

1 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 39-40.

2 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador:

Revista Brasileira de Filosofia e História. 2024, 4, out-dez, 4240-4251. DOI: 10.18378/rbfh.v13i4.11050
<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RBFH>

JusPodivm, 2015, p. 311.

3 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 93.

dedutivo para aquela, na verdade, estão ligadas à preponderância de um modelo de precedentes ou de um modelo de leis, respectivamente⁴. No entanto, as duas formas estão sempre presentes em ambos os sistemas, em maior ou menor grau.

Em qualquer sistema jurídico a postura do intérprete é sempre eminentemente dedutiva quando existente uma regra a qual os fatos do caso sob análise possam ser subsumidos e indutiva quando, por analogia, precisar extrair de um caso pretérito um princípio geral capaz de solucionar também posteriores demandas semelhantes⁵.

Superada a noção positivista de que o legislador era capaz de produzir normas perfeitas, gerais e abstratas de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação, há algum tempo países ligados à tradição romano-germânica, como o Brasil, vem defendendo o uso de precedentes como mecanismo para combater problemas como a morosidade do processo, a multiplicação de demandas, a diversidade de julgamento em casos apesar da aplicação de uma única norma jurídica.

A preocupação com a uniformidade da jurisprudência intensificou-se bastante principalmente nas últimas décadas. Ao final do século XX não restava dúvida que a lei, como qualquer produção humana, é suscetível de ser interpretada de vários modos. Neste contexto Barroso pondera que após a 2ª Gerra Mundial se observa um momento de vertiginosa ascensão institucional do Poder Judiciário, que deixa o papel burocrático de boca da lei, um departamento técnico-especializado do Estado, para se transformar em um agente dotado de poder político, que disputa espaço com o Executivo e Legislativo, posicionando-se como importante agente de preservação da democracia e direitos fundamentais⁶.

Além disso, a passagem da constituição para o centro do sistema jurídico contribuiu decisivamente para a judicialização do direito, notadamente em países que adotam constituições abrangentes, como é o caso brasileiro.

Como bem pontuam Allain Teixeira, Matias Lobo e Deocleciano, em razão do não cumprimento das promessas de proteção e efetivação dos direitos fundamentais pelo Legislativo e Executivo, é que passou a ser desejável um novo paradigma de Direito, em que

as democracias instituíam Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas, transferindo-lhes a tarefa de efetivar, proteger e aplicar os direitos fundamentais, abrindo espaço para o juiz ativista, que assume uma função política, deixando o estado de neutralidade para abraçar a missão de guardião dos direitos fundamentais⁷.

A Constituição Cidadã trouxe consigo uma série de princípios fundamentais relacionados à tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além de um extenso rol de direitos fundamentais e outros sociais vinculados à ordem econômica, ao trabalho, à cultura, dentre outros, os quais permeiam o cotidiano dos brasileiros por via da eficácia vertical, face ao Estado, e também horizontal, regulando as relações privadas.

É um documento analítico não por acidente ou preciosismo, mas por reflexo de seu caráter e compromissório e plural. É uma Constituição, em suma, que transcende o sentido liberal do constitucionalismo na medida em que não se limita a definir as formas de fundamentação, legitimação e limitação do poder e os aspectos procedimentais de produção do direito e tomada de decisões (ao lado de alguns poucos direitos de cunho negativo). Essa transcendência se expressa pela afirmação de uma extensa pauta de princípios e direitos prestacionais que substanciam verdadeiros valores da comunidade, ou uma reserva de Justiça, caracterizando a República brasileira como um Estado

4 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 328.

5 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. op. cit., p. 103.

6 BARROSO, Luiz Roberto. Tinta e cinco anos da Constituição de 1988: as voltas que o mundo dá. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 07–49, 2023. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v28i22697. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php>

/rdfd/article/view/2697. Acesso em: 7 abr. 2024.

7 FERNANDES DE SOUZA ALLAIN TEIXEIRA, João Paulo; MATIAS LOBO, Júlio Cesar; DEOCLECIANO, Pedro Rafael. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal à luz da doutrina da efetividade.. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 27, n. 3, p. 124–153, 2022. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v27i31915. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1915>. Acesso em: 12 abr. 2024.

de Direito em sentido material e possibilitando a emergência de um Estado Constitucional⁸.

Como explica Schier, o processo de constitucionalização do direito só vem a assumir o sentido atualmente conhecido em um quadro de neoconstitucionalismo pós-positivista, capaz de transpor o caráter procedimental e formal da constituição, transportando o desenvolvimento do direito para o âmbito constitucional, para afastar as noções de que princípios constitucionais não eram normas jurídicas, mas meras recomendações ao legislador e que os direitos prestacionais constitucionalmente garantidos eram apenas normas programáticas⁹.

Essa nova eficácia das normas e princípios constitucionais conecta o constitucionalismo contemporâneo ao fenômeno da judicialização das relações sociais e da política. Como bem sintetiza Garapon “se o direito liberal do século XIX foi do poder legislativo, o direito material do estado provedor do século XX, o do executivo, o direito que se anuncia poderia bem ser o do juiz”¹⁰. O que se justifica na medida em que com crescente intensidade os magistrados vêm obtendo destaque na função de garantidores da democracia, dos valores constitucionais e da efetividade do direito.

A judicialização das relações sociais e da política é investigado também por Hirschl que indica outras três características preponderantes para o seu desenvolvimento: a difusão por toda a sociedade do domínio das regras e procedimentos jurídicos; a busca da efetividade de direitos por meio de uma justiça processual, em especial os direitos sociais, o que se alinha com a expansão dos poderes dos juízes para efetivação de políticas públicas; e a judicialização da megapolítica, que é como o autor chama as questões políticas centrais que interessam ou impactam a comunidade inteira¹¹.

No mesmo sentido, Barroso descreve a judicialização da vida em três pontos: a crença em um Poder Judiciário forte e capaz de assumir o papel delegado pelos outros poderes; a desilusão com a

política majoritária; e uma certa complacência dos demais poderes em deixar a carga do Judiciário a decisão sobre questões polêmicas, as quais poderiam impactar negativamente na imagem de seus respectivos membros ou que dividem o eleitorado¹².

Dos Santos e Oliveira destacam ainda que o fenômeno das demandas repetitivas é responsável por ampliar a possibilidade de que conflitos idênticos resultem em soluções distintas, ocasionando distorções no sistema processual. Aplicado de forma heterogênea aos jurisdicionados diante de uma mesma situação, o direito perde seu sentido de controle social, levando à adoção de comportamentos distintos pelos jurisdicionados ante a incerteza sobre a maneira como a situação será tratada pelo Judiciário até que ocorra a decisão singular em relação a cada um dos sujeitos¹³.

Assim, diante da judicialização da vida cotidiana e da política, a busca pela uniformidade da jurisprudência, aceitando-a como fonte do direito, desponta como instrumento a serviço da isonomia entre os cidadãos e da própria segurança jurídica, que os permite planejar suas ações com previsibilidade das consequências. Nesse contexto, a decisão anterior passa a exercer uma força gravitacional sobre as que a sucedem, o que faz parte da compreensão do direito como um produto histórico-judicial e não como um dado estático, imutável face às transformações sociais.

Inobstante, a utilização da jurisprudência como fonte formal do direito, em alguns casos colocando-a acima da letra fria da lei, não é sem resistência. Um dos principais argumentos contrários a adoção de precedentes é o de que a imposição daqueles violaria a independência judicial ou a regra do juiz natural, impondo ao magistrado e ao intérprete em geral que abra mão de seu posicionamento pessoal em favor do entendimento dos tribunais.

Essa preocupação já foi ventilada por Streck quando afirmou que a adoção de um sistema de precedentes poderia levar o Judiciário não mais julgar causa, resumindo sua atuação a uma “aplicação utilitarista do Direito para resolver seus problemas numérico-quantitativos”¹⁴ e por Theodoro Jr que observa ser não ser raro nos países de tradição *civil law* que o magistrado ao aplicar o precedente omita-se em realizar uma análise detalhada e comparativa dos fatos e

8 SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: Clève, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

9 SCHIER, Paulo Ricardo. op. cit., p. 52.

10 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 48.

11 HIRSCHL, Ran. O novo neoconstitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009, p. 142-146.

12 BAROSO, Luís Roberto. **A judicialização da**

Revista Brasileira de Filosofia e História. 2024, 4, out-dez, 4240-4251. DOI: 10.18378/rbfh.v13i4.11050
<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RBFH>

vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 45.

13 BARRETO OLIVEIRA, Tarsis; DE MENESES DOS SANTOS, Rodrigo. O incidente de resoluções de demandas repetitivas como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional: reflexões a partir da análise econômica do direito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 209–226, 2023. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v28i22586. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2586>. Acesso em: 7 abr. 2024.

14 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

fundamentos jurídicos que foram submetidos no paradigma para justificar a aplicação ou não do precedente¹⁵.

Por outro lado, Marinoni não vê na aplicação de precedentes violação à independência do magistrado, na medida em que o Judiciário tem o dever de tratamento uniforme às situações idênticas.

É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins que se destina, beira a um manicômio¹⁶.

O Estado de Direito reflete a necessidade de estabilidade em todas as suas searas. A estabilidade da legislação não cumpre sua finalidade quando acompanhada pela frenética alternância de decisões judiciais, tampouco quando casos semelhantes obtêm decisões conflitantes, provocando insegurança aos litigantes e desestabilização dos tribunais. Neste sentido, a utilização dos precedentes como fonte do direito concorre para um sistema jurídico baseado em mais previsibilidade de que sorte¹⁷.

Ignorar a jurisprudência como fonte do direito tem o potencial de induzir insegurança jurídica mais danosa do que a legislativa, porque as decisões judiciais têm capacidade de atingir fatos pretéritos. Essa questão assume um grau elevado de relevância no processo penal porque apesar da vedação da retroatividade da lei penal mais gravosa, as alterações jurisprudenciais podem alcançar fatos pretéritos.

Um exemplo recente desse alcance retroativo pode ser apontado no julgamento do Habeas Corpus 154248¹⁸, ocorrido em 28 de agosto de 2021, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem requerida ao decidir que o crime de injúria racial configura uma forma de racismo, sendo portanto imprescritível, embora à época do fato e na época do

juízo aquele tipo não estivesse enumerado na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Ratificando o direito criado jurisprudencialmente naquele caso, o legislador somente veio a incluir a injúria racial dentre as formas de racismo enumeradas na Lei nº 7.716 em 2023, através da Lei 14.532. Não fosse a aplicação do precedente como fonte do direito, a alteração legislativa não poderia atingir fatos pretéritos, incluso aquele apreciado no processo acima referido, por força das regras dos incisos XXXIX e XL do artigo 5º da Constituição Federal.

Noutro exemplo, contrariando a literalidade do inciso I do artigo 112 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça em 2022, no julgamento do Recurso Especial nº 1.983.259, abandonou a exegese literal do dispositivo, passando a adotar a tese segundo a qual a prescrição da pretensão executória depende do trânsito em julgado para ambas as partes¹⁹.

Com isso, aplicando-se a fatos ocorridos muito antes do julgamento, restou afastada a norma penal mais benéfica ao acusado segundo a qual o marco inicial da prescrição para executar a pena dependia somente da estabilização da decisão condenatória para a acusação, independente da não possibilidade de execução imediata da pena em razão da existência de recursos disponíveis para a defesa.

Um outro problema que se põe à utilização dos precedentes judiciais como fonte do direito é sua legitimação. É sabido que as decisões judiciais não retiram legitimidade diretamente da aprovação popular, mas de sua efetiva correspondência à ordem jurídica. Neste sentido, a jurisprudência como fonte formal do direito está necessariamente ligado à capacidade de influência das razões do paradigma, ou *ratio decidendi*, para solucionar os casos futuros, podendo ser vinculante ou persuasiva.

A força persuasiva é “a eficácia mínima de todo precedente”²⁰, ou seja, todo julgado tem ao menos a capacidade para ser utilizado como argumento, sem formalmente vincular o magistrado.

Conforme pondera Pugliese “o respeito ao precedente é um pré-requisito à eficiência da justiça, uma vez que os juízes não têm tempo de debruçar sobre todas as questões e todos os casos”²¹. Assim, a solução

15 THEODORO Jr. Humberto, *et al.* **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 361.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

17 GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 517

18 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 154248**. Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgado em 28/10/2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em 08 abr. 2024.

19 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.983.259**. Relator Ministro Sebastião Reis. Terceira Seção. Julgado em 26/10/2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202200257782. Acesso 08 abr. 2024.

20 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 529.

21 PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**. São Paulo: RT, 2016, p. 54.

de caso anterior e semelhante ao atual é forte indicativo de que, ainda que aquela interpretação do ordenamento não seja a mais correta, é, no mínimo, uma das alternativas que devem ser consideradas para resolver as lides posteriores.

Por outro lado, o precedente de eficácia vinculante atua “obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação”²². Neste caso, perde importância a interpretação pessoal do magistrado, na medida em que deve observar a orientação firmada.

O precedente obrigatório, no entanto, não elimina a possibilidade de interpretação do direito, pois sua aplicação, como todo precedente, demanda a revisitação das razões para sua formação, inclusive para avaliar a possibilidade de superação do entendimento (*overruling*) ou afastamento de sua aplicação em razão de peculiaridades do caso concreto (*distinguishing*), técnicas de aplicação oriundas da tradição dos sistemas de *common law*.

Além de outros julgamentos de observância obrigatória, tais como as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, foi incorporado ao Código de Processo Penal um sistema de precedentes que se concentra em dois dispositivos recém-alterados: os artigos 315, § 2º, e 638.

Inspirado no § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, o Pacote Anticrime deu ao § 2º do artigo 315 do Código de Processo Penal redação segundo a qual não se considera fundamentada, a decisão 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” ou que “limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, dentre outras.

Além de densificar o conteúdo da prescrição do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, estabelecendo patamar qualitativo mínimo para a fundamentação das decisões, ao menos em certa medida, a nova redação do artigo 315 instaura por via indireta um sistema de precedentes vinculantes no processo penal, vez que se não puder realizar a distinção (*distinguish*) ou a superação (*overruling*) o juiz está obrigado a seguir a súmula, jurisprudência ou precedente invocada pela parte, mantendo uniforme a jurisprudência.

Por outro lado, quando o precedente é invocado pelo magistrado como fundamento de sua decisão, o inciso V do § 2º do artigo 315 impõe ao magistrado o exercício que é típico dos sistemas de precedentes aplicados no *common law* de revistar os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do paradigma demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta

àqueles. É saber, a força do precedente não deve decorrer da autoridade do enunciado formalmente produzido, mas da reafirmação dos fundamentos diante do novo caso semelhante ao anterior.

Já o artigo 638 que versa sobre o julgamento dos recursos especial e extraordinário atrai ao processo penal a aplicação das formas estabelecidas nas leis especiais, na lei processual civil e nos respectivos regimentos, inofismavelmente incorporando ao processo penal a possibilidade de julgamento vinculante pela sistemática dos recursos repetitivos, prevista no Código de Processo Civil a partir do seu artigo 1.036.

Assim, como consequência de uma série de concausas, tais como a constitucionalização do direito penal, o maior destaque do Judiciário como agente de efetivação de direitos fundamentais, a necessidade de lidar de forma eficiente com o crescente volume processual sem prejuízo do tratamento isonômico dos jurisdicionados, a jurisprudência e os precedentes consolidam seu papel cada vez mais importante como fonte formal do direito penal e processual penal brasileiro, por vezes evidenciando normas jurídicas que não estão presas à literalidade da lei, decorrentes de uma interpretação do direito a qual se obrigam os magistrados em razão do dever de manter uniforme a jurisprudência, ressalvada a possibilidade de distinção e superação, técnicas típicas do sistema de precedentes observado no contexto do *common law*.

3 ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL

Por melhor que seja, a atividade jurisdicional está sujeita a ocorrência de erros. O julgador, como ser humano, por incontáveis motivos, não está livre de prolatar uma decisão injusta ou equivocada. Por tal motivo, a fundamentação desponta como principal elemento de legitimação das decisões judiciais.

Sob a perspectiva endoprocessual, a motivação das decisões permite às partes o exercício do contraditório efetivo. Somente através do conhecimento das razões de decidir é que se torna possível a crítica ao conteúdo e eventual impugnação do direito produzido judicialmente. No entanto, a motivação possui também uma função extraprocessual, apresentando-se como garantia à sociedade da possibilidade de controle da atividade jurisdicional, viabilizando a crítica e o controle de legalidade do pronunciamento.

Explica Liebman que em um Estado de Direito é “necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão que chegou”²³. Assim, muito mais que uma garantia individual, a motivação das decisões é imprescritível para o próprio exercício da função jurisdicional, garantindo transparência e permitindo o controle generalizado sobre a atuação do juiz.

22 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de **Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 528.

23 LIEBMAN, Enrico Túlio. **Do arbítrio à razão**. Reflexões sobre a motivação da sentença. Tereza Celina de Arruda Alvim (trad.) **Revista de Processo**, v. 8, nº 29, jan/mar., 1983, p. 80.

No curso do processo, os recursos em geral se apresentam como instrumentos vocacionados à busca pela justiça e o aprimoramento das decisões judiciais, mediante revisão através do duplo grau de jurisdição. Entretanto, a sobrevivência do sistema de direito impõe que a partir de determinado momento não seja mais admitida a irresignação contra o pronunciamento judicial. Em virtude das exigências de segurança jurídica e duração razoável do processo, que se materializam no instituto da coisa julgada, a busca por estabilidade das relações humanas passa a prevalecer sobre o valor da justiça material²⁴.

Em razão da especial relevância dos bens jurídicos tutelados e atingidos pelo exercício da jurisdição criminal, uma condenação equivocada no processo penal, ainda que transitada em julgado, não deve impor a perpetuação de uma grave injustiça, privando o jurisdicionado de seus direitos mais relevantes, dentre eles a própria liberdade, mostrando-se necessária a existência de um eficaz instrumento para reparação de eventuais erros judiciários.

Ante este quadro, a ordem jurídica prevê instrumentos excepcionais de superação da coisa julgada por meio da ação rescisória e, especificamente no processo penal, através da revisão criminal. Ambas visam rever a coisa julgada material em casos excepcionais, mas cada qual com suas nuances.

A revisão se diferencia da ação rescisória, em síntese, em dois pontos: é um remédio posto a disposição somente de uma das partes: o acusado, e não possui limitação temporal, comparada ao biênio a partir do trânsito em julgado que deve ser observado para o cabimento da rescisória. Essas diferenças dão o norte de que enquanto nos demais ramos do direito prevalece a estabilidade das relações jurídicas, no âmbito penal, a segurança jurídica cede frente a defesa da liberdade da pessoa condenada em razão de decisão eivada de erro ou ilegalidade.

A revisão criminal encontra justificativa axiológica na falibilidade humana, que impõe a existência de mecanismos voltados à correção dos erros e prevalência da justiça material. É nesse diapasão que, na esfera criminal, a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria poderá, a qualquer tempo, ser desconstituída por meio da revisão criminal.

No entanto, da ponderação entre a busca pela justiça e a necessidade de estabilidade das relações jurídicas, as sentenças absolutórias próprias não ensejam o cabimento da revisão, por óbice constitucional implícito, entendendo-se por melhor manter uma sentença injustamente favorável ao réu do

que a instabilidade e insegurança a que se sujeitaria o acusado absolvido.

Em que pese ter existir corrente doutrinária favorável à possibilidade de revisão criminal diante da absolvição, em defesa do interesse da sociedade pela busca pela prevalência da verdade, esse tipo de revisão não foi admitida em nosso país, por três motivos principais: a precedência da liberdade pessoal na ponderação com os interesses ligados à segurança jurídica; a maior gravidade da repercussão da condenação de um inocente quando comparada a absolvição do culpado; e, por fim, a potencialidade de a revisão criminal tornar-se instrumento de *lawfare*, perseguição ou constrangimento contra o criminalmente absolvido²⁵.

Com amparo na Convenção Americana de Direitos Humanos Badaró traz ainda outro argumento contrário à revisão criminal contra o réu quando relembra que o artigo 8.4 daquela prevê que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Assim, há um óbice ao legislador infraconstitucional em instituir a possibilidade de revisão contra a sentença absolutória própria.²⁶

A revisão criminal mostra-se portanto como um instrumento exclusivamente a serviço da defesa que se posiciona na linha tênue entre a segurança jurídica e a necessidade de corrigir erros e injustiças com o objetivo de equilibrar os fundamentos da coisa julgada e a exigência de preservação da liberdade individual diante da extrema importância dos bens jurídicos atingidos pelo Direito Penal.

Na Constituição Federal brasileira a revisão criminal é encontrada na alínea *j* do inciso I do artigo 102, que estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a ação rescisória de seus julgados²⁷. Na legislação ordinária, está prevista no artigo 621 e seguintes do Código de Processo Penal.

Embora esteja prevista no Código de Processo Penal como parte dos recursos, não resta dúvida que a revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação, pois dá origem a uma nova relação processual. Conforme leciona Aury Lopes Jr. trata-se de um “meio extraordinário de impugnação, não submetida a prazos, que se destina a rescindir uma sentença transitada em julgado, exercendo, por vezes, papel similar ao de uma ação de anulação ou de constitutiva negativa”²⁸.

Quatro são as hipóteses em que a legislação processual penal admite a revisão criminal para questionar o processo findo: quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal

24 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 983.

25 MÉDICI, Sérgio Oliveira. **Revisão Criminal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 229-230.

26 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2017, p. 984.

27 BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 abr. 2024.

28 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1106.

ou à evidência dos autos, quando se fundar em provas comprovadamente falsas ou quando, após a sentença, forem descobertas novas provas de inocência ou circunstância que determine ou autorize a diminuição da pena imposta²⁹.

Quanto ao primeiro fundamento da revisão criminal, é pacífico que a expressão contrária ao texto expresso da lei penal deve ser lida de forma ampla, compreendendo as normas de processo penal, a Constituição Federal ou qualquer ato normativo que seja empregado na sentença condenatória³⁰. A contrariedade à lei é, portanto, verificada por tratá-la como se não válida ou como se não estivesse em vigor, deixando de aplicar os preceitos descritos pela norma.

Ainda que a expressão lei penal seja compreendida com caráter amplo e que não se ignore o papel criador do direito da atividade judiciária, o tema é ainda objeto de discussão na doutrina e jurisprudência quanto a possibilidade de lançar mão da revisão criminal frente a mudança de entendimento jurisprudencial e a consequente modificação dos precedentes judiciais.

Adotando uma leitura ainda literal e restritiva do inciso I do artigo 621, privilegiando o valor da segurança jurídica, conforme reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Revisão Criminal nº 5.620/SP, prevalece nos Tribunais Superiores brasileiros a tese de que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, ressalvadas hipóteses excepcioníssimas de entendimento pacífico e relevante³¹.

Embora ainda rechaçado como regra, é importante observar do voto da relatora que a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça vem flexibilização aquela posição, admitindo a alteração dos precedentes como fundamento para a revisão criminal diante de casos excepcionais.

A partir da Revisão Criminal nº 3.900/SP a Terceira Seção admitiu-se o uso da revisão criminal quando a decisão contrariava a jurisprudência já consolidada no Superior Tribunal de Justiça antes do julgamento³². Por outro lado, na Revisão Criminal nº 5.627/DF foi aceita a revisão criminal no caso em que recurso com repercussão geral reconhecida havia declarado inconstitucional o preceito secundário do tipo penal utilizado na condenação³³.

Inobstante o padrão que permanece na jurisprudência brasileira é que havida compatibilidade

entre a decisão e os precedentes existentes à época, a posterior mudança na jurisprudência para uma interpretação mais benéfica ao réu, inclusive com a formação de um novo precedente, ou seja, com o *overruling* do precedente anterior, não autoriza a propositura de revisão criminal com fundamento no inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal.

A crescente força dos precedentes como fonte do direito, inclusive com efeito vinculante para os casos posteriores, aproxima o sistema brasileiro de uma visão do direito típica do realismo jurídico, na medida em que o direito não mais é visto como apenas o conjunto de normas abstratas emanadas da atividade legiferante, mas como algo que está em constante processo de atualização no cotidiano dos tribunais, por meio das decisões judiciais.

Neste sentido, a expressão “lei penal” prevista no inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal quando prevê o cabimento da revisão criminal “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal” pode ser lida de forma ampliativa, referindo-se não somente ao texto legal, mas à norma que se extrai dele. Se o direito não está limitado à letra fria da lei, a mudança da norma, seja contida diretamente no texto legal ou extraída através dos precedentes, é capaz de ensejar desconformidade entre a sentença, ainda que transitada em julgado, e a noção do que é antijurídico ou não à luz do Direito.

Para Wambier admitir a permanência de uma decisão que consagrou interpretação da legislação atualmente ultrapassada, incorreta pelo Judiciário, é prestigiar o acaso em detrimento da isonomia, tendo em vista que serão beneficiados com o novo precedente, além dos casos posteriores, aqueles que tiveram a sorte de participar da demanda em prejuízo de outros réus que praticando fato semelhante no mesmo período temporal tiveram o processo julgado anteriormente³⁴.

A Constituição Federal impõe no inciso XL do artigo 5º o direito fundamental à irretroatividade da lei penal, salvo quando a mudança vier em benefício do réu. Por conseguinte a norma penal e também a processual penal, constitucional ou de qualquer outro ramo relacionada à condenação criminal quando for mais branda (*lex mitior*) ou quando descriminaliza a conduta (*abolitio criminis*) retroagirá, alcançando fatos pretéritos.

29 BRASIL. **Código de Processo Penal**.

Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 abr. 2024

30 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**.

15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1107.

31 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Revisão Criminal nº 5.620. Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/6/2023. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101581106. Acesso em 10 abr. 2024.

32 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Revisão Criminal nº 3.900. Relator Ministro

Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Julgado em 13/12/2017. Disponível em:

<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RBFH>

Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Julgado em 13/12/2017. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201700633422. Acesso em 10 abr. 2024.

33 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Revisão Criminal nº 5.627. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Terceira Seção. Julgado em 13/10/2021.

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101805200. Acesso em 10 abr. 2024.

34 WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Sobre a súmula 343. **Revista da AJURIS**. v. 70. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 115.

Essa excepcionalidade encontra fundamento na especial importância que o Direito concede à liberdade dos indivíduos e pode ser transportada sem prejuízo axiológico para os casos em que há alteração substancial da norma extraída do texto legal por meio da atividade judiciária.

Queiroz pondera que o direito não preexiste à interpretação, pois aquele é resultado desta, de tal forma que a lei e sua interpretação são inseparáveis. Assim defende que a lógica aplicável à retroatividade penal da lei benéfica, que justifica a revisão criminal, é adequada também para defesa da retroatividade da interpretação judicial mais benéfica, uma vez que o direito, ou lei penal, é o que o Poder reconhece como tal, especialmente o Poder Judiciário³⁵.

Ferraz Júnior acresce que, assim como o Legislativo está sujeito ao princípio da não surpresa, também está o Judiciário, em quem o jurisdicionado deposita legítima expectativa em razão da existência de reiteradas decisões tomadas no mesmo sentido³⁶.

Em respeito a esse direito à segurança não se deve restringir o princípio da irretroatividade ao texto da lei como enunciado, mas tomá-lo de forma a compreender a lei como sua inteligência, sobretudo quando se parte do pressuposto da existência de um sistema de precedentes que, conforme redação atual do § 2º do artigo 315 do Código de Processo Penal, somente podem ser afastados pelo juiz se demonstrada a necessidade de superação ou distinção.

Nessa linha de raciocínio, a alteração do precedente corresponde à modificação do próprio Direito, cuja retroatividade em matéria penal tem por fundamento os princípios da proporcionalidade, da isonomia e da subsidiariedade, sendo defensável que a nova interpretação menos gravosa, desde que pacífica, representando uma superação do entendimento anterior (*overruling*), seja abarcada pela regra que permite a retroatividade da norma benéfica, ensejando o cabimento da revisão criminal.

Pimentel defende que quando o Código de Processo Penal afirma que caberá revisão criminal quando a sentença violar a lei penal o legislador não se referia somente ao texto legal, mas à norma que se extrai dele, que é o resultado do esforço interpretativo sobre o texto. Assim, seja por alteração do texto legislativo ou do precedente que orienta a interpretação daquele, forma-se uma desconformidade entre a sentença transitada em julgado e o direito³⁷.

Renato Brasileiro exemplifica a situação que ensinaria a revisão por alteração da norma em razão de um novo precedente conforme os seguintes termos:

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 12/03/2020 pela prática de roubo circunstanciado pelo emprego de arma (CP, art. 157, § 2º, I). Com 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 na sentença condenatória, é de todo desarrazoado permitir-se que, aos acusados anteriormente condenados, fosse mantida a aplicação da majorante³⁸.

Aury Lopes Júnior concorda com a possibilidade de manejo desde que a mudança seja efetiva e em relação a entendimento pacífico e relevante, rompendo com o paradigma jurisprudencial anterior, como ocorrido em relação a inconstitucionalidade do regime fechado automático para os crimes hediondos com a edição da Súmula Vinculante nº 26³⁹. No mesmo sentido, ZANETI JÚNIOR defende que caso o precedente seja pacífico e favorável, deve ser aplicado imediatamente, inclusive viabilizando a revisão criminal com base no inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal, visto que precedentes são normas⁴⁰.

35 QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 82.

36 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2008, p. 11.

37 PIMENTEL, Fabiano. **A sentença penal e suas vias impugnativas**. Belo Horizonte: D'Plácido,

2019, p. 347.

38 DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1783.

39 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1108.

40 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP**. Precedentes normativos formalmente vinculantes no

André Estefam faz contraponto à posição acima ao defender que somente nos casos em que há precedente vinculante, ou seja, nas alterações decorrentes de controle concentrado de constitucionalidade ou súmula vinculante, é que o novo entendimento jurisprudencial poderia alcançar fatos pretéritos já acobertados pela coisa julgada, vez que o Brasil não abandonou sua tradição *civil law* adota por regra o sistema do precedente judicial⁴¹.

A posição de Estefam, no entanto, é criticável na medida em que, embora o Código de Processo Penal não tenha adotado expressamente um sistema de precedentes de força obrigatória, as disposições do § 2º do artigo 315 e artigo 638 indiretamente impõem aos magistrados em geral o dever de observância dos precedentes, súmulas e jurisprudência, somente podendo daqueles se afastar quando fundamentadamente entenderem cabível a superação do precedente ou a diferenciação em razão das peculiaridades do caso concreto.

Zaffaroni evidencia a necessidade de considerar a alteração da jurisprudencial como fundamento para a revisão criminal na medida em que quando a jurisprudência, com valor geral, muda o critério, passando a considerar atípica uma ação até então considerada típica, há o surgimento de uma tensão entre as pessoas que, tendo realizado condutas idênticas, em um mesmo lapso temporal, poderiam obter julgamentos distintos, sendo uma condenada e a outra absolvida porque uma foi julgada antes da outra.⁴²

Também adotando uma posição intermediária, Ada Grinover, Gomes Filho e Antonio Scarance propõem ser possível a revisão quando houver adoção tranquila da posição oposta à consignada na decisão condenatória, mas que a contrariedade deverá ser sempre frontal e inequívoca, não se aplicando aos casos em que se observa interpretação razoável, ainda que controvertida⁴³.

Neste sentido, cabe destacar que na jurisdição civil, o § 5º do artigo 996 do Código de Processo de 2015, com redação atualizada pela Lei nº 13.256/2016, passou a prever expressamente a possibilidade de impugnar a coisa julgada contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

processo penal e sua dupla função. *Pro futurum in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). **Processo Penal:** coleção repercussões do novo CPC. v. 13. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 466.

41 ESTEFAM, André. **Direito Penal;** parte geral. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 174.

42 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA,

Revista Brasileira de Filosofia e História. 2024, 4, out-dez, 4240-4251. DOI: 10.18378/rbfh.v13i4.11050
<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RBFH>

Ante o exposto, é evidente que o Direito Penal não se resume ao texto legislado. A adoção de um sistema de precedentes dotados de força persuasiva e vinculante é uma necessidade diante dos desafios materializados em razão de fenômenos como a multiplicação de demandas com pedidos e causas de pedir semelhantes, a morosidade, baixa previsibilidade e descrédito no sistema de justiça.

Ao longo do primeiro capítulo deste paper foi possível observar a existência de um movimento de aproximação entre o ordenamento brasileiro e instituto dos precedentes, inspirado na experiência dos países de tradição *common law*. Nesse contexto, o uso dos precedentes judiciais como fonte do direito, que já havia sido evidenciado no Processo Civil, foi transportado expressamente para o Código de Processo Penal através do § 2º do artigo 315 e artigo 638, os quais preveem respectivamente a necessidade de observância da uniformidade da jurisprudência, súmulas e precedentes, salvo quando fundamentadamente justificada a superação (*overruling*) ou distinção (*distinguish*) e a possibilidade de formação de precedentes obrigatórios pela sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Assim, obteve-se a compreensão de que o Direito Penal brasileiro não é um fato estático limitado ao texto legal. A norma penal é construída também através da atividade do intérprete, notadamente pela via judicial pela estabilidade reiterada da *ratio decidendi* utilizada no caso concreto.

No capítulo seguinte estabeleceu-se que a revisão criminal consiste em instrumento de justiça criminal de suma importância, permanentemente à disposição do réu com a finalidade de combater uma decisão condenatória ou absolutória imprópria injusta ou errada mesmo após a formação da coisa julgada. Identificou-se que seu fundamento de ser é decorrente da ponderação entre a liberdade individual e o princípio da segurança jurídica, privilegiando-se aquele para admitir a reanálise do caso diante de situações específicas, dentre elas a contrariedade à lei penal.

Em que pesem as razões encampadas pela jurisprudência dominante para realizar uma interpretação restritiva do inciso I do artigo 621 do Código Penal, é inegável o papel da jurisprudência na interpretação das leis e na delimitação das condutas delituosas, notadamente à luz da constitucionalização do direito penal, que tem contribuído para um certo protagonismo dos tribunais no processo de criação da norma penal.

Esse contexto evidencia a necessidade de considerar a alteração da jurisprudencial como

Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** parte geral. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 126.

43 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal:** teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 249.

fundamento para a rescisória na medida em que quando a jurisprudência, com valor geral, muda o critério, passando a considerar atípica uma ação até então considerada típica, há o surgimento de uma tensão entre as pessoas que, tendo realizado condutas em idênticas condições de tempo e lugar, podem ser submetidas a resultados processuais distintos com base exclusivamente no fato de que um foi julgado antes do outro.

A aplicação imediata de um precedente obtido a partir do *overruling* de seu antecessor materializa o mesmo objetivo fundamental abraçado pela retroatividade da lei penal mais benéfica, na medida em que privilegia o direito à liberdade daquele que praticou determinada conduta que a sociedade não mais considera penalmente relevante ou cuja prática não mais enseja juízo de culpabilidade criminal. Nesse contexto, não há distinção relevante a ser feita se a realização de que a anterior incriminação da conduta foi superada por meio da atividade legislativa ou através da construção de uma nova interpretação do dispositivo, pois ambas as situações revelam a desproporcionalidade da continuidade da sanção penal.

Embora constatado que predomina nos tribunais superiores o entendimento de que a alteração do precedente não enseja o cabimento do instituto da revisão criminal, identificou-se a existência de flexibilização da interpretação restritiva do inciso I do artigo 621 na medida em que o Superior Tribunal de Justiça já admite, em casos excepcionais, a utilização da revisão criminal com fundamento na alteração jurisprudencial, quando a decisão condenatória foi proferida em desconformidade com precedente preexistente e que não era objeto de controvérsia e quando alterada a posição por força da declaração de inconstitucionalidade por meio de precedente vinculante.

Diante das premissas estabelecidas, é possível confirmar a hipótese inicialmente traçada, afirmando que não é condizente com o sistema de precedentes e com o papel criativo que atualmente possuem no contexto brasileiro, impedir a que o texto legal mais gravoso permaneça sendo aplicado a despeito de uma alteração posterior benéfica ao condenado, mas permitir que o entendimento judicial mais prejudicial àquele seja perpetuado, ainda que superado, sob o pretexto de que não se trata de lei em sentido estrito.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARRETO, Tarsis Oliveira; SANTOS, Rodrigo de Meneses dos. O incidente de resoluções de demandas repetitivas como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional: reflexões a partir da análise econômica do direito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 209–226, 2023.

DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd v28i22586.
Disponível em:
<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2586>. Acesso em: 6 abr. 2024.

BARROSO, Luiz Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018

_____. Tinta e cinco anos da Constituição de 1988: as voltas que o mundo dá. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 07–49, 2023. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd v28i22697. Disponível em:
<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2697>. Acesso em: 6 abr. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 abr. 2024.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 abr. 2024.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERNANDES, Sousa et al. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal à luz da doutrina da efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 27, n. 3, p. 124–153, 2022. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v27i31915. Disponível em:
<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1915>. Acesso em: 12 abr. 2024.

FERRAZ, Tercio Sampaio Júnior; CARRAZA, Roque Antônio; NERY, Nelson Junior. **Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2008.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

HIRSCHL, Ran. O novo neoconstitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 251, p. 139–178, maio/ago. 2009

LIEBMAN, Enrico Túlio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. Tereza Celina de Arruda Alvim (trad.) **Revista de Processo**, v. 8, n° 29, jan/mar., 1983

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, Aury Junior. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

MÉDICI, Sérgio Oliveira. **Revisão Criminal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

PIMENTEL, Fabiano. **A sentença penal e suas vias impugnativas**. Belo Horizonte: D'Placido, 2019.

PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira**. São Paulo: RT, 2016

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: Clève, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.983.259**. Relator Ministro Sebastião Reis. Terceira Seção. Julgado em 26/10/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202200257782. Acesso 08 abr. 2024.

_____. **Revisão Criminal nº 3.900**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Julgado em 13/12/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201700633422. Acesso em 10 abr. 2024.

_____. **Revisão Criminal nº 5.620**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/6/2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101581106. Acesso em 10 abr. 2024

_____. **Revisão Criminal nº 5.627**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Terceira Seção. Julgado em 13/10/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101805200. Acesso em 10 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 154248**. Relator Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgado em 28/10/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em 08 abr. 2024.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014.

THEODORO Jr. Humberto, et al. **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Sobre a súmula 343. **Revista da AJURIS**. v. 70. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte geral**. Buenos Aires: Ediar, 2000

ZANETI, Hermes Junior. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futurum in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). **Processo Penal: coleção repercussões do novo CPC**. v. 13. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Juspodivm, 2016.