

DA IRRETROATIVIDADE E ULTRATIVIDADE DE JURISPRUDÊNCIA

Data de aceite: 03/07/2023

Gilberto Antônio Luiz

Graduado em Direito pela UMC. Advogado atuante em Santa Fé do Sul – SP. Professor do UNIFUNEC. Procurador Jurídico do Município de Três Fronteiras – SP.

RESUMO: o presente trabalho objetiva estudar o tema da jurisprudência no tempo, principalmente no caso das decisões judiciais que ora autorizam a prisão em segunda instância, ora decidem para que se aguarde o trânsito em julgado de decisão penal condenatória. Abordaremos o tema sob o prisma dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais que incidentes à espécie. O tema tem relevância social, porquanto atualmente é o assunto mais intenso tratado no Congresso Nacional e nos tribunais brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito. Segurança jurídica. Questão de Irretroatividade. Ultratividade da decisão judicial.

11 INTRODUÇÃO

Atualmente tramita no Congresso

Nacional lei ou emenda constitucional que objetiva autorizar a execução da pena, após decisão em segunda instância. A lei não pode retroagir é um conceito vigente na Constituição da República Federativa do Brasil, mas e a situação daqueles jurisdicionados que tiveram decisões judiciais favoráveis para responderem aos processos em liberdade, a exemplo do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva deverão ou não retornarem à prisão?

O presente trabalho objetiva traçar diretrizes a respeito do tema, com foco no princípio da irretroatividade de decisão judicial prejudicial e na ultratividade de decisão judicial benigna.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que, de fato, “autoriza a prisão antes do trânsito em julgado da decisão” (HC 126.292, Rel Min Teori Zavascki) traz uma questão interessante a ser abordada, qual seja, os efeitos dessa decisão.

Não faltarão aqueles que defenderão a ideia de que a decisão do Supremo tem aplicação imediata (assim entendeu o Juiz Adilson Paukoski Simoni

ao decretar a prisão de Gil Grego Rugai – processo 0001722-74.2004.8.26.0052 – 5ª Vara do Júri), logo se aplica aos casos em curso, ou seja, a discussão do tema gravita em torno de se saber se a decisão tem efeitos ‘*ex tunc*’ ou ‘*ex nunc*’.

2 | DIREITO MATERIAL OU DIREITO ADJETIVO OU HÍBRIDO?

Já tivemos a oportunidade de enfrentar esse tema, quando escrevemos sobre a nova lei que modificou a prescrição retroativa.

“Embora a Lei mencionada, a princípio, aparenta ter natureza processual penal, porém não podemos deixar de argumentar, que essas restrições atingem diretamente o direito público subjetivo do réu e, conseqüentemente, esbarra em alguns princípios constitucionais que, por sua natureza, tem natureza de direito material.

“Será de caráter penal toda norma que criar, ampliar, reduzir ou extinguir a pretensão punitiva estatal, tornando mais intensa ou branda sua satisfação. (CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal parte geral, vol.1, 11ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48).

Se entender que a nova Lei tem caráter misto, qual seria a solução? A matéria referente a direito processual penal teria aplicação imediata a todos os processos em trâmite, e a parte que se refere a direito material só se aplicaria aos processos surgidos a partir da vigência da nova lei, operando-se, assim, o princípio da irretroatividade da lei penal? Essa não seria a melhor solução. Não é possível aplicar somente parte de uma lei, haveria um desmembramento da lei se isso fosse possível. Ou aplica-se a nova Lei em sua totalidade a todos os processos em trâmite, ou não se aplica.

É fundamental, assim, distinguir a lei penal (material) da lei processual. Na hipótese em que ela afete algum, direito fundamental do acusado, pode-se dizer que possui conteúdo material. E toda norma de conteúdo material é irretroativa.... É penal toda regra que se relacione com o *ius punitiois*, reforçando ou reduzindo os direitos penais subjetivos do condenado. (GOMES, Luiz Flávio. Crime Organizado, RT. 1995, p. 86-87)

Assim, a nova Lei agrava a situação do réu, pois reduz direito penal subjetivo e, portanto, não retroagirá, por força do artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República. A lei revogada será ultrativa por sua benignidade e a posterior será irretroativa, por sua severidade (Lex gravior). Isto porque, para se saber se uma norma é ou não de direito material deve ser decidida menos em função da lei que a contenha do que em razão de sua natureza e essência da própria norma, pois o Código de Processo Penal e a Lei de Execução contêm normal de direito material, assim, com o Código Penal contêm normas de direito processual. (TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.31) ” (conf. Nova lei que modificou a prescrição retroativa: aspecto polêmico, Gilberto Antônio Luiz e Fausto Schumacher Ale, Seminário de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito. Fundação Municipal de Educação e Cultura; Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul. - Santa Fé do Sul, SP: Funec, 2011, pág. 91/92).

3 I A QUESTÃO DA IRRETROATIVIDADE.

Com efeito, mesmo nas decisões em que o Supremo age com base no controle concentrado, ele tem modulado os efeitos da decisão.

No caso ora discutido, em que a decisão é difusa e, portanto, tem efeitos entre as partes, pelo princípio da segurança jurídica. Para relembrar:

“A segurança jurídica – fundamento da proibição de retroatividade desfavorável – resulta profundamente afetada quando uma modificação dá lugar, como efeito material, à aplicação da lei de forma mais gravosa; e isso é o que sucede se é interpretada de modo diferente e como vinha sendo, constantemente e reiteradamente, no momento da realização do delito”. (Luis Felipe Anton Ruiz. *El principio...*, ob. cit., p. 106; no mesmo sentido, José Miguel Zugaldía Espinar. *Fundamento de derecho penal*, 3. Ed., Tirant lo Blanch, 1993. P. 326) (in NUCCI, Guilherme de Souza e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis., *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, Vol. I., Editora Revista dos Tribunais., 2012, pag. 379) e do interesse social (caos carcerário).

Assim é de bom senso que a decisão do Supremo não tenha efeito retroativo e possa atingir fatos anteriores a essa decisão. Vejamos, a propósito:

*“A objeção mais relevante contra a proibição de retroatividade da alteração jurisprudencial deflui das consequências do princípio da separação dos poderes, na medida em que este exige a subordinação do juiz à lei escrita, e, assim, com a exclusão de vinculação dos juízes, em decisões futuras, à jurisprudência anterior. Daí a necessidade de se realizar uma revisão da tese que atribui no sistema continental, funções diferentes à lei e à jurisprudência penal, como consequência do dogma da separação dos poderes. (Jean Carbonier. *Derecho civil*, t. I, v.1, Bosch, 1960. P.150) (in NUCCI, Guilherme de Souza e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis., *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, Vol. I., Editora Revista dos Tribunais., 2012, Pág. 272).*

E isto porque, se a lei no Estado Democrático de Direito não pode retroagir para prejudicar o réu, com maior razão uma nova interpretação judicial, ainda que proferida pelo Pretório Excelso também não pode retroagir para atingir fatos pretéritos. E aqui falamos que o **marco** é a **data do fato** tido como criminoso.

É que, independentemente de a decisão ter ou não natureza processual ou penal, o fato é que ela restringe direitos subjetivos públicos.

*“É indispensável, todavia, que a modificação jurisprudencial seja de tal importância que equivalha a uma intervenção do legislador”, (Fulgência Madrid Conesa. *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia: Universidad, 1982, p.106) (in NUCCI, Guilherme de Souza e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis., *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, Vol. I., Editora Revista dos Tribunais., 2012., Pag 379)*

E parece ser o caso, portanto, incide a regra da irretroatividade da interpretação judicial desfavorável ao réu, para preservação dos Direitos Fundamentais da Pessoa

Humana e porque a decisão jurisprudencial nesses casos assemelham-se a uma intervenção do legislador.

Em outras palavras, segundo Bricola, ‘reserva de lei, taxatividade e irretroatividade da lei penal tem um denominador comum representado pela garantia do cidadão contra o arbítrio normativo do executivo, da interpretação do Poder Judiciário e da aplicação retroativa da Lei’. (Bricola, Franco, Legalita e Crisi, p. 185) ‘in’ (Irretroatividade das alterações da Jurisprudência Penal, Odone Sanguinê, Revista Brasileira de Ciências Criminais, julho-setembro 2000).

Como observa Odone Sanguinê ‘Desde uma perspectiva contemporânea realista - e não ingênua -, o Juiz, ao elaborar a norma jurisprudencial, cria direito’. (ob. citada).

Winfried Hassamer, citado por Odone Sanguinê, bem explica que ‘O juiz não é mais a boca que pronuncia as palavras da lei, como diz Montesquieu, mas seu manejo da lei tem caráter criador’ (‘Sistema jurídico y codificación del juez a la ley’).

J. Batista Machado, Introdução ao direito e discurso legitimador, Almedina, 1985, p. 162-163, conclui, a respeito do juiz, ao decidir, como operador do direito que ‘a visão realista obriga a reconhecer hoje que a jurisprudência, sobretudo no domínio da ‘concretização’ das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, assume o papel de um ‘legislador complementar’.’

Assim a proibição de se retroagir decisões judiciais tem sentido, porquanto elas alteram substancialmente o direito e sua interpretação até então existente, especialmente a questão aqui discutida que foi, na verdade, uma guinada jurisprudencial desfavorável aos réus, pena de distorção do princípio da irretroatividade e violação da proteção da confiança dos cidadãos.

No caso, bom seria tivesse o Supremo Tribunal Federal introduzido, na decisão em comento, a cláusula *ex nunc*, vale dizer, ‘de agora em diante’. Não o fazendo, resta concluir pela inaplicabilidade da decisão aos casos pretéritos, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade. E a recente decisão que exige o que a Constituição determina, ou seja, cumprimento de sentença somente após o trânsito em julgado será ultrativa, caso haja nova modificação na lei ou na jurisprudência.

Desse modo, caso haja um recurso pendente nos Tribunais de Justiça que determine a prisão, antes do trânsito em julgado, ocorrerá constrangimento ilegal, sanável por “*habeas corpus*”, para fazer cessar a ilegalidade e, por isso, aquela decisão só tem validade para aquele caso em curso, não para os outros. E nova lei que prejudicar o réu não será aplicada, porquanto a interpretação judicial mais benigna será ultrativa.

4 | MATERIAIS E MÉTODOS

Para realização do presente trabalho foi realizada por uma busca teórico-bibliográfica e legislativa, a partir dos mais variados ramos do direito, utilizando-se livros,

artigos científicos, teses e suas interpretações.

5 I RESULTADO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos, portanto, que o princípio da irretroatividade da lei também se aplica às decisões judiciais em curso e, portanto, qualquer decisão baseada na decisão em comento é ilegal.

A nova lei em discussão no Congresso Nacional que autoriza prisão judicial, após decisão de segunda instância não poderá retroagir em desfavor dos cidadãos, porque as interpretações judiciais favoráveis haverão de prevalecerem, mesmo porque essas decisões judiciais decorrem de interpretações baseadas em lei, sob pena de instabilidade da ordem jurídica e ferimento do princípio da legalidade penal e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.31

Luis Felipe Anton Ruiz. El principio..., ob. Cit., p. 106

José Miguel Zugaldía Espinar. Fundamento de derecho penal, 3. Ed., Tirant lo Blanch, 1993. P. 326

NUCCI, Guilherme de Souza e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis., Doutrinas Essenciais Processo Penal., Vol. I., Editora Revista dos Tribunais., 2012, Pág. 272

Fulgência Madrid Conesa. El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo, Valencia: Universidad, 1982, p.106

in NUCCI, Guilherme de Souza e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis., Doutrinas Essenciais Processo Penal., Vol. I., Editora Revista dos Tribunais., 2012., Pag 379

Bricola, Franco, Legalita e Crisi, p. 185

Irretroatividade das alterações da Jurisprudência Penal, Odone Sanguinê, Revista Brasileira de Ciências Criminais, julho-setembro 2000