

Irretroatividade das novas orientações dadas pelos tribunais superiores – Análise do caso HC 126292 do STF

A nova orientação dada no HC 126292 do STF em 2016, deve aplicar o princípio da irretroatividade da lei penal por ter força de lei?

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVI, formaliza o princípio da segurança jurídica. Este princípio está relacionado a confiança que um cidadão coloca no ordenamento jurídico que está à mercê de sofrer alterações em razão da interpretação jurídica dada pelos tribunais superiores.

O cidadão, ao realizar qualquer situação que possa ter efeito jurídico, o faz na garantia dada aos atos até então vigentes. O legislador constituinte trouxe à segurança jurídica status de direito e garantia fundamental ao prescrever que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A lei aqui mencionada não é somente aquela que demandam um processo legislativo, mas sim todo ato com efeito normativo, que traz uma imposição aos operadores do direito. Podemos entender, igualmente como lei, as orientações dadas pelos tribunais superiores que possuem eficácia obrigatória, conforme previsto no informativo 896 do STF, a qual o relator do HC 152.752/PR afirmou em seu voto que “é forçoso registrar que o CPC/2015 consolidou cenário processual caracterizado por ferramentas de

gestão de litigiosidade voltadas a conferir eficácia obrigatória a determinados precedentes, valendo registrar o que disposto no art. 988, § 5º, II”.

As orientações lançadas como teses abstratas a serem aplicadas ao caso concreto, traz em seu bojo normatividade, uma obrigação de cumprimento. O próprio Relator, em seu voto, no HC já mencionado, assevera que o tribunal deve seguir a nova jurisprudência, e ao fazer isso, o tribunal “limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência da Suprema Corte, a qual deve manter-se íntegra, estável e coerente, por expressa imposição legal (CPC, art. 926)”.

As orientações em plenários, cuja tese de direito tenha sido a *ratio decidendi* de acórdão emanado do plenário, possui força vinculante dos órgãos judiciais inferiores, possuindo assim força de lei, cuja atividade do tribunal tem função legislativa.

Ao trazer nova orientação no HC 126.292/SP, o STF o fez para que os tribunais inferiores seguissem a tese ali encampada. A força trazida no CPC às jurisprudências dos tribunais superiores, obriga ao próprio tribunal (plano horizontal) e vincula aos juízes e tribunais inferiores (plano vertical), demonstrando a força normativa por imposição legal.

Elpidio Donizetti¹, em sua obra, nos traz a seguinte lição:

¹ Donizetti, Elpidio. Curso Didático de Direito Processual Civil / Elpidio Donizetti. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

“Por fim, o inciso V torna obrigatória a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados. Assim, a decisão do Plenário do STF vinculará todos os juízes e tribunais, sem exceção; a decisão do Plenário do STJ e do Órgão Especial, em matéria de legislação federal, terá que ser observada pelo próprio STJ, pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelos juízes a eles vinculados; as decisões do Plenário ou Órgão Especial dos Tribunais Regionais Federais vincularão os seus próprios membros e os juízes federais; e as decisões do Plenário e do Órgão Especial dos Tribunais Estaduais serão obrigatoriamente observadas pelos seus membros e pelos juízes estaduais. A fim de que não parem dúvidas, é bom que se repita a expressão contida no caput do dispositivo: “os juízes e tribunais observarão”. Não se trata de faculdade, e sim de imperatividade.”

Esse é o entendimento que prevaleceu no HC 157.752/PR do STF. Com a obrigatoriedade em observar as orientações dadas no plenário dos tribunais superiores, há que se falar na força vinculante das orientações, possuindo efeito erga omnes, possuindo, portanto, força de lei, devendo ser vista como lei, como uma atividade atípica do Judiciário, atividade legislativa.

No informativo supramencionado, a Ministra Rosa Weber, trouxe em seu voto a devida obediência à nova orientação dada pelo STF no HC 126.262.

Trago o texto trazido no informativo:

“Ministra Rosa Weber, ao também denegar a ordem, destacou questão que antecede o próprio dimensionamento do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. A segurança jurídica, para além de ser um princípio, consiste em valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. Nesse enfoque, a imprevisibilidade, por si só, qualifica-se como elemento capaz de transformar o Direito em arbítrio.

Nessa medida, compreendido o STF como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são razões de natureza pragmática ou conjuntural. Em realidade, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. Assim, as instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias referentes aos seus direitos.

O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo

semelhante integra o próprio conceito de justiça, na dimensão da equidade. A relação do Tribunal com o precedente se dá em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos de adequação, evolução e aperfeiçoamento do Direito, de outro.

Outrossim, o princípio da colegialidade mostra-se imprescindível para o sistema, porquanto a individualidade dentro do Tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.

Ressalvado o seu entendimento pessoal, a Ministra asseverou que o dever de equidade e o princípio da colegialidade devem nortear a prestação jurisdicional, de modo a justificar a obediência da orientação hoje prevalecente no âmbito do STF.”

Assim, não resta dúvida quanto à força de lei que possui as orientações dos tribunais superiores e seus órgãos fracionários.

Ainda no CPC, no artigo 927, §3º², há uma proteção aos jurisdicionados para que as novas orientações não os venham pegar de surpresa. Poderá ocorrer

² § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

modulação dos efeitos da alteração a fim de tornar eficaz a segurança jurídica.

O professor Humberto Theodoro Junior³, nos ensina em sua obra, que:

“A modulação é necessária, e não apenas facultativa, nos casos de alteração de jurisprudência estabelecida de precedente vinculante, como, v.g., o gerado por recursos especial e extraordinário repetitivos. É que, na espécie, o precedente assume força normativa, e assim, não pode a sua supressão ou modificação prejudicar os casos acontecidos sob a regência da tese anteriormente desconstituída. Assim como a inovação legislativa não pode ter eficácia retroativa, também não pode tê-la a alteração da jurisprudência vinculante. É por isso que, in casu, se impõe a modulação com o fito de evitar surpresa e prejuízo para aqueles que realizaram negócios e ajuizaram demandas confiados no direito jurisprudencial consolidado. Trata-se de uma exigência de segurança jurídica que leva a alteração da jurisprudência vinculante a ter eficácia ex nunc e não ex tunc. A modulação necessária aqui se impõe como autêntica norma de direito transitório ou intertemporal.”

³ Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, volume 3 / Humberto Theodoro Júnior. – 52. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Por essa lição, verifica-se que o §3º do artigo 927, teve a intenção de mostrar que a alteração jurisprudencial tem efeito de *novatio legis*. Assim, quando há uma nova orientação dada pelo plenário ou órgão especial dos tribunais superiores, deve ser vista como *novatio legis* e modulada a alteração para que seja garantido ao jurisdicionado, que praticou determinado ato observando a jurisprudência anterior, a segurança jurídica do ato praticado.

Visto isso, a orientação dada pelo plenário do STF no HC 126.292/SP, possui força de lei e deve ser tratada como *novatio legis*.

Hoje, como muito bem critica o Professor Lênio Streck em seu artigo publicado na Conjur⁴, as teses possuem força de lei, tentando se igualar ao conceito de precedentes adotado no *common law*.

Ocorre que, essa “força de lei” dada às teses feitas pelos tribunais superiores, que nada mais são que enunciados abstratos com força vinculante, tem alterado entendimentos pacificados por longos períodos, cujo cidadão já tinha segurança no entendimento jurisprudencial até então válido.

As teses são tão vinculantes, podemos assim dizer, que a tese firmada no HC 126292/SP do STF, que mudou um entendimento pacificado há 7 anos no nosso ordenamento jurídico, permitindo a execução provisória da pena a partir do esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias, possui força

⁴ <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>. Acessado em 5 de Agosto de 2019.

obrigatória, devendo ser cumprida por todo o judiciário, até mesmo pela repercussão geral ter sido reconhecida e confirmada a tese apresentada no HC ora citado (ARE 964246).

Neste ponto, temos a discussão se, as orientações em plenários, em nos casos em que seja reconhecida a repercussão geral em um recurso de natureza extraordinária, a decisão de mérito ali proferida valerá para todos.

No nosso entender, o efeito erga omnes somente poderá ser dado nas Ações Direita e Indireta de Constitucionalidade e pelas súmulas vinculantes resultantes de julgamento de RE. Nas decisões de mérito em Recurso Extraordinário, não há que se falar em efeito erga omnes, contudo, com o novo CPC, as orientações em plenários de tribunais superiores têm possuído efeito erga omnes. A partir da orientação firmada no HC 126292/SP, no STF, os órgãos do Poder Judiciário passaram a adotar a nova orientação, aplicando a execução provisória da pena (Informativo 896 do STF⁵).

⁵ DIREITO CONSTITUCIONAL – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Execução provisória da pena e trânsito em julgado de sentença condenatória - 2

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” no qual se pleiteava a vedação do início da execução provisória da pena de condenado em primeiro e segundo grau de jurisdição pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro (Informativo 895). Prevaleceu o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin (relator), que denegou a ordem, por reputar inexistente qualquer ilegalidade, abusividade ou teratologia no ato apontado como coator. Inicialmente, o relator registrou que o “writ” trata tão somente da análise da higidez de ato concreto tido como configurador de ilegalidade ou abuso de poder, qual seja, decisão denegatória de “habeas corpus” proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por isso, a matéria a ser analisada fica circunscrita e ostenta menor amplitude em relação às ações objetivas (ADC 43/DF e ADC 44/DF), ainda pendentes de julgamento pelo Plenário, nas quais se discute a temática relativa à possibilidade de execução provisória da pena em segunda instância. Ou seja, não é a hipótese de implementar, nesse julgamento específico, uma revisita ao tema. Cabe, então, ao Supremo Tribunal Federal (STF) verificar apenas a existência de ilegalidade ou abuso de poder na decisão proferida pelo STJ, levando-se em consideração a configuração constitucional do “habeas corpus” [CF, art. 5º, LXVIII (1)] e a jurisprudência do STF. Fixadas essas premissas, destacou que o STJ, ao denegar a ordem, aduziu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII (2), da Constituição Federal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, na linha de recente jurisprudência do STF (HC 126.292/SP e ARE 964.246/SP). A decisão impugnada, portanto, se encontrava em sintonia, ao tempo em que proferida, com a compreensão majoritária do Plenário do STF. Até o presente momento, não houve revisão desse entendimento em sede

de controle abstrato de constitucionalidade. Nessa medida, o STJ, ao chancelar a determinação emanada do TRF 4ª, limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência da Suprema Corte, a qual deve manter-se íntegra, estável e coerente, por expressa imposição legal [CPC, art. 926 (3)]. Ademais, não procede a alegação de que os citados precedentes seriam destituídos de força obrigatória. Na verdade, é forçoso registrar que o CPC/2015 consolidou cenário processual caracterizado por ferramentas de gestão de litigiosidade voltadas a conferir eficácia obrigatória a determinados precedentes, valendo registrar o que disposto no art. 988, § 5º, II (4). Nesse âmbito, mesmo que sob a perspectiva dos direitos fundamentais, não se verifica alteração no panorama jurídico que autorize considerar o ato coator como revelador de ilegalidade ou abuso de poder. Isso porque a busca pela racionalidade do sistema penal também passa pela compreensão dos direitos humanos pela perspectiva da proibição de proteção deficiente, devendo as condutas violadoras de direitos humanos ser investigadas e punidas. O Ministro Alexandre de Moraes também refutou a existência de ilegalidade e abuso de poder no ato atacado, na linha do entendimento exarado pelo relator. A seu ver, é necessário proceder a uma análise da interligação e complementariedade entre o princípio da presunção de inocência e os demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial, o da efetividade da tutela judicial, do juiz natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. A interpretação conjunta e teleológica desses princípios leva o intérprete à superação de aparentes contradições. Nessa medida, o princípio da presunção de inocência não será desrespeitado ante a execução provisória da pena privativa de liberdade, desde que a decisão condenatória tenha observado os demais princípios constitucionais. Ou seja, o juízo de culpabilidade do acusado deve ser firmado com absoluta independência pelo juízo natural, as provas devem ser valoradas sob o enfoque do devido processo legal e a condenação criminal deve ser imposta em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de segundo grau, quando esgotada a possibilidade recursal de cognição plena. Observados tais parâmetros, será possível o início do cumprimento provisório da pena, em respeito ao princípio da tutela penal efetiva. O Ministro Roberto Barroso reiterou que a questão cinge-se à existência ou não de ilegalidade ou abuso de poder no acórdão do STJ. O cumprimento de precedente do STF, por evidente, não se enquadraria nessas hipóteses. Ao avançar sobre a matéria de fundo, afirmou que ocorreu uma mutação constitucional relativamente ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a justificar a modificação da interpretação do princípio da presunção de inocência pelo STF. É certo que a mutação constitucional pode ocorrer em três hipóteses: a) mudança relevante na realidade social; b) mudança na compreensão do Direito; e c) ocorrência de impactos negativos decorrentes de determinada interpretação. Nesse contexto, a decisão tomada pelo STF, em 2009, no julgamento do HC 84.078/MG — no qual se vedou a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória — produziu três impactos negativos: a) incentivo à interposição infundável de recursos procrastinatórios; b) incremento à seletividade do sistema punitivo brasileiro; e c) geração de descrédito do sistema de Justiça penal junto à sociedade. Ressaltou, ademais, que a ordem constitucional brasileira não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como condição para a decretação de prisão. O que se exige é a ordem escrita da autoridade competente, na forma do art. 5º, LXI, da CF. Assim, o pressuposto para a decretação da prisão no sistema constitucional brasileiro não é o esgotamento dos recursos com o trânsito em julgado, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. A Ministra Rosa Weber, ao também denegar a ordem, destacou questão que antecede o próprio dimensionamento do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. A segurança jurídica, para além de ser um princípio, consiste em valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. Nesse enfoque, a imprevisibilidade, por si só, qualifica-se como elemento capaz de transformar o Direito em arbítrio. Nessa medida, compreendido o STF como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são razões de natureza pragmática ou conjuntural. Em realidade, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. Assim, as instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias referentes aos seus direitos. O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio conceito de justiça, na dimensão da equidade. A relação do Tribunal com o precedente se dá em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos de adequação, evolução e aperfeiçoamento do Direito, de outro. Outrossim, o princípio da colegialidade mostra-se imprescindível para o sistema, porquanto a individualidade dentro do Tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto

Com base no artigo 926 do CPC, os tribunais que julgaram ou julgarem em dissonância com o novo entendimento, o STF mudou ou mudará seguindo a orientação dada ao HC e ARE citados.

Entendemos que não deveria ter se tornado obrigatório a execução provisória da pena, visto não ter tido efeito erga omnes, todavia, diante do voto trazido pelo Ministro Edson Fachin no HC 157572, acompanhado pela maioria do STF, a orientação do HC 126.292 possuiu força obrigatória.

De todo modo, considerando a obrigatoriedade implícita em todos os processos em curso, alterando um entendimento que era até então

majoritário da Corte. Ressalvado o seu entendimento pessoal, a Ministra asseverou que o dever de equidade e o princípio da colegialidade devem nortear a prestação jurisdicional, de modo a justificar a obediência da orientação hoje prevalente no âmbito do STF. Nessa linha de raciocínio, afirmou não reputar ilegal, abusivo ou teratológico o acórdão impugnado, ao fundamento de que prevalece nesse Tribunal o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação — ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário — não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. O Ministro Luiz Fux registrou ser um grande equívoco a interpretação literal que se faz do art. 5º LVII, da CF. Esse dispositivo nada tem a ver com prisão, ausente qualquer relação com a execução provisória da pena. A interpretação literal desse dispositivo representaria a negação do direito do Estado de impor a sua ordem penal. Vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que deferiam a ordem de “habeas corpus” para fixar a possibilidade de execução provisória da pena somente a partir do julgamento de recurso especial no STJ. Vencidos, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, que deferiam a ordem para que o paciente permanecesse em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou questão de ordem, suscitada da tribuna pelo advogado do paciente, no sentido de que, havendo empate na votação, a Presidente do Tribunal deveria se abster de votar. Ao final, o Tribunal indeferiu novo pedido de medida liminar suscitado da tribuna, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, bem como cassou o salvo-conduto anteriormente concedido.

(1) CF: “Art. 5º (...) LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

(2) CF: “Art. 5º (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

(3) CPC: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

(4) CPC: “Art. 988 (...) § 5º É inadmissível a reclamação: (...) II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

consolidado, podemos entender que essa tese possui força de lei, visto a obrigatoriedade na sua aplicação.

Dito isso, passa a análise da orientação dada no HC 126.292 com base no artigo 5º, inciso XL da CFRB.

Quando a Constituição traz que nenhuma lei penal retroagirá, deve-se entender como todo ato com efeito erga omnes, ou força obrigatória, que modifica de qualquer modo norma de natureza material.

Todavia, antes, entraremos no mérito da natureza jurídica dos artigos que tratam do trânsito em julgado, os artigos 283 do CPP, que é o artigo objeto de discussão da execução provisória da pena, mormente nas ADC's 43 e 44, bem como o artigo 105 da lei 7209/84 e o próprio artigo 5º, LVII da CF, que trata da presunção de inocência.

Não é necessário detalhar a natureza jurídica do artigo 5º, LVII da CFRB, pois resta claro a natureza de direito material que o artigo possui, permanecendo somente a dúvida se o entendimento modificado em relação a este artigo deve seguir o princípio da irretroatividade da lei penal.

Dentro do nosso ordenamento jurídico, temos as normas penais e as normas processuais penais. Quando surge uma lei nova no decorrer de um processo penal, necessário se faz analisar a natureza, em razão do direito intertemporal.

Não há dúvida quando se trata de norma de natureza processual, pois conforme prescreve o artigo 2º do CPP, aplica-se imediatamente, independente se o processo se encontrava em tramitação no momento da entrada em vigor da nova norma.

No que se refere à norma penal, temos a previsão do direito fundamental da irretroatividade da lei penal, que no artigo 5º, inciso XL da CF/88, afirma que a lei penal não retroagirá, salvo se for para beneficiar o réu.

Todavia, a discussão que se pretende trazer no presente habeas corpus, pauta-se nas normas híbridas, ou normas heterotópicas, que são aquelas normas que possuem natureza penal e processual ou que, apesar de estarem em determinado diploma, possuem natureza distinta do diploma a qual está inserida⁶.

O nobre professor Norberto Avena (AVENA, 02/2014), nos ensina que:

“Assim, há dispositivos que, a despeito de incorporados a leis processuais penais, inserem um conteúdo material, razão pela qual devem retroagir para beneficiar o réu. Em outras situações, estas regras encontram-se incorporadas a leis materiais, mas, em sua natureza, possuem conteúdo processual, devendo reger-se pelo critério *tempus regit actum*. Infere-se, então, que não é a circunstância do diploma em que se

⁶ Avena, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado / Norberto Avena. – 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

encontra inserida a norma legal que define o critério de sua aplicação no tempo e sim a sua essência.”

Quando estamos diante de uma norma híbrida, como ocorrerá a intertemporalidade?

O STF e o STJ já se pronunciaram quando à esta questão.

Contra o juízo negativo de admissibilidade da Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (fls. 163-5), maneja agravo o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (fls. 169-74) com vista a assegurar o trânsito do recurso extraordinário que interpôs. Oposto na origem o óbice da violação, acaso ocorrente, meramente indireta de dispositivo constitucional. Anailson Rocha de Araújo foi condenado às penas de 05 (cinco) e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e de 13 (treze) dias-multa pela prática do crime de roubo qualificado (art. 157, § 2º, II, do Código Penal). Houve, também, condenação ao pagamento de indenização mínima no valor de R\$ 33,33 (trinta e três reais e trinta e três centavos) à vítima, forte no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. O Tribunal de Justiça deu parcial provimento à apelação defensiva somente para afastar a indenização por danos. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso extraordinário. Nas razões do

RE, sustentou violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal, porquanto a indenização mínima é efeito civil da sentença condenatória, decorrente de prévia disposição legal, sem implicar ofensa ao contraditório e à ampla defesa (fls. 145-50). É o relatório. Decido. No julgamento da apelação defensiva, o Tribunal de Justiça rechaçou a condenação à reparação de danos, indicando ofensa aos princípios da inércia da jurisdição e ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Do voto condutor do acórdão, extraio os seguintes excertos: “Uma ressalva deve ser feita quanto à indenização por danos. A Lei 11.719/08 alterou o artigo 387 do CPP e incluiu, no inciso IV, o dever de o Magistrado, na sentença condenatória, fixar valor mínimo para a indenização dos danos causados pela infração. A novel legislação passou a permitir que a vítima execute a parcela mínima reparatória. No entanto, mesmo com a reforma, é mister que a reparação ex delicto obedeça às demais disposições legais e constitucionais, mormente porque, no Juízo Criminal, “a verdade processual é obtida a partir de critérios mais rigorosos” (...). **Assim, além da necessidade de o crime ser posterior à vigência da lei, por tratar-se de norma heterotópica,** deve haver pedido formal, seja do Ministério Público ou da assistência da acusação. A providência é essencial para viabilização da ampla defesa e do contraditório. (...). Não houve pedido

do Parquet, de modo que a fixação da parcela indenizatória mínima fere o princípio da inércia da jurisdição. Configura também surpresa processual que impede o exercício do contraditório e da ampla defesa. Ausentes pedido e prévia discussão do valor, o Magistrado deve abster-se de aplicar o artigo 387, inciso IV, do CPP”. Como se observa, a justificativa para a reforma da decisão, no que tange à condenação por indenização, foi a aplicação indevida do previsto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Compreensão diversa, exigiria exame da legislação infraconstitucional, o que é inviável em recurso extraordinário, pois eventual inconstitucionalidade seria reflexa, com óbice na jurisprudência uníssona desta Suprema Corte (v.g.: Inviável em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal e a análise de legislação infraconstitucional - RE 660.186 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.02.2012; Os princípios da legalidade, o do devido processo legal, o da ampla defesa e do contraditório, bem como a verificação dos limites da coisa julgada e da motivação das decisões judiciais, quando a verificação da violação dos mesmos depende de reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária - RE 642.408-AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.02.2012). Ante o

exposto, nego seguimento ao agravo (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 06 de dezembro de 2013.

Ministra Rosa Weber Relatora

(ARE 677265, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 06/12/2013, publicado em DJe-243 DIVULG 10/12/2013 PUBLIC 11/12/2013)

Informativo Nº: 0509 - Período: 5 de dezembro de 2012 – 6.ª Turma.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. NORMA PROCESSUAL PENAL MATERIAL.

A norma que altera a natureza da ação penal não retroage, salvo para beneficiar o réu. A norma que dispõe sobre a classificação da ação penal influencia decisivamente o jus puniendi, pois interfere nas causas de extinção da punibilidade, como a decadência e a renúncia ao direito de queixa, portanto tem efeito material. Assim, a lei que possui normas de natureza híbrida (penal e processual) não tem pronta aplicabilidade nos moldes do art. 2º do CPP, vigorando a irretroatividade da lei, salvo para beneficiar o réu, conforme dispõem os arts. 5º, XL, da CF e 2º, parágrafo único, do CP. Precedente citado: HC 37.544-RJ, DJ 5/11/2007. HC 182.714-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2012.

Verifica-se, portanto, que quando se trata de norma heterotópica, apesar de estar alocada em diploma processual, possui natureza material, assim, não seguirá a regra do artigo 2º do CPP e seguirá a regra do artigo 5º, inciso XL da CFRB.

Passa-se a discutir agora se os artigos que tratam das prisões, como o 283 do CPP, o 105 da LEP, os incisos LX, LVXV, LXVI do artigo 5º da CFRB, são normas de natureza híbrida.

Quando se fala de prisão, a discussão paira no direito à liberdade do cidadão. A prisão atinge a liberdade, e, é sabido que todos têm direito à liberdade, conforme prevê o artigo 5º da CFRB. O referido artigo é um direito ao cidadão, garantindo a todos o direito de ir e vir. Trata-se, assim, de um direito fundamental.

Ademais, importante frisar que quando se trata de prisão antes do trânsito em julgado, estamos tratando diretamente do princípio da presunção de inocência, que é um direito fundamental. Todos têm direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado. Essa é a norma fundamental garantida pela nossa Carta Magna. Assim, não há dúvida: quando se trata de norma referente a prisão, há uma lesão ao direito fundamental à liberdade e a presunção de inocência.

Tratando-se de um direito dos cidadãos, e, quando há uma norma que visa alterar, modificar ou afetar de alguma forma esse direito, estamos diante de uma norma de natureza material, ainda que inserida em um diploma processual.

Norberto Avena (AVENA, 02/2014), já citado, traz assim em sua obra:

“No que concerne, especificamente, às **modificações introduzidas pela Lei 12.403/2011**, entendemos que os dispositivos relativos à prisão e liberdade provisória possuem **natureza material**, a despeito de inseridos em diploma que modifica o Código de Processo Penal, uma vez que dizem respeito à garantia constitucional da liberdade. Trata-se, enfim, de *dispositivos heterotópicos*.”

Com isso, temos entendido que, quando surge uma lei que reforma, revoga ou modifica de qualquer modo artigo que trata de prisão, tanto provisória quando definitiva, deve seguir a regra insculpida no artigo 5º, XL da CFRB, aplicando somente a fatos posteriores a sua vigência, caso não seja benéfica ao réu.

Esse entendimento não é pacífico, pois, o TJSP já entendeu que as normas que tratam das medidas cautelares pessoais, bem como da prisão-pena⁷, são

⁷ Ação de habeas corpus questionando a falta de justa causa para a privação da liberdade do paciente. Com o fim da autonomia da prisão em flagrante, a lei nova apresenta a preventiva como última opção (arts. 282, § 6º, e 319 do Cód. Processo Penal com as redações dadas pelo art. 1º da Lei nº 12.403/11). No caso, a prisão em flagrante se deu na vigência da lei processual anterior, que lhe confere validade (art. 2º, in fine). Mas, aplicando-se o princípio do efeito imediato (*tempus regit actum*), a prisão em flagrante deve ser convertida em medida cautelar (art. 282, I e II, e § 2º, início). Presença, também, do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* (art. 312, in fine), que são requisitos genéricos para a imposição das medidas cautelares. Concessão da ordem de habeas corpus, em parte, para converter a prisão em flagrante em liberdade provisória, sem fiança, com a imposição de medida cautelar.

normas processuais propriamente ditas. Todavia, conclui-se que esse entendimento não deve prevalecer, pois resta claro que, as normas que tratam das prisões, estão relacionadas ao direito à liberdade do cidadão, direito esse constitucional, sendo assim, norma de natureza híbrida.

Com base no todo exposto até o presente momento, infere-se que a nova orientação emanada do HC 126.292/SP do STF atinge norma de natureza híbrida e deve obedecer ao disposto no artigo 5º, inciso XL da CF/88 por ter natureza de *novatio legis in pejus*.

A nova orientação dada pelo plenário é prejudicial ao réu, pois modificou um entendimento até então consolidado no ordenamento e trouxe prejuízo a quem estava em liberdade aguardando julgamento nos tribunais superiores.

A orientação possui efeito erga omnes, portanto, possui força de lei, possui uma normatividade, e, diante dessa normatividade, deve ser modulado os seus efeitos em privilégio ao princípio da irretroatividade.

Essa discussão não tinha então importância visto a ausência de efeito erga omnes nas orientações, o que não havia previsão antes da vigência do novo CPC. Em razão dessa ausência de força obrigatória, não se discutia a modulação dos efeitos com base na irretroatividade da lei penal.

Faz-se necessário colacionar trecho do artigo feito pelo advogado Marcelo Murillo de Almeida Passos⁸:

⁸ <https://jus.com.br/artigos/71687/o-principio-da-irretroatividade-das-leis-penais-e-as-modificacoes-gravosas-da-jurisprudencia>. Acessado em 17/9/2019.

Dentro dessa problemática, podemos colher o ensinamento de Stratenwerth ao dizer que a jurisprudência é fonte autônoma do Direito Penal, porque de acordo com a teoria da argumentação jurídica a subsunção da lei ao caso concreto não se dá apenas conforme as regras da lógica-formal, mas que requer a interpretação, e esta é sempre um processo criador do Direito.

Hoje, não se pode mais admitir que as orientações dos tribunais superiores sejam mera forma de interpretação da vontade da lei, que já existia, mas que com a orientação dada está sendo reconhecida. As orientações tem sido dada de forma abstrata e aplicada a casos concretos, trazendo em seu bojo preceitos primários, dizendo o que é e o que não é crime, se aplica ou não fiança, se é ou não imprescritível, enfim, as orientações tem sim características e força de lei, devendo, em razão da segurança jurídica, seguir a regra insculpida na Constituição Federal, que proíbe a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu.

Assim, com as seguintes premissas que:

- a) as normas que tratam das prisões (provisória e definitiva) são híbridas,
- b) as normas híbridas são irretroativas, salvo para beneficiar o réu, no que diz respeito ao direito material penal,
- c) teses firmadas pelos tribunais superiores possuem efeito de lei e devem ser aplicadas como tal,
- d) o STF firmou o entendimento da execução provisória da pena, alterando significamente um entendimento pacificado no nosso ordenamento jurídico, trazendo prejuízo ao réu,
- e) essa nova orientação possui natureza de *novatio legis in pejus*,

f) a alteração se deu com base em artigo que trata de prisão, localizado em diploma processual e atingiu o direito fundamental da presunção de inocência (artigo 5º, LVII da CFRB),

e, diante disso, entende-se que a nova orientação dada pelo STF no HC 126292/SP⁹ e reconhecida a repercussão geral no Agravo (ARE) 964246, aplicando a todos os processos em cursos no Brasil, somente pode ser aplicada a fatos posteriores a data da publicação do julgamento do HC citado, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e irretroatividade da lei penal, visto que a alteração foi prejudicial ao réu.

⁹ Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.