

2. DOUTRINA NACIONAL

2.5

IRRETROATIVIDADE E RETROATIVIDADE DAS ALTERAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA PENAL*

ODONE SANGUINÉ

SUMÁRIO: 1. Exposição do problema – 2. A proposta de solução no campo jurídico-penal: aplicação das regras do erro de proibição – 3. Fundamentos para a solução do problema no âmbito constitucional: 3.1 A segurança jurídica como fundamento da garantia da irretroatividade; 3.2 O princípio da determinação da lei penal e a teoria da separação dos poderes – 4. Retroatividade da jurisprudência posterior mais favorável e revisão criminal.

Resumo: O artigo aborda o tradicional princípio de legalidade penal desde uma nova perspectiva, propondo, desde uma perspectiva constitucional e com apoio na idéia de segurança jurídica, na exigência de determinação da lei penal e realizando uma revisão do dogma da “separação” dos poderes (*rectius*: harmonia dos poderes), a extensão da garantia da proibição de retroatividade às modificações da jurisprudência penal, mantendo-se vigente o mesmo texto legislativo. Em consequência, examina duas situações distintas: a) a alteração jurisprudencial agravadora da situação do acusado; b) a correlata questão da retroatividade da jurisprudência mais benéfica ao acusado, com a consequente possibilidade de ajuizamento de revisão criminal.

Palavras-chave: Jurisprudência – Irretroatividade – Retroatividade – Revisão criminal – Princípio de legalidade penal.

1. Exposição do problema

A abordagem do princípio da legalidade penal e de seu corolário da irretroatividade da lei exige especial atenção para uma problemática específica consistente em saber se a proibição da retroatividade abrange as *alterações*

(*) Palestra proferida na Ajuris, no Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados, em 27.03.1998. Uma versão prévia deste texto foi publicada no livro coletivo, editado pelo Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, VV. AA. *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso* (org. João M. de Araújo Jr.), Forense, 1992. p. 465-481, sob o título: “Irretroatividade e retroatividade das variações da jurisprudência penal”, e na revista *Fascículos de Ciências Penais*, v. 5 (ano 5), n. 1, p. 3-16, Fabris, 1992. Neste escrito realizei alterações e acréscimos levando em consideração a bibliografia posteriormente aparecida.

supervenientes da jurisprudência mantendo-se vigente, todavia, o mesmo texto legal. A questão aqui suscitada é distinta, portanto, da hipótese em que a modificação jurisprudencial decorre da vigência de uma nova *lei posterior* (penal ou de outra natureza) e que conduz à aplicação agravatória de uma norma vigente no momento de realizar-se o fato delitivo.¹ Por outra parte, um problema correlato que se apresenta é o da *retroatividade da jurisprudência mais benéfica* para o condenado sem que tenha ocorrido uma alteração legislativa.

O problema da possível aplicação da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais – proposto na Alemanha, mas perfeitamente exportável a outros países, dada a índole geral da problemática suscitada – se apresenta quando um tribunal, após haver mantido uma linha interpretativa constante em relação com um determinado preceito legal, durante um espaço de tempo relativamente longo, modifica essa linha interpretativa em um sentido prejudicial ao réu.²

Exemplos elucidativos desta problemática: no Direito Comparado (Alemanha³ e Suíça⁴) a) a *redução pela via jurisprudencial da taxa limite de alcoolemia*, que

- (1) Luis Felipe Ruiz Antón. “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”. *Poder Judicial*, n. Especial VI, p. 105.
- (2) Fulgencio Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, Univ. de Valencia, 1983. p. 92.
- (3) Na Alemanha a questão foi objeto de intensa discussão ao modificar-se o critério jurisprudencial sobre o grau alcoólico que devia considerar-se como suficiente para pôr em perigo a segurança do tráfego de automóveis. A discussão surgiu a partir da sentença do BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Superior Federal), de 9 de dezembro de 1996, que após um período de mais de 10 anos de jurisprudência constante (interpretando a expressão “não esteja em situação de conduzir o veículo de forma segura”, utilizada pelo legislador ao redigir o § 316 do Código Penal alemão) no sentido de que uma pessoa devia ser considerada como absolutamente incapaz de conduzir um veículo automotor, sem possibilidade de prova em contrário, quando se superava o limite de concentração de álcool no sangue de 1,5 g/l%; porém, a partir de um determinado momento, aceitando as críticas provenientes do campo da medicina e sobretudo com base no informe da Oficina Federal para a Saúde (*Bundesgesundheitsamt*) de 1966, a jurisprudência modificou seu critério e decidiu reduzir tal limite ao índice de 1,3 g/l %. Em 1990, o BGH decidiu pela redução dessa quota-limite da absoluta incapacidade para dirigir de 1,3% para 1,1%. Daí a dúvida sobre a possibilidade de levar-se em conta essa variação jurisprudencial com relação aos fatos realizados com anterioridade à nova interpretação e, conseqüentemente, considerar delituoso um comportamento que no tempo de sua realização não era apreciado como tal pelos Tribunais de Justiça. No entanto, o OLG (*Oberlandesgericht* – Tribunal Supremo de cada Estado Federal) de Karlsruhe, em sentença de 5 de outubro de 1967, aplicou retroativamente este valor limite, negando-se a aplicar a proibição de retroatividade, confirmando a tese de que os tribunais podem, mediante a redução no limite de alcoolemia, punir fatos que, segundo a anterior interpretação jurisprudencial, eram impunes. Por conseguinte, para a jurisprudência alemã, se se condena pelo § 316 a alguém que, antes de ditar-se a nova sentença do BGH, houvesse dirigido com 1,2% de alcoolemia, isso não infringe a garantia da irretroatividade da lei penal (vide F. Madrid Conesa, *El principio de irretroactividad de la Ley Penal y las variaciones jurisprudenciales*

implica a incapacidade total para dirigir um veículo automotor;⁵ b) em outro caso, mais antigo, o *Reichsgericht* (Tribunal Supremo Imperial) declarou punível a fraude no caso de contratos contrários à moral, que, segundo a jurisprudência até então, era isenta de pena; essa nova concepção jurisprudencial foi imediatamente aplicada ao caso que deu ocasião a esta nova jurisprudência;⁶ c) na *jurisprudência brasileira*, um caso paradigmático é o da variação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que modificou sua orientação, firmada em 1964 (no sentido de que não configurava crime a *manutenção de casa de prostituição* tipificado no art. 299, do CP, na zona de meretrício se ela estava licenciada pelo Poder Público, que lhe concedera alvará de funcionamento e lhe cobrava impostos, além do que tal fato era tolerado e inclusive fiscalizado pela polícia, razão por que decidiu o STF que não se tratava de crimes contra os costumes, mas fato tolerado e até

desfavorables al reo. Universidad de Valencia, 1982. p. 9 et seq.; o mesmo, *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 92; Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 104-105; Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general*, I. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson, Astrea, 1994. p. 198-199; Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. M. Conde, Luis Arroyo Zapatero, Bosch, 1984. p. 325; Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997. p. 166).

- (4) Essa taxa, que havia sido fixada pela jurisprudência em 1%, foi reduzida em julgamento do Tribunal Federal Suíço proferido em 1964 (ATF 90 IV 159 (JdT 1964 IV 131) para 0,8% (José Hurtado Pozo. *Droit pénal. Partie générale*, I. *Notions fondamentales et loi pénale*, Éditions Universitaires, Fribourg, 1991, p. 186).
- (5) No Brasil, atualmente este problema poderá surgir em relação ao crime descrito no art. 306 do Código de Trânsito (Lei 9.503, de 23.09.1997), que tipifica a conduta de “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. A jurisprudência sobre a contravenção de direção perigosa de veículo em via pública (art. 34 da Lei das Contravenções Penais), com base no art. 2.º da Resolução 737/89 do Contran, havia fixado a concentração de 0,8 dg de álcool por litro de sangue como limite comprobatório de embriaguez alcoólica. Os arts. 165 e 276 do novo Código de Trânsito, para caracterização e prova da realização de ‘infração administrativa’, reduziu esse limite de concentração de álcool por litro de sangue para 0,6 como nível comprobatório de que “o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor”. Não obstante, o mencionado tipo legal de crime é omissivo em relação à definição do grau de alcoolemia necessário para a caracterização do delito de trânsito, de modo que a jurisprudência é que irá fixar o limite mínimo – que pode ser diferente daquele estabelecido para a infração administrativa –, isto é, em tese, inferior ao de 0,6 dg de álcool por litro de sangue. Não obstante, esse parece ser o limite inferior aquém do qual o fato será atípico, embora possa configurar infração administrativa. Porventura adotado esse limite legal (e não jurisprudencial), a questão da irretroatividade da jurisprudência dificilmente seria suscitada.
- (6) Gustav Radbruch. *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, 1962. p. 58, nota 1.

mesmo imposto pelos costumes – HC 40.161, rel. Min. Ribeiro Costa; HC 40.124, rel. Min. Vilas Boas), e passou a considerar tal conduta como criminosa com fundamento na irrelevância do licenciamento e tolerância policial (RTJ 60/104 e 85/487);⁷ d) a jurisprudência dos Tribunais Superiores reconhece o furto privilegiado (§ 2.º do art. 155 do CP) quando o “pequeno valor” da coisa furtada, para o reconhecimento do furto privilegiado, previsto no § 2.º do art. 155 do CP não excede o valor do salário mínimo vigente à época do fato. Assim, uma eventual alteração mais restritiva desse critério jurisprudencial não poderia retroagir em prejuízo do autor.

Esses exemplos demonstram a insuficiência da garantia que a proibição de retroatividade aplicável às leis penais oferecia ao indivíduo, dada a grande importância que adquiriu em relação à regulação do caso concreto a atividade jurisprudencial na aplicação da lei. Por essa razão, um importante setor da doutrina alemã afirma que desde o ponto de vista do indivíduo é psicologicamente indiferente que se lhe puna de forma retroativa por causa de uma lei ditada pelo Parlamento ou por causa de uma nova interpretação jurisprudencial – impossível de conhecer antes de sua declaração – de uma lei já existente. Esta situação cria uma lacuna desde o ponto de vista do Estado de Direito que, nos limites do mesmo, há de encontrar uma solução⁸ que responda satisfatoriamente esta questão que envolve um conflito de objetivos: o resguardo da *segurança jurídica*, por um lado, e a *possibilidade da formação evolutiva do direito*, por outro.⁹ A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem a função de *evoluir continuamente o Direito*. A evolução jurisprudencial tem tanta importância para os indivíduos implicados como uma modificação do teor literal do tipo penal e esta evolução atua naturalmente com efeito retroativo, uma vez que foi fundamentada somente em relação com o caso respectivo.¹⁰

A doutrina não apresenta, contudo, uma solução uniforme à questão de se as modificações jurisprudenciais agravadoras da situação do acusado, posteriores à realização do fato punível, estão submetidas à proibição de retroatividade prevista para a lei penal posterior desfavorável ao réu. Pode-se identificar basicamente

(7) Na Argentina, a irretroatividade da jurisprudência foi objeto de posturas antagônicas: por um lado, um julgado da Câmara Criminal da Capital (*La Ley* de 26.12.1966) admitiu a aplicação retroativa de uma interpretação judicial plenária ampliadora do conteúdo do tipo, atribuindo caráter delituoso a uma conduta que antes não o tinha para algumas Câmaras Criminais (vide Carlos Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2. ed., 1980. t. I, p. 301). Porém, em sentido contrário, a Câmara Criminal da Capital, em decisão de 16 de julho de 1946, não admitiu que, após diversos pronunciamentos plenários, pudesse ocorrer variação de critérios desfavoravelmente em prejuízo de um indivíduo, atribuindo-lhe qualidade delituosa a um fato que no momento de sua realização não era delito (vide Guilherme J. Fierro, *La ley penal y el derecho transitorio*, Depalma, 1978. p. 347).

(8) Fulgencio Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 92-93.

(9) Reinhart Maurach e Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general*, I, ob. cit., p. 199.

(10) Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 324.

três posições doutrinárias sobre o tema: 1.^a) a *ortodoxa*, que nega a aplicação da garantia da irretroatividade às variações da jurisprudência penal; 2.^a) a postura *contemporânea dominante* que defende a idéia de que o acusado pode invocar o benefício do erro de proibição; 3.^a) a posição, ainda minoritária, mas que ganha cada vez mais um número crescente de adeptos, que postula a aplicação da garantia da proibição de retroatividade às modificações jurisprudenciais desfavoráveis.

A *opinião tradicional* sustenta que uma modificação de uma jurisprudência firme dos Tribunais Superiores, em consequência de uma alteração na concepção jurídica ou com fundamento em um novo conhecimento, não se submete à proibição de retroatividade, que somente vige para a modificação das leis, não da jurisprudência.¹¹ Tal atitude esteve justificada, durante longo tempo, pela idéia de que não pode haver conflito entre jurisprudências sucessivas: uma jurisprudência

⁽¹¹⁾ Heleno Fragoso. "Observações sobre o princípio da reserva legal", *Revista de Direito Penal*, Forense, n. 1, p. 84; o mesmo, *Lições de direito penal. Parte geral*. 10. ed., Forense, 1986. p. 95. No direito comparado, veja-se: Johannes Wessels. *Derecho penal. Parte general*, Depalma, 1980. p. 15; o mesmo, *Dereito penal. Parte geral* (tradução e notas por Juarez Tavares), Sérgio A. Fabris, 1976. p. 12; H-H. Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch, 1981. v. 1, p. 185-186, nota 34. Radbruch também negou a possibilidade de a proibição de retroatividade valer tanto no sistema do direito jurisprudencial inglês, em que o *judge made law*: "um novo precedente encontra necessariamente pela primeira vez aplicação a um fato, no momento da realização no qual a nova opinião jurisprudencial não existia ainda", como para o direito penal alemão. Os juízes ingleses – dizia – têm feito uso somente com sensata prudência da possibilidade de criar novo direito penal através dos precedentes jurisprudenciais. A cláusula da Constituição dos USA veda apenas as leis retroativas (*ex post facto law*), mas não o direito dos juízes (G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, ob. cit., p. 58, nota 1). Essa afirmação deve ser matizada e atualizada, uma vez que, por um lado, no *direito Inglês*, se bem o precedente judicial (*rule of precedent*) criado pelos Tribunais Superiores é obrigatório e vinculante (*binding precedent*) a partir do momento mesmo de sua existência, a partir de 1966 a Câmara dos Lordes tem a faculdade de separar-se de seus próprios precedentes, se assim o exigem considerações de Justiça; por outro, no *direito norte-americano*, a norma do *stare decisis* (isto é, do respeito aos precedentes), ponto chave da *Common Law*, é suscetível de uma alteração profunda, de modo que efetuar uma alteração jurisprudencial não é nada estranho (Roland Séroussi, *Introducción al derecho inglés y norteamericano* (versão de E. Alcaraz Varó), Ariel, 1998. p. 26-28 e 108). Roubier, referindo-se ao sistema dos países anglo-saxões do precedente judiciário (*case-law*), deixa em aberto a tese da assimilação da jurisprudência à legislação e menciona que lá uma *decisão isolada* é suficiente para fazer aparecer uma verdadeira regra de direito com valor obrigatório. Assim, desde o instante em que se pode datar a nova jurisprudência, graças ao princípio de autoridade imediata das decisões se poderia assimilar o tratamento das alterações jurisprudenciais ao das modificações da legislação (Paul Roubier, *Le droit transitoire (Conflit des lois dans le temps)*, 2. ed., Dalloz-Sirey, 1960. p. 26-28). A Constituição Federal, com a cláusula do *due process of law* (inciso LIV, art. 5.^o), estabelece a proibição de leis *ex post facto*. Abrange, portanto, a ampliação judicial imprevisível de uma lei penal através de

nova se aplica sempre a todos os processos novos, sem que se tome em consideração a data na qual os fatos do processo foram produzidos, mesmo que tais esses fatos sejam anteriores à modificação da jurisprudência. Se recusava ver na jurisprudência outra coisa senão uma pura interpretação da lei e sem autoridade ou alcance mais além da causa na qual ela era aplicada. Isso reduzia as *funções da jurisprudência* à sua mais simples expressão, olvidando o papel criador que ela pode desempenhar.¹² Esse mesmo argumento da diferente função da jurisprudência em relação à lei vem repetido, na atualidade, por Jakobs ao afirmar que “apesar da possível igualdade de efeitos da jurisprudência superior em relação à lei, entretanto, à jurisprudência não lhe afeta nenhuma proibição de retroatividade, pois à igualdade de efeitos não corresponde a igualdade de funções”. Desta maneira, embora exista também uma confiança na jurisprudência, “até agora não se determinou se as vantagens da proteção não se veriam compensadas pelos inconvenientes derivados do maior imobilismo da jurisprudência, de maneira que isso não seria desejável por representar “uma exigência excessiva ao poder judicial”, pois “se todo Tribunal estivesse sujeito aos princípios de toda sentença anterior e de toda sentença dos Tribunais Superiores, isso equivaleria a vedar à Administração de Justiça que aprendesse de seus próprios erros”.¹³ Segundo Roxin, “se o

uma interpretação judicial retroativa. Nos EUA, a jurisprudência entendeu, inicialmente (Ross. V. Oregon, 227 Us. 150-1913), que a proibição de ditar leis *ex post facto* somente estava dirigida contra a ação legislativa, sem alcançar as decisões errôneas ou contraditórias introduzidas pelos tribunais; concerne à elaboração da lei, não à sua interpretação pelos tribunais (Cf. David Feldman, “Tutela della libertà e due process of law negli Stati Uniti D’America”, *La libertà personale* (ed. a cargo de Leopoldo Elia e Mario Chiavario), União Tipográfica, Ed. Torinese, 1977. p. 166; vide também *La Constitución de los Estados Unidos da America*, t. I, Guillermo Kraft, 1949. p. 330). Porém, em decisão mais recente, a Suprema Corte Americana considerou que a proibição relativa às leis *ex post facto* se estende também à aplicação retroativa de uma lei pela decisão judiciária. Assinalou a Corte que se o legislador não pode, a exemplo da cláusula *ex post facto*, emanar leis tendo tal natureza, um Tribunal, pela cláusula do *due process*, não pode chegar àquele mesmo resultado por meio de instrumento judiciário. Uma ampliação judicial imprevisível de uma lei penal, aplicada retroativamente, opera precisamente do mesmo modo que uma *ex post facto law*. Assim, a Corte Estadual está impedida de obter exatamente o mesmo resultado através de interpretação judicial (Paul Sieghart. *The international law of human rights*, Claredon Press, 1984. p. 209).

(12) Paul Roubier, *Le droit transitoire*, ob. cit., p. 25, esclarecendo que no direito francês, se bem as modificações jurisprudenciais são conhecidas e comentadas, como as leis novas, há um obstáculo insuperável: a impossibilidade de se determinar, com suficiente precisão, o momento em que a jurisprudência é fixada, na medida em que isso ocorre unicamente pouco a pouco pela repetição de decisões uniformes; não se pode, por essa razão, assimilar a modificação que se produz no direito jurisprudencial a uma modificação da lei (ob. cit., p. 26); José Hurtado Pozo. *Droit pénal. Partie générale*, I, ob. cit., p. 185.

(13) Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons, 1995. p. 126-128.

Tribunal interpreta uma norma de modo mais desfavorável para o acusado que como o havia feito a jurisprudência anterior, este tem que suportá-lo, pois, conforme o seu sentido, a nova interpretação não é uma punição ou agravação retroativa, mas a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre e que somente agora foi corretamente reconhecida".¹⁴ Frente a isso, uma opinião minoritária, porém crescente, pretende subsumir na proibição de irretroatividade a hipótese de modificação de uma jurisprudência constante e que parecia garantida; pois sustenta que o cidadão confia em uma jurisprudência firme o mesmo que na lei e não se pode defraudar essa confiança.¹⁵ De acordo com Roxin, porém, essa posição não se pode compartilhar, por ser contrária à idéia básica do princípio de legalidade já que equipararia legislação e jurisprudência. O cidadão não tem por que conhecer a jurisprudência (o que seria já uma exigência excessiva para uma maioria dos cidadãos), e não deve confiar nela, mas somente no teor literal da lei! Dado que as alterações jurisprudenciais têm que manter-se dentro do âmbito do sentido literal possível, de todo modo são tendencialmente menos gravosos e mais previsíveis que as modificações legais, e em alguns casos o cidadão pode e deve ajustar sua conduta aos mesmos.¹⁶

Com base nessa linha de argumentação, a doutrina dominante, desde uma perspectiva estritamente *formal*, defende a postura de que a proibição de irretroatividade abrange somente as *alterações legislativas* em sentido estrito, de maneira que tal não sucede com a mera alteração da jurisprudência baseada em *meros critérios de interpretação*.¹⁷

Em geral, a doutrina majoritária exclui que as variações juridisprudenciais agravadoras posteriores à realização do fato punível se submetam à proibição de irretroatividade aplicável à sucessão de leis penais. Em apoio dessa tese se sustenta, resumidamente, diversos argumentos: a) que uma nova jurisprudência tem indubitavelmente um efeito similar ao de uma nova Lei, porém que daí *não cabe deduzir uma idêntica função*; b) que a jurisprudência não vincula da mesma maneira que a legislação, pois do contrário *os Tribunais teriam praticamente o poder de legislar*. Em realidade, as alterações jurisprudenciais somente implicam uma correção da interpretação de uma vontade legislativa já existente no momento do fato;¹⁸ c) que se diminuiria a faculdade dos Tribunais de mover-se em todo o âmbito delimitado pelo tipo.¹⁹

(14) Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., t. I, p. 165.

(15) *Idem*, p. 166.

(16) *Idem*, *ibidem*.

(17) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 105.

(18) E. Bacigalupo. *Principios de derecho penal. Parte general*. 4. ed., Akal/Iure, 1997, p. 86, que menciona (em nota n. 227) que o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu, em sentido contrário, recentemente (STC DE 29.09.1997, atribuindo efeito de lei retroativa às decisões do TC sobre a interpretação do direito penal); José Miguel Zugaldía Espinar. *Fundamentos de derecho penal*, 3. ed., Tirant lo Blanch, 1993, p. 325.

(19) Joaquin Cuello Contreras. *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, I, Civitas, 1993, p. 144.

Efetivamente, como ponto de partida resulta certo que não é admissível a entrada em vigor de uma *lei* com efeitos retroativos.²⁰ Em contraposição, resulta extremamente discutível se a proibição de retroatividade vale também no caso da alteração de uma *jurisprudência* reiterada em *prejuízo* do acusado.²¹

Sem dúvida, unicamente a partir da necessidade de admitir que a jurisprudência mude não cabe deduzir a admissibilidade de fazer valer toda modificação em todo momento.²² Segundo Zipf, “como ponto de partida é certamente correto que os princípios de interpretação – também geralmente reconhecidos – não caem sob a proibição da aplicação retroativa e que, com isso, o princípio de proibição de efeito retroativo *não pode vigor, simplesmente, para cada alteração da jurisprudência*”.²³ Em síntese, a proibição de irretroatividade não pode valer, *tout court*, para qualquer interpretação e por isso incidir sobre cada mudança jurisprudencial. Do contrário, poderia ocorrer que uma falsa interpretação não pudesse ser corrigida através de uma correta aplicação da lei ao caso concreto, o que levaria a imobilizar a jurisprudência em um determinado setor do conhecimento jurídico-penal.²⁴ Uma ampliação da proibição de retroatividade à jurisprudência suporia sua paralisação pura e simplesmente e cujo resultado previsível seria que dissimuladamente se burlaria dita proibição, pois se exigiria algo impossível.²⁵ Assim, como afirma Tavares, “se a interpretação traz somente ao conhecimento novos dados sobre a matéria, mantendo-se sempre fiel ao texto da lei, não se submete ela à proibição de retroatividade”.²⁶ Realmente, ao menos em inúmeras situações, o Tribunal se encontra ante oscilações da jurisprudência ou mesmo entre pontos de vista contraditórios, sem que se apresente uma linha firme e constante, não surgindo, assim, a necessidade de vincular-se a sua própria jurisprudência, podendo, sempre, alterar seu rumo.

2. A proposta de solução no campo jurídico-penal: aplicação das regras do erro de proibição

A questão da irretroatividade das alterações da jurisprudência diz respeito a dois tipos de questões: por um lado, uma questão *constitucional* concernente a se a proibição de retroatividade para as *leis* penais desfavoráveis resulta aplicável à jurisprudência (*solução objetiva* – porquanto se deixa de lado a situação concreta

(20) Heinz Zipf, ob. cit., p. 92.

(21) Heinz Zipf in Maurach / Zipf, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. ed., 1977, p. 165; o mesmo, in Reinhart Maurach, Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general*, I, ob. cit., p. 198-199.

(22) Günther Jakobs, *Derecho penal*, ob. cit., p. 126.

(23) Heinz Zipf in R. Maurach / H. Zipf, *Strafrecht*, A. T, ob. cit., p. 165; Reinhart Maurach, Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general*, I, ob. cit., p. 199.

(24) Juarez Tavares, nota 5, in J. Wessels, *Direito penal. Parte geral*, ob. cit., p. 12.

(25) Winfried Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 324-325.

(26) Juarez Tavares, nota 5, in J. Wessels, *Direito penal*, ob. cit., p. 12-13.

em que atuou o autor) e, por outro, desde a perspectiva *jurídico-penal*, se o autor que realiza o fato na confiança de que é impune pode ver-se surpreendido por uma nova jurisprudência que qualifique seu fato como punível, isto é, se este autor atua em um erro penalmente relevante (solução *subjetiva* – porque se propõe a solução do problema desde o ponto de vista da culpabilidade do autor).²⁷

Na medida em que a proibição do efeito retroativo não seja aplicável às alterações jurisprudenciais, será possível, sem dúvida, admitir a possibilidade de que o sujeito invoque *um erro de proibição*, que protege o autor ante a exigência excessiva no caso de alteração na jurisprudência²⁸ ou, se for o caso, um *erro de tipo*,²⁹ na hipótese em que ele, no momento de realizar o fato, não houvesse em absoluto podido prever a antijuridicidade de seu comportamento, existe um *erro de proibição inevitável* ou inevitável sobre a ilicitude do fato, excluindo-se a culpabilidade³⁰ e isentando o agente de pena (art. 21 do CP). Portanto, a confiança do cidadão seguiria estando protegida pelos preceitos sobre o erro de proibição.³¹ Para Hurtado Pozo, “ninguém deveria poder se aproveitar do fato que a antiga jurisprudência lhe era favorável, mesmo quando a nova jurisprudência tenha se produzido após o momento da infração. Entretanto, o acusado pode invocar o erro de proibição.”³² Segundo opinião de Roxin, “naturalmente que ocorrem muitas ações nas quais seu autor havia confiado de modo não reprovável em uma determinada jurisprudência e inclusive havia obtido assessoramento jurídico especificamente a tal efeito; e em ditas hipóteses seguramente não é lícito castigar ao sujeito por sua confiança no Direito no caso de que haja uma modificação posterior de jurisprudência. Porém, em tal caso, a absolvição se produzirá de todas as maneiras por haver um erro de proibição não-culpável”.³³ É que,

(27) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 11.

(28) Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general*, I, ob. cit., p. 199; Günther Jakobs. *Derecho penal*, ob. cit., p. 128; F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 34; José Cerezo Mir. *Curso de Derecho penal español*, I, 5. ed., Tecnos, 1997. p. 184, nota 41; E. Bacigalupo. *Principios de derecho penal*, ob. cit., p. 86; Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 325. Essa posição que recorre à teoria do erro de proibição não é, entretanto, unitária, porque dentro dela há um leque de posturas que vai desde a que exige a comprovação em cada caso concreto da existência ou não deste erro no autor até as que afirmam a existência em todo caso de um erro inevitável de proibição, uma vez que, ainda na hipótese de que o autor se esforçasse tudo o que lhe é exigível para chegar ao conhecimento sobre a proibição de sua conduta, não poderia chegar a alcançar tal conhecimento devido, precisamente, ele realizar o fato desconhecendo a existência da jurisprudência que declara sua conduta como impune (Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 27-28).

(29) E. Bacigalupo. *Principios de derecho penal*, ob. cit., p. 86.

(30) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 105.

(31) H-H. Jescheck. *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 186, nota 34; Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 11, nota 20.

(32) José Hurtado Pozo. *Droit pénal. Partie générale*, I, ob. cit., p. 186.

(33) Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 166.

afirma Hassemer, “se nem mesmo os penalistas sabem o que é correto no caso concreto (e, por exemplo, a questão jurídica relevante é respondida de maneira diferente nas diversas instâncias), deve-se admitir que também o acusado pode atuar em erro de proibição – em uma extensão maior do que admite a jurisprudência”.³⁴

Essa solução penal *subjetiva* de acudir à teoria do erro de proibição, tentando salvar *in extremis* o problema, deslocando a questão ao âmbito da culpabilidade, não resulta satisfatória, porque não resolve um grande número de casos e sobretudo pelos inconvenientes que desde o ponto de vista da segurança jurídica suscita – desde o ponto de vista do autor que se dispõe a realizar uma ação – uma solução deste tipo.³⁵ Em primeiro lugar, o autor não se acha em erro sobre a proibição de sua conduta, já que, segundo a jurisprudência existente até esse momento, sobre tal conduta não recaía uma proibição, senão que seu erro consiste em suscitar uma “falsa prognose sobre o futuro desenvolvimento da jurisprudência”.³⁶ Em segundo lugar, este expediente somente é satisfatório nos casos em que a jurisprudência posterior declara delituosa uma conduta que anteriormente era considerada lícita. E nem sequer resolve a hipótese em que o sujeito, devido a seus especiais conhecimentos jurídicos, considera ilícito o fato que o Tribunal houvera reputado lícito e prevê a alteração jurisprudencial.³⁷ Por último, esta proposta não resolve as *hipóteses em que a alteração jurisprudencial não afeta propriamente a valoração da ilicitude do fato*, mas a *outros pressupostos da pena*: não-consideração de uma *condição objetiva de punibilidade*, que até então se apreciava como tal, ou repercute no sistema de determinação da pena, ou na própria culpabilidade (ampliação dos sujeitos aos quais se deve considerar imputáveis).³⁸ Tendo em vista essa solução não ser satisfatória de forma geral, pelos inconvenientes que implica desde o ponto de vista da segurança jurídica: a aplicação ou não da nova jurisprudência ao concreto acusado depende, em grande medida, do arbítrio do Tribunal, um setor doutrinário propõe como *solução a vigência efetiva da exigência de determinação da lei penal*, isto é, para aqueles âmbi-

(34) Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 325.

(35) F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 93; o mesmo, *El principio...*, ob. cit., p. 27-28; Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 105.

(36) Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 28.

(37) M. Cobo Del Rosal, T. S. Vives Anton. *Derecho penal. Parte general*, 4. ed., Tirant lo Blanch, 1996. p. 185, nota 7; Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 105-106; para Contreras, tampouco a solução do erro de proibição é satisfatória. A circunstância de que o acusado saiba que a jurisprudência vinha castigando a partir de 1,5 % não quer dizer que desconheça que também está proibido de dirigir com 1,1 % por mil de álcool no sangue. A menor quantidade de injusto realizado pode servir como atenuante (Joaquín Cuello Contreras. *El derecho penal español*, ob. cit., p. 144-145). Não obstante, esse exemplo é de um *erro de subsunção*, que se bem não é um erro de proibição, mas unicamente sobre a punibilidade, pode referir-se também à proibição (José Cerezo Mir. *Curso...*, ob. cit., p. 184, nota 41, invocando Welzel).

(38) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 106.

tos da regulação nos quais existe necessidade de proibição de retroatividade, porque a jurisprudência faz as vezes do legislador, este deverá *intensificar a regulação legal e tomar medidas corretivas* para corrigir o erro de técnica legislativa; apenas subsidiariamente caberia recorrer ao âmbito da culpabilidade para invocar as regras sobre o erro de proibição.³⁹

3. Fundamentos para a solução do problema no âmbito constitucional

A posição mais correta consiste em solucionar a questão desde a *perspectiva constitucional* (solução objetiva) estendendo a proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu. Essa postura se ampara, por um lado, na idéia de *segurança jurídica como fundamento do princípio da irretroatividade* e, ademais, na proposta de *revisão do vetusto significado da doutrina da separação dos poderes*; por outro, na *harmonização dessa doutrina com o princípio de determinação* a fim de substituir a posição tradicional por uma *nova visão superadora da tradicional distinção absoluta entre a função da lei e a da jurisprudência penal*.

3.1 A segurança jurídica como fundamento da garantia da irretroatividade

O *princípio da legalidade* implica a lógica necessidade de prévia existência da lei e a obrigação de *formulação determinada* desta.⁴⁰ A garantia da *irretroatividade* significa, por sua vez, que a lei penal não pode regular nem tampouco aplicar-se senão àqueles fatos cometidos sob seu império de vigência temporal (*tempus regit actum*).⁴¹ A *proibição de retroatividade das leis* representa uma conquista irrenunciável do processo racionalizador dos sistemas jurídicos enquadrados nas matrizes ideológicas do Estado de Direito e que encontrou acolhida no célebre postulado do Iluminismo Jurídico: *Nullum crimen nulla poena sine lege*, constituindo uma decorrência básica e específica do princípio da *segurança jurídica* no sentido de que suas normas estabeleçam sempre consequências jurídicas *ex ante* e não *ex post facto*.⁴² A idéia de *segurança jurídica* está estreitamente vinculada ao princípio da legalidade penal. Tal princípio se propõe

(39) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 30-34; Günther Jakobs. *Derecho penal*, ob. cit., p. 127-128.

(40) F. C. Palazzo. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979. p. 33-35.

(41) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 98.

(42) Antonio-Enrique Pérez Luño. *La seguridad jurídica*. Ariel, 1991. p. 91, que esclarece o sentido da *retroatividade*: a projeção do âmbito temporal das normas a fatos ou condutas prévias a sua promulgação. Convém observar que nenhuma lei é retroativa *stricto sensu*, posto que a lei não pode nem regulamentar, nem modificar o passado, mas somente estender suas consequências jurídicas *no presente* a situações que se produziram no passado (ob. cit., p. 90-91).

a garantir, em sentido formal, a confiança e a segurança para o cidadão; em sentido material, como previsão calculável dos próprios atos e garantia da orientação que vai dar ao comportamento pessoal.⁴³ Uma das manifestações materiais do princípio da legalidade penal é tanto a proibição de *editar* leis com efeitos retroativos desfavoráveis como de *aplicá-las* a fatos cometidos com anterioridade a sua entrada em vigor e, de igual forma, em sentido prejudicial para o afetado. Trata-se do reconhecimento de um âmbito de liberdade ao indivíduo, frente ao *ius puniendi* do Estado.⁴⁴

A garantia da irretroatividade serve para que se realize o “princípio da confiança” (*Vertrauensgrundsatz*), que é elemento necessário do *Estado de Direito*: todo indivíduo deve saber de antemão quais são as possíveis consequências de seus atos, e o Estado se compromete a assegurar de forma efetiva a confiança do cidadão ante as imprevisíveis e arbitrárias alterações legislativas suscetíveis de serem aplicadas retroativamente ou com absoluto desprezo do pensamento inerente à generalidade das leis que os cidadãos possuem em que não vão ser tratados de forma arbitrária (igualitária) pelo sistema. A proibição de irretroatividade obriga não somente ao legislador mas também ao juiz penal na *aplicação* das leis. Da mesma maneira como se pode *promulgar* leis com efeito retroativo, se pode também “aplicar com efeito retroativo” a um fato que se haja cometido antes de que essas leis entrassem em vigor. Nesse sentido, vigem para o juiz os mesmos limites que para o legislador.⁴⁵ Portanto, o fundamento da proibição de retroatividade dos delitos e suas penas se encontra na idéia de *segurança jurídica*, isto é, na *proteção da confiança* de todos em que os limites da liberdade estejam marcados de antemão de um modo vinculante e possam ser lidos em qualquer momento nas leis.⁴⁶

Por sua vez, o *princípio de determinação* da lei penal se apóia na idéia de *certeza do Direito*⁴⁷ e se dirige diretamente ao legislador, porém nasceu para atuar como limite ao poder judiciário, procurando vincular ao máximo a atividade interpretativa do juiz à lei positiva. Portanto, seus resultados garantidores irão ocorrer através da atividade do juiz.⁴⁸

Em resumo, os dois princípios de *irretroatividade* e *determinação* têm uma idêntica *ratio* na perspectiva da *certeza* entendida como máxima predeterminação

(43) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio de irretroactividad...*, ob. cit., p. 95.

(44) Luis Felipe Ruiz Antón. Idem, p. 95-96.

(45) Winfried Hassemer. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 320-324; Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 96-97; F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 87-88.

(46) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit. p. 96-97; no mesmo sentido, Nilo Batista. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Revan, 1990. p. 67.

(47) F. C. Palazzo. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, ob. cit., p. 54.

(48) F. C. Palazzo. *Il principio...*, ob. cit., p. 34 e 296-297; Conesa. *La legalidad...*, ob. cit., p. 159; F. Bricola. *Legalità e crisi, la question criminale*, 2/3, 1980. p. 184; Fiandaca-Musco. *Diritto penale. Parte generale*. Zanichelli, 1985. p. 30; F. Mantovani. *Diritto penale*, Cedam, 1979. p. 95-96.

não somente da lei, mas também do seu conteúdo e o da decisão judiciária fundada na lei mesma, sendo praticamente indiferente que o cidadão não possa conhecer previamente a norma do próprio agir e prever a consequência da sua ação por causa da existência ou da obscuridade da própria norma que impedisse a previsão da decisão judiciária.⁴⁹ Em outras palavras, segundo Bricola, “reserva de lei, taxatividade e irretroatividade da lei penal tem um *denominador comum* representado pela garantia do cidadão contra o arbítrio normativo do Executivo, da interpretação do Poder Judiciário e da aplicação retroativa da lei.”⁵⁰

Em síntese, a *proibição de retroatividade* encontra seu fundamento último na “garantia de liberdade” e “igualdade” dos cidadãos frente ao poder punitivo, com que se “protege a confiança” dos mesmos em que o Estado não os tratará de forma arbitrária. O princípio da irretroatividade serve para que se realize o *princípio da confiança*, que é elemento necessário do Estado de Direito: o Estado se compromete a garantir de forma efetiva a confiança que os cidadãos têm em não ser tratados de forma “arbitrária” pelo Estado por atuações não previstas nem previsíveis.⁵¹ Logicamente, o poder (atividade) judicial está sujeito ao princípio da irretroatividade, que vige para as leis penais, para que assim o cidadão não se veja surpreendido por uma nova interpretação jurisprudencial que ele não podia prever.⁵² Como afirma Mauro Leone, do princípio constitucional da irretroatividade da lei mais severa cabe extrair “uma diretriz no sentido de rechaçar interpretações mais severas da norma penal, não admitidas à época da realização do crime e desenvolvida somente em época posterior por efeito da evolução dos tempos. Poderá, portanto, nessa perspectiva afirmar-se a irretroatividade da interpretação evolutiva quando implique consequências penais mais graves em dano ao sujeito.”⁵³

A rigor, toda sentença é infalivelmente retroativa porque ela é sempre sucessiva ao fato julgado, a menos que se conceba, irrealisticamente, a atividade do juiz como integralmente mecânica e automática. Partindo dessas premissas, afirma Palazzo, é claro que o problema da irretroatividade da jurisprudência se torna exclusivamente uma questão de limites no qual pode ser admitida na decisão a presença de um conteúdo inovador em relação à lei. Em definitivo, nos encontramos frente ao real problema dos limites da sujeição do juiz à lei e que pode resolver-se somente com base na exigência de determinação que se entende impor à lei. A determinação do conteúdo da sentença e, portanto, a sua irretroatividade, é uma consequência da *determinação da lei*, no sentido de que os limites de dita predeterminação e retroatividade coincidem com os limites da suficiente determinação.⁵⁴

(49) F. C. Palazzo. *Il principio...*, ob. cit., p. 35.

(50) Franco Bricola. *Legalità e Crisi*, ob. cit., p. 185.

(51) F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 86-87; o mesmo, *El principio...*, ob. cit., p. 14; Hassemer. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 320; F. Palazzo. *Il principio...*, ob. cit., p. 34.

(52) F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 128-129.

(53) Mauro Leone. *Il diritto penale nel tempo, I, Aspetti costituzionali del principio di irretroattività*. Napoli : Jovene, 1980. p. 59.

(54) F. C. Palazzo. *Il principio di determinatezza*, ob. cit., p. 36-37.

3.2 O princípio da determinação da lei penal e a teoria da separação dos poderes

A objeção mais relevante contra a proibição de retroatividade da alteração jurisprudencial deflui das conseqüências do *princípio da separação dos poderes*, na medida em que este exige a subordinação do juiz à lei escrita, e, assim, com a exclusão de vinculação dos juízes, em decisões futuras, à jurisprudência anterior.⁵⁵ Daí a necessidade de se realizar uma revisão da tese que atribui, no sistema continental, funções diferentes à lei e à jurisprudência penal, como conseqüência do dogma da separação de poderes.

É inegável que a formação das regras jurisprudenciais está intimamente associada ao respeito do princípio da separação de poderes, garantia de uma independência do juiz, reclamado para a garantia dos direitos dos jurisdicionados.⁵⁶ A opinião tradicional sustenta, pelo contrário, que a *jurisprudência*, nos países continentais, inspirados na concepção da soberania da lei, *não é fonte do Direito*, ao contrário dos anglo-saxões onde o *judge made law*. Fundamento claramente inspirado na idéia de “segurança jurídica”, que norteia o Estado de Direito. Portanto, se utiliza o argumento da negação da criação judicial do Direito Penal.⁵⁷ A doutrina clássica sempre defendeu a distinção teórico-formal entre lei e jurisprudência: a retificação legislativa, por sua diferente índole (aspecto de fonte formal do Direito Penal), não pode retroagir por força do princípio da irretroatividade, enquanto a jurisprudência estaria desprovida de caráter obrigatório no sentido de que nenhum tribunal fica ligado a sua própria jurisprudência e sempre são possíveis alterações de rumo.⁵⁸ Cerezo Mir, por exemplo, afirma que “desde o momento em que a jurisprudência não é fonte do Direito, no sentido de que não pode criar normas de caráter geral, de segura aplicação no futuro, carece de fundamento exigir a irretroatividade das variações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu”.⁵⁹ Não obstante, como afirmou Pizzorusso, “estamos hoje ante a possibilidade de revisão teórica do dogma tradicional que, nos ordenamentos continentais, nega à jurisprudência a condição de fonte do Direito”.⁶⁰

(55) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*. Editora Coimbra, 1990. p. 286.

(56) Jean Prier. “Jurisprudence et principe de séparations des pouvoirs”. *Archives de philosophie du droit*, tome 30, Sirey, 1985. p. 117 et seq.

(57) Vide, F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 21-23.

(58) Jean Carbonier. *Derecho civil*, t. I, v. 1, Bosch, 1960. p. 150.

(59) José Cerezo Mir. *Curso...*, ob. cit., p. 184. Apesar de reconhecer que “a jurisprudência não é outra coisa que a aplicação concreta das leis”, Carbonell Mateu se limita a dizer que “não parece possível pronunciar-se pela irretroatividade das alterações jurisprudenciais prejudiciais” (Juan Carlos Carbonell Mateu. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2. ed. Tirant lo Blanch, 1996. p. 148).

(60) A. Pizzorusso. *Lecciones de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. t. II, p. 400.

Na verdade, hoje não há mais um limite radical separador entre as funções que levam a cabo o juiz e o legislador, tal como se concebia no Iluminismo, seja porque as leis são redigidas de forma abstrata e não de ser concretizadas pelo aplicador da norma, seja porque a linguagem utilizada pelo legislador, por sua própria natureza, não oferece limites precisos ou pela existência de uma valoração judicial na aplicação dos elementos descritivos e normativos do tipo penal.⁶¹ Além disso, a difundida sujeição do juiz somente à lei tem um valor puramente acadêmico que não se corresponde em absoluto com a prática dos Tribunais, de forma que uma jurisprudência constante dos Tribunais Superiores se aproxima muito a um mandato de caráter legal. Se se quer saber o conteúdo *efetivo* de uma lei, se há de estudar os comentários à mesma onde se recolhe a jurisprudência relativa ao preceito legal.⁶² Os Tribunais são órgãos de produção jurídica. Não se trata, porém, de criacionismo radical, como uma questão de tudo ou nada, ou de identificar por completo o legislador e o juiz, mas sim em relativizar e submeter a controles a atividade do Judiciário.⁶³

O mandato de *determinação* ou de taxatividade das condutas puníveis é também uma *exigência de segurança jurídica* e se apresenta como condição necessária para a realização *efetiva* dos demais corolários do princípio da legalidade penal. A *tarefa do juiz* não é meramente interpretativa, mas *criadora do direito*. Ao relacionar a lei com o caso concreto, sempre acrescenta algo novo à concretização da mesma e, nesse sentido, ajuda a sua determinação: *cada nova decisão judicial ajuda a delimitar de forma mais precisa os limites da lei*.⁶⁴ Desde uma perspectiva contemporânea realista – e não ingênua –, o Juiz, ao elaborar a norma jurisprudencial, cria direito. O juiz não é mais a boca que pronuncia as palavras da lei, como dizia Montesquieu, mas seu manejo da lei tem caráter criador,⁶⁵ não como legislador, mas por agregar à Lei todas as circunstâncias valorativas do fato, suplementando o que a Lei não pode dizer por sua absoluta generalidade e abstração.⁶⁶ Pode-se dizer até que a função da jurisprudência é superior à Lei, pois lhe incumbe reescrever e aperfeiçoar o teor da lei, acrescentando elementos valorativos atuais e particulares que o legislador não previu nem poderia fazê-lo”. Como mostra a experiência, a jurisprudência pode alterar-se em aspectos fundamentais de conteúdo sem que ao mesmo tempo tenha se alterado a correspondente lei.⁶⁷ Portanto, há segurança na jurisprudência, pois do contrário

(61) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 13.

(62) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 13-14.

(63) Vide, Luiz Prieto Sanches. *Ideologia e interpretación jurídica*, Tecnos, 1987. passim.

(64) Fulgencio Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 97 e 141-142.

(65) Winfried Hassemer. “Sistema jurídico y codificación: La vinculación del juez a la ley”, in Arthur Kaufmann, W. Hassemer. *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, 1992. p. 202-211; C. Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência*, LTr, 1996. p. 223.

(66) Carlos Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência*, LTr, 1996. p. 223.

(67) W. Hassemer. “Sistema jurídico y codificación...”, ob. cit., p. 203.

não seria sumulada, nem teria valor os repositórios jurisprudenciais.⁶⁸ Assim, firmar a jurisprudência significa dar segurança jurídica.⁶⁹ Apesar de que a jurisprudência não é considerada como fonte do Direito, a tendência moderna em diversos países, inclusive no Brasil, é considerar a jurisprudência como *fonte complementar*, incluindo-a como nova forma de expressão de sua expressão, superando assim o dogmatismo vigente.⁷⁰

A solução do problema deve situar-se no campo constitucional (perspectiva *objetiva*), incluindo na garantia da proibição de retroatividade as alterações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu. Essa discussão passa necessariamente pela da revisão e redefinição do *dogma da separação de poderes*.

Pode-se afirmar que a tese de Montesquieu exposta especialmente no célebre capítulo sobre a Constituição da Inglaterra engendrou um verdadeiro *mito da 'separação' dos poderes*. Os juristas do final do século XIX e princípio do XX é que lhe atribuíram um '*modelo teórico*' puramente imaginário reconduzível à *teoria dos três poderes rigorosamente separados*: o Executivo, o Legislativo e o Judicial. Cada poder redescobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Essa teoria (pura) comprovadamente inexistiu em Montesquieu, pois se tratava, na realidade, de 'combinação', de 'fusão', e de 'conexão' de poderes ou potências. A famosa separação de poderes não passa de '*divisão moderada*' do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza, o povo.⁷¹ Assim em que pese não corresponder à realidade do pensamento de seu autor, essa teoria – mediante esquematizações, simplificações e dogmatizações – foi consagrada pelo constitucionalismo americano e liberal, chegando a ser um de seus pilares.⁷² A partir da equivocada difusão deste princípio é que se recusa à jurisprudência o valor de verdadeira fonte de Direito e ao juiz o papel de guardião do ordenamento social.⁷³

(68) Carlos Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência*, ob. cit., p. 37-38.

(69) C. Aurélio Mota de Souza. Idem, p. 159.

(70) Carlos Aurélio Mota de Souza. Idem, p. 38-39, indicando que há projeto de lei expressamente nesse sentido.

(71) Charles Eisenmann. *L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs*; o mesmo, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, cf. Louis Althusser. *Montesquieu. A política e a história*, 2. ed., Presença, 1977. p. 129 et seq.; J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, 4. ed., Almedina, 1987, p. 195; François Châtelet. *História das idéias políticas*, Zahar, 1995. p. 67; Jean Jacques Chevalier. *História do pensamento político*, Zahar, 1983. t. 2, p. 90 et seq.; Luis Maria Dominguez Rodrigo. *Significado normativo de la jurisprudência: Ciencia del derecho e decision judicial?* V. i. 1984. p. 76 et seq.; Roberto Bergalli. *Pena y estructura social*, de Rusche e Kirchheimer, p. XXI e XV, nota 11; Nicos Poulantzar. *Poder política e classes sociais* (trad. de Francisco Silva), Martins Fontes, 1977. p. 302-303.

(72) Luis M. Dominguez Rodrigo. *Significado...*, ob. cit., p. 78.

(73) A. Pizzorusso. *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid : CEC, 1984. t. II, p. 400.

Com efeito, ao juiz apenas se permitia o poder de interpretar e aplicar as normas positivas e queridas pelos legisladores.⁷⁴ A sentença judicial se reduzia a uma *decisão declaratória*, sem nenhum valor de precedente. Tal visão fetichista legalista importou na exclusão da jurisprudência das fontes formais do Direito, certamente devido, em grande parte, a um errôneo entendimento da *doutrina da separação de poderes*,⁷⁵ que não pode entender-se atualmente como um valor absoluto. Somente pode ser considerado como um atentado intolerável a este princípio as *intromissões de um poder no núcleo essencial do outro*.⁷⁶ A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes, relativizando a rígida mecânica de divisão destas funções, pois ela envolve sempre uma certa invasão de um poder reservada a outro, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes* (no regime parlamentarista) ou de *independência e harmonia de poderes* (no regime presidencialista). Este último sentido foi recepcionado pelo sistema constitucional brasileiro com a cláusula do art. 2.º da CF, segundo a qual “são poderes da União, *independentes e harmônicos entre si*, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A subordinação dos órgãos estatais ao ‘*princípio da harmonia*’ significa consciente *colaboração e controle recíproco*.⁷⁷

O princípio da separação dos poderes, em que a sujeição do juiz à lei constitui um aspecto fundamental, é tradicionalmente concebido como um instrumento bastante eficaz para assegurar o respeito à liberdade individual.⁷⁸ Esse princípio fica assegurado pelo princípio da legalidade. O princípio da harmonia entre o Legislativo e o Judiciário garante o princípio *nullum crimen* ao distribuir o poder punitivo do Estado entre o Parlamento (que promulga as leis penais) e o Judiciário (que pronuncia as condenações penais) e excluir desta matéria ao terceiro poder (o Governo). Assim, o legislador e o juiz, no domínio de sua competência própria, se contêm um ao outro.⁷⁹ Há, portanto, uma estreita vinculação entre o princípio da separação dos poderes e a idéia de *segurança* dos cidadãos,⁸⁰ que o Direito Penal quer atingir recorrendo ao princípio da legalidade com seus corolários da proibição de retroatividade e da exigência de determinação.⁸¹

(74) Luis M. Dominguez Rodrigo. *Significado...*, ob. cit., p. 78.

(75) Idem, *ibidem*.

(76) F. Madrid Conesa. *El principio de irretroactividad...*, ob. cit., p. 14.

(77) Manoel G. Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 1989. p. 118; Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 1989. p. 149; José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, 12. ed., Malheiros, 1996. p. 110-112.

(78) F. C. Palazzo. *Il Principio di determinatezza nell diritto penale*, ob. cit., p. 139.

(79) Jean Paul Doucet. *La loi pénale*, 1986, p. 51-53; Claus Roxin. *Introducción al derecho penal de hoy*, 1981. p. 103 e 114; Stella, Crespi, Sualà. *Commentario breve al Codice Penale*, Cedam, 1986. p. 3; Pablo Lucas Verdu. *Curso de derecho político*, 2. ed., Tecnos, 1977. v. II, p. 145-146.

(80) J. Prier. *Jurisprudence...*, ob. cit., p. 118.

(81) Francesco Palazzo. *Il principio...*, ob. cit., p. 33; o mesmo, *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. de Gérson P. dos Santos, Fabris, 1989. p. 43 et seq.

Como escreve Palazzo, “a harmonização entre a exigência de determinação e o princípio da separação dos poderes se alcança partindo da premissa de que dito princípio deve ser entendido antes como proibição para cada um dos poderes de penetrar, por intenção, qualidade e quantidade da interferência, no *núcleo central* de um dos outros poderes”. Assim, “quando o juiz procede a ‘concretizar’ e especificar o conteúdo de um tipo (*fattispecie*) elaborado de forma indeterminada pelo legislador, ele não invade o *núcleo central* da função legislativa”. Em termos de qualidade e quantidade da interferência, sem dúvida, a ‘norma’ emanada do juiz, despojada como é de validade geral e destinada a regular cada caso concreto, não está em grau de abalar o complexo edifício das normas legislativas e de subtrair o *núcleo central* da função do legislador.⁸²

Assinala Madrid Conesa que “o problema da possível irretroatividade das variações na interpretação jurisprudencial é, em verdade, um problema de maior ou menor determinação da lei penal e sua solução deve achar-se neste campo”.⁸³ Conforme Palazzo, quanto mais a lei é determinada, tanto mais limitado resulta o ‘poder’ do juiz no confronto com o Legislativo, que considerará, portanto, reduzida a ‘concorrência’ do Judiciário na atividade de criação normativa.⁸⁴ Uma visão realista obriga a reconhecer hoje que a *jurisprudência*, sobretudo no domínio da ‘concretização’ das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, assume o papel de um ‘legislador complementar’. Assim, no caso de indeterminação da regra escrita, o juiz põe um *princípio* que se torna uma verdadeira *regra de direito*.⁸⁵ A violação da proibição de retroatividade vale para aquelas situações em que se verificam alterações na definição do objeto do ilícito no interior do tipo, na medida em que o novo direito, com novas características do tipo, se una a elementos de fato irrelevantes para o direito vigente até então.⁸⁶ Como observa Muñoz Conde, “a jurisprudência, ao menos teoricamente, não é fonte de criação do Direito Penal. Isso quer dizer que as alterações de critério, que às vezes adota em relação com a interpretação de um preceito jurídico-penal, nada tem que ver com a vigência temporal da lei penal. Porém, uma consideração fática do problema obriga a admitir que a proibição de retroatividade se aplique também diretamente às modificações jurisprudenciais quando estas sejam desfavoráveis ao réu”. Em favor desta opinião está, além de razões de justiça material, o fato de que pela própria indeterminação da lei penal o suporte fático da mesma tem que ser completado por via jurisprudencial, com o que é a própria jurisprudência,

(82) F. Palazzo. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, ob. cit., p. 141.

(83) F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 95.

(84) F. C. Palazzo. *Il principio...*, ob. cit., p. 139.

(85) J. Batista Machado. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, 1985, p. 162-163; Michel Fromont. *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1987, p. 26.

(86) Cf. Heinz Zipf. *Política criminal*. Trad. A. Bazzoni, Giuffrè, 1989, p. 165. Leone também se posicionou contra a retroatividade da jurisprudência evolutiva, considerando inadmissível uma interpretação mais severa da norma penal, não admitida à época da prática do fato e desenvolvida somente em época posterior pelo efeito da evolução do tempo (*Il diritto penale nel tempo*, ob. cit., p. 59).

com autorização tácita do legislador, que, no final de contas, fixa o âmbito de proibição a que se estende o tipo penal. Isso, não cabe dúvida, no fundo representa uma sutil infração do princípio da certeza, porém, na medida em que a aplicação da proibição de retroatividade favoreça ao réu, entra dentro do espírito que inspira as exceções do princípio da legalidade, retroatividade da lei mais favorável, analogia *in bonam partem*. De todo modo, o problema se apresenta por não ter sabido ou podido o legislador cumprir com o mandato de certeza e determinação que é inerente ao princípio de legalidade”.⁸⁷ Não seria correto que na hipótese de descumprimento da exigência constitucional de determinação da lei penal pelo Poder Legislativo, o Judiciário, ao preencher essa lacuna, também deixe o indivíduo desprotegido em sua liberdade frente ao Leviatã Estatal. Do contrário, o princípio da distinção dos poderes e o da legalidade penal se tornariam dogmas ambíguos e perigosos porque não garantiriam o seu telos ideológico: a liberdade aos destinatários do poder.⁸⁸

Como a proibição da retroatividade se fundamenta na *proteção da confiança dos cidadãos* de que não vão ser surpreendidos por atuações arbitrárias não previstas nem previsíveis dos poderes estatais, desde o ponto de vista do indivíduo é psicologicamente indiferente que seja punido de forma retroativa imprevista e imprevisível por causa de uma lei editada pelo Parlamento que não existia no momento de realizar o fato ou que se chegue a esse resultado através de uma nova interpretação jurisprudencial, decorrente de uma lei já existente, impossível de conhecer antes de sua declaração.⁸⁹ A lei e sua interpretação se encontram em um vínculo necessário de complementação, de maneira que a realidade jurídica do princípio da legalidade só será atendida quando, para um determinado tipo penal, vigore a mesma interpretação que lhe era dada à época do cometimento do fato e que corresponda à verdadeira pretensão normativa. Assim, anota Tavares, “se a concepção jurídica se altera de tal forma que implica praticamente em um complemento legal, não pode retroagir em prejuízo do autor.”⁹⁰ Assim, nas situações em que a concretização do sentido da lei se leva a cabo de um modo preciso pela jurisprudência e é através desta que se chega aos atingidos, deveria aplicar-se excepcionalmente a proibição de retroatividade à jurisprudência vigente à época da realização do crime.⁹¹ Há casos de uma sólida jurisprudência dos mais altos tribunais, que exerce a função de substituir a lei ou complementá-la; como nessas hipóteses a jurisprudência uniforme da jurisdição superior cumpre a mesma função de orientação que uma lei desempenha, deve aqui também ter lugar a proibição

(87) Nota, in W. Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 326; no mesmo sentido, Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 106, nota 35.

(88) Vide, sobre isso, Nicola Matteuci. In Bobbio et alii. *Diccionario de política*, EUB, 1986. p. 248; Karl Loewestein. *Teoria de la Constitución*, Ariel, 1976. p. 55.

(89) F. M. Conesa. *La legalidad*, ob. cit., p. 93; o mesmo, *El principio...*, ob. cit., p. 14-15.

(90) Nota 5, in Johannes Wessels. *Direito penal. Parte geral*. ob. cit., p. 12-13; adota esta posição, João Mestieri. “A norma no direito criminal”, VV. AA. *A norma jurídica* (coord. Sérgio Ferraz), Freitas Bastos, 1980. p. 159.

(91) W. Hassemer. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 326.

ção de retroatividade.⁹² Como observa Ruiz Antón, “uma alteração jurisprudencial agravadora e posterior à realização do fato, e que implica uma alteração radical do critério anteriormente mantido de forma reiterada e constante não é diferente, desde uma valoração material, à aplicação de uma lei sancionadora desfavorável ou restritiva de direitos individuais. Se afirma que a lei e a aplicação judicial do direito representam uma unidade da qual se deduz o que está ou não proibido”.⁹³ Desde um ponto de vista realístico, uma mudança jurisprudencial produz efeito durante o processo em curso e atinge, desde logo, retroativamente os fatos passados e pode conduzir à condenação de uma pessoa da mesma forma que uma lei.⁹⁴ É indispensável, todavia, que a modificação jurisprudencial seja de tal importância que equivalha a uma intervenção do legislador.⁹⁵ Por isso, segundo Stratenwerth, quando a jurisprudência dos tribunais superiores se aproximar de tal maneira e de modo tão uniforme em seus efeitos à lei, em princípio resulta obrigatório considerar que as modificações *in malam partem* estão submetidas à proibição de retroatividade.⁹⁶ Portanto, apesar de que, formalmente, uma modificação agravadora não constitua uma variação legislativa, em sentido estrito, enquanto a jurisprudência não é fonte de Direito Penal; e, ademais, a lei segue sendo a mesma e unicamente o que se altera é a interpretação que fazem dela os Tribunais – assinala Ruiz Antón –, com estes argumentos se está ignorando que o princípio de irretroatividade não é senão a expressão da garantia de segurança jurídica. A segurança jurídica – fundamento da proibição de retroatividade desfavorável – resulta profundamente afetada quando uma modificação jurisprudencial dá lugar, como efeito material, à aplicação da lei de forma mais gravosa; e isso é o que sucede se é interpretada de modo diferente e como vinha sendo, constante e reiteradamente, no momento da realização do delito.⁹⁷ Irretroatividade e segurança jurídica são duas idéias indissolúvelmente unidas. A garantia de segurança jurídica leva consigo o pensamento de um prévio cálculo do conteúdo das decisões judiciais conforme o critério reiterado e constante.⁹⁸

Apesar de que a solução do problema através do recurso ao erro de proibição seja, em princípio, correta, se olharmos com maior cuidado a questão da proibição de retroatividade no âmbito jurisprudencial, escreve Hassemer, “se observam situações em que a comunidade jurídica tem um conhecimento maior do conteú-

(92) Zipf. In R. Maurach, H. Zipf. *Strafrecht*, A. T., ob. cit., p. 165; Reinhart Maurach, Heinz Zipf. *Derecho penal, Parte general*, I, ob. cit., p. 199, com apoio em Müller-Dietz, Schreiber, Naucke, Strassburg, Gross, Baumann/Weber.

(93) Luis Felipe Antón Ruiz. *El principio...*, ob. cit., p. 106.

(94) Jean-Paul Doucet. *Précis de droit pénal général*, Liège, 1976. p. 33.

(95) Fulgencio Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 29.

(96) Gunther Stratenwerth. *Derecho penal. Parte general*, I, El hecho punible. Trad. de Gladys Romero, Edersa, 1982. p. 37.

(97) Luis Felipe Antón Ruiz. *El principio...*, ob. cit., p. 106; no mesmo sentido, José Miguel Zugaldía Espinar. *Fundamentos de derecho penal*, 3. ed., Tirant lo Blanch, 1993. p. 326.

(98) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio de irretroactividad...*, ob. cit., p. 106-107.

do da jurisprudência penal do que do conteúdo da lei penal e *confia* também na *situação da jurisprudência*. Ocorre isso quando a jurisprudência marca com precisão pautas gerais de uma lei e quando estes limites são conhecidos corretamente pelos afetados”.⁹⁹ Por conseguinte, “quem entenda a proibição de retroatividade desde o ponto de vista da proteção da confiança, não pode menos que admitir que nestes casos, em que a concretização da lei se leva a cabo de um modo preciso pela jurisprudência e é através desta como chega aos afetados, deveria aplicar-se excepcionalmente a proibição de retroatividade a essa jurisprudência”.¹⁰⁰ O acusado poderá pedir ao tribunal superior que aplique a jurisprudência constante estabilizada no momento da prática do fato punível. Em consequência, em casos similares aos exemplos antes mencionados, quando a fronteira entre o que é e o que não é punível depende do juiz, a jurisprudência não pode mais retroagir em prejuízo do acusado.¹⁰¹

Entretanto, é preciso mencionar que *uma decisão isolada não constitui jurisprudência*. O precedente para constituir jurisprudência deve ser uniforme e constante,¹⁰² chegando, muitas vezes, a cristalizar-se em *Súmula da Jurisprudência Dominante*, cujo verbete enuncia os critérios jurisprudenciais consolidados e predominantes sobre temas controvertidos.¹⁰³ Apesar de que as Súmulas não possuam efeito vinculante ou obrigatório para os Juízes e Tribunais de jurisdição inferior, *desempenham, na prática, idênticas funções às das Leis formais editadas pelo Parlamento*. O provimento dos recursos extraordinário e, respectivamente, especial, assegura-lhes idênticos efeitos.

A fortiori, se porventura forem instituídas as denominadas *Súmulas Vinculantes* do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores,¹⁰⁴ elas serão obrigatórias para os juízes e tribunais com jurisdição inferior. Os efeitos das

(99) W. Hassemer. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 325. A jurisprudência constante dos tribunais superiores se aproxima muito de um mandato de caráter legal. Se se quer saber o conteúdo efetivo de uma lei, se deve estudar os comentários da mesma onde se recolhe a jurisprudência relativa ao preceito (Conesa, *El principio de irretroactividade...*, ob. cit., p. 13-14, também, Ricardo A. Andreucci, *Direito penal e criação judicial*, RT, 1989. p. 64).

(100) Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 326.

(101) José Hurtado Pozo. *Droit pénal. Partie générale*, I, ob. cit., p. 186.

(102) C. Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência*, ob. cit., p. 153.

(103) Vide Dínio de Santis Garcia. “Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores”, RT 734/44-45. A Súmula foi criada em 1963 pelo Supremo Tribunal Federal e adotada também pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o art. 479 do CPC estendeu o sistema das referidas súmulas aos demais Tribunais Superiores. O art. 103 do Regimento Interno do STF prevê a revisão dos seus enunciados, por iniciativa de qualquer Ministro, para evitar a imobilização da natural evolução da sua jurisprudência, o que, de fato, tem ocorrido com o cancelamento ou modificação de diversas súmulas.

(104) Sobre as dificuldades da adoção das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico, vide Dínio de Santis Garcia. “Efeito vinculante dos julgados...”, ob. cit., p. 40-47.

Súmulas Vinculantes serão idênticos aos de uma modificação legal posterior desfavorável. Se a jurisprudência é obrigatória, tal como ocorre com a figura dos “assentos” em Portugal (isto é, acórdãos com jurisprudência *obrigatória*), indubitavelmente à sua alteração tem de se aplicar os princípios constitucionais da proibição da retroatividade de normas penais desfavoráveis e da aplicação retroativa das normas penais favoráveis.¹⁰⁵

O *ponto de convergência* entre a Súmula e a Lei está na sua generalidade, enquanto a *diferença* está no grau de cogência porque esta possui potestas (decisões que valem por si mesmas) e *auctoritas* (se impõe pelo saber do órgão judicante) e aquela somente este último efeito, mas tal distinção desaparece se for introduzida no sistema jurídico a Súmula vinculante. A norma jurisprudencial uniformizada, e sobretudo quando expressada em forma de Súmula, possui valor jurídico equivalente à norma legal, em razão dos poderes constitucionais outorgados ao Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁶

Assim, tanto em relação às Súmulas da Jurisprudência Dominante como às Súmulas Vinculantes, em ambos os casos se deverá aplicar a garantia constitucional de irretroatividade, pois a alteração jurisprudencial agravadora está motivada por uma alteração legislativa ou quase-legislativa levada a cabo com posterioridade à realização dos fatos. Não se trata apenas de um problema de *interpretação*, mas de *aplicação* da “legislação” vigente.¹⁰⁷

A extensão da proibição de retroatividade às variações jurisprudenciais desfavoráveis ao acusado se dará através da introdução de uma nova forma de sentenciar, por meio da qual se avisa, sem força para o caso concreto em que se produz, que o Tribunal reformou seu critério interpretativo e que a partir desta sentença julgará no sentido que na mesma se expressa. Esta nova forma de julgar se lograria mediante a introdução nas sentenças de uma cláusula *ex nunc*, vale dizer, “de agora em diante”.¹⁰⁸ Para quem defende a possibilidade de aplicar a proibição de retroatividade à jurisprudência, essa auto-retificação da jurisprudência em sentido agravatório somente deve aplicar-se aos casos futuros e que nos processos em curso unicamente cabe anunciá-la *pro futuro*.¹⁰⁹

(105) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*, ob. cit., p. 285.

(106) Nesses termos, C. Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica...*, ob. cit., p. 176-177.

(107) Luis Felipe Ruiz Antón. *El principio...*, ob. cit., p. 105.

(108) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*, ob. cit., p. 286; F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 93-94; o mesmo, *El principio...*, ob. cit., p. 17-18, objetando contra estas sentenças diz que a jurisprudência de nosso sistema jurídico não tem caráter vinculante e os juízes, portanto, não se acham ligados às interpetrações dos Tribunais Superiores, nem sequer a suas próprias interpretações, de modo que este tipo de cláusulas constituiria um atentado ao princípio de que os juízes se acham submetidos unicamente ao império da lei (ob. cit., p. 23).

(109) Cf. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 166.

Contra as objeções de que esse tipo de sentença conduziria provavelmente a uma estagnação de evolução da jurisprudência,¹¹⁰ pode-se responder que não estará proibida a aplicação da nova jurisprudência agravadora aos fatos realizados já sob a vigência dessa nova interpretação jurisprudencial, pois aí não se cogita de retroatividade, mas sim de mera aplicação da regra *tempus regit actum*.

4. Retroatividade da jurisprudência posterior mais favorável e revisão criminal

No caso de admitir-se a aplicação da proibição de retroatividade para as alterações jurisprudenciais desfavoráveis, cabe aceitar-se correlativamente o princípio da retroatividade das interpretações jurisprudenciais favoráveis ao réu, com a possibilidade consequente de admitir *revisão criminal* em favor do condenado de todas as condenações em execução ou já executadas cada vez que se produzisse uma mutação jurisprudencial que pudesse beneficiá-lo.¹¹¹ O *alcance* dessa retroatividade somente está limitado pelo fato de que sua aplicação produza algum efeito favorável na esfera de direitos do condenado.¹¹² Ademais, da mesma forma que para a proibição de irretroatividade, a aplicação retroativa da nova jurisprudência mais favorável através de revisão criminal exige que a nova orientação tenha se *consolidado* em sentido diverso da concepção seguida ao tempo do crime ou da condenação, não sendo admissível ante mera divergência ou oscilação jurisprudencial.

A *doutrina brasileira dominante*, entretanto, não admite revisão criminal com fundamento em “dissídio jurisprudencial” sob o argumento formal de que o inciso I, do art. 621, do CPP, cogita apenas de sentença condenatória contrária ao texto expresso pela lei penal¹¹³ ou mesmo ante a consolidação de jurisprudência

(110) Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de leis penais*, ob. cit., p. 286; F. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*, ob. cit., p. 94.

(111) F. Madrid Conesa. *El principio de irretroactividad...*, ob. cit., p. 24-25.

(112) Ignacio Serrano Butragueño. “El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial”. *Revista La Ley* 4768, 06.04.1999. p. 10.

(113) Sérgio de Oliveira Médici. *Revisão criminal*, RT, 1998. p. 156-159. O autor – após rechaçar nossa posição – menciona em apoio a sua posição recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 61.552-6/RJ, rel. Min. Vicente Leal, 6.^a T., DJU de 14.10.1996, p. 39.040), no sentido de que a revisão não se presta para uniformizar a jurisprudência sobre questão controvertida nos Tribunais. Sentença contrária ao texto expresso da lei penal não se confunde com a adoção de certa linha exegética sobre tema cuja compreensão é controvertida nos Pretórios (ob. cit., p. 159, nota 27). Entretanto, o ilustre autor não alcança com precisão o núcleo da controvérsia. Convém observar que a decisão do STJ – assim como a doutrina dominante que não admite o cabimento de revisão criminal – se refere à sentença condenatória que optou por determinada orientação jurisprudencial sobre tema controvertido, hipótese em relação à qual, realmente, não cabe revisão criminal (Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, 5. ed., Saraiva, 1998. p. 457;

mais favorável.¹¹⁴ Porém, a jurisprudência já admitiu revisão criminal por violação à *Súmula*.¹¹⁵ Um *exemplo* pode ilustrar melhor o problema. O Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, vinha decidindo que era inadmissível o crime continuado quando o agente realizasse roubos contra vítimas diferentes; mais tarde, entretanto, em decisões plenárias, consolidou um novo critério jurisprudencial oposto e passou, então, a admitir a continuidade delitiva em tais hipóteses. Mas no caso em que um condenado interpôs revisão criminal pedindo a aplicação da *jurisprudência mais favorável*, o STF, em decisão do Pleno, decidiu que “a simples mudança de jurisprudência sobre a continuidade em crimes de roubo não justifica o pedido de revisão criminal”.¹¹⁶

No *direito comparado*, pelo contrário, alguns autores expressam a opinião de que ao se admitir a aplicação da proibição de retroatividade para as interpretações

Julio F. Mirabete. *Processo penal*, 8. ed., Atlas, 1998. p. 677-678), nem se aplica a proibição de retroatividade da jurisprudência desfavorável não consolidada e tampouco ao caso da jurisprudência posterior favorável que ainda não esteja firme.

(114) Maria Elisabeth Queijo. *Da revisão criminal (condições da ação)*, Malheiros, 1998, p. 207 e nota 87, que afirma que o recurso especial é o instrumento adequado para analisar a questão, o que nos parece inaceitável, na medida em que a revisão criminal pressupõe o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório.

(115) *JTJ* 168/333, TJSP.

(116) ReCrim 4.592-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cordeiro Guerra, maioria de votos, julgado em 12.11.1980, *RTJ* 97/77 et seq., cf. Cordeiro Guerra, *Um decênio de judicatura, acórdãos e votos*, Forense, 1984, v. 1, p. 152. Ficou vencido, com a opinião correta, o Min. Pedro Soares Muñoz, que admitiu a revisão criminal com fundamento na mudança de jurisprudência. Afirmou em seu voto: “Se o Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da lei, se ele é quem expressa a vontade e o conteúdo da lei, não vejo razão por que deixar de aplicar, mediante revisão, os princípios do art. 2.º, do CP (que consagra a retroatividade da lei mais benéfica), à jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, quando mais favorável ao requerente”. A esse argumento objetou o voto vencedor do Min. Cordeiro Guerra que “a alteração da jurisprudência dominante não é causa suficiente para a revisão criminal, máxime em incidente de execução de sentença condenatória, proferida conforme a lei”. Baseou-se na orientação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, fazendo alusão às conseqüências que a aplicação retroativa dos princípios adotados pela nova orientação jurisprudencial traria em detrimento da segurança jurídica. Por isto, a nova jurisprudência só será aplicada nos casos futuros, e não retroativamente. Replicou-lhe o Min. Soares Muñoz que “se a própria lei mais benigna se aplica a atos pretéritos, a mesma razão haveria para se aplicar, também, a jurisprudência mais favorável ao réu” (cf. Cordeiro Guerra. *Um decênio...*, ob. cit., p. 157-163). Por sua vez, o Min. Leitão de Abreu admitiu a revisão porque a interpretação do STF tem caráter vinculativo, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado, obtendo-se o mesmo resultado pela via do recurso extraordinário (ob. cit., p. 175). Essa função de manter a vigência das leis federais é hoje atribuída ao *recurso especial* dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, permanecendo com o STF função similar à de Corte Constitucional.

jurisprudenciais desfavoráveis, isso implicaria correlativamente o princípio da retroatividade das interpretações jurisprudenciais favoráveis ao réu, com a possibilidade, então, de admitir revisão criminal das condenações.¹¹⁷ No caso de sentença com trânsito em julgado, se o sujeito foi condenado com base em uma norma interpretada em um determinado sentido e sucessivamente a jurisprudência evoluciona favoravelmente em sentido diverso, como falta a norma legal que elimine tal gravíssima situação de prejuízo ao cidadão, deve haver a plena retroatividade da interpretação evolutiva quando resulte favorável ao imputado para evitar essa situação de iniquidade e contradição.¹¹⁸ O Tribunal Supremo da Espanha recentemente (STS 176, de 13.02.1999) estendeu o âmbito da revisão criminal admitindo-a no caso de alteração da doutrina jurisprudencial em favor do réu,¹¹⁹ aplicando a nova jurisprudência decorrente de decisão do Pleno da “Sala Segunda”, que passou a reconhecer absorvido o delito de contrabando pelo tráfico de drogas (e não mais concurso real ou, às vezes, ideal, como vinha entendendo), rescindindo retroativamente (*ex tunc*) a condenação pelo delito de contrabando. Conforme comentário de Butragueño, a expressão legal “*hechos nuevos*” que evidenciem a inocência do condenado não são apenas os que fisicamente se vão sucedendo no tempo, mas também os novos fatos sociais ou novos fatos *jurídicos*, como a entrada em vigor de uma lei, ou a substituição de uma norma por outra, ou uma *alteración de jurisprudencia*. O importante é que essa alteração de jurisprudência evidencie a inocência do condenado por sentença transitada em julgado. Isso somente ocorrerá quando uma conduta considerada punível até um determinado momento, devido a uma alteração na interpretação e aplicação das normas penais, passe a considerar-se impune. A jurisprudência firme é considerada norma ou regra de direito e quando se altera, declarando impune uma conduta até então estimada punível, pode estender seu efeito mais além da coisa julgada, permitindo a revisão de sentenças firmes condenatórias injustas quando as mesmas não tenham esgotado ainda seus efeitos. Ainda que a vinculação a essas regras ou normas de direito não é absoluta, pois, por motivos de muito fundamento, podem apartar-se dessa doutrina ou, inclusive, mudar de critério, não obstante, o princípio da igualdade ante a lei – igualdade na interpretação e

(117) F. Madrid Conesa. *El principio...*, ob. cit., p. 24-25; Casabó Ruiz. VV. AA. *Comentarios al Código Penal*, II, Ariel, p. 55; algum autor se mostra indeciso sobre o cabimento da revisão criminal, mas salienta que, de todo modo, o caso suscitaria problemas em relação ao princípio constitucional da igualdade ante a lei (José Miguel Zugadía Espinar. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 326).

(118) Mauro Leone. *Il diritto penale nel tempo*, ob. cit., p. 59-61.

(119) A *Ley de enjuiciamiento criminal*, no seu art. 954, n. 4, possibilita o recurso de revisão criminal “cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado”, hipótese bastante similar ao inciso III do art. 621 do CPP “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado...”, porém, em nenhum dos quatro motivos que justificam a revisão na lei processual espanhola se cogita de revisão por contrariedade expressa ao “texto legal”, tal como prevê o inc. I do art. 621 do CPP.

aplicação da lei – profbe que os Tribunais resolvam de forma distinta casos similares, sem que exista uma causa bastante para isso. Quando a justiça (verdade processual) material prevalece sobre a formal representada pela coisa julgada, se utiliza o Direito como um instrumento para a realização da Justiça, que, junto com a *segurança jurídica* em seu sentido de *tutela judicial efetiva*, constituem os fundamentos da revisão criminal.¹²⁰

Por isso, a revisão criminal se insere no mesmo sentido do *princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu*,¹²¹ cuja fundamentação não é única, mas complexa,¹²² isto é, responde principalmente à modificação de valoração jurídica em sentido desincriminador ou atenuador que expressa a nova lei, por parecer mais *justo* (princípio da *igualdade*) aplicá-la também aos fatos anteriores, tratando-os igualmente aos cometidos com posterioridade; *desnecessidade de punição* à luz das finalidades de prevenção geral e especial, ou motivos *humanitários*.¹²³ Em definitivo, se trata de razões *político-criminais* ou de justiça material,¹²⁴ presentes tanto no caso de modificação legal como no caso de sua interpretação jurisprudencial. O pedido de revisão encontra amparo, então – através de uma interpretação extensiva em consonância com os princípios e direitos fundamentais constitucionais –, no inciso I ou III do art. 621 do CPP.

Quanto à retroatividade da jurisprudência mais benéfica consolidada ou, *a fortiori*, de *Súmula* (de jurisprudência dominante ou vinculante), ocorrem idênticos fundamentos aos esgrimidos para admitir a retroatividade da lei mais favorável. Por isso, o Tribunal superior deve adotar a nova jurisprudência vigente, baseada em considerações de *política criminal*, que conduza a garantir o “princípio da igualdade” e de “justiça material”, admitindo, em consequência, revisão criminal com base na jurisprudência estabilizada mais favorável ao condenado.

(120) Ignacio Serrano Butragueño. *El recurso de revisión penal por cambio de doctrina jurisprudencial*, ob. cit., p. 1 et seq.

(121) E. Fiandaca, G. Musco. *Diritto penale*, ob. cit., p. 35, para quem a *ratio* de ambos os princípios é idêntica: “num caso e no outro, de fato, o ordenamento está animado a garantir ao cidadão a liberdade ou, de qualquer modo, maior espaço de liberdade”.

(122) Cobo Del Rosal, Vives Antón. *Derecho penal*, ob. cit., p. 177.

(123) Diego-Manuel Luzón Peña. *Curso de derecho penal*. Parte generale I, Universitas, 1996. p. 183. Na doutrina italiana, vide, por todos, Crespi, Stella, Zucalà. *Commentario breve al Codice Penale*, Cedam, 1986. p. 11. Esse mesmo argumento foi utilizado pelo Min. Leitão de Abreu: “a igualdade perante a lei implica igualdade na aplicação da lei pelo Judiciário. Logo, se o Supremo Tribunal, consoante orientação que hoje nele prepondera, aplica o § 2.º do art. 51 do CP de modo que beneficiaria o requerente” terá que conceder revisão criminal “sob pena de violação ao princípio da igualdade perante a lei, pois daria ao demandante tratamento desigual, mais gravoso, que vem atribuindo aos réus em crime de roubo” (Cordeiro Guerra. *Um decênio de judicatura...*, ob. cit., p. 177).

(124) Claus Roxin. *Derecho penal*, ob. cit., p. 167; Cobo Del Rosal, Vives Antón. *Derecho penali*, ob. cit., p. 177.