

---

# IRRETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA NOVA JURISPRUDÊNCIA SOB A ÓTICA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*NON-RETROACTIVITY OF THE NEW CASE LAW FROM THE  
POINT OF VIEW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN  
RIGHTS*

---

*Adriano Sant'Ana Pedra  
Procurador Federal*

*Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP)  
Professor da Faculdade de Direito de Vitória - FDV*

*Gustavo Cabral Vieira  
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A interpretação das normas convencionais e o caso concreto; 2 Interpretação evolutiva e previsibilidade do Direito; 3 Evolução da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos: estudo de casos; 3.1 O caso “C. R. v. Reino Unido”; 3.2 O caso “Del Río Prada v. Espanha”; 4 Abordagem comparativa; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Trata-se de estudo com o objetivo de analisar o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da previsibilidade do Direito e da retroatividade da nova jurisprudência do tribunal. Aborda-se a interpretação do Direito no caso concreto e a evolução da jurisprudência e previsibilidade do Direito para, na sequência, apresentar estudo de casos da CEDH comparando-os com casos julgados pela Suprema Corte brasileira e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corte Europeia. Direitos Humanos. Previsibilidade de Direito. Retroatividade de Nova Jurisprudência. Estudo de Casos. Estudo Comparado.

**ABSTRACT:** The aim of this study is to analyze the European Court of Human Rights's understanding of the predictability of the law and the retroactivity of the new case law of the court. The interpretation of the Law in the specific case and the evolution of the jurisprudence and predictability of the law to follow are presented in a case study of the ECHR comparing them with cases played by the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights.

**KEYWORDS:** European Court. Human Rights. Predictability of Law. Retroactivity of New Case Law. Case Study. Comparative Study.

## INTRODUÇÃO

Cada vez mais tem crescido a demanda das cortes internacionais de direitos humanos na defesa de tais direitos nas mais diversas situações nas quais as pessoas não obtiveram a devida proteção do sistema interno do seu país de origem.

Este estudo objetiva analisar o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da previsibilidade do Direito e da retroatividade da nova jurisprudência do tribunal. Para tanto, o estudo traz um embasamento jurídico do tema tratado e demonstra o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH em casos concretos relevantes.

A pesquisa apoia-se na doutrina concernente à hermenêutica jurídica para, então, apreciar dois casos identificados pelo estudo como pontos chave para analisar o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da previsibilidade do Direito e da retroatividade da nova jurisprudência do tribunal. Por fim, abordam-se casos pertinentes de mesma temática que foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### 1 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONVENCIONAIS E O CASO CONCRETO

A abertura de normas convencionais, vale dizer, normas com pouca densidade normativa, é uma das características das sociedades complexas (PEDRA, 2011b, p. 227-244), porque, diante da multiplicidade dos problemas que podem surgir, uma Convenção procura abarcar as demandas de diferentes nações além de buscar soluções para acompanhar este casuísmo problemático, e, por isso, o conteúdo dessas normas necessita ser objeto de concretização.

Enquanto, na hermenêutica tradicional, a interpretação era compreendida apenas como a *descoberta* do sentido do texto normativo, na concretização “o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo, criativo” (TAVARES, 2006, p. 60). Neste sentido, o direito é essencialmente voluntarista, ou seja, necessita da vontade do intérprete (BASTOS, 2002, p. 47).

Assim, o texto normativo previamente dado não constitui a norma jurídica, mas apenas constitui o ponto de partida para sua construção ante o caso concreto (ADEODATO, 2006, p. 214). Por isso, deve-se distinguir o papel desempenhado pelo legislador, que cria (ou reforma) o texto normativo, do papel que assume o intérprete do texto normativo de produzir as suas normas.

Isto ocorre porque, no método hermenêutico concretizador, o papel do intérprete não é o de desvelar o “sentido oculto” do texto normativo, mas sim o de criar a norma a ser aplicada em uma situação concreta.

O caráter aberto e amplo de uma Convenção exige maior atenção com a sua interpretação (PEDRA, 2011a, p. 3-19). A hermenêutica ensina que as diretivas de ação e as proposições valorativas, contidas nos preceitos jurídicos, só podem ser compreendidas e inteligidas quando aplicadas a situações concretas (QUEIROZ, 2000, p. 151). A interpretação é fundamental, pois, em razão do caráter aberto e amplo da Convenção, os problemas de interpretação surgem com maior frequência neste do que em outros setores do ordenamento jurídico cujas normas são mais detalhadas (HESSE, 1992, p. 34).

Dessa forma, é importante estabelecer a distinção existente entre texto normativo e norma (PEDRA, 2011c, p. 15-35). Para que a Convenção seja aplicada, é necessário fazer a interpretação do seu texto normativo, a partir de onde será extraída a norma jurídica (PEDRA, 2011a, p. 3-19), ou seja, as normas resultam da interpretação dos textos normativos.

O texto constitui o ponto de partida para a formação das significações e, ao mesmo tempo, para a referência aos entes significados. Em um sistema de signos, a decodificação tomará por base o texto, e o desenvolvimento hermenêutico fixará nessa instância material o apoio de suas construções (CARVALHO, 2006, p. 17). As normas resultam da interpretação dos textos e interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio destas, referências a objetos (CARVALHO, 2006, p. 62).

A norma é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito. Dessa forma, não há como isolar a norma de sua concretização. “Concretização da norma é *construção* da norma” (MÜLLER, 2008, p. 231). A norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do aplicador do direito, que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida. Por outro lado, o intérprete não pode dar sentidos de forma arbitrária aos textos, pois texto e norma não estão separados. Texto normativo e norma são coisas distintas, mas não separadas – no sentido de que um possa existir sem o outro. E, também por isso, um não contém o outro (STRECK, 2004, p. 130).

## 2 INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E PREVISIBILIDADE DO DIREITO

A realidade fática e a realidade normativa encontram-se em uma relação de reciprocidade (BASTOS e MEYER-PFLUG, 2007, p. 150), e não é possível separá-las, pois se encontram mutuamente imbricadas. O texto normativo é composto por palavras, cujos significados não são únicos, e ainda são cambiantes com o passar do tempo. Daí a importância de compreender que toda interpretação ocorre em um determinado contexto, que não pode ser desconsiderado. Em verdade, não há texto sem contexto. O texto normativo e a realidade social sempre se buscam.

WITTGENSTEIN (2008) mostra que as palavras somente adquirem sentido mediante o uso compartilhado, reforçando as noções de historicidade e de intersubjetividade. Assim, o compreender é marcado por um contexto sócio-histórico, razão pela qual o significado de uma palavra depende do sentido que lhe é atribuído no seu uso social. A linguagem real da vida abre-se, então, para usos sempre novos e jogos em contínua reformulação.

Segundo CARRIÓ (2006, p. 29), o significado das palavras dá-se em função do contexto linguístico em que aparecem e da situação humana na qual são usadas. O processo interpretativo implica sempre uma produção de sentido a partir da apropriação da tradição pelo intérprete, e a compreensão ocorre “a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete” (STRECK, 2004, p. 153-154).

O que se tem é que a verdade humana é datada, precária e contextualizada, o que a torna passível de ser modificada. Martin Heidegger destaca que o meio no qual o intérprete está inserido será determinante na sua compreensão.

O compreender sempre diz respeito a todo o ser-no-mundo. Em todo compreender de mundo, a existência também está compreendida e vice-versa. Toda interpretação, ademais, move-se na estrutura prévia já caracterizada. Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar (HEIDEGGER, 2008, p. 213).

No mesmo sentido, GADAMER anota que as condições existenciais do homem determinam como ele interpreta e como convive com o mundo. O sujeito apreende o sentido do mundo de acordo com a sua condição histórica (1999, p. 415-416).

Daí é relevante considerar a questão da pré-compreensão do intérprete. A compreensão é uma atividade referencial, ou seja, ocorre através de uma constante referência à nossa experiência. A compreensão viabiliza-se quando se compara o objeto cognoscível com aquilo que já é conhecido pelo indivíduo.

Neste aspecto, QUEIROZ destaca que a tese heideggeriana e gadameriana da historicidade da interpretação e da acentuada relação entre a hermenêutica e a linguagem – uma importante doutrina filosófica contemporânea – “confirma nos teóricos do direito a ideia de que os significados normativos podem não apenas variar no tempo como podem ainda ser interpretados de forma cambiante e diferenciada” (QUEIROZ, 2000, p. 151).

GRAU (2006, p. 85) vê o conjunto de textos normativos como apenas ordenamento em potência, isto é, um conjunto de possibilidades

de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado – ou seja, a norma – é o resultado da tarefa interpretativa. E diz ainda:

A norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo o ser). (GRAU, 2006, p. 32)

Dessa forma, afirmar que um texto é portador de *vários sentidos* significa que este pode conter *várias normas* entre as quais o órgão de aplicação deverá “escolher” o que aplicar. É nesta “escolha” que tem lugar a interpretação e, antes desta, não existe norma, mas apenas um texto (QUEIROZ, 2000, p. 108). Por isso é que se nega a existência de uma única resposta correta – ou verdadeira – para o caso, mesmo que o intérprete esteja vinculado pelo sistema jurídico (GRAU, 2006, p. 40).

E, como a interpretação é uma escolha entre várias opções (BASTOS e MEYER-PFLUG, 2007, p. 155), a interpretação só pode ser considerada como sendo a mais adequada dentro de um dado contexto. Nesse sentido, o caso concreto ganha relevo, pois reflete uma nova situação em que o intérprete jurídico tem que renovar a efetividade da norma. Segundo Hans-Georg Gadamer, o intérprete jurídico não pode sujeitar-se à intenção dos que elaboraram a lei. “Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei” (GADAMER, 1999, p. 485).

Isso ocorre porque a interpretação não persegue o sentido, mas *um dos* sentidos, que deverá ser contextualmente possível e adequado. Essa possibilidade de múltiplas interpretações viabiliza a evolução da norma mesmo que o texto permaneça.

Como as necessidades sociais estão em permanente evolução, o texto deve ser interpretado em função das necessidades do momento e pode mudar de sentido ao longo do período em que estiver em vigor. Nesta perspectiva, o intérprete pode adaptar o texto às necessidades sociais de sua época buscando o que seria o pensamento dos legisladores se eles estivessem legislando hoje (BERGEL, 2001, p. 118).

Assim, a norma é capaz de se adequar para corresponder às diferentes exigências variantes no tempo e produzir efeitos mesmo quando mudarem os fatos e os valores em razão dos quais veio à luz. Através da interpretação,

é possível a adaptação das normas jurídicas às mudanças ocorridas na sociedade, à sua natural evolução, ou até mesmo com relação ao surgimento de novos valores e ideologias (BASTOS e MEYER-PFLUG, 2007, p. 157).

A norma mantém-se em permanente evolução para responder às novas necessidades, aos novos problemas surgidos em razão dos novos tempos, ganhando novos sentidos que o seu elaborador não poderia ter previsto. O direito, assim, está estreitamente relacionado ao estado da sociedade por ele representada, embora dela se distinga para exercer sua tarefa normativa de organizá-la.

Deste modo, o ordenamento jurídico é formado e conformado pela realidade (GRAU, 2006, p. 79), é um sistema dinâmico que interage com a realidade fática que objetiva regular. As mudanças havidas na sociedade interferem no sistema normativo, que deve, por sua vez, acompanhar estas transformações. Não é plausível que as normas jurídicas, inclusive as normas convencionais, apresentem-se afastadas e defasadas da realidade fática (BASTOS e MEYER-PFLUG, 2007, p. 145).

Nesse sentido, a evolução da jurisprudência é importante para o equilíbrio entre a dinâmica e a estabilidade, por significar, ao mesmo tempo, uma transformação substancial e uma permanência formal. E, como os termos são contextualmente utilizados com uma significação alterável, a interpretação proporciona a atualização e a vivificação constante do sentido de um dispositivo da Convenção.

### **3 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DE CASOS**

#### **3.1 O caso “C.R. v. Reino Unido” (n. 20190/92)**

O primeiro caso interessante a ser abordado é caso “C.R. v. Reino Unido” julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 22/11/1995. O requerente havia sido acusado e condenado pela prática de tentativa de estupro e agressão física consumada contra sua esposa, fatos ocorridos em novembro de 1989. Eles haviam se casado em 1984 e tiveram um filho em 1985, sendo que um mês antes dos fatos ela tinha saído de casa para morar com os pais. Ela, inclusive, já havia consultado um advogado sobre assuntos matrimoniais e deixou uma carta para o requerente na qual ela havia informado que pretendia solicitar o divórcio. No entanto, nada havia sido providenciado oficialmente.

Na sua defesa o requerente alegou que o casamento implicava em consentimento implícito para manter relações sexuais e que não poderia

ser acusado de estupro por ser marido da alegada vítima, bem como que esse consentimento somente poderia ser revogado sob certas condições, utilizando-se como fundamento na jurisprudência até então aplicável que é sintetizada na declaração feita por *Sir Matthew Hale CJ* na *History of the Pleas of the Crown* publicada em 1736 (registro feito no próprio julgado)<sup>1</sup>.

A tese de defesa não foi acolhida pelo judiciário nacional, tendo o juiz do caso justificado que essa declaração fora feita em termos gerais e em um tempo em que o casamento era indissolúvel. Em segundo lugar, o juiz observou que era evidente a partir do Acórdão do Tribunal de Recurso no processo “*R. v. Steele*” (1976) que o consentimento implícito poderia ser retirado por acordo entre as partes, inclusive que tal acordo poderia claramente ser implícito pois não havia nada na jurisprudência para sugerir o contrário. Em terceiro lugar, o juiz entendeu que na *common law* se reconhecia que uma retirada de qualquer uma das partes da convivência, acompanhada de uma clara indicação de que o consentimento para a relação sexual foi encerrado, equivaleria a revogação do consentimento implícito. Ele concluiu que tanto a segunda quanto a terceira exceção à imunidade matrimonial contra acusação por violação se aplicava ao caso. Após essa decisão do juiz, o requerente se declarou culpado de tentativa de estupro e que havia causado ferimentos corporais reais, e foi condenado a três anos de prisão.

O recorrente perante a CEDH reclamou que a sua condenação por tentativa de violação de sua esposa constituiu uma punição retrospectiva em violação ao artigo 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (a Convenção), tendo argumentado que a imunidade matrimonial era aceita pela jurisprudência ao tempo do cometimento dos fatos.

Contudo, a CEDH indeferiu o pleito tendo em vista que o carácter essencialmente degradante de estupro é tão evidente que o resultado das decisões do Tribunal de Recurso e da Câmara dos Lordes - que o requerente poderia ser condenado por tentativa de estupro, independentemente da sua relacionamento com a vítima - não pode ser tido em desacordo com o objeto e a finalidade do artigo 7º da Convenção, tendo concluído que era previsível a evolução da interpretação, não tendo ocorrido violação à Convenção, inclusive a nova interpretação seria condizente com os objetivos fundamentais da Convenção e representaria um conceito civilizado de casamento.

Com isso, verifica-se que o entendimento da CEDH à época era no sentido de que não havia óbice à aplicação retroativa de nova interpretação, desde que no contexto de observância dos objetivos fundamentais da Convenção.

---

1 “But the husband cannot be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife, for by their matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract.”



### 3.2 O caso “Del Río Prada v. Espanha” (n. 42750/09)

O segundo caso da CEDH emblemático a ser abordado é o Del Río Prada contra Espanha. A Sra. Inés Del Río Prada, membro do grupo terrorista ETA, estava cumprindo pena de prisão<sup>2</sup> em razão de ter cometido diversos atos terroristas entre 1982 e 1987, tendo sido condenada a mais de três mil anos de prisão pelo conjunto de oito condenações penais entre 1989 e 2000.

Após decisão da *Audiencia Nacional*<sup>3</sup>, a mesma fora notificada no sentido de que as ligações legais e cronológicas entre as ofensas das quais foi condenada tornaram possível agrupá-las em conjunto, tendo se fixado em trinta anos o tempo máximo a ser cumprido pela requerente em relação às suas penas.

A questão se tornou mais complexa quando as autoridades prisionais apresentaram proposta à *Audiencia Nacional* no sentido de que a Sra. Del Río Prada fosse solta em 02/07/2008 tendo em conta a remissão de 3.282 dias que ela tinha direito em razão de todo o trabalho que realizou desde 1987 quando foi presa. No entanto, em 19/05/2008, a *Audiencia Nacional* rejeitou essa proposta e pediu às autoridades da prisão que apresentassem uma nova data para a soltura da requerente com base em um novo precedente conhecido como “doutrina Parot”<sup>4</sup>. Assim, por um despacho de 23/06/2008, com base numa nova proposta das autoridades penitenciárias, a *Audiencia Nacional* fixou novamente a data para a libertação final da requerente em 27/06/2017.

A reclamação apresentada à CEDH em 2009 continha a alegação de que a continuidade de sua manutenção na prisão pelas autoridades espanholas não era legal e não estava de acordo com procedimento previsto em lei, em contrariedade ao artigo 5º § 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Com base no artigo 7º, ela também reclamou que, o que ela considerou uma aplicação retroativa de uma nova abordagem adotada pelo Supremo Tribunal espanhol em decisão tomada após a sua condenação, e que aumentou a duração da sua prisão por quase nove anos, violava o princípio da aplicação não retroativa de disposições penais menos favoráveis ao acusado.

2 A requerente foi detida em prisão preventiva a partir de 06/07/1987 e começou a cumprir definitivamente após a primeira condenação em 14/02/1989.

3 Tribunal com jurisdição em casos de terrorismo, entre outros, sediado em Madri (Espanha).

4 Como consta na decisão objeto de análise, a “doutrina Parot” foi estabelecida em julgamento da Suprema Corte espanhola em 28/02/2006. Trata-se de outro caso de um terrorista (este especificamente um membro do grupo separatista ETA) que havia sido condenado com base no Código Penal espanhol de 1973 (julgamento n. 197/2006). O Plenário da Sessão criminal da Suprema Corte decidiu que os benefícios das execuções penais como as remissões de dias trabalhados devem incidir em cada uma das sentenças condenatórias e não no total da pena máxima de trinta anos.

No julgamento em 10/07/2012, a Câmara julgadora entendeu que houve uma violação ao artigo 7º da Convenção (princípio da legalidade). Contra a decisão da Câmara, foi requerido e admitido a submissão do caso à Grande Câmara da CEDH, cujo julgamento foi concluído em 21/10/2013.

A Grande Câmara fixou as premissas de julgamento no princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, no conceito de pena e seu objetivo e na previsibilidade do direito penal.

No que tange ao objetivo da pena imposta, a Grande Câmara considerou que, no momento em que o requerente cometeu as infrações que levaram à sua acusação e quando foi tomada a decisão de combinar as sentenças e fixar uma pena de prisão máxima, *a legislação espanhola relevante, tomada como um todo, incluindo a jurisprudência*, foi formulada com suficiente precisão para permitir ao requerente discernir, em um grau razoável nas circunstâncias, o alcance da penalidade que lhe foi imposta, tendo em conta o prazo máximo de trinta anos e as remissões de sentença para o trabalho realizado em detenção, ambos previstas e lei. A penalidade imposta à requerente foi, portanto, de trinta anos de prisão máxima, e qualquer remissão de sentença por trabalho realizado em detenção seria deduzida dessa penalidade máxima.

A Corte concluiu que a nova abordagem da aplicação de remissões de sentença por trabalho realizado em detenção introduzido pela “doutrina Parot” não pode ser considerado como uma medida relativa unicamente à execução da sanção imposta à recorrente, mas à redefinição do escopo da “penalidade” imposta. Assim, concluiu que a Espanha infringiu a última parte do artigo 7º, nº 1, da Convenção: “não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida”. Adiante, a Corte analisou se a “doutrina Parot” era razoavelmente previsível, tendo para tanto examinado se a requerente poderia ter previsto no momento da sua condenação e também quando foi notificada da decisão de combinar as sentenças e fixar uma pena máxima de prisão – se necessário, depois de devidamente orientado por advogado – que a pena imposta poderia se tornar em trinta anos de prisão real, sem redução de qualquer remissão de sentença por trabalho realizado em detenção. Ao fazê-lo, deve ter em conta a lei aplicável na época e, em particular, a prática judicial e administrativa antes da “doutrina Parot”. Em que pese a Corte Constitucional ter se posicionado no sentido do entendimento anterior apenas em um caso julgado em 1994, a Corte observou que o próprio Governo admitiu que era prática das autoridades penitenciárias e judiciais antes da “doutrina de Parot” aplicar remissões de sentença por trabalho realizado em detenção no prazo máximo de trinta anos de prisão.

A Corte considerou ainda que, por trás da alteração de interpretação na mudança do entendimento jurisprudencial, houve um endurecimento

da política criminal concomitante com a mudança na legislação tomada em 2003 (Lei n. 7/2003). Mesmo não tendo sido aplicada essa lei no caso concreto, verificou-se que o objetivo da mudança jurisprudencial era o mesmo da lei acima mencionada, a saber, garantir a execução plena e efetiva do prazo legal máximo de prisão por pessoas que servem várias sentenças longas. Concluiu então a Corte que o artigo 7º da Convenção proíbe incondicionalmente a aplicação retrospectiva do direito penal quando se trata da desvantagem de um acusado de modo que este desvio no curso da jurisprudência teve como efeito modificar o alcance da sanção imposta, em detrimento do requerente.

Por fim, a Grande Câmara da CEDH ainda analisou a alegação de violação do § 1º do art. 5º da Convenção, que trata do direito à liberdade e à segurança. Em razão da conclusão da Corte de que houve violação ao art. 7º, a CEDH concluiu que, a partir de 03/07/2008, a detenção do recorrente não era “lícita” e, por conseguinte, violava o artigo 5º, n. 1, da Convenção. Ou seja, a ilegalidade na fixação do termo final para cumprimento da pena deduzidas as remissões, estando a requerente mantida detida, desde 03/07/2008, havia a ofensa ao direito à liberdade. Diante da gravidade dessa circunstância, a CEDH aplicou o art. 46 da Convenção, que é resguardado para casos mais graves, e determinou a soltura imediata da requerente, o que foi cumprido em decisão no dia seguinte pela *Audiencia Nacional*, que prolatou decisão decretando a liberdade imediata da Sra. Del Río Prada e declarou extinta a punibilidade penal da mesma.

Portanto, verifica-se que atualmente a CEDH entende que a jurisprudência nova (notadamente se maléfica) não pode ser aplicada de forma retroativa por considerar que a jurisprudência é expressão do direito e que essa retroatividade fere o artigo 7º da Convenção.

#### 4 ABORDAGEM COMPARATIVA

Para fins de mera comparação com a perspectiva brasileira, vale anotar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, a questão ora trata foi objeto de discussão em decisão plenária ocorrida em 1998 tratando de matéria penal. No caso, foi expressamente afastada a aplicação da técnica denominada de *prospective overruling* pelos norte-americanos tendo se pontuado que não se confunde alteração legislativa com mudança jurisprudencial (HC 75.793/RS).

Posteriormente, em 2011, o tema foi tratado em matéria eleitoral, em decisão da lavra do Min. Celso de Mello (MS 30.380 MC/DF):

As múltiplas funções inerentes à jurisprudência – tais como a de conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias

por elas abrangidas, a de atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, a de gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e a de preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos (omissis) nas ações do Estado –, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios que venham a ser consagrados pelo Supremo Tribunal Federal.

[...]

Vale mencionar, por oportuno, a título de mera ilustração, que também a prática jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA tem observado esse critério, fazendo-o incidir naquelas hipóteses em que sobrevém alteração substancial de diretrizes que, até então, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, inclusive em matéria penal. Refiro-me, não só ao conhecido caso “*Linkletter*” – *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629, 1965 –, como, ainda, a muitas outras decisões daquele Alto Tribunal, nas quais se proclamou, a partir de certos marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio na técnica do “prospective overruling”, a inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado...

Outra decisão interessante mais recente que merece destaque adotada pelo Pleno do STF ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 590.809 em matéria tributária, no qual a decisão foi pela impossibilidade de retroagir alteração jurisprudencial em caso em de rescisória no qual o acórdão rescindendo não poderia ser visto como a violador de lei, mas como resultado da interpretação possível segundo manifestações do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal que existiam à época<sup>5</sup>.

Por fim, interessante registrar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotado no caso “Gomes Lund e outros (‘Guerrilha do Araguaia’) v. Brasil”. Tal qual consta na sentença do caso, “a demanda se refere à alegada ‘responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas

<sup>5</sup> O caso era de matéria tributária, mas consta nos debates que tal entendimento se aplica a todos os casos em geral.

entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985).”

Trata-se de caso no qual se verifica a aplicação retroativa da norma jurídica sob o argumento de que, por se tratar de desaparecimento forçado e ainda não terem encontrado os desaparecidos ou seus corpos, resta caracterizada a continuidade delitiva no tempo. Isso inclusive foi usado como fundamento para, em sede de preliminar de “incompetência temporal do Tribunal”, se assentar a competência da Corte, haja vista que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte apenas em 10/12/1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os “fatos posteriores” a esse reconhecimento.

## 5 CONCLUSÃO

Uma alteração na interpretação convencional tem grande repercussão e pode gerar uma grande insegurança jurídica. Daí ser necessário que se amenize o impacto jurídico provocado por essas mudanças jurisprudenciais, vedando uma insegurança retroativa, para que o novo entendimento seja aplicado apenas para os casos posteriores a ele.

Foi visto no início deste estudo que a norma é *construída* pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito constitucional, ou seja, no processo de concretização haverá a própria elaboração da norma convencional. Dessa forma, quando há uma nova interpretação, na verdade ocorre a criação de uma norma convencional nova, que, em razão desta situação, não poderá produzir efeitos para eventos pretéritos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Assim, quando um novo significado é dado ao comando convencional, é necessário resguardar deste novo entendimento as relações jurídicas havidas no passado. Deste modo, Tércio Sampaio Ferraz Junior leciona que

a doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e reporta-se à concepção liberal do direito e do Estado. (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 248)

A segurança jurídica deve estar presente na sociedade, pois representa a certeza de agir conforme os padrões comportamentais em vigor. As pessoas precisam saber como devem comportar-se perante a comunidade

em que vivem, e isso é incompatível com a retroatividade das normas. Ronald Dworkin lembra a objeção de que “se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato” (DWORKIN, 2002, p. 132).

A nova interpretação somente pode produzir efeitos prospectivos, sempre para frente ao longo do tempo<sup>6</sup>. Tal limitação apenas poderia ser excepcionada quando se tratar de norma penal<sup>7</sup> mais benéfica para o réu, hipótese em que deve operar efeitos retroativos a fim de alcançar no tempo a conduta deste<sup>8</sup>.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AUDIENCIA NACIONAL. Disponível em: <[http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOVEDADES/A.%20LIBERTAD%20INES%20DEL%20RIO%20PRADA\\_22102013142557\\_000223.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOVEDADES/A.%20LIBERTAD%20INES%20DEL%20RIO%20PRADA_22102013142557_000223.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

\_\_\_\_\_; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERGEL, Jean-Louis. *Méthodologie juridique*. Paris: PUF, 2001.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

6 Em casos específicos, pode ser exigido que a nova interpretação somente seja aplicável após um determinado prazo, como ocorre no exemplo do princípio da anualidade (ou anterioridade) eleitoral (art. 16, CF).

7 O mesmo ocorre quando se tratar de sanção administrativa.

8 Nesse sentido, o artigo 5º, XL, da Constituição brasileira (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) poderia ser lido como “a norma penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57955>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-127697>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, t. I.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Concretização de direitos fundamentais sociais. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; PORT, Otávio Henrique Martins; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (org.). *Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2011a.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. La inlegibilidad del analfabeto en Brasil: por una lectura más democrática. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 9, n. 1, p. 227-244, jan./jun. 2011b.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política)*, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 15-35, jan./mar. 2011c.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 108.

STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=76241>>. Acesso em: 20 set. 2017.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Marcos G. Nontagnoli. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.