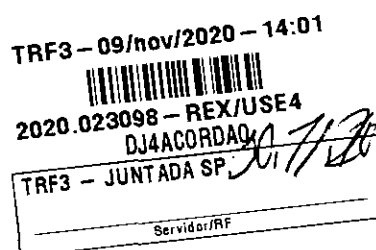


SV/ΛO

ALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CONSUELO YOSHIDA,
M.D. VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA
3ª REGIÃO.



Autos nº. 0004802-10.2017.4.03.6181

EDVANALDO GUIMARÃES PEREIRA, devidamente qualificado nos autos em referência, vem à elevada presença de Vossa Excelência, tempestivamente¹, por seus advogados, com fulcro nos arts. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, 638 do Código de Processo Penal, 1029 do Código de Processo Civil e 277 do RITRF3, interpor **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** em face do v. acórdão proferido pela 11ª Turma dessa C.

¹ O v. acórdão que ensejou a interposição do presente apelo nobre foi disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico em 23 de outubro último, uma sexta-feira (DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Edição nº 196/2020 – São Paulo, sexta-feira, 23 de outubro de 2020, p. 258/259 – doc. 01). A respectiva publicação, então, deu-se em 26 de outubro p.p, uma segunda-feira e o início da contagem do prazo recursal, dia 27 de outubro, uma terça-feira, encerrando-se, assim, na data de hoje, 10 de novembro.

SV/ΛOALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS333
1

Corte que julgou procedente agravo em execução penal do Ministério Público Federal, ratificado pelos vv. acórdãos que julgaram embargos de declaração, embargos infringentes e, novamente, embargos de declaração, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

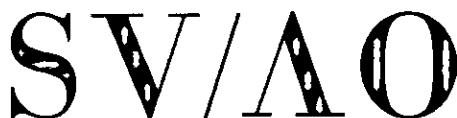
Requer-se seja o presente recurso recebido, processado e remetido ao Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Termos em que, da juntada
Pede deferimento.

São Paulo, 9 de novembro de 2020.

PEDRO LUIZ CUNHA ALVES DE OLIVEIRA
OAB/SP 82.769

JULIA MARIZ
OAB/SP 320.851



ALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

334

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECORRENTE: EDVANALDO GUIMARÃES PEREIRA

RECORRIDO: JUSTIÇA PÚBLICA

I - EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO

O ora RECORRENTE foi denunciado, processado e condenado pelo crime do art. 1º, inciso I, da Lei 8137/90. Da r. sentença condenatória, o Ministério Público Federal não se insurgiu, havendo o trânsito em julgado para o órgão acusatório em 10 de janeiro de 2010.

Em razão da impugnação do RECORRENTE contra o édito condenatório, o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região reformou a r. sentença apenas para estabelecer a sanção aplicada em 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa, substituída por penas restritivas de direito.

Interpostos os recursos cabíveis, efetuando-se o trânsito em julgado definitivo da condenação, o N. Magistrado de piso designou audiência admonitória. No entanto, tendo em vista que nessa oportunidade já

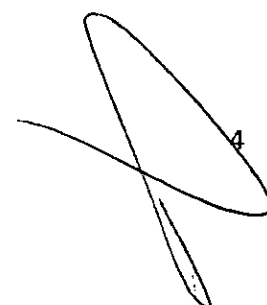
SV/ΛOALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS315
1

havia se operado a prescrição da pretensão executória, pois entre o trânsito em julgado para a acusação e o início do cumprimento da pena já havia transcorrido mais de oito anos, a defesa requereu a declaração da extinção da punibilidade do RECORRENTE, o que foi acatado pelo MM. Juiz singular.

Irresignado, o *Parquet* agravou. Pontuou, então, que o marco inicial da prescrição da pretensão executória ocorre somente com o trânsito em julgado para ambas as partes – mencionou, então, o ARE 848107 com repercussão geral reconhecida neste Pretório Excelso - e que o conceito de trânsito em julgado para a acusação seria uma ficção jurídica.

Na esteira do quanto aduzido pelo Ministério Público Federal, o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria de votos, reformou o *decisum* de primeiro grau, asseverando que “antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação e para a defesa, não há título executivo, ou seja, não há pena a ser cumprida, de modo que, em tese, não pode haver início do prazo prescricional para a pretensão executória”.

Em razão da existência de alguns vícios no v. aresto do agravo em execução, o RECORRENTE opôs embargos de declaração, ocasião em que, visando, inclusive, o prequestionamento da matéria, destacou que decidindo como decidiu, a Corte Federal feriu de morte i) o princípio da legalidade, porque a legislação é clara quanto ao momento da contagem do prazo prescricional e ii) o princípio da irretroatividade da lei penal, pois a nova interpretação dada à lei penal prejudicaria o acusado.



SV/ΛOALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS316
1

A despeito dos argumentos defensivos, os aclaratórios foram rejeitados. Contudo, tendo em vista que o voto vencido havia declarado que “o marco inicial do curso do prazo para exercício da pretensão executória penal é a data do trânsito em julgado para a acusação, consoante determina a literalidade do dispositivo legal que rege o tema” e, também, “mesmo que a interpretação literal não fosse suficiente à solução da controvérsia, é certo que não se pode olvidar que, na seara penal, impõe-se a solução de conflitos aparentes entre as normas em benefício do réu”, foram opostos os competentes embargos infringentes que foram rejeitados pela Corte *a quo* em acórdão que restou assim ementado:

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. RECURSO IMPROVIDO.

1. Dentre os efeitos da sentença penal condenatória incluía-se o de ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestasse fiança, nos termos do que dispunha o art. 393, I, do Código de Processo Penal, o qual veio a ser revogado pela Lei n. 12.403/11. Esse efeito, de certo modo, pode ser associado ao art. 112, I, do Código Penal, que estabelece o trânsito em julgado para a acusação como o termo inicial da prescrição da sentença condenatória irrecorrível, vale dizer, da pretensão executória. Na medida em que esta surge como propriedade da sentença condenatória irrecorrível para a acusação, queda-se compreensível contar a partir de então o prazo prescricional.

2. Para além da revogação daquele dispositivo processual, sobreveio controvérsia na jurisprudência acerca da admissibilidade da execução (provisória), com consequências no âmbito da prescrição. Entendia-se ser admissível a execução provisória tão somente no que favorecia o sentenciado, ensejando-lhe eventual progressão de regime, mas não para prejudicá-lo. A acusação não

SV/AOALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS317
|

poderia executar provisoriamente a pena (garantia constitucional da presunção de inocência). Na medida em que não lhe assistia o direito de agir, seria despropositado falar em fluência do prazo prescricional. Daí a conclusão de alguns precedentes de que, apesar da literalidade do Código Penal, o termo inicial do prazo prescricional dependeria do trânsito em julgado para ambas as partes.

3. Esse entendimento pode ser questionado em decorrência da recente alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da execução da sentença penal condenatória. Tornou-se possível à acusação promover a execução provisória, é certo; mas não após o trânsito em julgado para a acusação: entende-se, agora, que após o esgotamento das instâncias ordinárias é que seria possível a execução provisória (cfr. HC n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16).

4. Muito embora tenha sucedido uma evolução da jurisprudência - e sem prejuízo de eventual reversão desse entendimento -, remanesce problemática a interpretação literal do art. 112, I, do Código Penal. O direito de agir mediante execução da sentença penal condenatória ainda não está associado ao trânsito em julgado para a acusação. Esta deverá de todo modo, aguardar o esgotamento das instâncias ordinárias, de forma que a possibilidade de promover ou não a execução provisória ficará na dependência de outro evento, futuro e incerto, que não depende dela, acusação. Tolhida nessa atividade, como se percebe, remanesce a mesma dificuldade que fora superada mediante o entendimento segundo o qual o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes.

5. Esse é o entendimento que cumpre perfilhar no atual quadro jurisprudencial. Ainda não está firme a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da sentença penal condenatória. Não é razoável, portanto, fulminar-se a própria execução antecipando o termo inicial do respectivo prazo prescricional para um tempo em que não é fora de dúvida que podia, a acusação, veicular a pretensão executória.

6. A 5ª Turma tem-se balizado por essa orientação, sem prejuízo das incertezas que ainda grassam a matéria e a evolução jurisprudencial nos Tribunais Superiores (TRF da 3ª Região, RSE n. 2006.03.00.107610-3, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 23.08.17).

6

SV/ΛOALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

7. A prescrição da pretensão executória inicia-se tão somente após o trânsito em julgado para ambas as partes, em razão de ser nesse momento que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Sem o trânsito em julgado para ambas as partes fica impossibilitado o início da execução penal, e, conseqüentemente, não inicia-se a prescrição executória.

8. Embargos infringentes e de nulidade desprovidos.

Tendo em vista que a questão da impossibilidade da lei penal retroagir em malefício do réu não foi apreciada, opuseram-se novos embargos de declaração que também foram rejeitados pela Corte *a quo*, sob o fundamento de que “o voto vencido não acolheu a tese defensiva de irretroatividade da ‘nova interpretação’, de modo que essa discussão não foi devolvida para julgamento em sede de embargos infringentes”.

Diante desse cenário, não restou alternativa ao RECORRENTE, se não a interposição do presente apelo extraordinário, na medida em que o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao interpretar a legislação de forma contextualizada e em malefício do acusado, incorreu em flagrante violação ao art. 5º, incisos II e XL, da Constituição da República.

É o que restará demonstrado a seguir.

II. DEMONSTRAÇÃO DO CABIMENTO DO RECURSO

Segundo dispõe o artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar,

313
1

mediante recurso extraordinário, as causas decididas em última instância quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, exatamente como ocorreu no caso em apreço.

Porém, antes de enfrentar a questão de fundo, cabe demonstrar a presença dos requisitos legalmente exigidos à admissibilidade deste apelo extraordinário.

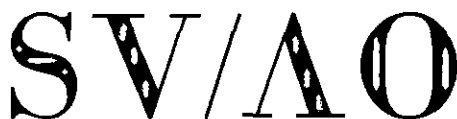
II. I. O PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA

Segundo o v. aresto do agravo em execução penal:

“A partir do momento em que o STF decide que o recurso a tribunal superior impede o trânsito em julgado, não se pode falar – ao menos do ponto de vista lógico – em trânsito em julgado para a acusação como marco inicial do prazo de prescrição da pretensão executória,

A considerar-se o contrário, isto é, a validar-se a interpretação literal do inciso I do art. 112 do Código Penal, abrem-se as portas para a tão perniciosa impunidade do sistema penal brasileiro”.

Em aclaratórios, inconformado com o entendimento exarado pela Corte Federal, o RECORRENTE expôs expressamente, até para fins de prequestionamento, que o posicionamento violava o art. 5º, incisos II e XL, da Carta Política, pois estava criando uma nova lei em detrimento do acusado.



ALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

52°
/

No v. acórdão dos aclaratórios, o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região pontuou que “tem sido o entendimento tranquilo do Superior Tribunal de Justiça que o ‘princípio da irretroatividade só tem aplicação em relação à lei penal, não se exigindo tal regra quanto à inovação jurisprudencial, mesmo que imbuída de força cogente, como no caso das súmulas vinculantes”.

Na fase dos embargos infringentes, em que, uma vez mais, o RECORRENTE asseverou que a Corte *a quo* estaria infringindo os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal e do *favor rei*, o v. aresto se limitou a afirmar que “a prescrição da pretensão executória inicia-se tão somente após o trânsito em julgado para ambas as partes, em razão de ser nesse momento que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado”.

Do exposto, verifica-se a despeito da incansável tentativa do RECORRENTE de ver seus argumentos serem analisados à luz da Constituição da República, a Corte Federal ignorou os artigos ventilados.

De todo modo, com fulcro no art. 1025 do Código de Processo Civil, verifica-se que a matéria se esgotou no E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, estando devidamente preenchido o requisito de prequestionamento.

II.II. A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS EM DEBATE

A Lei 11.418/06, regulamentadora do art. 102, parágrafo 3º, da Carta Política, estabelece que a repercussão geral será analisada desde que o ponto de vista da relevância econômica, política, jurídica ou social ultrapasse os meros interesses subjetivos do caso concreto.

É imperioso ressaltar que o ora RECORRENTE se insurge contra violações de direitos fundamentais que, interessando (mas não se limitando) aos réus de qualquer processo penal, traduzem-se em questões de amplo relevo jurídico, político e social.

Não se pode perder de vista, com efeito, conforme assevera o culto GUSTAVO H. BADARÓ, que no “Estado Democrático de Direito, o processo penal, enquanto instrumento legal para a verificação de uma imputação que atribui a alguém a prática de um fato definido como crime e, em caso positivo, de imposição de uma sanção penal, é um fator de legitimação do sistema penal e, de forma mais ampla, do próprio exercício do poder”, de sorte tal que as “garantias constitucionais do processo penal representam, assim, o modelo processual penal que, no plano político, nada mais é do que um espelho dos valores sociais vigentes numa determinada sociedade, em um dado período histórico”². É inegável, pois, que as controvérsias de direito ora suscitadas importam à sociedade tanto quanto ao próprio RECORRENTE.

A discussão acerca da violação ao princípio da legalidade decorrente da criação jurisprudencial de um novo marco legal para a contagem do prazo prescricional indubitavelmente afeta toda sociedade.

² BADARÓ, Gustavo Henrique. Juiz natural no processo penal, Ed. RT, 2014, p. 23.

SV/AOALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS532
1

Tanto é assim que o Pretório Excelso já reconheceu expressamente a repercussão geral dessa matéria (ARE 848.107), prova inequívoca da relevância da questão, a possibilitar a apreciação do apelo extremo. *In verbis*:

CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

Bem por isso, não se trata de exame de mero interesse subjetivo da causa, mas de orientação acerca da interpretação e aplicação de norma constitucional, relevante do ponto de vista social e jurídico.

Quanto à violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, resta igualmente inegável que a matéria atinge toda a sociedade, na medida em que interpretar a lei em prejuízo do réu quando ao tempo do crime o entendimento era diverso, exatamente como ocorreu na hipótese dos autos, é gerar insegurança jurídica em todos os cidadãos que podem eventualmente se encontrar na mesma situação do RECORRENTE.

11

Portanto, preenchidos os requisitos genéricos da tempestividade, legitimidade, interesse, adequação, e, ainda, os específicos de última instância, do prequestionamento e da repercussão geral, resta agora demonstrar a contrariedade à Constituição.

Antes de encerrar, apenas para que não restem dúvidas, de rigor pontuar que as violações expostas no presente apelo nobre foram diretas à Constituição da República, não demandando qualquer análise da legislação infraconstitucional no caso vertente.

III - DA CONTRARIEDADE À NORMA CONSTITUCIONAL

III. I. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, INCISO II, DA CARTA MAGNA

O art. 5º, inciso II, da CF preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se do princípio da legalidade, segundo o qual somente por meio do processo legislativo é que se permite a criação de obrigações ao indivíduo.

Referido princípio é, sem dúvida alguma, o corolário do Estado Democrático de Direito, na medida em que impede o poder arbitrário do Estado.

Nas palavras do eminente Ministro Alexandre de Moraes: "o princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico que impõe comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional"³.

A despeito de em diversas situações ser possível a relativização dos direitos fundamentais, evidentemente que, no direito penal, referido princípio não pode sofrer qualquer mitigação, pois o que se está em jogo é a liberdade, um dos mais sagrados direitos do indivíduo. Sobre o tema⁴:

"a legalidade, no campo penal, não pode ser uma garantia meramente formal, sendo insuficiente apenas a existência de uma lei anterior à conduta. Torna-se indispensável que a elaboração do tipo penal – modelo legal de conduta proibida – seja específica, ou seja, claramente individualizadora do comportamento delituoso".

No mesmo sentido, vale conferir trecho do brilhante Ministro Celso de Mello:

É sempre importante rememorar, até mesmo como efeito pedagógico que deve caracterizar os julgamentos desta Suprema Corte, que, "Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de Direito Penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de

³ Constituição do Brasil Interpretada, Ed. Atlas, p. 129.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, Ed. Forense.

repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de Direito Penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento" (RHC 121.835 AgR/PE, rel. min. Celso de Mello). Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 9) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 15), que representam atos de Direito Internacional Público a que o Brasil efetivamente aderiu. [STF. RE 835.558, rel. min. Luiz Fux, voto do min. Celso de Mello, P, j. 9-2-2017, DJE de 8-8-2017, Tema 648.]

Trazendo esses ensinamentos à hipótese vertente, verifica-se que o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região violou abertamente a Carta Política.

Isso porque, como explanado anteriormente, a Corte Federal entendeu que o marco inicial para a contagem do prazo prescricional da execução da pena era o trânsito em julgado para ambas as partes e não mais para a acusação, nos termos do art. 112, inciso I, do Código Penal.

A justificativa do E. Tribunal Federal a *quo* foi a de que se tratava de uma interpretação *não literal* do referido dispositivo, tudo com o fito de se evitar "a tão perniciosa impunidade do sistema penal brasileiro, repudiada pela sociedade".

Todavia, com o devido respeito, não se trata de mera interpretação da lei, mas sim de verdadeira criação da legislação penal, ao arrepio do que preceitua a Carta Magna.

326
1

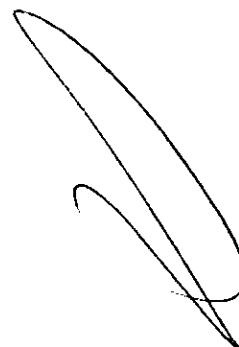
Sim, porque a lei é clara ao afirmar quando se inicia o marco para a contagem do prazo prescricional; é inequívoca nesse aspecto. Entender de forma diversa ou interpretar a lei de forma contextualizada ou *não literal* representa verdadeira quebra do princípio da legalidade, eis que por meio da jurisprudência, criou-se um novo marco para contagem do prazo da prescrição.

Não se desconhece que a jurisprudência é fonte de direito, porém, como tal não pode equivocadamente suplantá-lo.

Pelo contrário. Para que um dispositivo não seja mais utilizado, é necessário que haja um processo legislativo constitucional, sob pena de impor ao jurisdicionado a vontade exclusiva do julgador.

Exatamente por isso é que não há que se falar em mudança do marco inicial da contagem do prazo prescricional da execução da pena. O marco é um só: o trânsito em julgado para a acusação, nos termos da legislação.

Antes de encerrar, ressalte-se que não se desconhece que esse Pretório Excelso, recentemente, reconheceu repercussão geral sobre a questão do marco inicial para a contagem do prazo prescricional no ARE 848.107,



SV/ΛOALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS327
|

porém o mérito do recurso ainda não foi julgado⁵, não podendo ser utilizado como fundamento para alteração da legislação.

Portanto, tendo em vista que o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região ao dar provimento ao agravo em execução do Ministério Público Federal *criou* e *inovou* o texto legal, de rigor o reconhecimento da violação ao princípio da legalidade.

III. II. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, INCISO XL, DA CARTA MAGNA

Além da violação direta ao princípio da legalidade, a Corte Federal *a quo* também infringiu o princípio da irretroatividade da lei penal.

Isso porque, um dos fundamentos utilizados nos vv. acórdão objurgados para não se reconhecer a prescrição da pretensão executória no caso concreto foi o de que esse Pretório Excelso, no julgamento do *habeas corpus* nº. 84.078, posicionou-se sobre a impossibilidade de execução antecipada da pena. Assim, para que houvesse título a ser executado, deveria se aguardar o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes.

Ocorre que o RECORRENTE foi processado por crime contra a ordem tributária em 2005, muitos anos antes do entendimento jurisprudencial que vedou a execução antecipada da pena e da criação desse novo marco inicial da prescrição da pretensão executória.

⁵ <http://portal.stf.ius.br/processos/detalhe.asp?incidente=4661629>

Com efeito, o *writ* referido pelo E. Tribunal Regional Federal, de relatoria do eminente Ministro Eros Grau, desse Supremo Tribunal Federal, foi julgado em sessão plenária no dia 5 de fevereiro de 2009, ou seja, 4 anos após a consumação do delito pelo qual o RECORRENTE foi condenado.

Desse modo, *ad argumentandum tantum*, o entendimento exarado pela Corte a *quo*, no sentido de que com o julgamento do *writ* referido não existia mais título a ser executado, somente pode valer para crimes cometidos após 2009, o que, insista-se, não é o caso do RECORRENTE, que foi processado em 2005 por um crime consumado em 2004!

Ora, não é admissível que ao tempo do crime e por mais de dez anos a lei que é absolutamente expressa e não admite relativização tenha sido interpretada corretamente e, por conta de supostos anseios sociais, alterou-se sua interpretação para prejudicar o réu. Essa situação, sem sombra de dúvidas, causa extrema insegurança jurídica⁶ e viola abertamente o art. 5º, inciso XL, da Constituição da República que prevê “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁶ “A segurança jurídica pressupõe confiabilidade, clareza, transparência e racionalidade das ações do Estado, bem como a confiança dos indivíduos a respeito de suas disposições pessoais e os efeitos jurídicos decorrentes de seus atos. Para isto, exige-se do corpo judicial que suas ações e decisões possam ser minimamente previstas e conhecidas pelos cidadãos. Dessa forma, a aplicação retroativa de jurisprudência não pode ser automática, quando envolvidos direitos das partes, encontrando-se solução que resguarde comportamentos até então praticados em conformidade com o ordenamento jurídico.” (COELHO, Marcus Vinícius Furtado, in <https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/constituicao-seguranca-juridica-retroatividade-jurisprudencial-stf?imprimir=1>)

SV/ΛO

ALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS329
1

Sobre a importância de referido princípio, a doutrina é clara:

“essa regra é um dos princípios maiores, mais importantes do Estado de Direito, pois proíbe que as normas que regulam um fato criminoso sejam modificadas posteriormente em prejuízo da situação jurídica.”⁷

“É da tradição constitucional brasileira a proibição da aplicação retroativa da *lex gravior*. Até mesmo a Carta Política autoritária de 1937, que previu a pena de morte em tempo de paz, resguardou o princípio dispondo que ‘as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores’”⁸.

Na mesma senda, é o entendimento desse Pretório Excelso:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CAUSA DE AUMENTO. ARTIGO 226, II. REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.106/2005. FATO OCORRIDO EM 12 DE MARÇO DE 2000. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. ORDEM CONCEDIDA.

(...) O artigo 5º da Constituição da República veda a irretroatividade maléfica da lei penal, traduzindo verdadeira garantia fundamental individual e regra de competência negativa, *verbis*: “XL - o lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”

2. Na lição de Bittencourt: “A irretroatividade, como princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é consequência das ideias consagradas pelo Iluminismo, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio da

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini, Código Penal Interpretado, Ed. Atlas.

⁸ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal, Parte Geral, Ed. Revista dos Tribunais.

legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Desde que uma lei entra em vigor até que cesse a sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação. Entre esses dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio tempus regit actum.”

3. *In casu*, o paciente praticou a conduta típica em 12 de março de 2000, quando vigia a redação original do artigo 226 do Código Penal, isto é, antes da alteração trazida pela Lei n. 11.106/2005.

4. Ordem concedida para determinar ao Juízo singular que aplique o artigo 226 do Código Penal com redação anterior à Lei 11.106/2005.

(HC 123.347, Rel. Min. Luiz Fux, 27/02/2015)

Indagada a se manifestar sobre essa questão, a C. Corte Federal da 3ª Região aduziu que “tem sido o entendimento tranquilo do Superior Tribunal de Justiça que o ‘princípio da irretroatividade só tem aplicação em relação à lei pena, não se exigindo tal regra quando à inovação jurisprudencial, mesmo que imbuída de força cogente”.

Contudo, com o devido respeito, não há que se falar que o princípio da irretroatividade só tem aplicação em relação à lei penal e não à jurisprudência, pois, nas palavras de René Ariel Dotti afirma que “a jurisprudência é a lei a prática. Daí ser inadmissível que a alteração da jurisprudência retroaja para prejudicar o réu”⁹.

Dessa forma, seja porque a alteração do entendimento jurisprudencial representa verdadeira criação legislativa de direito material

⁹ Retroatividade e irretroatividade de jurisprudência. In HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, 2014.

SV/ΛOALVES DE OLIVEIRA & SALLES VANNI
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

penal, seja porque mesmo que se admita *in casu* o conflito aparente de normas, a nova interpretação jurisprudencial não pode retroagir em malefício do réu, resta evidente a violação ao art. 5º, inciso XL, da Constituição da República no caso vertente.

IV. DO PEDIDO

Diante de todo exposto, demonstrado o cabimento do presente Recurso Extraordinário, requer-se, preliminarmente, seu conhecimento e processamento e, no mérito, seu PROVIMENTO a fim de que sejam declarados nulos os vv. acórdãos ora combatidos, por terem violado frontalmente o que dispõe os incisos II e XL, do art. 5º da Magna Carta.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 9 de novembro de 2020.

PEDRO LUIZ CUNHA ALVES DE OLIVEIRA
OAB/SP 82.769

JULIA MARIZ
OAB/SP 320.851