

# Hermenêutica e o Direito Penal: a aplicação do entendimento jurisprudencial benéfico no tempo e a modulação de efeitos na superação do precedente em matéria penal.

Daniela Portugal<sup>1</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Sobre o conceito de tradição jurídica. 2.1. Principais características das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. 2.2. A tradição jurídica brasileira e a eficácia normativa dos precedentes judiciais. 3. A interpretação da lei penal pelos Tribunais Superiores brasileiros e a metódica estruturante de Friedrich Müller. 3.1. Norma, texto e interpretação: distinções necessárias. 3.2. Retroatividade benéfica da *lei* penal e o entendimento jurisprudencial: uma aproximação necessária. 4. A aplicação do entendimento jurisprudencial no tempo e a segurança jurídica na superação do precedente de Direito Penal. 4.1. A retroatividade benéfica da jurisprudência. 4.2. A ultratividade benéfica da jurisprudência. 5. Considerações finais. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO.

O presente estudo promove uma reflexão a respeito da aplicação da jurisprudência no tempo, em razão da constante superação de precedentes judiciais consolidados por novas orientações a serem seguidas, vezes gravosas, vezes benéficas ao acusado.

Para tanto, trata, inicialmente, das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law* como ponto de partida para questionar a que família se filia o sistema jurídico brasileiro, já que a resposta a tal instigação justifica o tratamento que tem sido dado à superação de precedentes pelos tribunais Superiores em matéria penal.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela UFBA (2010-em andamento). Mestre em Direito pela UFBA (2008/2010). Professora de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Baiana de Direito; da Universidade Salvador; da Escola de Magistrados da Bahia; do curso Juspodivm; professora colaboradora dos cursos de Pós-Graduação da Fundação Faculdade de Direito da Bahia - UFBA e da Universidade Salvador. Advogada criminalista. E-mail da autora: danielacarvalhoportugal@gmail.com

Em seguida, trata-se da metódica concretizadora proposta por Friedrich Müller como forma de busca por um conceito de norma que se ajuste a uma orientação ampliativa do significado diretriz constitucional inscrita no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, quando esta trata da irretroatividade de lei prejudicial e da retroatividade da lei benéfica.

Posteriormente, avalia-se de que forma a teoria dos precedentes pode ser útil na modulação dos efeitos da decisão de superação do precedente em matéria penal, buscando-se um ponto de encontro entre as técnicas de *retrospective overruling* e de *prospective overruling* e a sistemática interpretativa própria do direito penal.

Posteriormente, cuida-se, especificamente, da retroatividade, irretroatividade e ultratividade de jurisprudência no sistema brasileiro, questionando-se a possibilidade de variação no tempo da aplicação do entendimento jurisprudencial em matéria penal, trazendo-se casos práticos enfrentados pelos Tribunais Superiores a respeito da matéria.

## **2. SOBRE O CONCEITO DE TRADIÇÃO JURÍDICA.**

O questionamento acerca da tradição jurídica brasileira representa o primeiro ponto de debate a ser enfrentado neste breve estudo. Isto porque é preciso compreender o Direito enquanto um fenômeno histórico e, portanto, identificar quais são suas características culturais reveladas na forma de interpretação e de aplicação de seus institutos.

Neste sentido, vale lembrar os ensinamentos de Canaris, para quem "uma determinada ordem jurídica positiva não é uma «ratio scripta», mas sim um conjunto historicamente formado"<sup>2</sup>.

Assim, estudo das tradições jurídicas será de extrema valia para, ao longo do desenvolvimento da análise ora proposta, compreender como o entendimento jurisprudencial acerca dos elementos integrantes do tipos penais se insere na sistemática de interpretação e aplicação dos institutos de Direito Penal material.

Assim, inicialmente, pretende-se compreender o significado da expressão "tradição jurídica", para, somente então, questionar-se se o Brasil se "filia" a alguma tradição jurídica específica. A resposta a tal questionamento, a ser esboçada ainda ao final deste tópico, irá servir de premissa básica para o exame crítico que se pretende conferir à forma como as técnicas de superação de precedentes tem sido empregadas pelos Tribunais Superiores brasileiros. Justificada, portanto, a utilidade destas linhas iniciais, passa-se a tratar, especificamente, das "tradições jurídicas".

MERRYMAN E PÉREZ-PERDOMO justificam a preferência pelo termo "tradição jurídica", em detrimento de "sistema jurídico". Os autores explicam que "tradição jurídica" corresponde a um conjunto de atitudes circunscritas a um mesmo contexto histórico capaz de revelar, dentro de

---

<sup>2</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 199-200.

uma determinada perspectiva cultural, respostas convergentes a respeito da natureza, da função e da posição ocupada pelo direito na sociedade<sup>3</sup>.

Seguindo esta orientação, nota-se que o conceito de "sistema jurídico" revelaria um elemento menor do que a tradição jurídica, figurando apenas uma dentre suas várias expressões. Por esse motivo, explicam os autores que diferentes sistemas jurídicos, a exemplo da Inglaterra, Nova Zelândia, Califórnia e Nova York, cada um com as suas instituições legais próprias, podem ser agrupados a uma mesma "família", o "*common law*"<sup>4</sup>.

De outro, países como Argentina, Brasil e Chile, em razão de elementos culturais convergentes, pertenceriam a uma outra família, denominada "civil law", embora cada um dos citados estados soberanos mantenha o seu próprio sistema jurídico<sup>5</sup>.

A tradição jurídica, portanto, revela-se em uma identidade cultural, a qual se manifesta, dentre outros aspectos, em semelhanças no tratamento jurídico de diferentes assuntos, no que se destaca, para o presente estudo, a forma como o Direito Penal material positivado é aplicado pelos Tribunais Superiores brasileiros.

Vale ressaltar, conforme esclarecem MERRYMAN E PÉREZ-PERDOMO, que as tradições da *civil law* e da *common law* não são as únicas tradições existentes. O destaque reiterado para ambas decorre do fato de ocuparem

---

<sup>3</sup> MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 23.

<sup>4</sup> Id. *Ibid.*, p. 21.

<sup>5</sup> Id. *Ibid.*, p. 22.

"posição dominante em países poderosos e tecnologicamente avançados"<sup>6</sup>.

As tradições jurídicas são, portanto, modelos jurídicos formados a partir de um dado contexto cultural e político. Representam o conjunto de institutos e conceitos próprios de um mesmo referencial social. É neste sentido que MARINONI explica a diferença básica entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*: a origem socio-cultural.

Segundo o autor, o *civil law* traz consigo os dogmas, conceitos e institutos da Revolução Francesa, explicando o porquê de os países, de algum modo, influenciados pelo mencionado contexto, ainda que não aderentes à tradição do *civil law*, não conseguirem se afastar de elementos essenciais da tradição, em especial da doutrina de separação estrita dos poderes e da mera declaração judicial da lei.<sup>7</sup>

Por tal razão, mesmo com as naturais transformações que se operaram, ao longo dos anos, além dos traços peculiares de cada sistema normativo individualmente considerado, não há como não se notar uma “notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de grande importância ao nosso Direito”<sup>8</sup>.

## 2.1. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*.

---

<sup>6</sup> MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 23.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Forum, 2009, n. 68, p. 176.

<sup>8</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

MERRYMAN E PÉREZ-PERDOMO explicam que a tradição da *civil law* é mais antiga e difundida do que a da *common law*. A primeira teria surgido em 450 A.C., com a publicação romana da Lei das Doze Tábuas. Modernamente, é a tradição prevalecente em sistemas jurídicos da Europa, da América Latina, além de tantos outros da Ásia e da África<sup>9</sup>.

A *common law*, por sua vez, figura tradição que teria surgido no ano de 1066, com a conquista da Inglaterra pelos normandos, e se expandido em paralelo ao desenvolvimento do Império Britânico, estando hoje vigente na Grã-Bretanha; Irlanda; Estados Unidos; Canadá; Austrália; Nova Zelândia, tendo influenciado, também, países na Ásia e África<sup>10</sup>.

Todavia, para destacar as características básicas entre as tradições referidas, é preciso compreender que os seus elementos integrantes variam ao longo da história e que, em razão de ambas terem se originado no continente europeu, guardam muitos pontos de aproximação, os quais serão abordados mais adiante.

Dito isso, cabe destacar, quanto à tradição *civil law*, que esta teve forte influência do direito civil romano codificado pelo Imperador Justiniano, no século VI D.C., caracterizado pelo minucioso tratamento dos direitos de propriedade, indenização, contratos e das pessoas por meio do *Corpus Juris Civilis*.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 23.

<sup>10</sup> Id. *Ibid.*, p. 24.

<sup>11</sup> Id. *Ibid.*, p. 28-29.

Outra característica da tradição *civil law* estaria no desenvolvimento e na expansão do direito canônico da Igreja Católica Romana, em que se deu a renúncia de amplo material sistematizado, em que MERRYMAN E PÉREZ-PERDOMO citam o *Decretum*, de Graciano, como uma de suas principais expressões<sup>12</sup>.

Em razão da influência mútua entre o direito civil romano e o direito canônico, as disciplinas eram, frequentemente, lecionadas conjuntamente em universidades, vindo a influenciar a formação do *jus commune*, cuja recepção, nos países europeus, repercutiu em uma "preocupação nacionalista com a identificação e preservação - e em alguns casos com a glorificação - das instituições legais nacionais"<sup>13</sup>.

Com o desenvolvimento das Cruzadas e o desenvolvimento de grandes centros comerciais, novas necessidades e interesses buscaram, no direito romano, linguagens e instituições que formam, mais tarde, o direito comercial, cuja utilidade prática lhe permitiu penetrar os mais diversos sistemas jurídicos, mesmo naqueles em que o "direito civil romano tinha encontrado resistência"<sup>14</sup>.

Como é possível notar, as fontes históricas do *civil law* relevam a pouca importância que este modelo rendeu ao direito público, em especial ao direito constitucional - o que só veio a ocorrer anos mais tarde, com as Revoluções Francesa e Americana<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 33.

<sup>13</sup> Id. *Ibid.*, p. 35.

<sup>14</sup> Id. *Ibid.*, p. 37.

<sup>15</sup> Id. *Ibid.*, p. 43.

Assim, resumidamente, a tradição da *civil law*, em face das características basilares relacionadas ao seu desenvolvimento histórico, tem como característica básica a utilização das normas legais e administrativas como fontes centrais do direito. O costume, muito embora se apresente como fonte do direito na tradição da *civil law*, não assume tão relevante força em razão do dogma da estrita separação dos poderes, desenvolvido, especialmente, com a Revolução Francesa, uma vez que caberia somente ao Legislativo a elaboração de leis<sup>16</sup>.

Sendo assim, o juiz, na tradição da *civil law*, não assumiria um papel criativo, exercendo a função de interpretar e aplicar a lei exatamente "na forma em que esta é tecnicamente definida em suas jurisdições"<sup>17</sup>, o que se coaduna tanto com o dogma da separação dos poderes, quanto com o positivismo estatal<sup>18</sup>.

Os Estados Unidos e a Inglaterra, de outro lado, desenvolvem uma tradição na qual os juízes faziam "força progressiva ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do governante"<sup>19</sup>. Neste outro panorama, ao contrário do que ocorreu durante a Revolução Francesa, na Revolução Americana os juízes intervinham, constantemente, em assuntos da administração, conquistando apoio social com relação aos poderes de "*mandamus* (compelir a administração e seus agentes a cumprir o seu dever legal) e de *quo warranto* (questionar a legalidade de um ato praticado por um agente público)"<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 50.

<sup>17</sup> Id. *Ibid.*, p. 50.

<sup>18</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>19</sup> Id. *Ibid.*, p. 41.

<sup>20</sup> Id. *Ibid.*, p. 42.

Diante disso, a confiança no papel que vinha sendo cumprido pelos juízes no âmbito da tradição da *common law* acabou por não se fazer sentir a necessidade de codificação sentida durante a ruptura proposta pela Revolução Francesa<sup>21</sup>, razão história que justifica mais uma dentre os diversos traços distintivos entre as duas tradições em apreço.

Dentre outras características que podem ser destacadas para diferenciar as tradições da *civil law* e da *commun law*, MERRYMAN E PÉREZ-PERDOMO atentam para a "lei", que assume na *civil law* maior ênfase e em face da qual a sociedade deposita confiança na validade de seus institutos<sup>22</sup>. Na tradição *civil law*, por sua vez, pensa-se o direito como "resultado de uma combinação de história, conveniência e hábito"<sup>23</sup>.

Quanto às características do direito processual do *civil law*, MERRYMAN E PÉREZ-PERDOMO apontam, em especial, a existência de um abismo entre a teoria e a prática do modelo processual constituído<sup>24</sup>. Frequentes fracassos da justiça e a crescente insatisfação popular com o sistema jurídico repercutem na descrença em um sistema operacional satisfatório, de modo que "o dogma da infalibilidade legislativa já foi fundamentalmente abalado"<sup>25</sup>. Com isso, o modelo de processo legal, em razão do seu mal funcionamento prático, vem enfrentando significativa crise.

O direito processual do *civil law*, de outro lado, tem como principais características a utilização da jurisprudência de interesses, do realismo

---

<sup>21</sup> MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 48.

<sup>22</sup> Id. *Ibd.*, p. 131.

<sup>23</sup> Id. *Ibd.*, p. 131-132.

<sup>24</sup> Id. *Ibd.*, p. 123.

<sup>25</sup> Id. *Ibd.*, p. 124.

legal, além da utilização de uma abordagem sociológica, econômica e política do direito<sup>26</sup>. Com relação à estrutura sistemática, a tradição *civil law* compartimenta o direito em direito público e direito privado, o que não se verifica na tradição de *common law*<sup>27</sup>.

Traçando uma análise comparativa, HERMES ZANETI explica que, enquanto no "*common law*, os juízos apresentam-se predominantemente argumentativos e a construção do direito se dá principalmente pela jurisprudência (*judge-made law*)"<sup>28</sup>, no *civil law*, "os juízos mostram-se predominantemente demonstrativos e a construção do direito resta apropriada totalmente pelo legislador (*code-based legal systems*)"<sup>29</sup>.

Entretanto, não há modelos puros, de modo que é possível se traçar, unicamente, um modelo básico, com traços culturais convergentes a uma determinada tradição jurídica. Ao propor uma redução fenomenológica da essência estrutural dos elementos relacionados às tradições do *common law* e da *civil law*, HERMES ZANETI utiliza a historiografia e as fontes do direito<sup>30</sup>.

Assim, no *common law*, "a jurisprudência aparece como fonte primária do direito. Tudo em um processo simétrico, com poderes e deveres iguais para as partes, mas com excessiva ausência do Estado na investigação da verdade"<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 124.

<sup>27</sup> Id. *Ibid.*, p. 132.

<sup>28</sup> ZANETI Jr., Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51.

<sup>29</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>30</sup> Id. *Ibid.*, p. 53.

<sup>31</sup> Id. *Ibid.* loc. cit.

Importante diferença entre tais tradições suscitada pela doutrina consiste no fato de que a tradição da *civil law* estaria marcada pelo "poder centralizado no soberano (nas democracias representativas atuais, substituído pelo legislador popular, em assembleias, ou pelo chefe do Poder Executivo, mediante o uso dos chamados "decretos-leis")" <sup>32</sup>. Seguindo esta perspectiva, o modelo romano-germânico estaria marcado por um juiz burocrata e sem capacidade criativa <sup>33</sup>.

Complementando esta linha de entendimento, LUCAS BELLOC afirma que um dos pontos distintivos mais claros entre as tradições do *common law* e do *civil law* está na força vinculante do precedente, uma vez que neste a solução do caso posto é explicada com base na aplicação da disposição legal, enquanto naquele a solução encontrada é justificada com base no "precedente judicial que julgou caso análogo em momento anterior" <sup>34</sup>.

Todavia, não é verdadeiro dizer que, entre as referidas tradições, existe uma distância abissal. Em diversos outros aspectos estes modelos se aproximariam, e um dos pontos de aproximação que se pode destacar é o precedente.

Assim, por mais que a teoria dos precedentes seja utilizada, tradicionalmente, como um ponto distintivo entre as tradições do *common law* e do *civil law*, conforme propôs LUCAS BELLOC, é forçoso reconhecer que, modernamente, o reconhecimento da criatividade enquanto elemento

---

<sup>32</sup> ZANETI Jr., Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53.

<sup>33</sup> Id. *Ibid.* loc. cit.

<sup>34</sup> MARINS, Lucas Belloc. **A sistemática da teoria do precedente judicial e a gradual introdução dos princípios da *common law* no direito brasileiro**. Disponível no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Belloc%20Marins%20-%20versão%20final.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2012.

inerente da atividade judicial acaba por aproximar ambas tradições, operando o que SÉRGIO GILBERTO PORTO chamou de "*commonlawização*" das famílias romano-germânicas<sup>35</sup>.

Também promovendo uma aproximação entre as duas famílias, DINAMARCO destaca que é no âmbito do direito processual que as diferenças culturais se tornam menos evidentes<sup>36</sup>. Segundo o autor, "o processo não é algo inerente à vida comum das pessoas nas suas relações com outras e com os bens"<sup>37</sup>. Assim, enquanto os institutos processuais seriam marcados por uma conveniência prática e por questões muito específicas reservadas a profissionais da área, os institutos de direito substancial que revelariam a os verdadeiros traços culturais da tradição a qual pertencem, já que os referidos institutos são objeto direto e constante de valoração.<sup>38</sup>

Um dos motivos que se pode apontar para o fato de o precedente judicial figurar ponto de aproximação entre as tradições do *common law* e do *civil law* está na divergência entre a doutrina processualista moderna divergir sobre a natureza jurídica do precedente, se declaratória ou constitutiva da jurisdição.

MARINONI atenta que a natureza declaratória era destacada toda as vezes em que a decisão fazia menção a anterior precedente judicial, de modo

---

<sup>35</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão. Disponível no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2012.

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, n. 90, p. 48.

<sup>37</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>38</sup> Id. *Ibid.*, p. 49.

que, para a teoria declaratória, o juiz estaria limitado a declarar o precedente<sup>39</sup>. Todavia, a natureza constitutiva existiria no momento de criação do precedente.

Neste sentido, o autor esclarece que a natureza da decisão judicial seria declaratória ou constitutiva conforme a imposição de respeito obrigatório ao precedente ou na possibilidade de sua superação:

De outra parte, a natureza declaratória ou constitutiva da decisão judicial poderia ter relevância para a questão do respeito obrigatório aos precedentes ou, em outras palavras, para o *stare decisis*. Afirmou-se que se o precedente representa apenas a evidência do direito, nenhum juiz poderia ser absolutamente obrigado a segui-lo, assim como o precedente jamais seria revogado, pois o juiz sempre teria o poder de declarar em contrário ao precedente ou mesmo ao seu overruling (revogação). Nesta linha, o *stare decisis* ou o respeito obrigatório aos precedentes exigiria, como antecedente lógico, a criação judicial do direito<sup>40</sup>.

Diante disso, tanto o *stare decisis* representaria um traço característico do modelo burocrático romano-germânico na teoria dos precedentes, quanto a criação deste, bem como a possibilidade de sua superação, representariam caracteres que se aproximariam do modelo de *common law*.

Por tal razão, seria possível, considerando que não existem tradições jurídicas puras, livres de interferências múltiplas, admitir que um sistema lastreado no *civil law* reconhecesse eficácia normativa a um precedente sem se desnaturar ou negar sua origem e suas características culturais.

---

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Forum, 2009, n. 68, p. 177.

<sup>40</sup> Id. *Ibid.*, p. 178.

Segundo MARINONI, a evolução do *civil law* dentro de um modelo constitucionalista faz surgir a necessidade de se conferir poderes ao juiz, para que este controle a lei a partir da Constituição<sup>41</sup>. O desafio passa a ser, então, verificar de que modo esta aproximação tem se mostrado no sistema jurídico brasileiro.

## 2.2. A TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA E A EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

Tradicionalmente, conforme destacam MERRYMAN E PÉREZ-PERDOMO, o Brasil, assim como a Argentina e o Chile, em razão de elementos culturais convergentes, pertenceria a à família denominada "*civil law*"<sup>42</sup>.

Entretanto, DINAMARCO destaca que a nova realidade brasileira de interesses, sobretudo no que tange à economia e ao estreitamento de relações comerciais com países da América Latina, tem feito surgir uma busca por formas de cooperação internacional<sup>43</sup>.

Em idêntico sentido adverte SÉRGIO GILBERTO PORTO, segundo o qual "hodiernamente, em face da globalização – a qual para o bem ou para o mal indiscutivelmente facilitou as comunicações - observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da *common law*"<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Forum, 2009, n. 68., p. 187.

<sup>42</sup> MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil Law* – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 22.

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, n. 90, p. 46.

<sup>44</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão. Disponível no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil:

Neste contexto, surge o "interesse por certos institutos da *common law*, especialmente as suas *class actions* no contexto da ordem jurídico-processual americana, pela estrutura e pelos mecanismos judiciários e processos dos países da América Latina"<sup>45</sup>. Deste modo, o Mercosul tem promovido uma aproximação entre o sistema jurídico brasileiro com traços característicos da tradição da *common law*.

HERMES ZANETI, por sua vez, aponta que a tradição brasileira revelaria uma aproximação histórica entre a *common law* e a tradição romano-germânica. O autor, destacando a inexistência de modelos puros, explica que o Brasil, para além da tradição da *civil law* recepcionada por meio da colonização portuguesa, sofreu uma fusão de características em razão da revolução institucional da Constituição Republicana<sup>46</sup>.

Isto porque, com a Constituição Republicana, oportunizou-se o controle de constitucionalidade difuso e concreto, bem como "a possibilidade de revisar os atos judiciais dos demais poderes por meio de ações para garantir os direitos individuais: a jurisdição constitucional das liberdades (habeas corpus e mandado de segurança)"<sup>47</sup>.

Deste modo, com o *judicial review* e a consagração do sistema de freios e contrapesos, passa-se a impor ao Judiciário uma tarefa constante "harmonização entre os poderes e garantia dos indivíduos frente ao abuso

---

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2012.

<sup>45</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, n. 90, p. 47.

<sup>46</sup> ZANETI Jr., Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

<sup>47</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

de poder"<sup>48</sup>, consagrando-se um compromisso dos juízes brasileiros com a busca da justiça.

Com base em tal realidade, não há, na subtradição brasileira, uma identificação completa entre texto e lei<sup>49</sup>, tornando-se ampla a missão do julgador na busca da justiça, não havendo espaço para a existência de um direito em descompasso com a vida.

Pelas razões acima expostas, conclui-se que, apesar da tradicional vinculação do direito brasileiro à família da *civil law*, sobretudo em razão da influência lusitana no processo de colonização, possui importantes elementos oriundos da tradição *common law*, máxime os instrumentos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

### **3. A INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER.**

FRIEDRICH MÜLLER critica a atual concepção do alcance semântico relacionado à palavra "norma". Segundo o autor, é extremamente comum a opinião orientada a tratar norma e texto da norma como uma só coisa, posição esta difundida e predominante na metódica do direito constitucional<sup>50</sup>.

Entretanto, a afirmação da identidade entre norma e texto de norma, aparentemente verdadeira e supostamente segura em razão de tanto ser

---

<sup>48</sup> ZANETI Jr., Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

<sup>49</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>50</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 26.

repetida, carece de uma reflexão mais crítica e comprometida com o a concretização de preceitos fundamentais.

Isto porque afirmar a identidade entre texto e norma significa, por outras palavras, deixar de reconhecer a função criativa inafastável da atividade do magistrado, bem como - o que é ainda mais grave - retira do intérprete o compromisso de, ao aplicá-la, concretizar os preceitos fundamentais que dão razão a sua existência.

Dito de forma simples, dizer que texto da norma e norma são a mesma coisa, é afirmar que o juiz é simples "boca da lei" e, ao aplicar o texto normativo, não tem um compromisso autônomo de concretização de diretrizes constitucionais. Distinguir texto e norma, portanto, mais do que mero preciosismo linguístico, corresponde a um compromisso social do intérprete.

### 3.1. NORMA, TEXTO E INTERPRETAÇÃO: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS.

De acordo com FRIEDRICH MÜLLER, há que se reconhecer uma não identidade entre o texto da norma e a norma, uma vez que "o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a 'ponta do *ice-berg*'"<sup>51</sup>.

Segundo o citado autor, o "teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição"<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

<sup>52</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

Explicam-se os mencionados conceitos. O **texto da norma** é, unicamente, um "enunciado de linguagem que está no papel"<sup>53</sup>. O **programa da norma**, por sua vez, corresponde ao sentido de existência do texto normativo, o motivo pelo qual aquele enunciado foi inserido em um pedaço de papel, afinal, não haveria sentido redigir um texto normativo de ele não tem objetivo algum a cumprir.

O **âmbito da norma**, de outro lado, corresponde às situações que devem ser alcançadas pelo respectivo texto, ao suporte fático a dar ensejo à atividade interpretativa. É por tal razão que MÜLLER destaca, como colacionado acima, que o programa da norma e o âmbito da norma são elementos co-constitutivos da prescrição final.

A referida prescrição, por sua vez, é mais do que mera interpretação. Significa dizer que a prescrição deve corresponder a muito mais do que um processo hermenêutico de busca de significados, mas um processo de concretização de diretrizes fundamentais.

É por esta razão que MÜLLER afirma que a norma não pode se esgotar somente "na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos"<sup>54</sup>.

Assim, enquanto o texto da norma é um enunciado escrito, a norma é um resultado interpretativo que, por dever inafastável, deve assumir um caráter concretizador do programa da norma, tendo como ponto de

---

<sup>53</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 26.

<sup>54</sup> Id. *Ibid*, loc. cit.

partida tanto o enunciado normativo em si, quanto o âmbito da norma, que se apresenta como dado co-constutivo.

Registre-se, ainda, que o âmbito da norma não se mantém estático nem é objetivamente extraído do texto normativo, cabendo, portanto, ao intérprete, destacar quais elementos são passíveis de apreensão no âmbito da norma.

Segundo MÜLLER, "a partir do conjunto de fatos do caso (...) destacam-se como essenciais ao caso aqueles elementos que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo programa da norma"<sup>55</sup>.

Significa dizer que o texto da norma resulta de uma tentativa de redução fenomenológica de todas as situações que a ela podem se subsumir, cabendo ao intérprete avaliar as peculiaridades de cada caso para verificar (e concretizar!) se tais situações fáticas se relacionam com o âmbito da norma e o programa da norma.

Müller conclui, então, que "programa da norma e âmbito da norma são, por sua vez, interpretados no mesmo processo da formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas"<sup>56</sup>.

Além dos referidos conceitos, FRIEDRICH MÜLLER traz ainda a noção de normatividade, como sendo elemento resultante dos "dados extralingüísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de

---

<sup>55</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 26.

<sup>56</sup> Id. *Ibid.* loc. cit.

um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área"<sup>57</sup>.

A normatividade, portanto, é uma espécie de pertinência entre os objetivos do Estado e a vontade e o reconhecimento sociais, uma espécie de legitimação das diretrizes sociais expressas por textos normativos e concretizadas por meio de normas, daí surge a necessidade de uma verificação empírica constante, em razão de ser o Direito um fenômeno cultural e social.

É a partir desta concepção de norma e normatividade que se justifica a relação entre a metódica proposta por MÜLLER e o estudo das **tradições jurídicas** já analisadas no tópico anterior. Para o autor, "a não-identidade de norma e texto da norma, a não-vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade ressalta também do fenômeno do **direito consuetudinário**"<sup>58</sup>.

Ora, se a normatividade corresponde à forma de reconhecimento da norma no corpo social, a identificação da tradição jurídica a que se vincula o sistema jurídico do qual o texto normativo emana revela, dentre outros elementos, a **qualidade jurídica da norma** aplicada.

Isto porque o apego ao texto normativo conduz, logicamente, a uma percepção do magistrado enquanto "boca da lei", característica tradicionalmente associada à família *civil law*. De outro lado, a transferência, para o intérprete, de um papel de maior relevância, máxime em razão da construção normativa pela qual é responsável, corresponde a

---

<sup>57</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

<sup>58</sup> Id. *Ibid.*, p. 39.

traço que se aproxima das tradicionais características associadas à família *common law*.

Da forma como se verificam tais elementos no sistema jurídico brasileiro, é possível perceber tanto o apego à forma escrita, quanto a constante construção jurisprudencial de significados, características que convergem em um constante processo de aperfeiçoamento.

Isto porque, segundo MÜLLER, "essa propriedade do direito, de ter sido elaborado de forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma"<sup>59</sup>.

Para o autor, a qualidade da norma é "conexa a imperativos do Estado de Direito e da democracia, característicos do estado constitucional burguês da modernidade"<sup>60</sup>.

### 3.2. RETROATIVIDADE BENÉFICA DA *LEI* PENAL E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA.

Como já se viu, o sistema jurídico brasileiro reflete uma aproximação entre as tradições da *civil law* e da *common law*, de modo que, a um só tempo, é possível perceber um apego à forma escrita e a ampla atividade criativa por parte dos intérpretes.

---

<sup>59</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

<sup>60</sup> Id. *Ibd.*, loc. cit.

É com base nesse entendimento que é preciso refletir sobre o âmbito da norma descrito no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, cuja transcrição é indispensável: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

O referido dispositivo legal consagra, como cediço, o princípio da retroatividade benéfica, resta saber o âmbito da norma relacionado a este texto constitucional, se apenas *lei* em um sentido textual (enunciando, texto de norma) ou se a previsão recai, de forma mais ampla, sobre a concepção de norma.

Enfrentando tal questionamento, e tendo como ponto de partida a metódica proposta por MÜLLER, é indispensável destacar que a *lei* não existe para a sociedade senão enquanto interpretada. Significa dizer que o texto normativo só ganha vida quando concretizado pelo intérprete, de modo que a substituição de uma lei por outra importa menos do que o entendimento que se dará ao seu conteúdo.

De acordo com o referido autor, "conceitos jurídicos em textos de normas não possuem 'significado', enunciados não possuem 'sentido' segundo a concepção de um dado orientador acabado"<sup>61</sup>.

Significa que a o texto da norma só tem *sentido* quando interpretado, tarefa esta que não se pode afastar da atividade constante atribuída aos Tribunais Superiores brasileiros, guardiões da lei e da constituição.

---

<sup>61</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

Deste modo, a garantia fundamental da retroatividade benéfica não pode ser interpretada restritivamente, mas de forma a garantir um compromisso social do julgador em aprimorar a qualidade da norma.

É com bases nessa percepção que se deve definir o âmbito da norma constitucional em debate, de modo a alcançar, também, o entendimento jurisprudencial. Para tanto, são necessárias, inicialmente, algumas breves considerações conceituais.

Segundo ROBERTO ROSAS, acórdão, precedente, jurisprudência, súmula e súmula vinculante são conceitos distintos. Nesse sentido, afirma o autor que o acórdão é "a concentração de um julgado. A forma material da expressão da decisão judicial"<sup>62</sup>.

De outro lado, o precedente corresponderia, resumidamente, a uma "decisão anterior persuasiva para decisões futuras"<sup>63</sup>, acrescentando que o seguimento de tal precedente não é obrigatório, mas apenas um caminho que poderá nortear futuros julgados<sup>64</sup>. Sobre tal assunto, tratar-se-á mais adiante.

A jurisprudência, por seu turno, "significa mais do que o precedente. Pode até ser formada com um precedente"<sup>65</sup>, complementando que "o prestígio dessa jurisprudência será maior com a ratificação de outros julgados"<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> ROSAS, Roberto. Jurisprudência. Súmula. Direito sumular. In: **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. - Ano 18, n. 21 (jan./jun. 2002) (BGF), p. 138.

<sup>63</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>64</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit..

<sup>65</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>66</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

O autor coloca o conceito de jurisprudência nos referidos termos em razão de acreditar na possibilidade de uma jurisprudência se formar a partir de um julgado só, desde que se trate de julgamento em plenário de Tribunal Superior ou mesmo sessão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça<sup>67</sup>.

A súmula, então, corresponde ao enunciado que "reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir uma consolidação"<sup>68</sup>.

Por fim, a súmula vinculante corresponde ao enunciado formulado a partir de processo especial, de maior debate, para que o verbete possa ser aplicado automaticamente, vinculando julgados futuros que tratem de questões semelhantes<sup>69</sup>.

DIDIER, SARNO E OLIVEIRA promovem distinção diversa das citadas expressões, sustentando que "um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal"<sup>70</sup>.

Deste modo, segundo os autores, não há jurisprudência formada a partir de precedente único, sendo indispensável a sua reiteração, mesmo se o precedente tem por origem decisão em plenário.

---

<sup>67</sup> ROSAS, Roberto. Jurisprudência. Súmula. Direito sumular. In: **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. - Ano 18, n. 21 (jan./jun. 2002) (BGF), p. 138.

<sup>68</sup> Id. Ibid., p. 138.

<sup>69</sup> Id. Ibid., p. 139.

<sup>70</sup> DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, v. 2, p. 401.

Complementam os autores que súmula   "o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que   a reitera o de um precedente"<sup>71</sup>. Explicam, portanto, que "o enunciado da súmula  , por assim dizer, o *texto* que cristaliza a *norma geral* extraída,   luz de casos concretos, de um outro *texto* (o texto legal, em sentido amplo)"<sup>72</sup>.

Deste modo, partindo dos conceitos acima listados,   importante se dizer que todos guardam em comum o fato de apresentarem um modelo de concretiza o do texto da norma, com maior ou menor grau de aperfei amento e debate e, conseqüentemente, maior ou menor grau de normatividade, mas fato   que todos decorrem da atividade interpretativa.

Deste modo, pelo fato de a *lei* não possuir uma existência em si,   forçoso reconhecer que o art. 5o, inciso XL, da constitui o Federal, deve ser lido no sentido de que "a *norma* penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Por tal razão, passa-se a analisar as técnicas de confronto, interpreta o, aplica o e supera o de precedente, para se avaliar de que forma elas interferem na aplica o da norma penal no tempo.

---

<sup>71</sup> DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 7<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, v. 2, p. 401.

<sup>72</sup> Id. *Ibid.* loc. cit.

#### 4. A APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO TEMPO E A SEGURANÇA JURÍDICA NA SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE DE DIREITO PENAL.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, ao tratar da relação entre a teoria do precedente e a tradição jurídica da *common law* evidencia que, com a queda do império romano do ocidente, predominava, na Inglaterra, um sistema de regras não escritas<sup>73</sup>.

Com isso, o direito que predominava na antiga Britania era fundado na "regra conhecida e na prática quotidiana"<sup>74</sup>. Deste modo, "a unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a 'recepção falhada' das fontes do direito romano-canônico na Inglaterra"<sup>75</sup>, o que se nota, especialmente, em razão da rejeição ao *Corpus Iuris Civilis*.

Assim, o referido contexto cultural permitiu aos cidadãos ingleses um amplo conhecimento do direito em vigor, o que repercutia, naturalmente, em um grande desenvolvimento e na aceitação da *praxis* jurídica<sup>76</sup>.

Por tal razão que, mesmo na obra "dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta preocupação com o problema dos julgamentos contraditórios"<sup>77</sup>.

Desta forma, conclui JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI que "toda essa ideologia que marcou o início de formação da *common law* favorecia a

---

<sup>73</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 149.

<sup>74</sup> Id. *Ibid.*, p. 150.

<sup>75</sup> Id. *Ibid.*, p. 151.

<sup>76</sup> Id. *Ibid.*, p. 153.

<sup>77</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

que, cada vez mais, os operadores do direito - juízes e advogados - invocassem os *precedentes judiciais*"<sup>78</sup>.

É por tal razão que o presente estudo alia o estudo das tradições jurídicas à aplicação do entendimento jurisprudencial penal no tempo, como forma de agregar elementos que guardam origem na *common law* ao sistema jurídico brasileiro, cuja "filiação", como se viu, tradicionalmente é relacionada à tradição romano-germânica.

Neste sentido, cumpre tratar dos institutos relacionados à dinâmica dos precedentes que serão úteis para, nos sub-tópicos seguintes, tratar da retroatividade e da ultratividade benéficas da jurisprudência penal.

Em razão da preocupação com julgamentos contraditórios, o primeiro passo interpretativo do magistrado vinculado a precedentes judiciais é a comparação entre o caso julgado e o julgamento de casos anteriores<sup>79</sup>.

Por tal motivo, HERMES ZANETI atesta que, para a garantia da "segurança jurídica dos jurisdicionados, seria necessário importar conjuntamente os princípios da *distinguished* (diferença) e do *overruled* (superação), por meio dos quais seria possível analisar a justiça da decisão"<sup>80</sup>.

A partir de tal análise comparativa, "fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em

---

<sup>78</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 154.

<sup>79</sup> DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, v. 2, p. 402.

<sup>80</sup> JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição**. In: GENESIS Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 36, abril/junho de 2005, p. 266.

juízo) e o paradigma<sup>81</sup>". No que diz respeito à mencionada técnica de confronto, em que pese sua importância, não se irá prolongar a explanação a respeito da matéria, uma vez que a delimitação temática deste breve estudo impede uma análise mais aprofundada.

Deste modo, comparados o caso a ser julgado e o precedente, verificando-se a semelhança entre as situações objeto de decisão, tem-se lugar o questionamento sobre a manutenção do precedente ou a sua superação, a qual é operada por meio das técnicas de *overruling* e *overriding*.

Conforme explica LUIZ GUILHERME MARINONI, as técnicas de superação do precedente possuem fundamento na concepção da *law making authority*, oriunda da tradição da *common law*, segundo a qual os juízes são os criadores do direito, não devendo obediência ao precedente caso deste discordem ou ainda o julguem superado<sup>82</sup>.

Neste sentido, DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA explicam que "*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente"<sup>83</sup>.

O *overruling*, como ensina JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, pode acontecer porque o precedente foi considerado ultrapassado ou, ainda, equivocado, ocasião em que a nova decisão deve, como em regra se adota, revogar

---

<sup>81</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, p. 42 *apud* DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, v. 2, p. 402.

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista de Processo** 2003 - REPRO 172, p. 178.

<sup>83</sup> DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, v. 2, p. 405.

expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*), sendo também possível - muito embora não tão comum - que a nova decisão revogue, implicitamente, o precedente anterior (*implied overruling*)<sup>84</sup>.

O *overriding*, por sua vez, tem lugar quando "o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal"<sup>85</sup>, tratando-se de uma revogação ou superação *parcial*<sup>86</sup>.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI cuida, ainda, da modulação de efeitos na superação do precedente, mencionando a ocorrência da *retrospective overruling* quando "a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a decisão anterior, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento"<sup>87</sup>.

O mencionado autor também trata da *prospective overruling*, "instituída pela Suprema Corte Americana, na qual o *precedente* é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída"<sup>88</sup> continua a ser aplicada aos fatos pendentes de julgamento.

Por fim, o autor menciona a *anticipatory overruling*, que foi introduzida pelos Estados Unidos, consistindo na "revogação preventiva do *precedente*, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais

---

<sup>84</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 154.

<sup>85</sup> DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, v. 2, p. 406.

<sup>86</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>87</sup> CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 179.

<sup>88</sup> Id. *Ibid.*, p. 180.

constitui *good law*, como já teria sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*<sup>89</sup>.

Tendo como ponto de partida as referidas noções, é necessário compatibilizar a modulação de efeitos na superação de precedente com a sistemática interpretativa da norma penal, consagrada na magna carta por meio do princípio da retroatividade da *norma* benéfica. É o que será explorado nas seguintes linhas.

#### 4.1. RETROATIVIDADE BENÉFICA DA JURISPRUDÊNCIA.

Como cediço, o art. 5º, inciso XL, consagra que a norma penal não retroagirá, salvo se for para beneficiar o réu, prescrição que consagra, a um só tempo, a irretroatividade da norma prejudicial e a retroatividade benéfica.

Alguns autores trabalham com os conceitos de "regra" e "exceção" a significar tais mandamentos constitucionais, como se a regra geral, em aplicação da norma penal no tempo, fosse a da irretroatividade e, excepcionalmente, operar-se-ia a retroatividade benéfica.

Trata-se, por exemplo, da concepção seguida por ROGÉRIO GRECO, para quem "a regra geral, trazida no próprio texto da Constituição Federal, é a da irretroatividade *in pejus* (...); a exceção é a retroatividade *in mellius*, quando a lei vier, também, de qualquer modo, favorecê-lo"<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 180.

<sup>90</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. Niteroi: Impetus, 2011, p. 105.

Em sentido diferente explicam, por exemplo, Paulo José da Costa Jr. e Fernando José da Costa, segundo os quais "a sucessão das leis penais regula-se por dois princípios genéricos: o da irretroatividade da lei incriminadora e o da retroatividade da lei benéfica"<sup>91</sup>.

Tal entendimento é mais harmonioso com noção que se pretende aqui conferir à importância do princípio da retroatividade benéfica enquanto concretizador do preceito fundamental decorrente do dispositivo constitucional descrito no art. 5o, inciso XL, da Constituição Federal, de modo a afastar eventuais tendências de redução do respectivo programa da norma.

Para PAULO QUEIROZ, "o direito não preexiste à interpretação, mas dela é resultado, motivo pelo qual (...) o discurso sobre a retroatividade ou não de lei deve ser exatamente o mesmo"<sup>92</sup> para a jurisprudência, tanto se admitindo a sua retroatividade benéfica, quanto se impedindo a sua retroatividade prejudicial<sup>93</sup>.

Analisando a situação espanhola, GUILLERMO YACOBUCCI revela que não se admitia a retroatividade de jurisprudência, mas, em razão da importância que se passou atribuir aos tribunais, especialmente em razão das expectativas sociais nestes depositada, já há precedentes de retroatividade no Tribunal Constitucional espanhol (STC, 29/9/97)<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> COSTA JR, Paulo José; COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80.

<sup>92</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** - Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 127-128.

<sup>93</sup> Id. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>94</sup> YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 256-257.

ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR por sua vez, não admitem a retroatividade prejudicial da jurisprudência, resolvendo tal questão com base na exclusão de culpabilidade em razão do erro de proibição invencível, assunto a ser tratado mais adiante; quanto à retroatividade benéfica, por uma questão de equidade, os autores se manifestam favoráveis à revisão criminal<sup>95</sup>.

Dito isso, passa-se a analisar de que forma a aplicação da jurisprudência no tempo tem sido operada pelos Tribunais Superiores brasileiros.

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES cita a modificação do STF ocorrida em 1964 a respeito do alcance do significado do crime de manutenção de casas de prostituição (antigo art. 299, CP)<sup>96</sup>.

Segundo a autora, a jurisprudência costumava afastar da incidência do tipo as situações em que a casa de prostituição estivesse licenciada pelo Poder Público. Entretanto, tal entendimento foi alterado, passando o licenciamento figurar elemento irrelevante para a configuração delitiva, o que foi um posicionamento firmado de repente, aplicado a todos os casos ocorridos antes da nova orientação jurisprudencial, em nítida ofensa à segurança jurídica<sup>97</sup>.

Outro exemplo citado pela autora, também ocorrido em 1964, é o caso da revogação da súmula 388, do SMT, relacionada aos crimes contra a

---

<sup>95</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 126.

<sup>96</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 142.

<sup>97</sup> Id. *Ibd.*, loc. cit.

liberdade sexual, que dispunha que o casamento da ofendida com quem não seja o ofensor fazia cessar a qualidade de seu representante ilegal<sup>98</sup>.

O referido entendimento foi alterado, sendo cancelada a súmula, mantendo-se a possibilidade de início da ação penal por meio do representante legal, o que figurava entendimento recente prejudicial ao acusado; entendimento que, todavia, foi aplicado a fatos anteriores à formação do novo precedente<sup>99</sup>.

Os dois exemplos acima refletem uma retroatividade prejudicial de jurisprudência no sistema jurídico brasileiro, nítidas ofensas ao princípio da segurança jurídica em razão da surpresa provocada pela alteração do entendimento jurisprudencial, surpresa esta mais gravosa para o acusado.

Entretanto, modernamente, é possível citar exemplos de retroatividade benéfica de jurisprudência, ainda que os Tribunais Superiores não o façam de forma sistematizada.

É o caso do cancelamento da súmula n. 174 do STJ, que previa que a arma de brinquedo deveria ser considerada para fins de aumento de pena no crime de roubo. Com o cancelamento da súmula, as condenações anteriores, mesmo as com trânsito em julgado, foram objeto de revisão criminal para fins de retirada do *quantum* de pena correspondente à aplicação da majorante (REsp 688437 / SP, julgamento em 19/04/2005).

Enfrentando as citadas situações, pode-se concluir a modulação dos efeitos da superação do precedente, para se ajustar à sistemática

---

<sup>98</sup> GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 143.

<sup>99</sup> Id. *Ibid.*, p. 143.

interpretativa penal direcionada pelo art. 5º, inciso XL, da Lei Maior, deve obedecer aos modelos de *retrospective overruling* e de *prospective overruling*, conforme mais benéfico para o acusado.

Deste modo, sobrevindo precedente benéfico ao acusado ou condenado, este deve ser aplicado sob a forma da *retrospective overruling*, de modo que a nova orientação deverá alcançar fatos praticados antes do início do surgimento do precedente, de forma retrospectiva portanto.

Já o caso de superação do precedente por outro mais gravoso, deve ser utilizada a técnica da *prospective overruling*, de modo que a alteração traria, unicamente, efeitos prospectivos, alcançando somente fatos futuros, praticados após a formação do novo entendimento.

#### 4.2. A ULTRATIVIDADE BENÉFICA DA JURISPRUDÊNCIA.

A ultratividade benéfica, em verdade, corresponde a consectário lógico da irretroatividade prejudicial da norma penal. Isto porque, se a lei impede que a nova norma mais gravosa seja aplicada a fatos passados, significa, ainda que implicitamente, dizer que a norma anterior será aplicada a todos os fatos acontecidos durante sua vigência no ordenamento, mesmo depois de não mais estar em vigor. Tal orientação, como já visto, aplica-se, com perfeição, à orientação jurisprudencial.

Por mais óbvio que possa parecer o raciocínio a que se chega acima, a necessidade de tratamento da ultratividade benéfica em tópico autônomo encontra fundamento na preocupação que se tem diante da análise de uma certa tendência atual dos Tribunais Superiores em operar a superação do

precedente sempre de forma retrospectiva, isto é, de *retrospective overruling*.

Se, por um lado, tal modelo oferece vantagens quando o precedente novo é mais benéfico, de outro, apresenta grave prejuízo ao acusado na hipótese de o novo entendimento ser prejudicial.

É o caso, por exemplo, da recente consolidação do entendimento, por parte do STJ, de que o cometimento de falta grave figura causa interruptiva na contagem para o prazo de progressão de regime. Assim, No julgamento do EREsp 1.176.486/SP, a Terceira Seção STJ uniformizou entendimento no sentido de que a prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe a contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios que dependam de lapso de tempo no desconto de pena, ressalvado o livramento condicional e a comutação de pena.

O novo entendimento corresponde à interpretação atualmente dada aos arts. 112 e 118, inciso I, da Lei n. 7.210/84, em razão da alteração sofrida por meio da Lei n. 12.433, de 29 de junho de 2011. O novo precedente contraria o quanto vinha sendo reiteradamente afirmado pela 6ª Turma do STJ, que não promovia a interrupção da contagem de prazo (HC 181568 / RS).

Outro exemplo que se se pode citar é a equiparação do sinal de TV ao conceito de energia elétrica descrito na norma de equiparação trazida pelo § 3º do art. 155, CP, que se consagrou no julgamento do HC 17867 / SP, pelo STJ. O referido entendimento ampliava o alcance do tipo penal para abranger condutas praticadas antes da formação do novo precedente.

Sobre o assunto, é importante trazer o entendimento de MARCUS VINICIUS BOSCHI, segundo o qual a alteração prejudicial e retrospectiva do precedente não pode alcançar a conduta típica e ilícita em razão da exclusão de culpabilidade pelo erro de proibição invencível<sup>100</sup>. Explica-se.

Segundo o autor, a existência do crime não depende, unicamente, da verificação do fato típico e ilícito, sendo "imprescindível, ainda, que tenha ele conhecimento de seu agir e consciência de que sua ação/omissão é contrária ao Direito"<sup>101</sup>, sob pena de incorrer em erro sobre a ilicitude do fato, motivo de exclusão da culpabilidade na forma do art. 21, CP.

Trata-se de raciocínio que se coaduna com a estrutura tripartida de delito, de modo que, tendo sido o precedente formado somente após a prática da conduta, não haveria como se exigir do acusado que supusesse a ilicitude de seu comportamento já que os próprios Tribunais Superiores, quando da prática da conduta, afirmavam a sua atipicidade.

Deste modo, trata-se de um desconhecimento da proibição invencível ou justificável, que acarreta, nos moldes do já referido art. 21, CP, a exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição.

---

<sup>100</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **A retroatividade da jurisprudência penal mais benigna**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 169.

<sup>101</sup> BOSCHI, Marcus Vinicius. **A retroatividade da jurisprudência penal mais benigna**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 169.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Em razão de tudo o quanto exposto nas linhas acima, cumpre destacar que:

A. O Brasil não se filia, especificamente, às tradições da *civil law* e da *common law*, revelando, em seu sistema jurídico, características relacionadas a ambas famílias culturais, o que se verifica tanto com base no apego ao texto de norma quanto a partir da constante modificação semântica operada pelos magistrados, em nítido processo de ação criativa.

B. Seguindo a metódica constitucional proposta por Friedrich Müller, conclui-se que o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal não pode ser interpretado restritivamente, uma vez que não existe norma jurídica senão enquanto norma interpretada, de modo que os poderes de retroatividade benéfica devem ser conferidos à norma, e não à lei, como poderia conduzir uma interpretação puramente gramatical do referido dispositivo.

C. As técnicas de *retrospective overruling* e de *prospective overruling*, percebidas da teoria dos precedentes, podem ser compatibilizadas com a sistemática interpretativa própria do direito penal, trazendo úteis informações no âmbito dos efeitos das decisões que promovem a superação de precedentes em matéria criminal.

D. Há que se afirmar, portanto, a retroatividade e a ultratividade benéficas da jurisprudência penal, bem como a impossibilidade de retroatividade jurisprudencial gravosa, fato este que, em ocorrendo,

tornará forçoso o reconhecimento da exclusão da culpabilidade em razão do erro de proibição inevitável.

## **REFERÊNCIAS.**

BOSCHI, Marcus Vinicius. **A retroatividade da jurisprudência penal mais benigna**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, n. 90.

GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Forum, 2009, n. 68.

MARINS, Lucas Belloc. **A sistemática da teoria do precedente judicial e a gradual introdução dos princípios da *common law* no direito brasileiro**. Disponível no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Belloc%20Marins%20-%20versão%20final.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2012.

MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Peter Naumann (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão. Disponível no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** - Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSAS, Roberto. Jurisprudência. Súmula. Direito sumular. In: **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. - Ano 18, n. 21 (jan./jun. 2002) (BGF).

GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008.

YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZANETI Jr., Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.