

## A (ir)retroatividade da jurisprudência: uma interpretação extensiva do princípio da (ir)retroatividade da lei penal (\*)

The (ir)retroactivity of jurisprudence: an extensive interpretation of the principle of (ir)retroactivity of criminal law

La (ir)retroactividad de la jurisprudencia: una interpretación extensiva del principio de (ir)retroactividad del derecho penal

Fábio Henrique Cordeiro Luz<sup>1</sup>

Giordano Bruno Barone Thebaldi <sup>2</sup>

Margareth Vetis Zaganelli<sup>3</sup>

Matheus Campos Pompermayer Vieira<sup>4</sup>

---

**Sumário:** Introdução. 1. O princípio da legalidade e seus postulados. 2. O papel do intérprete e a jurisprudência (re)criativa do direito. 3. A interpretação extensiva do princípio. 4. Análise prática da

---

(\*) Recibido: 22/04/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- <sup>1</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). [fabiohenriquescl@hotmail.com](mailto:fabiohenriquescl@hotmail.com)
- <sup>2</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). [giordano.thebaldi98@gmail.com](mailto:giordano.thebaldi98@gmail.com)
- <sup>3</sup> Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano - Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal, Bioética e Direito Comparado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Comissão de Relações Internacionais-OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES). Professora membro do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" - cofinanciado pela União europeia [mvmetis@terra.com.br](mailto:mvmetis@terra.com.br)
- <sup>4</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). [matheus99pompermayer@gmail.com](mailto:matheus99pompermayer@gmail.com)

(ir)retroatividade da jurisprudência. – Considerações finais. – Referências.

**Resumo:** O presente artigo tem por escopo promover uma interpretação extensiva do princípio da (ir)retroatividade da lei penal. Para tanto, parte-se da análise de bibliografia específica, incluindo textos doutrinários e legais como fundamento da opinião defendida. Preliminarmente, será abordado o princípio da legalidade e seus postulados, ressaltando a sua finalidade. Igualmente, expõe-se o papel dos tribunais na (re)construção do direito, motivo pelo qual esse exercício deve ser regulado com o fito de assegurar a eficácia do princípio da (ir)retroatividade. A seguir, será proposta a interpretação extensiva do aludido princípio a fim de que a jurisprudência retroaja em benefício do réu, e não o contrário. Por fim, serão analisados, empiricamente, importantes decisões dos tribunais superiores pátrios, aplicando as teses desenvolvidas.

**Palavras-chave:** interpretação extensiva, jurisprudência, princípio da (ir)retroatividade, lei penal, judicialização.

**Abstract:** The scope of this article is to promote an extensive interpretation of the principle of (ir)retroactivity of criminal law. To this end, it is based on the analysis of specific bibliography, including doctrinal and legal texts as the basis of the opinion defended. Preliminarily, the principle of legality and its postulates will be addressed, emphasizing its purpose. The role of the courts in the (re)construction of the law is also exposed, which is why this exercise should be regulated with the purpose of ensuring the effectiveness of the principle of (ir)retroactivity. Next, an extensive interpretation of the above principle will be proposed so that the case law will retroactively benefit the defendant, and not the other way around. Finally, important decisions of the higher courts of the country will be analyzed empirically, applying the theses developed.

**Key words:** extensive interpretation, case law, principle of (ir)retroactivity, criminal law, judicialization.

**Resumen:** El alcance de este artículo es promover una interpretación amplia del principio de (ir)retroactividad del derecho penal. Para ello se basa en el análisis de la bibliografía específica, incluyendo textos doctrinales y jurídicos como base de la opinión defendida. Previamente, se abordará el principio de legalidad y sus postulados, haciendo hincapié en su finalidad. También se expone el papel de los tribunales en la (re)construcción de la ley, por lo que este ejercicio debe ser regulado con el propósito de asegurar la efectividad del principio de (ir)retroactividad. A continuación, se propondrá una interpretación extensiva del principio anterior para que la jurisprudencia beneficie retroactivamente al demandado, y no al revés. Finalmente, se analizarán empíricamente importantes decisiones de los tribunales superiores del país, aplicando las tesis desarrolladas.

**Palabras clave:** interpretación extensiva, jurisprudencia, principio de (ir)retroactividad, Derecho penal, judicialización.

## **Introdução**

O presente trabalho se destina a discutir a (ir)retroatividade da jurisprudência penal, uma vez que o contexto do direito contemporâneo, assim como será trabalhado, é marcado pelo constante exercício interpretativo dos textos legais e constitucionais, formando um processo de reconstrução normativa através dos tribunais. Sendo assim, torna-se extremamente pertinente o estudo da temática.

Sob essa ótica, será possível observar que os juízes possuem função fundamental na edição de normas. A atividade jurisdicional não mais descreve a vontade do legislador e a Lei não é fonte absoluta. Por isso, é preciso que seja feita uma análise dos efeitos dessas decisões, atribuindo ao princípio em epígrafe uma interpretação congruente com a atualidade.

Em primeira análise, brevemente, será avaliada a origem do princípio da legalidade e seus postulados: da taxatividade, da reserva legal e da anterioridade. Nesse sentido, será construído sistematicamente os objetivos de cada um deles. Ademais, será feita a contextualização do seu fim precípuo em conter o arbítrio do poder punitivo estatal.

Posteriormente, o artigo tratará especificamente do papel do intérprete e a jurisprudência como fonte do direito, caracterizados pela relação necessária de direito e interpretação, a judicialização do direito e a força normativa da Constituição. Além disso, será exposto o real cenário que o direito contemporâneo se encontra, inclusive, demonstrando exemplos de importantes alterações jurisprudenciais e construções normativas nos tribunais.

A seguir, será proposta a interpretação extensiva do princípio da (ir)retroatividade da lei penal, adequando-o para formular o entendimento de que a jurisprudência deve retroagir para beneficiar o réu, assim como a lei. Por outro lado, destacando a irretroatividade da jurisprudência penal maligna para controlar o arbítrio da jurisdição.

Ato contínuo, serão analisados casos práticos mencionados no decorrer do artigo, demonstrando como é aplicável o entendimento desenvolvido, ressaltando os argumentos à luz dos julgados. Por fim, será feita a conclusão, apontando possíveis temas no assunto para aprofundamento. Reitera-se que a metodologia foi de análise doutrinária e jurisprudencial, buscando-se densificar os argumentos com diferentes pontos de vista e premissas, definindo a interpretação adequada da (ir)retroatividade da jurisprudência.

### **1. O princípio da legalidade e seus postulados**

Diante do objetivo de trabalhar a questão da (ir)retroatividade em face da jurisprudência penal, é necessário a compreensão de uma de suas premissas básicas, a qual delimita o ponto de partida e, por conseguinte, solidifica as conclusões do presente artigo. Tal asserção diz respeito ao entendimento do princípio da legalidade e seus postulados: da reserva legal, da taxatividade e, principalmente, da anterioridade da lei penal.

No âmbito doutrinário, há divergências quanto à determinação da origem histórica do princípio da legalidade. No entanto, entende-se que a concepção deste princípio dentro do direito penal se baseia de forma preponderante nas teses

desenvolvidas por Cesare Beccaria (1764), em sua clássica obra, *Dei delitti e delle pene*.

O autor esclarece que são as leis que fundam as sociedades, nações e Estados, e que, por consequência, passam a reunir os indivíduos que antes se encontravam isolados e rodeados por temores e inimigos (BECCARIA, 1764). Segundo ele, nesse processo, os homens abrem mão de parte de sua liberdade (antes irrestrita, porém infrutífera em face da incerteza) e “a soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas assim ao bem geral” se materializam na figura dos enunciados legais (BECCARIA, 1764, p. 27).

Em vista disso, se funda o direito de punir. Todavia, Cesare Beccaria (1764) adverte que tais concessões não são satisfatórias, sendo necessário protegê-las contra usurpações do poder (pois essa é tendência humana histórica em relação ao despotismo), ou seja, cabe evitar que mediante juízos arbitrários e discricionários se furte a liberdade da comum, sendo essa assegurada pela obediência às leis.

Neste enquadramento, é idealizado o princípio da legalidade como limitador do *ius puniendi* estatal e, por isso, assimilado atualmente como uma das bases do Estado de Direito (BITENCOURT, 2011). Dentre as diversas diretrizes catalogadas, cumpre analisar suas três máximas principais, a saber: i) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; ii) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*; iii) *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

O primeiro postulado corresponde ao princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, o qual enuncia que não há crime sem lei escrita que o determine, ou seja, somente as leis em sentido estrito podem criminalizar determinada conduta e prescrever sua respectiva punição. Diante de sua natureza ontológica, o princípio da reserva legal, não permite excepcionalidades, de modo que não há outra fonte, outro suporte físico para a elaboração de normas incriminadoras senão as leis (MIRABETE, 1999).

No que diz respeito à segunda máxima, condizente ao princípio da taxatividade, da certeza ou da determinação legal, infere-se que não há crime sem enunciado legal preciso. Logo, esse postulado estipula que o legislador penal busque a maior exatidão possível na formulação dos tipos penais, evitando a vagueza, a ambiguidade e ulterior arbitrariedades (BITENCOURT, 2011). Ainda assim, compete realçar que a arquitetura teleológica desse postulado é construída em face da crença de uma possível vinculação total do juiz à literalidade do texto. Essa premissa pode ser facilmente constatada com base nas teses de Cesare Beccaria (1764, p. 29) para quem “os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores”, e, dessa forma, na presença da “*lege certa*” os caberia apenas declará-las num “*silogismo perfeito*” (BECCARIA, 1764, p. 30).

Por fim, a partir da terceira máxima, correspondente ao princípio da anterioridade e da irretroatividade, Paulo Queiroz (2018) conclui que não há crime sem lei anterior que o defina, ou seja, a lei penal deve anteceder a infração, aplicando-se somente aos fatos supervenientes a ela. Convém, no entanto, elucidar que este princípio possui hipóteses de excepcionalidade em face da lei penal benéfica ao réu e que, por seu turno, é retroativa a fato pretéritos, a constar: i) lei posterior que reduz a gravidade do ilícito e de sua respectiva pena (*lex mitior*); e ii) lei posterior que descriminaliza a conduta (*abolitio criminis*). Nesse cenário, entende-se que tais exceções não colidem, mas sim, se equivalem com a finalidade

desse postulado que é proteger o indivíduo contra arbitrariedades advindas do poder punitivo estatal (QUEIROZ, 2018).

Portanto, diante do breve desenvolvimento sobre a máxima da legalidade e seus consectários lógicos (reserva legal, taxatividade e anterioridade), não resta dúvida de sua importância inigualável na formação do direito penal contemporâneo e do Estado de Direito, nos quais todas relações, entre o poder estatal e os indivíduos ou entre particulares, encontram submetidas a ordem legal. No direito pátrio, em face de tal relevância, se tornou uma tradição, a datar do Código Criminal do Império (1830), a inclusão do princípio da legalidade sempre no primeiro artigo dos diversos diplomas penais (DOTTI, 2002).

## **2. O papel do intérprete e a jurisprudência na atividade (re)criativa do direito**

Nessa parte do artigo, será desenvolvida brevemente a evolução da aplicação das leis, de modo que anteriormente a lei era fonte absoluta e a jurisdição não exercia papel interpretativo.

Por outro lado, observa-se que o direito contemporâneo não está mais inserido nesse contexto. Nesse sentido, Humberto Ávila (2011) afirma que o intérprete reconstrói o direito. Ato contínuo, o jurista acrescenta que “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão” (ÁVILA, 2011, p. 31), logo, destaca-se o papel dos tribunais na atividade de decidir o sentido da lei.

Dessa forma, a interpretação adequada do princípio da legalidade deve estar atenta a isso, para, como afirmou Esteves Meirelles (2019) em tese de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), evitar os abusos do poder judiciário como fonte de exceção, mas também em beneficiar o réu quando o mesmo tiver garantias concedidas em virtude da interpretação benigna.

Pois então, qual a relação entre lei e interpretação? In claris cessat interpretatio? Os juízes descrevem a vontade do legislador? Deveriam? Esses fundamentos precisam ser esclarecidos para avaliar o papel do intérprete e principalmente do poder judiciário na atribuição de significação à lei.

Diante dessa perspectiva, o entendimento do processo interpretativo e de sua funcionalidade variou na presença de diversas abordagens. Dentre elas, perdurou por muito tempo (e, ainda resiste, porém com menos força) a convicção, segundo Lênio Luiz Streck (2017, p. 85), com base na “metafísica clássica”, de que “os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentidos porque há nelas uma essência)”.

Na doutrina, tal premissa resultou na conclusão de que caberia ao intérprete se apegar à literalidade, sendo papel dele retirar do texto algo que o texto possui em si mesmo, alcançando e revelando a vontade da lei e o espírito do legislador. Portanto, Lênio Luiz Streck (2017, p. 90) expõe que haveria uma crença na qual “o ato interpretativo é um ato cognitivo e que interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém”.

Aníbal Bruno (1967) divulgou o velho discurso de que a lei clara não precisa de interpretação. Dessa forma, a interpretação era entendida como um instrumento para ser utilizado somente de maneira subsidiária. Não há, nessa linha de pensamento, uma relação necessária entre direito e interpretação.

Cabe, a princípio, fazer a ressalva de que não se defende o apego à literalidade da lei ou que o intérprete deve buscar a vontade do legislador ou que não deve sequer existir interpretação. Na verdade, entende-se, em oposição, a necessidade de se reconhecer que o direito caminhou para frente e a interpretação do princípio também deve seguir esse sentido.

Sendo assim, os juristas passaram a consignar que sempre deve existir interpretação, não existindo texto que dispense o papel do hermenêuta. Carlos Maximiliano, abrindo caminho para a hermenêutica contemporânea, já observava essa dependência e repudiava a máxima *in claris cessat interpretatio*:

“Sem dúvida, quando a frase não é precisa, lúcida, escorreita, aumenta a necessidade de exegese, e aí brilha em todo o seu fulgor o talento do hermenêuta; porém a parte mais nobre e mais fecunda de sua arte de investigar é a que examina as leis não defeituosas (...) É sobretudo com as regras positivas bem feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente” (MAXIMILIANO, 2003, p. 32).

Em consonância, texto e norma não se confundem mais (e nem devem). Essa clássica distinção representa fundamento mínimo para compreensão adequada do direito e da interpretação. As armadilhas da literalidade do texto são afastadas em virtude da compreensão atual do direito.

Humberto Ávila (2011, p. 30) afirma que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos dispositivos”. Desse modo, em síntese, a norma é representada pela significação que o intérprete, a partir de uma análise sistemática, atribui ao texto.

Ato contínuo, o jurista acrescenta que “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão” (ÁVILA, 2011, p. 31). Não há, portanto, uma busca pela descrição da vontade do legislador, trata-se de um conceito ultrapassado, pois a interpretação é reconstrutiva e não descritiva.

Portanto, o entendimento adotado nesse artigo, e uma das premissas básicas da interpretação como atividade recriativa do direito, diz respeito à superação da hermenêutica clássica, na qual “implica admitir que há uma diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto, isto é, que o texto não carrega, de forma reificada, o seu sentido (a sua norma)” (STRECK, 2017, 91).

Em congruência, Paulo Queiroz (2018) aduz que não se extrai significado da lei, o intérprete que confere sentido a ela. É dessa forma que se propõe a interpretação, não com métodos para descobrir a “verdade” ou a “vontade do legislador”. É nessa perspectiva que o direito está inserido e assim que os tribunais estão atuando, formando a jurisprudência.

Destarte, a lei não é produzida pronta para aplicação, alguém precisa dizer o seu sentido e o seu alcance, formulando a norma e reconstruindo o direito. Mas afinal, quem diz o direito? Quem é o principal responsável por atribuir significação aos enunciados elaborados pelo legislador?

Paulo Queiroz (2018, p. 139) afirma que “o direito é que os juízes e tribunais (mas não só eles) dizem que é, que só é direito o que o poder reconhece como tal, especialmente o poder judiciário”. São os tribunais que possuem, em última instância, o poder de dizer o direito com linguagem prescritiva.

Por isso, segundo Luís Roberto Barroso (2018) cada vez mais é possível verificar o fenômeno da judicialização do direito de forma qualitativa.

Especialmente no Estado Constitucional, os tribunais superiores desempenham uma função ativa (BARROSO, 2018), por isso, entende-se no presente artigo, a necessidade de uma releitura do princípio da (ir)retroatividade.

Nesse contexto, então, de busca pela efetividade da Constituição em todas as searas do direito, inclusive a penal, “a decisão judicial passou não mais a precisar ser apenas lícita, mas também constitucional” (MEIRELLES, 2019, p. 56). Sendo assim, existe um protagonismo do poder judiciário na busca por essa efetividade.

Desse modo, há a necessidade de uma ressignificação dos textos penais, em que estes devem dar vazão aos valores, garantias e direitos fundamentais que irradiam da carta magna, reforçando, portanto, a atribuição de sentido pelo intérprete que deve realizar uma hermenêutica constitucional.

Inserido nessa abordagem, Ricardo Aronne (2013) expõe a inevitabilidade de uma interpretação em sentido verticalizado, na qual se hierarquiza regras, princípios e valores, sendo que qualquer interpretação do direito deve ser constitucional. Dessa forma, há uma grande função dos juízes em aplicarem, principalmente, os princípios, pois como afirma Humberto Ávila (2011, p. 79) são “normas imediatamente finalísticas”.

Ricardo Aronne (2013) vai mais a fundo e revela que tal interpretação axiológica e hierárquica, em virtude de sua natureza, pode fazer com que sejam construídas normas distintas a partir de uma mesma regra. Além disso, existem normas que sequer são extraídas de um dispositivo, como o princípio da ponderação.

Sendo assim, é notável que a jurisprudência representa fonte do direito e mitiga o caráter absoluto da Lei. Nesse sentido, Rodolfo Luis Vigo (2005) formula que alteração jurisprudencial é capaz de alterar o sentido da Lei, não estando diretamente ligada a uma norma individual e concreta, pois muitas vezes possui caráter geral, orientador e vinculante.

A título exemplificativo, na seara do direito penal, a grande polêmica acerca do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP/41) e do Princípio da Presunção de inocência. O que diz a Carta Constitucional? Ninguém será considerado culpado ou ninguém será preso antes do trânsito em julgado? Em 2009, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado era inconstitucional (HC 84078, Relator: Min. Eros Graus, julgado em 05/02/2009).

Posteriormente, em 2016, o STF consolidou a norma de que a prisão após condenação em segundo grau não violava o princípio da presunção de inocência (ARE 964246 RG, Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016). Desse modo, a partir dos textos do artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e do artigo 283 do CPP/41 chegaram à norma de que o princípio da presunção de inocência não era violada com a prisão após condenação em segunda instância.

No entanto, a jurisprudência foi alterada novamente por entender que tal interpretação é inconstitucional, pois, se não esgotadas as instâncias recursais, a pena-prisão não poderá ser executada (ADC 43, 44 e 54. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 08/11/2019). Sendo assim, o direito foi novamente reconstruído, sendo a compreensão atual da Corte Constitucional, para a qual a execução da pena-prisão está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em observância ao princípio da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, em 1996 elaborou a Súmula 174 que majorava a pena de pessoas que cometiam o crime de roubo com arma de brinquedo. “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena” (STJ. Terceira seção. Aprovada em 23/10/1996). Contudo, no julgamento de um Recurso Especial (REsp 213.054-SP, Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 24/10/2001) revogou-se a Súmula.

Noutro passo, o plenário do STF, em julgamento histórico, enquadrou a homofobia e a transfobia como crime de racismo (ADO 26 e MI 4733, Relator: Min Celso de Mello e Min. Edson Fachin, julgado em 13/06/2019). Nesse sentido, a Corte reconheceu a mora do Congresso em legislar sobre a matéria e a necessidade de criminalização específica para os crimes supramencionados.

Entre outros exemplos no âmbito do direito penal, o tribunal exerce sim função (re)criativa do direito e o princípio da (ir)retroatividade penal precisa acompanhar essa evolução jurídica para fazer valer sua eficácia. Não é crível que se feche os olhos para a situação atual do direito brasileiro e contemporâneo.

### **3. A interpretação extensiva do princípio**

O juiz, ao contrário do que afirmou Marquês de Beccaria (claro, um jurista de seu tempo), tem o papel de realizar diversos raciocínios para além da simples leitura do preceito incriminador. Devido à contradição apontada entre as premissas fundantes do postulado da legalidade, sistematizadas no século XVIII e ainda vigentes, em consonância com a força normativa das decisões reconstrutivas, tais raciocínios, materializados na jurisprudência criativa, não se encontram submetidos por completo às diretrizes deste princípio. Revela-se, portanto, uma problemática, na qual o princípio da legalidade, diante da natureza ontológica do direito, foi perdendo em certa medida sua eficiência e deu margem a possíveis arbitrariedades, originadas pela ausência de um controle intertemporal diante da alteração jurisprudencial em matéria penal.

Assim, é necessária uma adequação do princípio à atualidade do fenômeno jurídico, mediante a realização de uma interpretação extensiva. Nessa abordagem, cumpre esclarecer que a causa pela qual se reduziu o alcance do postulado da legalidade reside em apenas uma de suas máximas, o consectário da anterioridade, mais especificamente o da irretroatividade.

O ordenamento jurídico brasileiro, então, prescreve no plano constitucional, art. 5º, XL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1998), que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Isto é, de acordo com o princípio da irretroatividade maléfica, o dispositivo penal que criar uma nova infração ou que aumentar o rigor da sanção a tipo já existente só terá aplicação para casos posteriores, enquanto, a nova lei benéfica, posto que desconstitui o caráter criminoso de determinada conduta ou confere penalidade mais amena, incidirá aos fatos anteriores (QUEIROZ, 2018).

Fundamentado numa abordagem literal do artigo supramencionado, parte majoritária da doutrina entende que o instituto da irretroatividade somente se aplica à criação de novas leis e, por conseguinte, não afetaria alterações jurisprudenciais. Nessa seara, há aqueles que se baseiam na ideia, já desconstruída, de que a atividade judicial apenas constata a vontade da lei e, sendo assim, essa vontade sempre esteve presente, de modo que, por tais razões, a ideia defendida



neste trabalho iria de encontro à natureza dinâmica da jurisprudência (MEIRELLES, 2019). Destaca-se que a busca por um controle intertemporal decorre exatamente do reconhecimento dessa dinamicidade e, por isso, da possibilidade dela levar a arbitrariedades contra o indivíduo.

Em oposição à doutrina majoritária, o propósito almejado é a retomada do controle do poder punitivo, por meio de uma interpretação extensiva do instituto da irretroatividade às modificações advindas da jurisprudência criativa. Preliminarmente, impõe-se delinear, em consonância com René Ariel Dotti (2002, p. 260) que uma interpretação jurídica extensiva “implica na aplicação da lei de um fato situado além de seu alcance literal, mas sem estar fora do espírito ou sentimento da mesma”. Destarte, com base em tudo que foi exposto, deve-se, neste momento, questionar a legalidade da tese defendida.

Numa primeira análise, de acordo com a conceituação feita por Dotti (2002), verifica-se que a interpretação que estende o instituto da irretroatividade da lei (alcance literal da legislação) para a jurisprudência é legítima, pois não está fora da estrutura teleológica que o princípio da irretroatividade encerra (art.5, XV, CRFB/1988), isto é, de sua finalidade que é proteger o indivíduo contra qualquer juízo discricionário decorrente do direito de punir do Estado.

Ao invés disso, a abordagem extensiva apenas amplia esse direito adequando-o à realidade prática do direito. Dessa maneira, não há um acréscimo interpretativo em prejuízo do réu, algo que é extremamente rejeitado no direito penal, uma vez que contrário ao princípio do *in dubio pro reo*, pelo qual na dúvida deve se julgar sempre em favor do réu (QUEIROZ, 2018).

Outra questão a ser apontada, conforme Odone Sanguiné (1992, p. 469 apud MEIRELLES, 2019, p. 69), refere-se à existência de diversos “casos em que uma jurisprudência consolidada exerce a função de substituir a lei ou complementá-la; (...) a jurisprudência uniforme da jurisdição superior exerce a mesma função de orientação de uma lei”. Ou seja, as mutações jurisprudenciais, em muitas situações, se assemelham a mudanças na lei. Inserido nessa perspectiva, há inúmeros exemplos, já citados e que serão retomados em seguida, de interpretações adotadas pela jurisprudência, que atribuem à lei sentidos e finalidades que poderiam não corresponder à intenção do legislador na época em que foram editadas.

Cabe, ainda assim, ressaltar que a estabilidade resultante das decisões sumuladas ou vinculantes dos tribunais superiores gera no sistema jurídico, tanto para os juízes de piso, quanto para os destinatários do direito, isto é, a sociedade, a confiança na orientação jurisprudencial adotada, tal como uma lei (MEIRELLES, 2019). A veracidade dessa alegação pode ser provada em face da repercussão social elevada das diversas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal.

Logo, diante da equivalência, em certa medida, existente entre a jurisprudência e a lei como fontes do direito, decreta-se a necessidade de uma extensão do princípio da irretroatividade e seus consectários lógicos às alterações interpretativas consolidadas. Nesse sentido, a aplicação do princípio à jurisprudência ocorreria tal como nos dispositivos incriminadores, ou seja, a mutação jurisprudencial penal que alterar a interpretação em prejuízo do réu (seja estendendo o alcance de determinada ilicitude ou aumentando o rigor da sanção) só produzirá efeitos a fatos posteriores, enquanto, a nova orientação jurisprudencial em benefício do réu terá aplicação a fatos anteriores. Esta aplicabilidade será tratada minuciosamente no próximo tópico.

Caso contrário, a jurisdição como atividade criativa continuará não submissa, de forma eficaz, a nenhum controle intertemporal. Nesse contexto dramático e que ainda vigora, tem-se a possibilidade de atuação da jurisprudência como fonte de exceção, quebrando a confiança na ordem jurídica a partir de mudanças malélicas ao réu, drásticas e repentinas, e que podem incidir a fatos pretéritos a depender somente da discricionariedade do intérprete (MEIRELLES, 2019).

#### **4. Análise prática da (ir)retroatividade da jurisprudência**

Para observar a aplicação concreta do entendimento adotado no estudo, serão explorados julgados já mencionados. Dessa maneira, a partir dos casos será desenvolvido se a jurisprudência deve ou não retroagir, reiterando e acrescentando os argumentos congruentes.

Em primeiro lugar, o exemplo da jurisprudência do STF na equiparação do crime de homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO 26 e MI 4733, Relator: Min Celso de Mello e Min. Edson Fachin, julgado em 13/06/2019). No julgamento, o plenário discutiu a possibilidade de a jurisprudência retroagir. Poderiam os ministros permitirem que a decisão atingisse fatos anteriores à reconstrução do direito através do tribunal? A resposta é não.

Assinala João Victor Esteves Meirelles (2019) que há de se controlar as medidas de exceção utilizadas pelo poder judiciário na busca de punir atos ilícitos antes da reconstrução do direito. Malgrado a Corte Constitucional tenha entendido pela irretroatividade, chegou a colocar a discussão em pauta, o que merece alerta.

Em que pese Hassemer (2005) entender que essa defesa estagna a jurisprudência, Paulo César Busato (2015) afirma que não se trata de deixar a jurisprudência estática, ou imune às mudanças de entendimento, mas sim que somente os casos posteriores a tal reconstrução do direito podem ser alcançados. Trata-se da busca pela proteção da discricionariedade do poder judiciário, em especial das cortes constitucionais.

Adiante, o exemplo contrário, a revogação da Súmula 174 do STJ: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena” (STJ. Terceira seção. Aprovada em 23/10/1996). É notável que tal revogação é benigna ao réu, por isso a alteração jurisprudencial deve retroagir “como se lei fosse” (QUEIROZ, 2018, p. 140), sob pena de se manter alguém preso com fundamento em um entendimento revogado.

Ora, quantos juízes utilizaram a Súmula do STJ para aumentar a pena do condenado? É inadmissível que se aceite que o réu continue preso no tempo majorado com base em uma Súmula que não existe mais. Há, nesse caso, uma extinção da norma orientadora utilizada pelos juízes inferiores, resumindo o entendimento do tribunal superior na matéria de normas infraconstitucionais, o responsável por dar a última palavra.

Portanto, defende-se que em todas as sentenças fundamentadas com base na Súmula revogada, deve ocorrer o fenômeno a favor do réu, ainda que tenha ocorrido o trânsito em julgado, concluindo-se que:

Deve ser garantido ao cidadão, nos casos em que já ocorreu o trânsito em julgado, a possibilidade de apresentação de revisão criminal e, nos casos em que a execução da condenação ainda esteja em andamento, a apresentação de

requerimento ao juízo de execução, para que esse aplique diretamente o novo entendimento jurisprudencial no caso. (Meirelles, 2019, p. 77).

Por último, a alteração jurisprudencial abordada será a relacionada ao princípio da presunção de inocência e a possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância. Destaca-se a reconstrução do direito mais de uma vez em tão pouco tempo, quando foram atribuídos sentidos diferentes pela Suprema Corte à Lei e à Carta Magna.

Reitera-se que em 2016, o STF entendeu pela possibilidade da prisão após condenação em segunda instância (ARE 964246 RG, Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016), alterando o entendimento fixado na jurisprudência da Corte de forma contrária em 2009 (HC 84078, Relator: Min. Eros Graus, julgado em 05/02/2009). Todavia, a jurisprudência foi modificada mais uma vez para reafirmar a tese de 2009, não se admitindo a prisão quando ainda não esgotada a via recursal à sentença penal condenatória (ADC 43, 44 e 54. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 08/11/2019).

Pergunta-se: a mudança jurisprudencial de 2016, maligna ao réu, retroagiria nos casos em que o réu condenado entre 2009 e 2015, não foi preso pois ainda tinha recursos pendentes nos tribunais superiores? E se o réu teve a prisão decretada com base na jurisprudência do STF de 2016, a mudança de 2019 retroagiria em seu favor?

A primeira resposta é negativa, uma vez que jurisprudência maligna não deve retroagir, como amplamente defendido, uma vez que a norma na época da sua condenação era outra e o réu não foi preso, porque teve ela a seu favor. Ademais, prendê-lo após a mudança de interpretação da Corte, é ver o arbítrio dos tribunais superiores superar a garantia do princípio da anterioridade ou da irretroatividade maligna.

A segunda resposta, porém, é positiva, pois se trata de uma (re)construção do direito benéfica ao réu, uma vez que se reformulou a norma para entender que há uma violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, acaso mantido custodiado.

### **Considerações finais**

Ante o exposto, evidencia-se a presença, no atual estágio do direito penal, de dois discursos conflituosos. De um lado, uma errônea concepção em que a lei, supostamente, seria fonte absoluta do fenômeno jurídico e, em contraposição, a análise apegada aos paradigmas contemporâneos e sua efetividade no plano pragmático, tal que a atuação do intérprete é, antes de tudo, reconstrutiva.

No entanto, em face desse cenário, não cabe a desesperança, mas sim a reflexão, tal como proposto no presente artigo. A sabedoria, por sua natureza, tem origem na dialética, isto é, o conhecimento verdadeiro surge mediante o confronto de ideias.

Em face da incompatibilidade entre as premissas do princípio da legalidade e a jurisprudência como atividade criativa, chega-se à conclusão, por meio da análise de diversas perspectivas doutrinárias e da atuação prática dos tribunais superiores, que é necessária uma interpretação extensiva do consectário da irretroatividade, a fim de submeter as mutações jurisprudenciais a um controle intertemporal. O

objetivo é retomar a limitação do poder punitivo Estatal e, assim, proteger o indivíduo contra a jurisdição como fonte de exceção.

Igualmente se consignou pela possibilidade da jurisprudência retroagir em benefício do réu, após o exercício da jurisdição em construir uma norma mais benéfica a partir dos textos normativos, mas na impossibilidade de retroagir quando a norma posterior não for favorável ao mesmo.

Por fim, deve-se ressaltar que o objeto de estudo do presente trabalho é extremamente complexo e permite muitos enfoques distintos. Isto posto, deixasse para um trabalho futuro a delimitação de forma sistematizada em quais tipos de alterações jurisprudenciais caberia a aplicação do instituto da irretroatividade, ou seja, se é somente em tribunais superiores ou também inferiores, em controle concentrado ou difuso, entre outros diversos fatores.

## Referências

- ARONNE, Ricardo. **Sistema jurídico e unidade axiológica**. PIDCCE, Aracaju, Ano II, Edição nº 03/2013, p.153 a 184, jun. 2013. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/72-sistema-juridico-e-unidade-axiologica-os-contornos-metodologicos-do-direito-civil-constitucional>>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Prefácio: Evaristo de Moraes. 2ª edição. Bauru, SP: Edipro, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, I. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil de 1830**. Brasília, 6 dez. 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 10 nov. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira seção. **Súmula 174**. Revogada em outubro de 2001. No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26. Mandado de injunção 4733**. Relator: Min Celso de Mello e Min. Edson Fachin. Julgado em 13/06/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 12 dez. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de constitucionalidade 43, 44 e 54**. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 08/11/2019. Disponível em: <

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>> Acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. **Recurso Extraordinário com agravo 964246**. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>> Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. Art 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. **Habeas Corpus 84078**. Relator: Min. Eros Graus, julgado em 05/02/2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo, Atlas, 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005.

MEIRELLES, João Victor Esteves. **A (ir)retroatividade da jurisprudência na seara penal: uma (re)leitura necessária para contenção da jurisdição como fonte de exceção**. 89 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral - arts. 1º a 120 do CP**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário da hermenêutica**. 1ª edição. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIGO, Rodolfo Luis Vigo. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Tradução: Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.