

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THIAGO SILVEIRA QUADROS

**A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITADORA DA
APLICAÇÃO DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS GRAVOSO
AO RÉU**

**BRASÍLIA
JULHO, 2017**

A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITADORA DA APLICAÇÃO DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS GRAVOSO AO RÉU

THE HERMENEUTICS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS A LIMITER OF THE APPLICATION OF NEW JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDING MORE SEVERE TO THE DEFENDANT

Thiago Silveira Quadros

SUMÁRIO

Introdução; 1 O papel da Jurisprudência; 2 Hermenêutica; 2.1 Hermenêutica constitucional; 3 O princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa; 4 Retroatividade jurisprudencial; 4.1 Entendimento das principais Cortes brasileiras acerca da retroatividade jurisprudencial; 4.2 Entendimento doutrinário acerca da retroatividade jurisprudencial; Conclusão; Referências.

RESUMO

A irretroatividade da lei penal mais gravosa ao réu, sendo um Direito Fundamental, encontra amparo no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, tendo sido aplicada, normalmente, às inovações legislativas. A jurisprudência, por outro lado, tem ganhado cada vez mais importância no ordenamento jurídico brasileiro, construindo, muitas vezes, novos entendimentos prejudiciais aos acusados. Sendo assim, o presente trabalho busca aferir, à luz da doutrina e do posicionamento das principais Cortes brasileiras, em que medida a hermenêutica constitucional, especialmente dos Direitos Fundamentais, sustenta a aplicação do referido princípio como limitador de nova tese jurisprudencial mais gravosa ao réu.

PALAVRAS-CHAVE: irretroatividade da lei penal; direitos fundamentais; jurisprudência; hermenêutica constitucional.

ABSTRACT

The non-retroactivity of the more severe criminal law to the defendant, being a Fundamental Right, is supported by article 5º, XL, of the Federal Constitution, and is applied, usually, to legislative innovations. The Jurisprudence, on the other hand, has gained increasing importance in the Brazilian legal system, often constructing new understandings prejudicial to the accused. Thus, in the light of the doctrine and the positioning of the main Brazilian Courts, the present work seeks to ascertain the extent to which constitutional hermeneutics, especially of Fundamental Rights, supports the application of this principle as a limiter factor for a new jurisprudential thesis more severe to the defendant.

KEYWORDS: non-retroactivity of criminal law; fundamental rights; jurisprudence; constitutional hermeneutics.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso XL, prescreve, expressamente, o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa ao réu, o qual dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988).

Conforme a hermenêutica interpretativa desse dispositivo, caso o legislador crie novos ilícitos penais ou então apenas decida agravar a sanção de uma conduta já delituosa, tal inovação somente terá aplicabilidade aos fatos surgidos a partir do momento em que a lei nova adquirir vigência no ordenamento normativo. Não poderá, assim, modificar as consequências penais decorrentes da prática de fatos já realizados. Trata-se, em verdade, de uma garantia posta aos cidadãos frente aos desmandos do Estado, porquanto lhes permite saber, de antemão, as consequências de seus atos, para, assim, evitarem punições surpresas.

Embora o sistema jurídico adotado no Brasil seja o romano-germânico, no sentido de que a lei constitui a principal fonte do direito, a jurisprudência tem ganhado significativa aplicabilidade, equiparando-se cada vez mais à própria legislação.

De fato, os magistrados e os Tribunais brasileiros vêm buscando nos precedentes jurisprudenciais a solução para os casos concretos que lhes são apresentados. A bem da verdade, os entendimentos pacificados constituem forte arma no combate à morosidade judiciária, promovendo respostas céleres e com reduzido grau de discrepância entre casos parecidos.

Ocorre que, muitas vezes, a jurisprudência pode trazer teses jurídicas que prejudicam a situação do acusado, seja criminalizando condutas até então lícitas ou apenas mais gravemente sanção já existente.

Nesse contexto, a questão que se põe, é saber em que medida a hermenêutica constitucional do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa limita a aplicação de novos entendimentos jurisprudenciais mais severos ao acusado.

Isto é, à luz da hermenêutica constitucional, a lei não pode retroagir para piorar a situação do réu, mas e a jurisprudência?

A primeira vista, segundo os métodos hermenêuticos de interpretação da Constituição, temos que o mandamento da irretroatividade da lei penal mais gravosa limita, também, os novos entendimentos jurisprudenciais.

Para confirmarmos, ou não, tal hipótese, inicialmente, na primeira parte deste trabalho, analisou-se o conceito de jurisprudência, bem como o seu papel no sistema jurídico nacional.

Já na segunda parte, fez-se uma análise da hermenêutica constitucional, especialmente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. De acordo com os métodos de interpretação das normas constitucionais, o princípio da irretroatividade da lei penal pode ser mais bem analisado, a fim de que seja encontrada a sua melhor aplicação.

Em consequência, a terceira parte trouxe o conceito e as principais peculiaridades que circundam o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, previsto constitucionalmente, no intuito de deixar claro o seu real escopo jurídico.

Por derradeiro, na quarta e última parte, foi feita uma abordagem do tratamento que tem sido dado ao tema, tanto pelas principais Cortes brasileiras (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) quanto pela doutrina.

1 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA

Essencialmente, o direito existe para regular as mais diversas situações presentes na sociedade, isto a partir de hipóteses abstratamente previstas no ordenamento jurídico, cuja incidência aos problemas concretos ocorre, principalmente, através dos órgãos julgadores do Estado.

Em consequência, ao Poder Judiciário é dada a função típica de interpretar as normas contempladas no sistema normativo e aplicá-las àqueles casos factíveis que lhe são apresentados, tendo como finalidade a pacificação social.

Quando essa atividade de interpretação, bem como de aplicação das normas, atingem certo grau de certeza e uniformidade entre as diversas instâncias de julgamento do Estado, no tratamento de determinada matéria jurídica, fixa-se um entendimento jurisprudencial.

Com isso, podemos afirmar que a jurisprudência consiste na confirmação de uma tese jurídica - abstrata - a partir de sua reiterada aplicação a casos concretos. Nesse sentido, Miguel Reale afirma que pela “palavra ‘jurisprudência’ (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (2002, p. 158).

A partir do momento em que se implanta um entendimento jurisprudencial, a aplicação de sua tese poderá ser repetida a outros processos eventualmente surgidos, desde que haja certo grau de identidade entre eles, promovendo a resolução dos casos de forma mais célere e equânime.

Por tais razões, os precedentes jurisprudenciais passaram a ser utilizados como fontes de interpretação do direito, servindo de guia para a resolução de outros casos. O intérprete normativo, além de consultar as normas do sistema legal, busca nos precedentes jurisprudenciais, cada vez mais, as respostas aos problemas atuais.

Ao tratar sobre o tema, Miguel Reale também defende, diante da importância dos precedentes jurisprudenciais no Brasil, a sua equivalência como fonte do direito:

Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser "de direito" no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situado numa "estrutura de poder", que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento da lei. (2002, p, 160)

Em outras palavras, o direito é aquilo que o Poder Judiciário diz ser, isto porque a aplicação das normas depende, geralmente, de sua interpretação.

Diante desse cenário, para que se possa conhecer melhor o sistema normativo, é essencial que analisemos a própria atividade interpretativa dos órgãos julgadores, pois estes são, de fato, os expositores do direito normativo que será realmente aplicado aos casos concretos.

E é exatamente o que faremos a seguir, no estudo da hermenêutica jurídica.

2 HERMENÊUTICA

Segundo a mitologia grega, o Deus Hermes tinha como uma de suas principais atribuições a transmissão de informações, sendo conhecido como “O Mensageiro dos Deuses” (MEIRELES, 2015, p. 33). Nessa função, Hermes possuía grande relevância, pois, antes que as mensagens chegassem aos seus destinatários, exercia fundamental atividade interpretativa da qual dependia a própria veracidade da informação a ser passada.

Por tais razões, surgiu a etimologia hermenêutica, comumente utilizada para designar a atividade cognoscitiva de interpretação.

Com isso, podemos afirmar que a hermenêutica consiste no estudo sobre a interpretação (GUERRA; EMERIQUE, 2005, p. 298), tendo em vista que a partir dela é possível examinar os métodos e as maneiras necessárias para extrair o conteúdo de uma mensagem da forma mais condizente com seus objetivos. Seria, assim, “a arte de interpretação” (BRITO; SANTOS; BRAGA; PRINTES; CHAVES; SILVA, 2007, p. 11).

A sua necessidade surge da possibilidade de se atribuir variados sentidos a termos que, aparentemente, trazem comandos expressos e simples. Por mais que um texto possua identidade sintática com a mensagem a ser transmitida, é possível, a depender do ponto de referência, atribuir-lhe significados diversos. Não é atoa que

o próprio deus Hermes era conhecido por sua ambiguidade, também sendo chamado, de acordo com a mitologia, de trapaceiro:

Um caráter ambíguo de Hermes é o de que ele tanto pode representar um ganho enquanto dádiva (ou oportunidade), tanto quanto um ardil ou trapaça. Tanto auxilia os comerciantes como os ladrões, por outro lado também é o protetor dos rebanhos e dos viajantes, pois ele é aquele que viaja pela noite sem se perder, porque ele é aquele que conhece os caminhos, por isso é tanto “guia” quanto “protetor”. Também se associa a isto seu atributo de mensageiro dos deuses. (VIEIRA, 2015, p. 4)

Isso ocorre porque o uso das palavras de forma deslocada de suas referências pode ensejar sentidos múltiplos. Por exemplo, a própria palavra direito traz inúmeros significados, a depender do contexto em que é inserida. Se a sua utilização ocorre em uma propaganda de faculdade, poderá representar, por exemplo, um dos cursos superiores oferecidos à comunidade, mas se a sua referência é um sistema legal, talvez signifique a possibilidade de se pleitear algo à justiça.

No âmbito jurídico, é claro, ao se interpretar os textos normativos, deve-se buscar o sentido que mais se adeque a ordem jurídica em que estão inseridos. Em razão disso, existe a chamada hermenêutica constitucional, cujo estudo possui a Constituição como parâmetro.

De fato, aos aplicadores do direito também é dada a capacidade de discutir e inovar a ordem jurídica na qual convivem. A própria dialética estabelecida na aplicação das leis permite a transformação do direito positivado. O problema disso, pode-se dizer, surge quando a interpretação de direitos e garantias fundamentais começa a destoar do verdadeiro significado pretendido pela Constituição, adquirindo contornos que vão de encontro à sua vontade.

Evidente que um direito fundamental pode se transformar ou sofrer influências de outras normas, ainda que possuidoras de hierarquia inferior, mas desde que a nova interpretação não acarrete em sua abolição, tendo em vista o âmbito de proteção das cláusulas pétreas, conforme o artigo 64, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. É o que afirmam os professores Gilmar Mendes e Paulo Gonet:

Esses limites não seriam transgredidos tão só por se dar às matérias postas sob a proteção de cláusula pétrea uma nova disciplina, mas o seriam quando a modificação tocasse – suprimindo ou aniquilando – um princípio estrutural da Constituição. (2013, p. 124)

Em razão disso, o estudo da hermenêutica das normas jurídicas se mostra essencial, porque só assim é possível transmitir e aplicar o direito da forma mais harmônica com os objetivos previstos no ordenamento jurídico, que é o legítimo criador dos direitos e das obrigações existentes.

A hermenêutica interpretativa das normas jurídicas sempre foi tema de grande debate. Da Grécia antiga à atualidade, os filósofos e operadores do direito têm se mostrado preocupados com a interpretação dos textos legais.

No entanto, é possível afirmar que um dos primeiros a tratar do tema de forma sistemática foi o francês Friedrich Carl von Savigny. Grande nome da Escola Histórica do Direito, Savigny propôs, em meados do séc. XIX, os conhecidos métodos de interpretação das normas jurídicas (BARROSO, 2009, p. 290), que consistem, em especial, nas interpretações: gramatical; lógica; sistemática; e histórica.

A interpretação gramatical, também chamada de literal (BONAVIDES, 2009, p. 440), conforme já se percebe pela nomenclatura, consiste em extrair do texto normativo o significado da junção das palavras, postas em determinada ordem léxica com o objetivo de assim expressarem algo. É o que afirma Tércio Sampaio:

Quando se enfrenta uma questão léxica, a doutrina costuma falar em interpretação gramatical. Parte-se do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma. Assim, dúvidas podem surgir, quando a norma conecta substantivos e adjetivos ou usa pronomes relativos. (2003, p. 287)

A interpretação gramatical costuma ser o primeiro método hermenêutico utilizado. Quando se concentra em dada mensagem, inicialmente se busca a sua compreensão conforme os significados linguísticos extraídos daquele idioma, segundo as regras gramaticais então existentes.

No entanto, na maioria das vezes, tal método se mostra mais como um identificador de problemas do que como uma verdadeira solução. O precitado autor nos traz o seguinte exemplo:

O exame da mercadoria, quando indispensável para a confecção do produto, deverá ocorrer à vista do fornecedor”; como o adjetivo indispensável não flexiona, pode-se ficar na dúvida sobre se sua a condição da indispensabilidade refere-se a exame ou a mercadoria. (2003, p. 287)

Sendo assim, diante a impossibilidade de se chegar a uma resposta somente através da interpretação gramatical, necessário se faz lançar mão de outros métodos interpretativos, como os seguintes.

A interpretação lógica analisa, a partir de contradições existentes no texto normativo, o sentido que mais se ajusta ao visado pela regra. É que, muitas vezes, como no exemplo acima, algumas palavras possuem ambiguidades que dificultam a extração do real significado do dispositivo. Por isso, partindo-se de uma interpretação lógica, é possível excluir as contradições existentes no intuito de se atribuir apenas um significado à palavra imprecisa, em atenção ao princípio da identidade, o qual dispõe que um termo não pode possuir mais de um sentido (RAMOS, 2014, p. 3).

Para tanto, e segundo Tércio Sampaio (2003, p. 288), utiliza-se fórmulas *quase-lógicas*, como “o legislador nunca é redundante”; “se duas expressões estão sendo usadas em sentidos diversos, é porque uma deve disciplinar a generalidade, outra abre uma exceção”; “deve-se ater aos diferente contextos em que a expressão ocorre e classificá-lo conforme a sua especificidade”.

Em outras palavras, a interpretação lógica leva o intérprete a crer que não há contradições no sistema normativo: ainda que haja termos ambíguos linguisticamente, apenas haverá uma interpretação a ser extraída, de acordo com o princípio supramencionado.

Já a interpretação sistemática pauta-se no conjunto normativo em que se encontra o dispositivo legal a ser interpretado. Isso quer dizer que não se deve levar em conta apenas o significado isolado de determinado artigo, mas sim o seu sentido como integrante de um aglomerado de regras e princípios que possuem um objetivo

comum. Por exemplo, é necessário que se leia, também, os parágrafos, as alíneas, os incisos e os demais dispositivos que circundam determinado comando (FERRAZ, 2003, p. 288).

Nos dizeres do professor Roberto Barroso, acerca de tal método, “a ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia” (2010, p. 295).

Por fim, temos a interpretação histórica, possuindo grande importância nas obras de Savigny. Nesse método, mostra-se essencial a aferição dos acontecimentos antecedentes que ensejaram a elaboração da norma (FERRAZ, 2003, p. 291), para, assim, desvendar o seu atual escopo.

Logo, é de suma importância a leitura das legislações revogadas que disciplinaram a matéria no passado, para que se conheçam as mudanças trazidas pela norma vigente; bem como das discussões parlamentares e eventuais emendas propostas no momento de elaboração, tornando possível avaliar, a partir da dialética presente na criação legislativa, os problemas propulsores de seu surgimento. Assim, o intérprete poderá entender o verdadeiro objetivo inicialmente proposto pela regra, adequando-o à atualidade.

Sem dúvida, esses métodos interpretativos adquiriram grande importância ao longo do tempo, principalmente no que tange à hermenêutica das normas ordinárias, sendo aplicados até os dias atuais. Contudo, ao direito constitucional, devido à sua sistemática diferenciada, fez-se necessária outra metodologia interpretativa.

2. 1 Hermenêutica constitucional

A partir da idade contemporânea, a interpretação constitucional adquiriu grande relevância social, tendo a aplicação das normas constitucionais ganhado contornos que repercutiram em todo o ordenamento jurídico. Por óbvio, em tempos remotos, nos quais o constitucionalismo ainda não continha a força advinda das grandes revoluções sociais, tais como a americana e a francesa, a vida social era regulada, basicamente, por normas locais, com pouca ou quase nenhuma uniformidade territorial.

Com o surgimento das constituições, especialmente nos séculos XVIII e XIX, a interpretação jurídica passou a ocorrer de forma distinta. Nesse momento, o texto constitucional, erigido à condição de norma suprema, começou a influenciar todo o sistema normativo, limitando ou ampliando a atuação do Estado, principalmente em face de direitos e garantias fundamentais. Como pontuam os professores Gilmar Mendes e Paulo Gonet:

A interpretação constitucional tende a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado, já que é a Constituição a norma suprema em uma comunidade e a fonte de legitimação formal de toda a sua ordem jurídica. Dispondo a Constituição sobre relações entre os poderes e destes com as pessoas, a interpretação constitucional não se desprende, tampouco, de uma ineliminável pressão ideológica e política. (2013, p. 81)

Em decorrência, a hermenêutica constitucional galgou elevado status jurídico, concedendo aos interpretes das normas ordinárias um ponto de referência, sob o qual seria possível encontrar balizas a fim de repelir eventuais comandos legais que fossem contrários ao texto constitucional.

E foi em tal contexto que surgiram diversos métodos interpretativos das normas constitucionais, destacando-se, basicamente, aqueles delineados na obra “Escritos sobre derechos fundamentales”, elaborada por Ernst Wolfgang Bockenforde, os quais consistem, em síntese, no método clássico; no método da tópica; no método científico-espiritual; e, por fim, no método hermenêutico-concretizador.

O primeiro deles, também chamado de método hermenêutico-clássico (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 13-43), defende que a interpretação constitucional deve ser pautada pelos mesmos métodos interpretativos tradicionais utilizados na interpretação das leis ordinárias, seguindo as fórmulas propostas por Savigny: interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica, como já expostas acima.

Todavia, o emprego dos métodos clássicos de interpretação de leis às normas constitucionais não se mostra a melhor opção. É que, como afirmam Mendes e Paulo Gonet, a maioria das normas presentes na Constituição possuem, essencialmente, preceitos principiológicos, com mandamentos vagos e imprecisos que necessitam “ser previamente preenchidos e concretizados, para serem

realizados no sentido de uma aplicação jurídica” (2013, p. 91), ao passo que as normas de caráter infraconstitucional são, essencialmente, possuidoras de “alto grau de densidade normativa”, definindo com precisão os seus comandos.

De fato, as normas constitucionais detêm, em grande parte, conceitos abertos, que não surgiram, a princípio, para serem aplicados de forma imediata na resolução de problemas concretos. A bem da verdade, os comandos previstos nas constituições caracterizam-se como “mandados de otimização” (ALEXY, 2002, p. 86), servindo, a rigor, como ideais a serem alcançados pelos aplicadores do direito, e não como regras fechadas que necessitam ser cumpridas inexoravelmente.

O segundo método, da tópica, trata a constituição como um apanhado de normas, cuja extração de preceitos ocorrerá de acordo com o problema a ser solucionado. Com efeito, o problema concreto se mostra como protagonista, ditando, a depender de suas características, a norma constitucional que lhe será aplicada. Parte-se, assim, do problema para a solução, que será encontrada no texto constitucional dentre os seus diversos dispositivos (MENDES; BRANCO, 2013, p. 92).

O ponto fraco dessa metodologia, no entanto, resta evidente ao tratar a Constituição como mero catálogo de teses, onde se almeja a solução que mais se adequa ao problema em tela, conforme os interesses então existentes. Isso acarreta na degradação do caráter normativo da Constituição (BONAVIDES, 2009, p. 498) a qual, embora abarque inúmeros princípios, não deixa de ser vinculativa.

Por outro lado, pautado numa interpretação mais romantizada da Constituição, Rudolf Smend propôs o chamado método científico-espiritual das normas constitucionais (1955, p. 189, *apud* BARROSO, 2009, p. 477). Por tal instrumento, a Constituição, como fruto da sociedade, deve ser interpretada sempre em consonância com a cultura e os valores de seu povo.

A questão aqui, contudo, resta em acompanhar os valores sociais, tendo em vista que são dotados de extrema volatilidade, estando em constantemente transformação. Nessa visão, a Constituição se tornaria elástica e flexível, sujeita às vicissitudes do tempo (MENDES; BRANCO, 2013, p. 92).

Por fim, temos o método hermenêutico-concretizador, elaborado pelo renomado jurista Konrad Hesse. Sem dúvida, dentre todos os métodos interpretativos constitucionais, este foi o que obteve maior repercussão no campo jurídico, tendo sido, inclusive, objeto de estudo por diversos autores renomados mundialmente.

Referido método defende que a interpretação constitucional não deve ser conduzida somente a partir do problema concreto apresentado - como no método da tópica -, mas também a partir da pré-compreensão dos comandos estabelecidos na Constituição. O intérprete, tendo como parâmetro tanto as normas constitucionais quanto o problema fático, constrói a solução para a questão sem negligenciar a presença de qualquer um desses aspectos.

Podemos dizer, em outros termos, que nesse método o intérprete faz um trabalho de complementação entre a situação apresentada e os conceitos básicos existentes acerca dos dispositivos constitucionais, dando a devida importância a ambos, sem que nenhum prevaleça sobre o outro:

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo. (HESSE, 1998, p. 610)

A Constituição, então, não constitui mero catálogo de teses, mas sim um aglomerado de conceitos que serão concretizados de acordo com as peculiaridades do caso em apreço, em uma atividade de constante reciprocidade entre os preceitos constitucionais e o problema concreto.

Ainda de grande importância, e mais como um desenvolvimento do método hermenêutico-concretizador do que propriamente uma inovação (MENDES; BRANCO, 2013, p. 93), Friedrich Muller elaborou o chamado método jurídico-estruturante. Neste, a interpretação da norma não se confunde com seu texto, pois, enquanto este expressa apenas o pretendido pelo legislador, conforme a interpretação clássica, aquela, para Muller, de forma mais abrangente, representa, também, a

realidade social - inacabada - na qual está inserida, sendo imprescindível a sua ponderação no momento interpretativo.

Nesse sentido, aduz referido autor:

Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”. Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída. (MULLER, 2000, p. 61-62)

Quis Muller, ao criar esse método interpretativo, acabar com o vácuo existente entre a constituição formal (escrita) e a constituição material (real), que, na maioria das vezes, reflete uma norma fundamental que não corresponde à realidade. Como afirma Paulo Bonavides, “em verdade, a exaustiva perquirição de Muller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica” (2009, p. 500).

Por conseguinte, em atenção ao método hermenêutico-concretizador, foram propostos princípios balizadores da interpretação constitucional, funcionando como trilhos a serem seguidos no momento de extração do significado de suas normas (CANOTILHO, 2003, p. 1223).

Conforme alude o princípio interpretativo da “unidade da Constituição”, esta deve ser interpretada em sua totalidade, não cabendo ao leitor extrair apenas trechos cortados, sem a necessária equivalência com o restante de suas normas. O que se pretende, assim, é estruturar a interpretação de acordo com a vontade - una - decorrente da integralidade das normas constitucionais.

Nas palavras do professor Konrad Hesse:

Sin embargo, sus elementos se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constitución. Ello no significa que este juego global se halle libre de tensiones y contradicciones, pero sí que la Constitución sólo lo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la

*entiende, en este sentido, como unidad, y que el Derecho Constitucional se halla orientado em mucha mayor medida hacia la coordinación que no hacia el deslinde y el acotamiento.*¹ (1992, p. 17)

Nota-se, a partir da leitura do trecho acima, que uma norma constitucional, por vezes, pode se mostrar incoerente se aplicada apenas a partir de sua interpretação individualizada dos demais dispositivos. Só por meio da leitura completa da Constituição é que o intérprete poderá se encontrar despedido de eventuais contradições, isto porque conseguirá encontrar a finalidade comum de todas as normas constitucionais.

Já o chamado princípio da “concordância prática”, costuma ser utilizado quando dois ou mais princípios constitucionais entram em choque no momento de resolução de um caso concreto (MENDES; BRANCO, 2013, p. 96).

Como - em razão do princípio da unidade da constituição, exposto do tópico anterior - o Supremo entendeu que não há hierarquia entre normas constitucionais (ADI 815, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 10-5-1996), caso haja conflito entre elas, a resposta não poderá ser encontrada através dos tradicionais métodos utilizados na resolução de conflitos de normas infraconstitucionais, como, por exemplo, a exclusão daquela de menor status normativo.

Diversamente, ao tratar-se de conflito entre normas constitucionais, o princípio da concordância prática dispõe que deve prevalecer aquela que maior se adeque ao caso concreto, sem, contudo, excluir a norma de menor aplicação. Nesse caso, o interprete ponderará até que ponto a norma desprivilegiada será ineficaz, em benefício da prevalecente.

Para Gilmar Mendes e Paulo Gonet:

O princípio da concordância prática tem apelo, nos casos de conflito entre normas constitucionais, quando os seus programas normativos

¹ No entanto, seus elementos estão em uma situação de mútua interação e dependência, e apenas a atividade global de todos produz o conjunto da conformação concreta da Comunidade por parte da Constituição. Isso não significa que esta atividade global se mostra livre de tensão e contradições, e sim que a Constituição somente pode ser compreendida e interpretada corretamente quando se entende, nesse sentido, como unidade, e que o Direito Constitucional se encontra orientado em muita maior medida para a coordenação do que para o deslinde e o acolhimento (tradução nossa).

se entrecrocam. O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. (2013, p. 96)

Talvez, a principal dificuldade de se aplicar esse princípio decorra de outro princípio interpretativo trabalhado pelo professor José Gomes Canotilho, que será visto mais adiante: a máxima efetividade. Em suma, este mandamento defende que a um dispositivo constitucional deve ser aplicada a interpretação “que maior eficácia lhe dê” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 96).

O problema, então, resta em alcançar a máxima efetividade de um dispositivo ao mesmo tempo em que ele é restringido pelo âmbito de incidência de outro com a mesma hierarquia.

Adiante, temos o princípio da “correção funcional”, o qual possui aplicabilidade na interpretação de normas que tendem a deturpar a distribuição de competências, constitucionalmente atribuídas, entre os entes federativos ou entre os três Poderes do Estado.

Nesse sentido, os professores Gilmar Mendes e Paulo Gonet citam o seguinte exemplo:

Pode-se imaginar que o princípio auxiliaria a revelar a inconstitucionalidade, por exemplo, de uma lei estadual que, a pretexto de exercer a sua competência material para proteger o meio ambiente, passasse a legislar sobre desapropriação, tema reservado à Constituição. (2013, p. 96)

Segundo tal mandamento, o interprete deve buscar o sentido que mais encontre amparo na Constituição, afastando os entendimentos que procuram usurpar matéria pertencente a outro Poder ou a outro ente da federação (MI QO 107 – rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21-09-1990).

Sob outro ângulo interpretativo, de acordo com o princípio da “eficácia integradora”, o aplicador das normas constitucionais necessita procurar a interpretação que mais promova a integração política e social do país:

si la Constitución se propone a la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia em la solución de los

*problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad.*² (HESSE, 1983, p. 50)

É essencial, por óbvio, que vivamos em um ambiente pacífico, com respeito aos pontos de vista de todos os agentes políticos, para que haja, além de harmonia social, maior eficiência nos programas de governo.

Para o princípio da “força normativa da Constituição”, a esta deve ser conferida aquela interpretação que mais lhe garanta eficácia. Mas, para tanto, é essencial que seja extraído do seu texto o significado que mais possua equivalência com a atualidade, dando-lhe força a partir de sua aplicabilidade prática (HESSE, 1983, p. 50).

Nas escritos de Gilmar Mendes e Paulo Gonet:

Com este, propõe-se seja conferida prevalência aos prontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se “máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso”. (2013, p. 96)

É importante, no entanto, a impossibilidade de se relativizar ou transformar o comando constitucional em apreço, a ponto de lhe conceder um significado totalmente distinto do pretendido. Por mais que o momento histórico atual tenha mudado, é preciso respeitar a vontade mínima presente na norma (MIRANDA, 2002, p. 452, *apud* MENDES; BRANCO, 2013, p. 96).

Por último, temos o chamado princípio interpretativo da “máxima efetividade dos direitos fundamentais”.

Urge salientar, desde já, que, para os fins do presente trabalho, o princípio interpretativo da máxima efetividade dos direitos fundamentais possui grande relevância. Como será visto adiante, a força de um direito fundamental regula, inclusive, a forma pela qual seu interprete lhe confere aplicabilidade.

² Se a Constituição se propõe a criação e manutenção da unidade política, isso requer preferência na solução dos problemas jurídico-constitucionais àqueles pontos de vista que promovam e mantenham dita unidade (tradução nossa).

A máxima efetividade de um direito fundamental determina que o interprete constitucional deve dar ao texto normativo em análise o sentido que maior eficácia lhe proporcione. Segundo Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. (CANOTILHO, 2003, p. 1224)

Para os professores Gilmar Mendes e Paulo Gonet, entre nós, tal princípio é tratado na Constituição em seu § 1º, art. 5º (2013, p. 96), o qual dispõe que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Ou seja, temos que a interpretação dada aos direitos fundamentais não pode ser pautada em métodos restritivos, que diminuam sua eficácia, devendo, de forma diversa a isso, extrair, principalmente nos momentos de dúvida, o sentido que garanta mais força à vontade constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

Nesse momento, após ser explanada a forma pela qual o intérprete deve pautar sua leitura das normas previstas na Constituição, essencial que se analise o direito fundamental da irretroatividade da lei penal, objeto de grande importância para o presente trabalho.

3 O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DE LEI PENAL MAIS GRAVOSA

Normalmente, as leis passam a regular as situações sociais no momento em que começam a vigorar no ordenamento jurídico, regendo, em muitos casos, fatos pretéritos. É possível afirmar, então, que a atualidade costuma ser o critério temporal definidor de aplicação das normas recém criadas, uma vez que, em regra, estarão aptas a surtirem seus efeitos assim que instituídas.

No entanto, principalmente no âmbito do direito penal, tal regra sofre mitigação em razão de diversos comandos previstos na própria Constituição Federal brasileira, sendo eles, inclusive, direitos fundamentais.

O princípio da legalidade, balizador de todo o ordenamento jurídico, prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Tal mandamento encontra amparo no artigo 5º, inciso II, da Constituição Brasileira (BRASIL, 1988).

De acordo com Figueiredo Dias, o princípio da legalidade possui vários fundamentos, sendo eles divididos em dois grupos: externos e internos.

Os primeiros seriam aqueles de ordem política, consubstanciados no princípio liberal, no princípio democrático e no princípio da separação dos poderes (2004, p. 168). No Estado liberal, toda atividade interventiva, especialmente em matéria de direitos fundamentais, deve ser pautada em lei. E em um Estado democrático, com a separação dos poderes, a atuação no âmbito penal, devido à sua importância, somente pode ocorrer se amparada na vontade popular, legitimamente representada por meio de leis editadas pelos representantes políticos do povo (DIAS, 2004, p. 168).

Com relação aos fundamentos internos, estes são de índole intrinsecamente penal, Figueiredo Dias aponta a ideia de prevenção geral e o princípio da culpa. Segundo ele, seria impossível a pena cumprir sua função preventiva, seja negativa ou positiva, se os supostos agentes não possuíssem conhecimento da “fronteira que separa os comportamentos criminalmente puníveis dos não puníveis” (2004, p. 168). Ainda, mostra-se absurdamente cruel e ilegítimo censurar penalmente um indivíduo por uma conduta que lei alguma veda, inclusive sendo o comportamento, a contrário senso, lícito.

Por conseguinte, temos no direito penal o princípio da anterioridade, o qual determina que não haverá crime e nem pena sem lei anterior que assim prescreva, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, também da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para que o indivíduo possa ser objeto de uma sanção criminal, é necessário que já exista lei penal em vigor antes da data do fato. Segundo Jescheck (1981, p. 184 *apud* BITENCOURT, 2014, p. 207), essa vedação encontra sustentação no princípio da segurança jurídica, que procura evitar que punições *ad hoc* sejam

criadas após o cometimento do suposto delito, momento este em que a reprovação social da conduta, devido às peculiaridades do caso concreto (repercussão midiática, por exemplo), costuma ser maior do que a normal.

Finalmente, em decorrência desses dois postulados, temos, por lógica, o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, prescrito, para nós, no artigo 5ª, inciso XL, da Constituição, que afirma: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988).

Acerca da irretroatividade da lei penal, assevera o autor argentino Enrique Bacigalupo:

A lei aplicável ao crime a partir do ponto de vista temporal é aquela vigente no momento de sua prática. Trata-se de uma regra que deriva do princípio da legalidade, o qual, como vimos, proíbe a aplicação retroativa da lei. (1999, p. 165)

No mesmo sentido, Nilo Batista (2007, p. 65) defende que a vedação à retroatividade da lei penal mais gravosa é uma das funções do princípio da legalidade, existindo para coibir a aplicação de novas leis mais severas ao acusado surgidas após a prática do fato.

De acordo com o Código Penal, o tempo do crime se dá no momento da ação, ainda que o resultado aconteça em ocasião posterior. Vejamos o que dispõe o artigo 4º do referido diploma legal: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” (BRASIL, 1940). Trata-se do chamado princípio da atividade (BITENCOURT, 2014, p. 219).

Em outras palavras, o marco temporal definidor da irretroatividade, ou não, da nova lei penal ocorre no momento em que o agente exerce sua ação, que somente será delitiva se a lei incriminadora já estiver em vigor.

Portanto, no direito penal, eventual lei nova que passe a vigorar no ordenamento jurídico e que traga - ao menos no que tange ao crime ou à pena - situações mais severas ao agente delitivo, somente terá aplicação aos casos nos quais a data da ação ocorreu após a sua vigência.

Entretanto, a irretroatividade da lei penal possui, de forma bem clara, uma importante exceção, prevista na parte final do artigo 5º, inciso XL, da Constituição: “salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1940). Para Gilmar Mendes, lei benigna é “aquela que, de qualquer forma e tendo em vista a situação concreta, revela-se mais favorável ao agente no que concerne ao crime ou à pena” (2013, p. 483).

Resta evidente, que se o legislador, representante da sociedade, passa a considerar uma conduta de forma menos grave do que até então era prevista, esse favorecimento deve ser estendido aos agentes que a praticaram em tempos passados, uma vez que tal comportamento já não merece a mesma medida sancionatória de antes (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 231).

Sendo assim, temos, então, o chamado princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, que dispõe: “lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (BRASIL, 1940).

Todavia, há limites a essa benesse, conforme previsto no artigo 3º, do Código Penal, que diz respeito às chamadas leis excepcionais e temporárias (BRASIL, 1940). Lei excepcional é aquela editada para regular situação urgente, como, por exemplo, uma calamidade pública, enquanto a lei temporária surge diante de ocasiões cujo lapso temporal encontra-se pré-determinado, tal como ocorre em uma copa do mundo de futebol (BATISTA, 2007, p. 65).

Em tais casos, a lei posterior, ainda que mais benevolente ao agente delitivo, não poderá retroagir, para que, dessa forma, ao acusado seja aplicada a norma temporal ou excepcional que vigorou no momento dos fatos. Por óbvio, não faria sentido a edição de uma lei específica para regular determinada situação se, depois de findada sua vigência, bem como os fatos que a ensejaram, não pudesse ser aplicada. Em muitos casos, seria até impossível uma resposta judicial em tempos tão curtos, a depender do fato excepcional ou temporário.

Dessa forma, a lei elaborada para reger situações passageiras, como as referidas, deve possuir ultra-atividade, sendo aplicada a fatos passados mesmo que tenha perdido sua vigência, isso, por óbvio, ainda que prejudicial ao agente.

Grande polêmica existente no que tange à retroatividade da lei penal cinge-se à possibilidade de se aplicar inovação normativa que versa sobre direito processual penal, isto após a data do fato.

Acompanhado pela maior parte da doutrina, Francisco Toledo defende que a irretroatividade penal abarca somente as normas de direito material, podendo, assim, serem imediatamente aplicadas as normas processuais, ainda que elaboradas após o momento da ação do agente (2014, p. 31).

Para ele, o princípio da anterioridade da lei penal, previsto na Constituição e citado acima, diz, expressamente, que não há crime nem pena sem lei anterior. Continua o autor dizendo que os artigos 1º e 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940), ao regulamentarem o dispositivo constitucional em comento, também trouxeram, expressamente, apenas os termos “crime” e “pena”, levando à conclusão de que as normas processuais não seriam englobadas.

E é assim que o Supremo Tribunal Federal tem entendido, inclusive de forma pacífica. Por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 111.406/SP, que possuiu como pano de fundo a retroatividade de lei que versa sobre competência para julgamento de crime militar contra civil, o Min. Relator Luiz Fux afirmou que, por se tratar de matéria processual, deveria tal lei ser aplicada imediatamente:

Deveras, a redação do § único do art. 9º do Código Penal Militar, promovida pela Lei nº 9.299/96, a despeito de sua topografia, ostenta nítida natureza processual, razão por que deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, salvo se já houver sido proferida sentença de mérito. (BRASIL, 2013, p. 1)

Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gonet também pontuam que a irretroatividade da lei somente se aplica às normas de direito penal material, “não estando abrangidas as normas de processo e de execução” (MENDES; BRANCO, p. 488, 2013).

A questão, todavia, resta em saber a natureza da norma, se material ou processual. É que nem sempre se mostra facilmente perceptível o caráter de determinado dispositivo, como, por exemplo, nas questões envolvendo prescrição. Enquanto o Supremo brasileiro entende que é direito material, para a Suprema Corte alemã trata-se de direito processual (MENDES, 2012, p. 340).

Sendo assim, a aferição deve ser feita caso a caso, a fim de melhor definir a natureza do dispositivo em apreço conforme a situação concreta, o que demanda uma análise mais sobre a essência da norma do que em função de sua localização topográfica, se no Código Penal, no Código Processual ou em legislações específicas (TOLEDO, 2014, p. 31).

Os que defendem a irretroatividade, também das leis processuais e das que tratam de execução penal, sustentam que o princípio da irretroatividade da lei penal, previsto na Constituição, não faz restrição alguma quanto à norma processual, isto porque apenas usa o termo “Lei penal”, de forma a amparar qualquer tipo de legislação (QUEIROZ; VIEIRA, 2017).

4 RETROATIVIDADE JURISPRUDENCIAL

É possível afirmar que a retroatividade das teses fixadas em novos precedentes jurisprudenciais constitui tema de grande relevância. Aparentemente, há mais julgados – e assim, mudanças de entendimentos – do que inovações legislativas atinentes ao Direito Penal.

A retroatividade jurisprudencial mais gravosa ocorre quando, após a data da prática dos fatos pelo acusado, o qual realizara a conduta sob a égide de jurisprudência mais branda, lhe é aplicado novo entendimento jurisprudencial mais severo, surgido em momento posterior à sua ação. Não há, assim, qualquer alteração legislativa, mas tão somente a mudança de posicionamento acerca do tema pelos órgãos julgadores do Estado (DOTTI, 2013, p. 135).

Como vimos acima, no que tange à mudança legal, caso esta seja prejudicial ao acusado, somente não retroagirá se versar sobre crime ou pena. Se, todavia, o

novo entendimento acarretar mudança de índole processual, bem como sobre execução de pena, não há que se falar em irretroatividade, podendo ser aplicado imediatamente.

Mas e no tocante à irretroatividade de nova jurisprudência, prevalece esse mesmo posicionamento? De antemão, a resposta tende a ser negativa, embora haja diversos entendimentos diferentes sobre o tema, com será visto a seguir.

4. 1 Entendimento das principais Cortes brasileiras acerca da retroatividade jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal possui antigo posicionamento firmado no sentido de que a mudança jurisprudencial, ainda que mais gravosa ao acusado, não se equipara à lei, uma vez que, em verdade, não passa de mera interpretação desta.

Com isso, nos poucos casos em que enfrentou a problemática, nossa Corte Suprema dispôs que os novos entendimentos jurisprudenciais, ainda que piorem a situação do réu, possuem aplicabilidade imediata.

No julgamento do Habeas Corpus n.º 75.793/RS, a Primeira Turma do Tribunal, em um caso sobre mudança de entendimento jurisprudencial quanto à capitulação legal de crime, afirmou, através do voto vencedor do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, que:

para refeito de direito intertemporal, jamais se cogitou de assimilar a mudança de orientação jurisprudencial dominante à superveniência da lei nova: para nós, em cada caso decidido, a interpretação aplicada se reputa válida desde a vigência da norma em que se pretenda fundamentada.

Ou seja, sustentou o Ministro, nesse caso, que, em que pese a mudança de interpretação da lei, esta já se encontrava vigente à data dos fatos, tendo apenas sido alterada sua forma de aplicação, o que não poderia ensejar a incidência do princípio da irretroatividade.

No mesmo sentido, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, afastando, de forma constante, a alegada irretroatividade de novo entendimento jurisprudencial mais gravoso.

Ao julgar o recurso de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1.307.569/BA, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp, a Corte Superior consignou que:

não há que se falar em ofensa ao 'princípio da irretroatividade da orientação jurisprudencial' nova. A irretroatividade se refere, tão somente, à lei penal menos gravosa e a jurisprudência representa apenas a interpretação da norma penal.

Saliente-se, que esse julgado tem sido utilizado como base para resolver diversos outros casos com tal problemática³.

De forma mais detalhista, a mesma Corte, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 45.641/SP, sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, defendeu que:

Quanto à argumentação defensiva de irretroatividade da Súmula n.º 438/STJ, vale obter-se que as orientações jurisprudenciais não se sujeitam ao limite previsto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, já que não configuram modificação formal da lei e, portanto, não constitui diploma repressor mais gravoso, configurando, apenas, interpretação da norma penal, não sujeita, pois, à irretroatividade aplicável aos dispositivos penais mais gravosos.

Em suma, temos que as principais cortes de justiça do Brasil coadunam com o mesmo posicionamento acerca da irretroatividade de novo entendimento jurisprudencial, ao aduzirem que a mera interpretação normativa, pelos órgãos julgadores, não se equipara à nova criação legal, o que seria vedado tanto pelo Código Penal como pela Constituição Federal.

Permitem, portanto, a aplicação de nova tese jurisprudencial mais severa ao acusado, mesmo que surgida após a prática dos fatos.

4. 2 Entendimento doutrinário acerca da retroatividade jurisprudencial

Devido à importância – não atoa – muitos doutrinadores têm se manifestado acerca da possibilidade da retroatividade, ou não, dos precedentes jurisprudenciais

³ Veja também: RHC n.º 38.506/AM; AgRg no AREsp n.º 35.924/DF; e AgRg no AREsp n.º 38.271/PR.

mais gravosos ao réu, embora não haja, pelo menos ainda, pacificação sobre o tema.

Para Gilmar Mendes e Paulo Gonet, atualmente, a mudança de posicionamento jurisprudencial não fere o princípio da legalidade, embora, segundo eles, resta evidente que certas inovações interpretativas colocam em “xeque valores que estão intimamente ligados a essa ideia” (2013, p. 489).

De acordo com as principais decisões sobre a matéria, expostas na epígrafe acima, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça consideram que a jurisprudência constitui mera interpretação normativa, não inovando no ordenamento jurídico.

Em defesa do mesmo entendimento, Roxin sustenta que o acusado, no início beneficiado por determinada interpretação jurídica, caso venha a sofrer pela mudança jurisprudencial, deverá suportar a nova situação gravosa, haja vista que a lei sempre existiu, ocorrendo apenas sua adequação à correta interpretação (1997, p. 165).

Nas palavras do referido autor:

*la nueva interpretación no es una punición retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora há sido correctamente reconocida*⁴. (ROXIN, 1997, p. 165-166)

Todavia, Paulo Queiroz usa esse argumento justamente para amparar a irretroatividade jurisprudencial mais gravosa ao réu. Conforme aduzido por ele, os precedentes jurisprudenciais, mesmo não sendo leis teoricamente, dão concretude ao sistema legal vigente. Em outras palavras, sem a interpretação normativa não existiria lei aplicada, sendo a jurisprudência, assim, “a lei na prática” (2016, p. 328).

No mesmo sentido, pontua René Dotti:

⁴ A nova interpretação não é uma punição retroativa, e sim a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre, mas que somente agora foi corretamente reconhecida (tradução nossa).

o direito não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, motivo pelo qual a interpretação constitui o ser do direito, segue-se, logicamente, que a lei e sua interpretação são inseparáveis. (DOTTI, 2013, p. 135)

Referido autor aduz, ainda, que essa questão deveria ser resolvida à luz da Constituição, no intuito de prevalecer a irretroatividade de jurisprudência desfavorável ao acusado, conforme reza o princípio da segurança jurídica, mandamento basilar da legalidade (2013, p. 135).

Ainda, consoante lição do professor Roberto Barroso, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal:

Se é o Poder Judiciário, e sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no sistema brasileiro, o órgão que define em última análise qual é o direito, a modificação do entendimento consolidado da Corte sobre determinada matéria modifica o direito vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislado. Ora, a fim de proteger o indivíduo, a Constituição ocupa-se de impor limites à inovação legislativa. Pelas mesmas razões, e na linha do que já se destacou acima, uma Suprema Corte que decide modificar sua jurisprudência consolidada deve preocupar-se com cuidados semelhantes. (BARROSO, 2003, p. 273 *apud* DOTTI; GOMES, 2016)

Sob outro ângulo, mas ainda com o fito de vedar a incidência de nova jurisprudência mais gravosa de forma retroativa, Rogério Greco alude que o suposto agente delitivo, caso viesse a ser processado por fatos que antes eram previstos de forma mais benéfica pela jurisprudência, teria em suas mãos a possibilidade de excluir a culpabilidade de sua conduta, diante do instituto do erro de proibição (2015, p. 174).

Para o autor, ninguém pode ser apenado por ter praticado fato que ao tempo da ação era considerado lícito, ainda que eventual jurisprudência tenha corrigido a interpretação da norma feita de forma errônea anteriormente (GRECO, 2015, p. 174).

Evidentemente, no entanto, em que pese o brilhantismo do precitado autor, temos que essa solução não resolve as questões atinentes, por exemplo, às penas. Caso haja nova interpretação somente relativa a aumento da sanção imposta, não se poderia falar em erro de proibição, uma vez que o agente pratica a conduta tendo

conhecimento de sua ilicitude, sendo indiferente que saiba o quantum da pena que lhe será aplicado.

Ora, o princípio da irretroatividade veda, também, a aplicação de lei nova que versa sobre aumento de pena. Na solução dada por Rogério Greco, esse entendimento não seria estendido à mudança jurisprudencial.

Ainda, sustentam alguns doutrinadores, talvez buscando uma conciliação sobre o tema, que a irretroatividade de novo posicionamento jurisprudencial incidiria apenas nos casos em que a nova tese possuísse nítido caráter criativo, inovando no ordenamento jurídico. Nesse caso, a interpretação seria equiparada à lei penal (SCHIAPPACASSA, 2008), não podendo retroagir.

Resta evidente, então, que não há uniformidade quanto ao tratamento do tema pela doutrina. Enquanto muitos defendem a retroatividade de novo entendimento jurisprudencial mais gravoso, outros afirmam justamente o contrário.

No entanto, a despeito dessa falta de consenso doutrinário, temos que os entendimentos jurisprudenciais, ainda que mais severos aos acusados, têm sido aplicados de forma retroativa.

CONCLUSÃO

Pelo o que foi visto, constatou-se no presente trabalho que os novos entendimentos jurisprudenciais têm sido aplicados, também, de forma retroativa, ainda que mais severos ao acusado. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A doutrina, no entanto, não se mostra uníssona sobre a temática, pois ora constrói argumentos para um lado, ora para outro.

Todavia, não têm as Cortes brasileiras e a doutrina enfrentado o problema sob a visão da hermenêutica constitucional. Diversamente, buscam firmar suas posições de acordo com interpretações outras do que verdadeiramente jurídico-constitucionais.

A princípio, parece que a hipótese desse trabalho não tenha se confirmado, ao passo que o princípio da irretroatividade da lei penal não tem sido utilizado como limitador de novos entendimentos jurisprudenciais que prejudiquem o réu. Ocorre que, à luz da hermenêutica constitucional, tal como aqui proposto, a resposta nos parece diversa da que se encontra em aplicação.

Como vimos, o princípio interpretativo da máxima efetividade dos direitos fundamentais afirma que a um direito fundamental deve ser aplicada a interpretação que mais força lhe dê, principalmente em caso de dúvida.

A irretroatividade da lei penal, como prevista na Constituição brasileira, não transparece, em nenhum momento, que sua incidência deixe de lado novos entendimentos jurisprudenciais. Contrariamente, busca coibir surpresas e punições *ad hoc*, independentemente da natureza que possui a norma, se material, processual ou, até mesmo, interpretativa.

Por óbvio, se o nosso modelo normativo possui como base o texto legislado, isto é, a lei, resta claro que as outras fontes subsidiárias do direito devem ter, ao menos, tratamento igual. Nessa lógica, se a lei não pode retroagir para prejudicar o réu, a jurisprudência, possuidora de menor status jurídico, também não poderia.

Ademais, o princípio interpretativo da correção funcional, exposto, sustenta que o interprete constitucional deve pinçar o sentido que mais ampare a distribuição correta das funções estatais. O que dizer, porém, quando o Poder Judiciário passa a inovar, especialmente em matéria penal, usurpando a competência constitucionalmente estabelecida ao Congresso Nacional? Há, aparentemente, um aponderamento de funções.

Portanto, embora o entendimento prevalecente seja o de que o princípio da irretroatividade da lei penal não incide sobre jurisprudência inovadora, temos que, à luz da Hermenêutica constitucional dos Direitos Fundamentais, a nova jurisprudência prejudicial ao acusado somente terá aplicação a casos nos quais a data dos fatos ocorreu posteriormente à mudança interpretativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. Tradução André Estefam. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**. In: Revista de Direito do Estado n.º 2, abril/junho de 2006. Rio de Janeiro: Renovar, p. 273.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23. mai. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei N.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23. Mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.307.569/BA**. Relator: Ministro Gilson Dipp no DJ de 27. mai. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14794177&num_registro=201000864961&data=20110527&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28. mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial n.º 45.641/SP**. Relator: Ministro Jorge Mussi no DJ de 1. fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19374686&num_registro=201102149956&data=20120201&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28. mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 111.406/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJ de 16. ago. 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4332075>>.
Acesso em: 27. mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75.793/RS**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence no DJ de 8. mai. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76241>>.
Acesso em: 28. mai. 2017.

BRITO, Rosa Mendonça; SANTOS, Edlauva Oliveira; BRAGA, Gisele de Brito; PRINTES, Jocicléia Souza; CHAVES, Regina Marieta Teixeira; SILVA, Washington Luiz Alves. **A hermenêutica e o processo de construção do conhecimento**. In Revista eletrônica da Faced, volume 1, n.º 3, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DOTTI, René Ariel; GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu**, 2016. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-logo-apos-decisao-de-2o-grau-irretroatividade-da-mudanca-jurisprudencial-do-stf-desfavoravel-ao-reu/>>. Acesso em: 30. mai. 2017.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Belmant. **Hermenêutica dos Direitos Fundamentais**. In Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n.º 7. Rio de Janeiro, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JESHECK, H. H. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosh, 1981. v. 1.

MEIRELES, Marcos. **A necessidade da contribuição de deus Hermes para tempos indigentes**. Sacrilégens; Juiz de Fora, volume 12, n.º 2, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito**

Constitucional. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA; Antônio. **Retroatividade da lei penal processual e garantismo**, 2017. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/>>. Acesso em: 29. mai. 2017.

RAMOS, Chiara. **Hermenêutica jurídica: conceitos iniciais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago.2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29254>>. Acesso em: 17. Mai. 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**. Madri: Civitas, 1997.

SCHIAPPACASSA, Luciano. **Existe ultratividade de entendimento jurisprudencial quando mais benéfico ao réu?** 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/40034/existe-ultratatividade-de-entendimento-jurisprudencial-quando-mais-benefico-ao-reu-luciano-schiappacassa>> Acesso em: 31. mai. 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIEIRA, Otávio Santana. **As faces de Hermes**. In Anais do V Congresso da ANPTECRE – Religião, Direitos Humanos e Laicidade. Curitiba, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI; José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.