

FABIANO PIMENTEL

O OVERRULING

COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL

D'PLÁCIDO
EDITORA

O *OVERRULING* COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL

Fabiano Cavalcante Pimentel



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2015, D'Plácido Editora.
Copyright © 2015, Fabiano Cavalcante Pimentel

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtor Editorial

Tales Leon de Marco

Capa

Aida Propaganda & Publicidade

Diagramação

Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



D' PLÁCIDO
E D I T O R A

Editora D'Plácido

Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-002

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

PIMENTEL, Fabiano Cavalcante.

O overruling como fundamento para a revisão criminal -- Belo Horizonte:
Editora D'Plácido, 2015.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-172-8

1. Direito. 2. Direito Penal. I. Título. II. Fabiano Cavalcante Pimentel

CDU343

CDD341.5

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas,
que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos,
que nos levam sempre aos mesmos lugares... É o tempo da travessia...
e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre,
à margem de nós mesmos”.

Tempo de travessia - Fernando Teixeira de Andrade

Para Maria Isabel e Maria Clara, minhas Marias, com todo meu amor.

Agradecimentos

Agradeço à minha família, especialmente, aos meus pais, Raimundo Nonato dos Santos Pimentel e Marinalda Cavalcante Pimentel *in memoriam*. Agradeço às minhas Marias, Maria Isabel, querida esposa e Maria Clara, querida filha, com todo meu amor. Agradeço ao meu querido mestre e orientador, Professor Dr. Wilson Alves de Souza pela ajuda constante e por seu incansável trabalho de orientação. Sem ele, seria impossível chegar ao fim desta pesquisa. Agradeço ao meu querido mestre Sérgio Habib, meu eterno professor, por todo apoio na minha vida profissional e à professora Lélia Guimarães, por sua preocupação e fiel amizade de todas as horas. Agradeço aos Professores Aury Lopes Jr, Gustavo Badaró, Ricardo Maurício Freire Soares, Rodolfo Pamplona Filho, Rômulo Moreira, Luiz Coutinho, César de Faria Júnior e Maria Auxiliadora Minahim pelas correções e críticas que ajudaram a construir a presente tese. Agradeço a Carmem Rivera Luna e Camila de Cerqueira Silva pelo auxílio bibliográfico e aos Professores da Universidade Federal da Bahia pela minha constante formação acadêmica.

Lista de Siglas e Abreviaturas

ADIN.....	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CC.....	Código Civil
Cf.....	Conforme
CP.....	Código Penal
CPC.....	Código de Processo Civil
CPP.....	Código de Processo Penal
CR.....	Constituição da República
CRFB.....	Constituição da República Federativa do Brasil
DOE.....	Diário Oficial do Estado
DOU.....	Diário Oficial da União
DJ.....	Diário de Justiça
HC.....	<i>Habeas Corpus</i>
JECRIM.....	Juizado Especial Criminal
LEP.....	Lei de Execução Penal
LC.....	Lei Complementar
LICC.....	Lei de Introdução ao Código Civil
MP.....	Ministério Público
MS.....	Mandado de Segurança

Ob. cit.....	Obra citada
OAB.....	Ordem dos Advogados do Brasil
REsp.....	Recurso Especial
RT.....	Revista dos Tribunais
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
TACRIM.....	Tribunal de Alçada Criminal
TJ.....	Tribunal de Justiça

Sumário

Apresentação.....	17
Prefácio.....	21
1. Introdução.....	23
2. Direitos Fundamentais Estruturantes: A Relação Entre Acesso à Justiça, Segurança Jurídica e Proteção da Confiança.....	27
2.1. Generalidades.....	27
2.2. O Direito Fundamental.....	28
2.3. O Valor Justiça.....	34
2.4. O Acesso À Justiça como Direito Fundamental.....	37
2.5. O Acesso à Justiça em seu Aspecto Formal.....	43
2.6. O Acesso à Justiça e o Princípio da Igualdade.....	46
2.7. O Acesso à Justiça e a Segurança Jurídica.....	50
2.8. O Aspecto Subjetivo da Segurança Jurídica: O Princípio da Confiança.....	56
2.9 A Mudança Jurisprudencial, o Acesso à Justiça, a Duração Razoável do Processo e a Segurança Jurídica: A Relação Entre os Princípios.....	62
2.10. Considerações Finais.....	65
3. O Caso Julgado Penal e a Revisão Criminal.....	67

3.1. Generalidades.....	67
3.2 O Caso Julgado Penal.....	68
3.3. Caso Julgado Penal Formal e Material.....	76
3.4 Limites Objetivos e Subjetivos do Caso Julgado Penal.....	80
3.5 Prolegômenos da Revisão Criminal.....	84
3.6. Cabimento da Revisão Criminal.....	90
3.7. Revisão Criminal Pro Societate e Reformatio In Pejus.....	93
3.8. Revisão Criminal nas Decisões do Júri e do Jecrim.....	96
3.9. A Revisão Criminal e a Cláusula Rebus Sic Stantibus – O Necessário Estudo Dos Precedentes Judiciais.....	100
4. Os Precedentes Judiciais.....	105
4.1. Generalidades.....	105
4.2. A Tradição Jurídica do Common Law.....	105
4.3. Noção de Precedente Judicial.....	113
4.4. O Precedente Judicial na Dimensão da Igualdade.....	120
4.5 O Precedente Judicial na Dimensão da Segurança Jurídica.....	125
4.6. A Importância da Fundamentação das Decisões Judiciais no Sistema de Precedentes.....	130
4.7. O Stare Decisis.....	135
4.8. O Conceito de Ratio Decidendi.....	142
4.9. O Conceito de Obiter Dictum.....	146
4.10. Considerações Finais.....	151
5. Técnicas Utilizadas na Aplicação e Superação dos Precedentes.....	153
5.1.Generalidades.....	153
5.2. Aplicação e Superação do Precedente.....	155
5.3. <i>Distinguishing</i>	163
5.4. <i>Signaling</i>	170
5.5. <i>Transformation</i>	174

5.6. Overruling.....	178
5.7. Um Triste Caso de <i>Overruling</i> no Processo Penal Brasileiro: a Limitação do uso do <i>Habeas Corpus</i> Pelo DTF.....	185
5.8. <i>Overriding</i>	190
5.9. Efeito Temporal da Revogação dos Precedentes.....	194
5.10. Considerações Finais.....	201
6. O <i>Overruling</i> como Fundamento para a Revisão Criminal	203
6.1. Generalidades.....	203
6.2. A Hermenêutica Jurídica.....	203
6.3. A Norma Jurídica.....	208
6.4. A Relação Entre a Norma Extraída da Lei e a <i>Ratio Decidendi</i>	211
6.5. O Princípio da Legalidade no Direito Penal.....	212
6.6. Ampliando o Princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica.....	218
6.7. Uma Nova Leitura do Art. 621, I, do CPP.....	223
6.8. O <i>Overruling</i> como Fundamento para a Revisão Criminal.....	231
6.9. Uma Análise da Jurisprudência Brasileira nos Casos de <i>Overruling</i>	232
6.10. Considerações Finais.....	239
Conclusões.....	241
Referências.....	249

Apresentação

O livro que ora se apresenta ao público analisa temas fundamentais do direito, projetados no campo criminal: legalidade e segurança jurídica são questionadas diante do papel da jurisprudência nas mutações hermenêuticas e seus reflêxos na justiça criminal. O que fazer se uma mudança intepretativa torna uma condenação anteriormente tida por correta, injusta ante o novo posicioamento dos tribunais?

A crise do princípio da legalidade e as suas consequencias no direito penal e no processo penal já vêm sendo objeto de alerta e análise há anos. Uma das conquistas da Revolução Francesa foi a separação entre as funções de legislar e julgar, isto é, criar a lei, de um lado, e simplesmente aplicar a lei já perfeita e completa em seu significado, de outro. Tal dicotomia, contudo, foi concebida em um modelo que considerava que a lei era fruto da razão e essencialmente correta, sendo o juiz apenas e tão-somente a “bouche de la loi”. Atualmente, contudo, a lei, até mesmo porque deve se adaptar à dinâmica da vida social e econômica, cada vez mais está impregnada de conceitos jurídicos indeterminados, com conteúdos amplos e genéricos, que exigem um processo hermenêutico complexo, para não se dizer complementar à atividade legislativa. Difícil negar que a atividade interpretativa comporta uma função criativa, sendo perfeitamente possível que se chegue a soluções diversas em casos nos quais se aplica a mesma lei a análogas ou idênticas situações fáticas.

Logo, a relação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, expressa no relacionamento entre a lei e a sentença, que existia no Iluminismo não é a mesma de hoje. A escolha do tema, portanto, além de um interesse científico evidente, não poderia ser mais apropriada para os caminhos atuais da ciência criminal.

Receber o convite para prefaciар um livro é sempre honroso. Do apresentador espera-se mais do que ressaltar a importância do tema. É preciso dizer algo, também, sobre o criador e sua criatura: o Autor e o conteúdo do livro.

Conheci o Professor Fabiano Pimentel por meio da leitura de sua tese de doutorado, com o título “*O retrospective overruling in mellius* como fundamento para a revisão criminal”, sob a orientação do Professor Wilson Alves de Souza, com a qual obteve o título de Doutor pela prestigiada Universidade Federal da Bahia. A Banca Examinadora era composta, também, pelos Professores Ricardo Maurício Freira Soares, Rodolfo Pamplona Filho e Aury Lopes Júnior. A qualidade da tese e a segurança do Autor em sua defesa, justificaram o resultado de aprovação unânime.

Depois disso, estreitei meu contato com Fabiano Pimentel que, pouco tempo depois, vencedor em concurso de provas e títulos para a disciplina Direito Processual Penal, passou a integrar o corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Apresentado o Autor, chega-se a sua obra.

Os dois capítulos iniciais se destinam a fixar premissas da tese. O primeiro, trata da relação entre acesso à justiça, segurança jurídica e proteção da confiança, como valores a partir dos quais e analisará a mudanças jurisprudenciais. No segundo, são analisadas a coisa julgada penal e a revisão criminal. O Autor define os conceitos de caso julgado penal, e suas espécies material e formal, além de seus limites objetivos. Chega-se, então, à revisão criminal, enfrentando temas sensíveis: hipóteses de cabimento, a revisão *pro societate* e o problema a *reformatio in pejus*. Finalmente, o estudo se volta para situações específicas ou particulares da revisão criminal como o seu manejo em relação às condenações proferidas pelo Tribunal do Júri e pelos Juizados Especiais Criminais.

O terceiro capítulo dedica-se ao intrincado tema os precedentes judiciais, com especial destaque à importância da fundamentação das decisões judiciais, valendo-se o Autor de uma análise aprofundada dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, como ferramentas úteis para possibilitar a compreensão dos limites do conteúdo vinculante dos precedentes.

O ponto central do trabalho está no capítulo quarto, dedicado às técnicas utilizadas na aplicação e na superação dos precedente: *distinguishing*, *signaling*, *transformation*, *modifying*, *overriding* e *overruling*. É sobre o *overruling*, justamente por significar uma superação do precedente,

que se concentram as maiores atenções, inclusive no que diz respeito à modulação da sua eficácia temporal, por meio das espécies *prospective overruling* e *retrospective overruling*. Do ponto de vista da segurança jurídica, a diferença é fundamental, na medida em que o primeiro produzirá efeitos somente para casos futuros, enquanto o último atingirá fatos ocorridos antes da mudança jurisprudencial.

Após essa extensa temática, chega-se a tese propriamente dita, no capítulo quinto: partindo da premissa de que “o texto da lei não se confunde com a norma que é extraída dele”, pois normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”, defende-se uma ampliação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Se o direito não é preexistente à norma, mas sim o seu resultado, defende-se a necessidade de uma nova leitura do inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal. Admite-se a revisão criminal com base em mudança jurisprudencial, desde que se trate de um *overruling* com efeitos retroativos, sendo a nova *ratio decidende* mais favorável ao condenado que a anterior, e se torne pacífica e consolidada. Dando concretudo a tese, o Autor identifica situações recentes de alteração jurisprudencial que caracterizaram verdadeiros *retrospective overruling*, a justificar, por razões de equidade, a revisão criminal. Cite-se, por exemplo, a questão do regime inicial de cumprimento de pena, nos crimes hediondos e os limites de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho.

Pela relevância do tema, as qualidades do livro e de seu Autor, resta felicitar a Editora D’Plácido, que com a publicação dessa obra preenche lacuna da bibliografia nacional em tema de tamanha importância e grande atualidade. Parabéns ao Professor Fabiano Pimentel e boa leitura a todos.

São Paulo, 21 de setembro de 2015

Gustavo Henrique Badaró
Professor Associado de Direito Processual Penal da
Universidade de São Paulo

Prefácio

À Guisa de Prefácio

O Processo Penal brasileiro está em uma encruzilhada, talvez como nunca esteve antes. Estamos vivendo um período bastante difícil, onde direitos e garantias fundamentais do acusado são relegados a um plano secundário em nome de uma odiosa eficiência do Sistema Penal, nem sempre usado de uma maneira legítima (quando nem mesmo sabemos se ele é legítimo...).

Problemas típicos do Sistema Econômico e do Sistema Político são transferidos para o Sistema Jurídico, como se este fosse resolver todas as questões suscitadas há séculos por aqueles dois outros.

Atores do Sistema Jurídico não se apercebem do sua pequenez frente ao problema e se agigantam, ingenuamente, como verdadeiros “intocáveis” e homens da Lei e da Ordem, achando que vão, finalmente, resolver as distorções que assolam a República desde a sua proclamação (não falemos de antes...).

Cada vez mais se avolumam discursos conservadores e autoritários (como aqueles que sempre antecedem períodos sombrios da História e que apenas depois nos apercebemos), muito ao gosto da população, desinformada, desiludida e querendo sempre um pouco mais de dignidade.

Neste ambiente desalentador, o livro do Professor Fabiano Pimentel, Mestre e Doutor em Direito Processual Penal, vem a calhar.

Trabalha de forma magnífica a Teoria dos Precedentes (que ganhou força com o novo Código de Processo Civil), invocando-a em prol da liberdade. Afinal de contas, como diz o Professor Fabiano Pimentel, “*no direito brasileiro é cada vez maior a influência da teoria do precedente judicial, decisão de cuja fundamentação se extrai uma regra que passará a influenciar futuros julgamentos de casos semelhantes.*”

A partir da força dos precedentes, defende o autor possibilidade da Revisão criminal, manejando a tese o *overruling*, “*técnica através da qual um precedente é superado, que diz respeito à ratio decidendi (do precedente a ser superado), da qual se extrai uma norma.*”

Eu concordo inteiramente com a tese do Professor Fabiano Pimentel, endosso-a. Não só isso. Ela está muito bem escrita e muitíssimo bem fundamentada. Acho uma obra indispensável. Eu li e recomendo.

Rômulo de Andrade Moreira

Procurador de Justiça/BA e Professor de Direito Processual
Penal na Universidade de Salvador - UNIFACS.

A crise do princípio da legalidade e as suas consequências no direito penal e no processo penal já vêm sendo objeto de alerta e análise há anos. Uma das conquistas da Revolução Francesa foi a separação entre as funções de legislar e julgar, isto é, criar a lei, de um lado, e simplesmente aplicar a lei já perfeita e completa em seu significado, de outro. Tal dicotomia, contudo, foi concebida em um modelo que considerava que a lei era fruto da razão e essencialmente correta, sendo o juiz apenas e tão-somente a "bouche de la loi". Atualmente, contudo, a lei, até mesmo porque deve se adaptar à dinâmica da vida social e econômica, cada vez mais está impregnada de conceitos jurídicos indeterminados, com conteúdos amplos e genéricos, que exigem um processo hermenêutico complexo, para não se dizer complementar à atividade legislativa. Difícil negar que a atividade interpretativa comporta uma função criativa, sendo perfeitamente possível que se chegue a soluções diversas em casos nos quais se aplica a mesma lei a análogas ou idênticas situações fáticas.

Logo, a relação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, expressa no relacionamento entre a lei e a sentença, que existia no Iluminismo não é a mesma de hoje. A escolha do tema, portanto, além de um interesse científico evidente, não poderia ser mais apropriada para os caminhos atuais da ciência criminal.

Gustavo Henrique Badaró

Professor Associado de Direito Processual
Penal da Universidade de São Paulo (USP)

ISBN 978-85-8425-172-8



9 788584 251728



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br