

APLICAÇÃO RETROATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL NOS CASOS DE PRECEDENTES QUALIFICADOS**RETROACTIVE APPLICATION OF CASE LAW IN CRIMINAL ENFORCEMENT IN CASES OF QUALIFIED PRECEDENTS****APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL EN CASOS DE PRECEDENTES CUALIFICADOS**

10.56238/revgeov16n5-163

Reinaldo Rossano Alves
Doutorando em Direito e Políticas Públicas
Instituição: Uniceub
E-mail: reinaldorossano@yahoo.com.br

RESUMO

O artigo analisa a possibilidade de aplicação retroativa de precedentes qualificados na execução penal, equiparando-os à lei penal mais benéfica (*lex mitior*), cuja retroatividade é constitucionalmente assegurada. Argumenta que, diante da força vinculante prevista no art. 927 do CPC, esses precedentes possuem densidade normativa semelhante à de normas legais e, portanto, deveriam alcançar condenações já transitadas em julgado, garantindo isonomia, segurança jurídica e efetividade. Tomando como exemplo o Tema 1087 do STJ — que afastou a incidência da majorante do repouso noturno no furto qualificado —, sustenta que negar sua retroatividade gera tratamento desigual entre condenados. Defende, assim, que o juiz da execução deve aplicar tais precedentes, tal como ocorre com a *novatio legis in mellius*, posição que pode vir a ser consolidada no julgamento do Tema 1331 do STJ.

Palavras-chave: Retroatividade da Jurisprudência. Precedentes Qualificados. Execução Penal. Temas 1087 e 1331 STJ. Juiz da Execução Penal.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of retroactively applying qualified precedents in criminal enforcement, equating them to the more lenient criminal law (*lex mitior*), whose retroactivity is constitutionally guaranteed. It argues that, given the binding force foreseen in Article 927 of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC), these precedents possess normative density similar to that of legal norms and, therefore, should apply to convictions that have already become final, guaranteeing equality, legal certainty, and effectiveness. Taking as an example STJ (Superior Court of Justice) Case 1087—which ruled out the application of the aggravating circumstance of nighttime rest in aggravated theft—it argues that denying its retroactivity generates unequal treatment among convicts. It thus defends that the judge of enforcement should apply such precedents, as occurs with *novatio legis in mellius*, a position that may be consolidated in the judgment of STJ Case 1331.

Keywords: Retroactivity of Jurisprudence. Qualified Precedents. Criminal Enforcement. STJ Cases 1087 and 1331. Judge of Criminal Execution.



RESUMEN

Este artículo analiza la posibilidad de aplicar retroactivamente precedentes calificados en materia penal, equiparándolos a la jurisprudencia más indulgente (*lex mitior*), cuya retroactividad está garantizada constitucionalmente. Argumenta que, dada la fuerza vinculante prevista en el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil brasileño, estos precedentes poseen una densidad normativa similar a la de las normas jurídicas y, por lo tanto, deben aplicarse a condenas firmes, garantizando así la igualdad, la seguridad jurídica y la efectividad. Tomando como ejemplo el caso 1087 del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), que descartó la aplicación de la circunstancia agravante de descanso nocturno en el delito de hurto agravado, sostiene que negar su retroactividad genera un trato desigual entre los condenados. Defiende, por consiguiente, que el juez encargado de la ejecución aplique dichos precedentes, como ocurre con la *novatio legis in mellius*, postura que se consolida en la sentencia del caso 1331 del TSJ.

Palabras clave: Retroactividad de la Jurisprudencia. Precedentes Cualificados. Ejecución Penal. Casos STJ 1087 y 1331. Juez de Ejecución Penal.



1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XL, estabelece que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Cuida-se do chamado princípio da retroatividade de lei mais benigna (*lex mitior* ou *novatio legis in mellius*), de onde se extrai também o princípio da irretroatividade da lei mais severa (*lex gravior* ou *lex severior*).

No mesmo sentido, o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal dispõe que a “*lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*”. Assim, não há limitação de tempo para aplicação da *lex mitior*, a qual pode, inclusive, desconstituir a coisa julgada.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal, no artigo 66, inciso I, atribui ao juiz da execução a competência para “*aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado*”. E a Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal assevera que “*transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna*”.

Nesse contexto, a aplicação de lei posterior mais benéfica é algo comum na execução penal, diante das inúmeras mudanças legislativas, as quais, a despeito do discurso punitivista, em algumas ocasiões acabam por beneficiar as pessoas já condenadas.

É o que ocorreu, por exemplo, com a Lei nº 13.964/2019, denominado de Pacote Anticrime, o qual, a despeito do seu caráter punitivista, beneficiou os condenados por crimes hediondos sem resultado morte, que não eram reincidentes específicos nesses delitos, alterando o percentual para progressão de regime de 60% (3/5) para 40% (2/5).

Esse entendimento restou inclusive sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1084, no sentido de que é “*reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidientes em delito de natureza semelhante*”.

Importante ressaltar que a posição expressada no Tema 1084 é de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, constituindo o chamado *precedente qualificado no sistema de precedentes* criado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC - artigo 927).

E aqui reside o ponto central do presente artigo: se são de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, esses *precedentes qualificados*, quando benéficos às pessoas já condenadas, sob à égide dos *princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia* (§4º do artigo 927 do CPC), não poderiam ser aplicados de forma retroativa *pelo juiz da execução*, da mesma forma que a *lex mitior*, desconstituindo a coisa julgada? E, se não fosse aplicado de forma retroativa, esse precedente qualificado benéfico não feriria de forma frontal o princípio da isonomia?

Tome-se, por exemplo, o decidido no Tema 1087 – STJ (precedente qualificado), segundo o qual “*a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no*



periodo noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º) ”. Com efeito, o citado precedente afasta a possibilidade de aplicação da causa de aumento de pena do §1º do artigo 155 do Código Penal (“*a pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno*”) ao furto qualificado, questão que até a edição do tema (em 02/06/2022) era controvertida, havendo várias condenações com a aplicação da majorante à figura qualificada do furto.

Diante dessas condenações e, após o *precedente qualificado*, frise-se, de *observância vinculante*, não haveria ofensa ao princípio da isonomia se essas condenações (que aplicaram a majorante do repouso noturno ao furto qualificado) fossem mantidas na execução penal? Não deveria esse precedente qualificado ser tratado da mesma forma que a *lex mitior*, cabendo ao juiz da execução a aplicação retroativa?

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 3ª Seção, afetou três recursos especiais ao rito dos recursos repetitivos, a fim de discutir se a alteração de jurisprudência deve retroagir para beneficiar o réu (Tema Repetitivo 1.331). Contudo, a discussão tratada nesse Tema 1.331 não se refere especificamente aos precedentes qualificados, mas a qualquer precedente favorável. Nada impede, é claro, que a discussão tenha uma mudança para tratar especificamente do precedente qualificado.

Essas questões serão tratadas no presente artigo, mas parece ser indispensável que, pelo seu caráter vinculante, e em respeito aos princípios da isonomia, da celeridade e da efetividade processuais, seja conferida retroatividade ao precedente qualificado, cabendo essa aplicação, após o trânsito em julgado da condenação, ao juiz da execução.

2 A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA MESMO DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO – A SÚMULA 611 DO STF – ARTIGO 66 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O princípio constitucional da retroatividade da *lex mitior* não encontra limitação na coisa julgada. Com efeito, o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal dispõe que a “*lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*”.

Nessa hipótese, a lei posterior, a despeito de continuar a considerar o fato como criminoso, traz algum benefício ao acusado, como pena menor, maior facilidade para obtenção de progressão de regime, por exemplo.

E a aplicação da *novatio legis in mellius*, após a condenação irrecorrível, deve ser realizada pelo juiz da execução penal, consoante disposição expressa contida no inciso I do artigo 66 da Lei de Execução Penal. Assim, não se admite o ajuizamento de revisão criminal para aplicação da *lex mitior*,



sendo o caminho correto o pedido diretamente dirigido ao juiz da execução, via mais célere e efetiva do que a revisional.

É o teor da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna*”.

São vários os exemplos de modificação legislativa que acabaram beneficiando pessoas já condenadas. Entre eles podem ser citados:

- a) Lei 12.015/2009: essa lei promoveu a unificação dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Com isso, o sujeito, anteriormente condenado pelos crimes de estupro (artigo 213 – pena de reclusão de 6 a 10 anos) e atentado violento ao pudor (artigo 214 – pena de reclusão de 6 a 10 anos), por haver, no mesmo contexto, constrangido a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a ter com ela conjunção carnal e outro ato libidinoso diverso desta, como o coito anal ou o felação (sexo oral), foi beneficiado por essa unificação, passando a responder tão somente pelo delito de estupro (artigo 213 – pena de reclusão de 6 a 10 anos). Coube, nessa hipótese, ao juízo da execução penal a aplicação da *lex mitior*, promovendo a nova dosagem da pena pelo delito unificado;
- b) Lei 12.850/2013: essa lei previu um aumento da pena do crime de associação criminosa armada (art. 288, parágrafo único, do CP) menor (aumento de metade) do que a legislação revogada (aumento do dobro). O juiz da execução aplicou a *novatio legis in mellius* fazendo a devida adaptação na pena;
- c) Lei 13.654/2018: à época, essa norma excluiu o aumento da pena decorrente do emprego de arma imprópria no crime de roubo (revogação do inciso I, do §2º, do artigo 157 do CP). Os juízes da execução tiveram que afastar o emprego da majorante (emprego de arma imprópria, como faca, por exemplo), realizando nova dosagem da pena, até o advento da Lei 13.964/2019 que retomou a causa de aumento nos casos de arma branca (inciso VII do §2º do artigo 157 do CP).

E, cabe ressaltar, que as leis de execução penal, com conteúdo material também devem (e foram) tratadas como lei penal. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Lei 12.433/2011 que deu nova redação ao artigo 127 da LEP tornando a perda dos dias remidos decorrentes de prática de falta grave limitada a 1/3 (a lei anterior determinava a perda de todos os dias remidos). Nessa hipótese, nos casos em que já houvera a determinação da perda de todos os dias remidos, o juiz da execução teve que proferir nova decisão, limitando a perda dos dias remidos a 1/3, na forma da *lex mitior*.

Isso ocorreu, igualmente, com o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) na parte que estabeleceu novos parâmetros de progressão de regime para condenados por crimes hediondos e equiparados a



hediondos. Com efeito, anteriormente a essa norma, dispunha o §2º do artigo 2º da Lei 8.702/90, que, *verbis*:

Art. 2º [...]

§2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

A norma revogada não exigia a reincidência específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 para progressão de regime. Assim, por exemplo, o condenado por crime de estupro (hediondo) que tivesse a reincidência reconhecida pela condenação anterior por receptação (crime comum, não hediondo) deveria cumprir 3/5 da pena correspondente à condenação pelo estupro para cumprir o requisito temporal para a progressão de regime.

Contudo, a Lei 13.964/2019 deu a seguinte redação para o artigo 112 da LEP, *verbis*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

[...]

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

[...]

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; [...]

A Lei 13.964/2019 passou a exigir a “reincidência específica” em crime hediondo para a aplicação do percentual de 60% (3/5) para progressão de regime. Nesse contexto, pacificou-se na jurisprudência o entendimento de que, quando não houver a “reincidência específica” o condenado deve ser tratado como primário (*analogia in bonam partem*), devendo cumprir 40% (2/5) para progressão de regime. Assim, no exemplo daquele condenado por estupro, a lei foi aplicada retroativamente, passando o sujeito a cumprir 2/5 (40%) da pena daquele delito hediondo para progressão de regime, já que a condenação anterior era pelo delito de receptação.

Esse entendimento, inclusive, restou consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1084, no sentido de que é “*reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante*”.

E, ressalte-se, a posição expressada no Tema 1084 é de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, constituindo o chamado *precedente qualificado* no sistema de precedentes criado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC - artigo 927).



3 MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E A REVISÃO CRIMINAL

Conforme já visto anteriormente, a mudança legislativa benéfica, nos casos de condenação já transitada em julgado, não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, cabendo ao juízo da execução a aplicação da *lex mitior*.

Contudo, discute-se se a mudança de entendimento jurisprudencial, se favorável a pessoas já condenadas, poderia também levar à desconstituição da coisa julgada. Com efeito, várias são as questões controvertidas no âmbito dos tribunais. No âmbito penal, por exemplo, houve época em que prevalecia o entendimento, a despeito de várias críticas da doutrina, de que o emprego de arma de brinquedo no crime de roubo autorizava o aumento de pena previsto no inciso I do §2º do artigo 157 do CP (“*se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma*”). Era, inclusive, o teor da Súmula 174 do STJ (“*no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena*”).

O enunciado foi cancelado pelo Superior Tribunal de Justiça, na sessão de 24/10/2002, ao julgar o REsp 213.054/SP. O entendimento, a despeito de seu caráter não vinculante, acabou sendo seguido pelos demais tribunais do país.

A seu turno, é assente nos tribunais a posição de que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza, como regra, o ajuizamento de revisão criminal. Nesse sentido, as seguintes decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas de entendimento pacífico e relevante, o que não se vislumbra na espécie.

3. Revisão criminal não conhecida.

(RvCr n. 5.620/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe de 30/6/2023.)

[...] 1. Conforme assentado recentemente pela Terceira Seção desta Corte (RvCr n. 5620/SP, julgado em 14/6/2023), a modificação da jurisprudência em relação aos critérios de fixação da pena, para entendimento mais favorável ao réu, após o trânsito em julgado de sua condenação, não autoriza o uso da revisão criminal.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg na RvCr n. 5.637/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 8/8/2023.).

Portanto, a via da revisão criminal pode ser uma alternativa à aplicação de entendimento jurisprudencial mais favorável, durante a execução penal, quando a questão for relevante e estiver pacificada no âmbito dos tribunais.

Contudo, sabe-se que a revisão criminal nem sempre será julgada com a celeridade que o caso requer, sendo ainda muito onerosa naquelas situações em que o apenado não residir na capital sede do respectivo tribunal, órgão competente para o processamento e julgamento da ação revisional. E, pior



ainda, quando a revisão precisar ser ajuizada no Superior Tribunal de Justiça ou mesmo no Supremo Tribunal Federal.

Tudo isso, se o respectivo tribunal entender pelo cabimento da revisão criminal. O cumprimento de uma sanção penal não pode aguardar por muito tempo o êxito de uma ação revisional. Situação diversa seria se àquele a quem estivesse atribuído o acompanhamento do cumprimento da reprimenda – juízo da execução – já aplicasse a nova posição jurisprudencial mais favorável, nos mesmos moldes da aplicação da *lex mitior*.

4 O SISTEMA DE PRECEDENTES CRIADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – OS PRECEDENTES QUALIFICADOS – TEMA 1.331 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A literatura tem buscado diferenciar *jurisprudência* de *precedente*. Com efeito, o termo *precedente* tem origem no direito inglês, é regra no sistema *common law*, e corresponde a uma ou várias decisões de um tribunal que podem vincular o próprio tribunal e os juízes que lhes são subordinados, enquanto o termo *jurisprudência* é originário do direito francês, e compreende o conjunto de precedentes sobre uma determinada matéria (GOMES, 2008).

Afirma-se que nem toda decisão terá força de *precedente* relevante, pois, para tanto, a situação *sub judice* deverá ter importância para além das partes envolvidas, na verdade, deve ter relevância nacional (WAMBIER, 2018). Ou seja, o precedente é uma decisão proferida no passado e que servirá como guia para as ações a serem decididas no futuro, devendo conter uma tese jurídica com as razões da decisão, parte que efetivamente deve ser observada para que o precedente possa ser aplicado em outros casos.

O Brasil adota o sistema jurídico *civil law*, de origem romano-germânica, que tem a *lei* como a principal fonte de Direito, com comando normativo geral e abstrato que abrange as situações particulares que se adequem às descrições legais. A despeito disso, não há impedimento de que se adotem no país teorias e institutos típicos da *common law*, cuja principal fonte é formada pelos precedentes que contemplam as normas a serem aplicadas aos demais casos (PIMENTEL, 2018).

De fato, nos sistemas da *common law*, os precedentes têm força normativa e proporcionam segurança jurídica e previsibilidade ao jurisdicionado em relação às decisões, haja vista que a aplicação busca promover soluções semelhantes para evitar decisões contrárias e o uso excessivo de recursos (AQUINO; PEREIRA, 2021).

Conforme a literatura, no contexto do precedente, oriundo de uma decisão judicial, a eficácia pode ser vinculante, persuasiva e intermediária. A primeira, chamada de precedente vinculante ou normativo, é de respeito obrigatório pelas cortes inferiores e, em caso de desrespeito, enseja pleito de reclamação. Na segunda (eficácia persuasiva), extrai-se de um julgado em que há uma decisão que obriga as partes envolvidas, mas não é obrigatório, não necessita ser observado pelas demais cortes,



mas não se pode olvidar da força argumentativa que o julgado traz, pois pode ser um paradigma a ser seguido, pois “demonstra que a tese de direito em que se funda já foi acolhida por um órgão judicial”. A terceira espécie (eficácia intermediária de uma decisão), também denominada de impositiva intermediária, traduz-se em uma decisão cujo respeito está entre o precedente vinculante e o persuasivo, pois produz efeitos para além do caso julgado, sem, no entanto, ser de respeito obrigatório pelos demais órgãos (MELLO, 2015).

Nesse contexto, o artigo 927 do Código de Processo Civil (CPC) estabeleceu um *sistema de precedentes* no país, dispondo que, *verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...]

Conforme a Recomendação Nº 134 de 09/09/2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o “*sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica*”.

Esse sistema, frise-se, é aplicado à esfera penal (e de execução penal) por força do artigo 3º do Código de Processo Penal:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Assim, faz-se necessário analisar as hipóteses previstas nos incisos do citado artigo 927 do CPC, especificamente previstas nos três primeiros incisos, eis que inteiramente aplicáveis ao processo penal e à própria execução penal.

As decisões contidas nos incisos I (as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade) e II (os enunciados de súmula vinculante) têm seu efeito vinculante previsto na Constituição Federal (artigos 102, §2º, e 103-A).

Por sua vez, as decisões contidas no inciso III (acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos) são chamadas de *precedentes qualificados*. Ainda que não previsto em sede constitucional, o efeito vinculante desses precedentes qualificados parece ser algo incontrovertido no âmbito da jurisprudência, *ex vi do caput* do artigo 927 retro citado.



É claro (e não constitui o objeto do presente artigo) que há vozes abalizadas na literatura que não enxergam nesses precedentes qualificados o efeito vinculante, exigindo para isso previsão constitucional. Contudo, a posição sedimentada nos tribunais superiores (STF e STJ) é no sentido da vinculação.

Portanto, torna-se possível destinar para esses casos de *precedentes qualificados* o mesmo tratamento já dado à *lex mitior*, a fim de que os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia sejam preservados.

Cabe ressaltar que a 3^a Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou três recursos especiais ao rito dos recursos repetitivos, a fim de discutir se a alteração de jurisprudência deve retroagir para beneficiar o réu (Tema Repetitivo 1.331). *A priori*, a discussão tratada nesse Tema 1.331 não se refere especificamente aos precedentes qualificados, mas a “jurisprudência favorável”. Nada impede, é claro, que a discussão acabe por tratar especificamente do precedente qualificado, conferindo-lhe o mesmo tratamento já dado à *lex mitior*.

5 A RETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL NOS CASOS DE PRECEDENTES QUALIFICADOS – TEMA 1087 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispõe o artigo 155, *caput* e §§1º e 4º, do Código Penal:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.
[...]

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:
I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;
II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;
III - com emprego de chave falsa;
IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. [...]

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do julgamento dos recursos especiais repetitivos, Tema 1.087, consagrado aos 25.05.2022, decidiu, *in verbis* que:

“A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)”.

De fato, a questão, até a referida data, era controvérsia no âmbito dos tribunais, havendo decisões no sentido da aplicação da causa majorante (§1º do artigo 155 do Código Penal), mesmo aos casos de furto qualificado. A propósito, citam-se as seguintes decisões proferidas pelo próprio STJ, *verbis*:



[...] 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de admitir que a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal - CP (prática do crime de furto no período noturno) pode incidir tanto no crime de furto simples (caput) como na sua forma qualificada (§ 4º).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 577.123/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 15/6/2020)

[...] 1. A discussão travada nos autos diz respeito à matéria de direito (compatibilidade da incidência da causa de aumento da pena - repouso noturno - nos casos de furto qualificado), não havendo necessidade de nova incursão no acervo fático-probatório para julgamento do caso. Inaplicável o óbice da Súmula n. 7/STJ. [...]

3. Segundo o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a majorante do período noturno pode incidir nas hipóteses de furto qualificado. [...]

(AgRg no REsp n. 1.724.452/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/8/2018, DJe de 3/9/2018.)

Assim, várias pessoas foram condenadas com aplicação da causa de aumento de pena, prevista no §1º do artigo 155 do Código Penal (repouso noturno), até a pacificação da questão pelo *precedente qualificado* expresso no Tema 1.087, criado sob à égide do rito dos recursos repetitivos, com eficácia vinculante. Após, a questão restou resolvida no âmbito dos tribunais. Confira, a propósito, a seguinte decisão:

[...] 2. No julgamento dos Recursos Especiais n. 1.888.756, 1.891.007 e 1.890.981 sob o rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil, concluído em 25/05/2022, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, fixou, no Tema Repetitivo n. 1.087, a tese de que "a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)".

3. *A tese firmada no julgamento qualificado de Recurso Especial Repetitivo é de observância obrigatória, porque há comando legal específico prevendo tal circunstância (art. 927, inciso III, do Código de Processo Civil).*

4. *O prestígio conferido pelo novo Código de Processo Civil à jurisprudência tem por escopo garantir previsibilidade às decisões judiciais (segurança jurídica) e conferir tratamento equânime aos jurisdicionados (princípio da isonomia).* Daí a necessidade de ser observar as teses firmadas em recursos especiais repetitivos - técnica processual que contribui para a consecução da própria missão constitucional deste Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional em âmbito nacional. A própria legislação (art. 926 do Código de Processo Civil) impõe, aos Tribunais, o dever de uniformizar e manter íntegra sua jurisprudência, atendendo-se, assim, aos dois princípios já mencionados aliure. Doutrina: FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

[...]

(AgRg no HC n. 803.754/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023.)

Da decisão citada extrai-se a *eficácia vinculante do precedente qualificado*, bem como o objetivo de *garantir previsibilidade às decisões judiciais (segurança jurídica) e conferir tratamento equânime aos jurisdicionados (princípio da isonomia)*.

Nesse contexto, o ponto nodal do presente artigo diz respeito em definir se esse *precedente qualificado* teria força para alcançar casos já definitivamente julgados, da mesma forma que a *lex mitior*, mormente em razão da necessidade de *tratamento equânime aos jurisdicionados*, imposta pelo



princípio da isonomia. E a resposta parece ser afirmativa, dando a esse precedente qualificado o mesmo tratamento da lei penal mais benéfica.

Conforme visto, é competência funcional do juízo da execução penal a aplicação da *novatio legis in mellius*, segundo inteligência do disposto no inciso I do art. 66 da Lei de Execução Penal.

Embora o preceito legal contemple a expressão “lei posterior”, é importante que a sua exata compreensão seja realizada em conformidade com as modificações posteriores introduzidas no sistema jurídico e consolidadas, sobretudo, pela promulgação do Código de Processo Civil, eis que, nesse ponto, aplicáveis, também, à sistemática da execução penal.

À luz de tais preceitos, também aplicáveis ao âmbito do processo penal, conclui-se que os precedentes formulados, no âmbito do julgamento dos recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais apresentam eficácia vinculante quanto aos demais órgãos jurisdicionais, inclusive aos Tribunais Locais, passam a ostentar a compostura de normas legais, dotados de abstração, generalidade e impessoalidade, mas com uma densidade normativa maior, diminuindo-lhe a indeterminação do suporte fático.

Logo, é necessário que o art. 66, inciso I, da Lei de Execução Penal seja interpretado, evolutivamente, de modo a abarcar, em seu campo semântico, os referidos enunciados, firmados a partir de *precedentes qualificados*, a fim de que sejam preservados os princípios da segurança jurídica e, principalmente, da isonomia.

Assim, à luz dos balizamentos trazidos à colação, parece ser inquestionável a competência do Juízo da Execução Penal para aplicação de entendimento jurisprudencial mais favorável, após a condenação irrecorrível, em casos de *precedentes qualificados*, dotados de eficácia vinculante, com desconstituição da coisa julgada, nos mesmos moldes do que ocorre com a *novatio legis in mellius*.

“Os precedentes devem ser respeitados, a fim de concretizar o princípio da isonomia e da segurança jurídica, bem como de proporcionar a racionalização do exercício da magistratura”, nos exatos termos do artigo 8º da Recomendação Nº 134 do CNJ.

O Superior Tribunal de Justiça, chamado a se manifestar nesse caso, não vem admitindo a revisão criminal, sob a justificativa de não poderem ser violados os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica. Confira as seguintes decisões, *verbis*:

[...] 1. "A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a alteração de entendimento jurisprudencial verificada posteriormente ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, visando a sua aplicação retroativa, assim como pretendido pela defesa (...), sob pena de serem violados os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica" (AgRg no HC n. 750.423/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022).

2. Ademais, vale salientar que nem mesmo no âmbito da revisão criminal esta Corte Superior tem admitido a aplicação do precedente qualificado, quando ao tempo do julgamento do recurso de apelação havia consenso entre as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior, como na hipótese dos autos, que trata acerca da aplicação da majorante do repouso noturno ao furto qualificado.



3. Com efeito, a aplicação das disposições contidas no art. 66, I, da Lei 7.210/1984 não alcança os casos de mudança de entendimento jurisprudencial, mas apenas as hipóteses em que lei posterior, de qualquer forma, favoreça o condenado. Assim, a tese firmada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.888.756/SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/05/2022, DJe de 27/06/2022 - Tema 1087), no sentido de que "a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)", não pode retroagir para alcançar fatos praticados anteriormente ao referido entendimento, pois precedentes judiciais não tem efeitos retroativos.

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.081.283/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023.)

[...] 1. Novo entendimento jurisprudencial, firmado após o trânsito em julgado da condenação, ainda que mais benéfico ao Réu, não autoriza, por si só, a revisão do édito condenatório. Precedentes.

2. É certo que, em julgamento qualificado concluído em 25/05/2022 do REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em overruling, passou a compreender que a majorante do art. 151, § 1º, do Código Penal é incompatível com a forma qualificada do delito de furto.

Ocorre que, quando do julgamento da apelação (09/12/2021), havia consenso em ambas as Turmas da Terceira Seção deste Sodalício quanto à plena possibilidade de aplicação da causa de aumento do repouso noturno ao furto qualificado. Correta a conclusão da Corte local, portanto, de que o pedido de revisional lá formulado não pode ser acolhido.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 804.414/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023.)

Contudo, entende-se que a consolidação do sistema de precedentes, com eficácia vinculante, não impede que a mudança de posição jurisprudencial benéfica, em casos de *precedentes qualificados*, seja conhecida pelo juízo da execução penal, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, na forma da *novatio legis in mellius*, mormente para que o princípio da isonomia seja preservado e tendo em vista a celeridade e efetividade processuais.

6 CONCLUSÃO

A instituição de um sistema de precedentes no sistema pátrio, criado pelo Código de Processo Civil, mas aplicado no âmbito penal, impõe que os chamados *precedentes qualificados*, com eficácia vinculante, recebam o mesmo tratamento das normas penais mais benéficas (*lex mitior* ou *novatio legis in mellius*), às quais, em razão do princípio da isonomia, não podem encontrar limite na coisa julgada.

Nesse sentido, da mesma forma que a *lex mitior* é aplicada a casos já definitivamente julgados, o *precedente qualificado benéfico* também deve desconstituir a coisa julgada, cabendo ao juízo da execução, por analogia ao artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, a sua aplicação.

Não se trata de desrespeito à coisa julgada e à segurança jurídica, pois esses *precedentes qualificados* passam a ostentar a compostura de normas legais, dotados de abstração, generalidade e impessoalidade, mas com uma densidade normativa maior, diminuindo-lhe a indeterminação do suporte fático. Ou seja, como não se cogita desrespeito à coisa julgada e à segurança jurídica pela aplicação da *novatio legis in mellius*, também não se pode vislumbrar essa ofensa no emprego de



precedente qualificado durante a execução da pena. Caso contrário, não se estaria conferindo tratamento equânime aos jurisdicionados (princípio da isonomia).

Além disso, ainda que se cogite o manejo da revisão criminal para aplicação do *precedente qualificado benéfico*, a celeridade e a efetividade processual indicam que a questão deve ser resolvida pelo juiz da execução, na forma do artigo 66, inciso I, da LEP, e do próprio enunciado 611 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, ressaltando a normatividade vinculante do precedente qualificado expresso no Tema 1.087, mas, infelizmente, pouco avançou entendendo que a aplicação desse precedente teria como limite o trânsito em julgado da condenação, a fim de que não fossem feridas a coisa julgada e a segurança jurídica.

Contudo, espera-se que as Cortes Superiores revejam esse posicionamento, pois a consolidação do sistema de precedentes, com a identificação de *precedentes qualificados*, dotados de efeito vinculante, não pode implicar em tratamento diferente desses da *novatio legis in mellius*.

E essa mudança de posição pode ocorrer no julgamento do Tema Repetitivo 1.331, no qual o Superior Tribunal de Justiça pode passar entender que os precedentes qualificados, quando favoráveis, podem retroagir mesmo a casos já definitivamente julgados, da mesma forma do que ocorre com a *lex mitior*.



REFERÊNCIAS

AQUINO, Mariane de Matos; PEREIRA, Janaina Braga Norte. O sistema de precedentes no direito pátrio: uma análise à luz do garantismo penal. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3.

BRASIL, CP. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em 12 mai. 2024.

BRASIL, CPC. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 10 ago. 2024.

BRASIL, CPP. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 28 set. 2024.

BRASIL, LEP. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 10 ago. 2024.

BRASIL. RECOMENDAÇÃO Nº 134 de 09/09/2022, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>> Acesso em 29 out. 2024.

SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da. A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no direito e no processo penal brasileiro. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14494>> Acesso em 05 ago. 2024.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Revista Universitas Jus, v. 26, n. 2, 2015, <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>> Acesso em: 13 set. 2024.

PIMENTEL, Fabiano. A teoria do precedente judicial e sua aplicação ao processo penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 85, v. 15, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Brazilian Precedentes. Portal Migalhas, 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>> Acesso em: 15 set. 2024.

