

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**IRRETROATIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO
JURISPRUDENCIAL MAIS GRAVOSA DA NORMA
PENAL**

Tharik Diogo

Orientador: Prof. Dr. Víctor Gabriel de
Oliveira Rodriguez

Ribeirão Preto

2013

THARIK DIOGO

**IRRETROATIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO
JURISPRUDENCIAL MAIS GRAVOSA DA NORMA
PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Víctor Gabriel De Oliveira Rodríguez.

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Tharik Diogo

Irretroatividade da interpretação jurisprudencial mais gravosa da norma penal. / Tharik Diogo – Ribeirão Preto, 2013

106 p. ; 30cm

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez

Nome: DIOGO, Tharik.

Título: Irretroatividade da interpretação jurisprudencial mais gravosa da norma penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

A Deus primeiramente, em Quem confio e devo minha vida;

A Elas, que sempre estiveram do meu lado;

*E a Ela, com amor, por retribuição de todo o carinho, companheirismo e
amizade que me devotou.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente a Ela, Mila, minha amiga, minha companheira nos momentos difíceis e nos de alegria que esta aventura na cidade de Ribeirão Preto como universitário me proporcionou. Todos os momentos que passamos juntos me mostraram sua alegria, garra e força moral impressionante, que me fizeram me apaixonar e querer compartilhar todos os meus sonhos com ela e retribuir o bem que ela me faz.

Agradeço a Elas, Carolina e Thalita, mãe e irmã amorosas, minha família amada. Mulheres de fibra e que me ensinaram o verdadeiro significado de ser um homem de princípios. Obrigado por me apoiarem incondicionalmente desde início e me manterem forte quando as dificuldades vieram.

Agradeço ao meu amigo Dr. Eduardo Maimone Aguillar, que me incentivou desde o começo quando tive a ideia de escrever sobre a irretroatividade da interpretação jurisprudencial mais gravosa da norma penal, debatendo teses e me fornecendo os primeiros materiais de estudo para a dissertação.

Agradeço à Dra. Maria Cláudia de Seixas, a quem sou eternamente grato, pela oportunidade que me deu de conviver e trabalhar em seu escritório e por me mostrar toda a sua sagacidade e tirocínio como advogada criminalista e sua paixão pelo que faz.

Agradeço, por fim, ao meu tio, Dr. Carlos Roberto Diogo Garcia, que sempre me deu poucos, mas bons conselhos neste meu empreendimento, e a quem sou admirador confesso.

A questão não é saber, pois, se um homem é forte ou fraco, mas se pode aturar a medida de sofrimento, moral ou físico, não importa, que lhe é imposta.

J. W. Goethe – Os Sofrimentos do Jovem

Werther

RESUMO

O princípio da irretroatividade da lei penal, esculpido na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXIX e XL, é corolário da proteção do cidadão frente aos arbítrios do Estado, podendo ser entendido como consequência necessária do princípio da reserva legal e da taxatividade da lei penal, e todos são desdobramentos do princípio da legalidade penal. Neste sentido, fácil entender que uma lei em sentido formal não poderá retroagir no tempo, salvo para benefício do réu, contudo, controvertido é o entendimento se a jurisprudência fortemente consolidada, que venha a alterar o sentido de uma norma penal, poderá retroagir em malefício do réu. Para elucidar essa divergência buscou-se amparo na teoria positivista kelseniana, e o conceito de norma jurídica que dela advém, entendendo assim, a função criadora e reveladora do direito pela interpretação normativa do intérprete autêntico, e de que forma tal interpretação toma contornos de norma geral quando feita pelos Tribunais Superiores em casos concretos que demonstram certa indeterminação especial da norma geral a ser aplicada, neste sentido a significação dada pela norma concreta à norma geral não pode mais ser desconectada em sua leitura, integrando seu núcleo de significação. Para demonstrar este processo interpretativo de uma norma individual e concreta feita pelo intérprete autêntico para uma norma geral e abstrata, analisamos o *Habeas Corpus* nº 81.611 do Supremo Tribunal Federal, que considerando o crime contra a ordem tributária, tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90, crime de resultado e não

material, alterou, por consequência, o seu momento consumativo para o momento do lançamento definitivo do crédito tributário feito ao final do Processo Administrativo, interferindo, assim, o cálculo prescricional de delitos que já tivessem sido cometidos antes do advento dessa nova corrente jurisprudencial. Demonstrando assim, a interferência da jurisprudência em definições típicas penais, e desta forma, se não for observado igualmente o postulado da irretroatividade, agora sim, da norma penal, observar-se-á burla oblíqua às garantias constitucionais do cidadão.

Palavras-chave: Interpretação normativa. Interpretação jurisprudencial. Norma penal. Princípio da Irretroatividade. Irretroatividade da jurisprudência. HC nº 81.611 STF.

ABSTRACT

The principle of non-retroactivity of criminal law, established in the Federal Constitution on its Article 5, XXXIX and XL, seeks to protect citizens against unjust acts of the State, and may be understood as a necessary consequence of the principle of legal reserve and exhaustive criminal law, originated from the idea of criminal legality. On this sense, it is easily understood that a law, on its formal sense, should not retroact, except for the benefit of the defendant. However, the issue is understanding the whether case law strongly consolidated, may interpretate criminal rules as to apply them retroactively against the defendant's best interest. To clarify this discrepancy we sought arguments within Kelsen's positivist theory, and its concept of legal rule, which spectrum is obtained by exercise of an authentic interpreter, and how such interpretation becomes a general rule when provided by higher courts, especially when hearing a case in which the general rule has an uncertain significance. Once an interpretation is provided by higher courts, it becomes imperative to follow such interpretation in order to reach the correct meaning of the general rule, since the courts' decision becomes an inseparable part of the core rule significance. To demonstrate this interpretation process of a individual and concrete norm made by authentic interpreter for a general and abstract norm , we analyzed the habeas corpus no. 81,611 of the Brazilian Supreme Court, considering that the crime against the tax , as defined in art . 1 of law 8.137/90, a crime considered of result and not material, altered,

therefore consummate moment to the final release act of the tax credit taken on completion of administrative procedure, interfering thus calculating limitation of offenses already had been committed before the advent of this new current jurisprudence. Thus demonstrating the interference of typical settings in criminal law, and thus, if not also observed the postulate of retroactivity, today understood as a criminal standard, it shall notice an indirect breach of citizens' constitutional guarantees.

Keywords: Normative Interpretation. Judicial interpretation. Criminal standard. Non-retroactivity principle. Non-Retroactivity jurisprudence. HC nº 81.611 Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A INTERPRETAÇÃO.....	20
1.1 Subprincípio da Reserva Legal.....	24
1.2 Subprincípio da Taxatividade.....	27
1.3 Subprincípio da Irretroatividade.....	30
2 NORMA JURÍDICA PENAL COMO ESQUEMA DE INTERPRETAÇÃO.....	36
2.1 Norma Jurídica como Esquema de Interpretação.....	36
2.2 Norma Jurídica e Linguagem.....	37
2.3 Esquema Escalonado do Direito e a Moldura da Norma Jurídica.....	42
2.4 O Intérprete Autêntico.....	45
2.5 A Jurisprudência como Fonte do Direito.....	51
2.6 Criação de Norma Geral pelos Tribunais.....	54
2.7 Interpretação da Norma Penal e o Princípio da Taxatividade da Lei Penal.....	57
2.8 Interpretação da Norma Penal e o Princípio da Irretroatividade da Lei Penal.....	60
2.9 Posicionamentos Quanto à Irretroatividade da Interpretação Jurisprudencial da Norma Penal.....	69
3 ANÁLISE DO <i>HABEAS CORPUS</i> N° 81.611-8.....	74
3.1 Introdução.....	74

3.2 O Julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 81.611-8.....	76
3.2.1 Voto Condutor.....	78
3.2.2 Votos que Seguiram o Condutor.....	82
3.2.3 Análise Crítica do Voto Condutor.....	83
3.2.4 Votos Divergentes.....	89
3.2.4.1 Voto Vista da Ministra Ellen Gracie.....	89
3.2.4.1.1 Análise Crítica do Voto da Ministra Ellen Gracie.....	90
3.2.4.2 Voto Vista do Ministro Joaquim Barbosa.....	92
3.2.4.2.1 Análise Crítica do Voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	93
3.2.4.3 Voto do Ministro Ayres Britto.....	94
3.3 Conclusão da Análise do Julgado.....	94
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS.....	103

INTRODUÇÃO

Na vivência dentro de um escritório de advocacia criminal aprendemos muitas coisas, dentre elas, e talvez a mais importante, é ler o processo criminal como se fosse um romance, buscando encontrar e criar teses defensivas, e ainda mais, acreditar nelas.

Foi assim que me deparei com a tese da irretroatividade da interpretação jurisprudencial mais gravosa da norma penal, em especial da corrente jurisprudencial criada a partir do HC 81.611 do Supremo Tribunal Federal.

Não foi difícil me interessar e acreditar nela, pois seu conteúdo de filosofia do direito era patente, além da forte discussão de direito material penal, matérias que sempre me encantaram no curso de Direito. Era claro, entretanto que para trazer essa tese para dentro do mundo acadêmico deveria tomar como base um forte marco teórico, afinal não é um tema amplamente discutido e aceito na doutrina.

Neste sentido, não era de difícil compreensão também, que esse marco teórico deveria ser o positivismo kelseniano, pois o postulado constitucional da proibição de irretroatividade penal, trazido na Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XL, é categórico em dizer que a “lei” penal não retroagirá salvo em benefício do réu, sendo assim necessitava de alguma teoria que ampliasse esse sentido de lei para um que abrangesse a jurisprudência fortemente consolidada pelos Tribunais.

Assim, encontrei na norma jurídica, objeto de análise e estudo de Hans Kelsen, exatamente o que precisava. Kelsen afirmava que a norma jurídica funciona como um esquema de interpretação, da qual uma norma inferior tira sua validade da norma superior, e assim subseqüentemente. A norma, pois, deriva de uma interpretação normativa, não há um conteúdo único no substrato normativo, algo como um grau zero de significação, nem tampouco uma norma necessariamente deva ter algum substrato ou derivar apenas de um substrato textual.

Sendo assim, qual seria o conteúdo normativo, ou melhor, qual seria a norma construída a partir da lei penal, que estaria proibida de retroagir, sendo que existem diversas possibilidades interpretativas dentro do quadro normativo? De certo, esta norma que contém esta proibição será aquela adotada pelo sistema jurídico como a mais adequada, e somente um intérprete autêntico poderá dizer qual é ela, os Tribunais Superiores têm a competência de dizer em última instância qual é a norma mais adequada dentro das possibilidades normativas contidas na moldura.

Nessa linha de raciocínio, quando a jurisprudência fortemente consolidada revela a significação especial que um determinado tipo penal deva ter, ela reveste este texto de conteúdo, completando-o, elegendo uma única norma dentro das possibilidades do quadro normativo como a mais adequada. Assim, este determinado tipo penal não poderá mais ser lido no sistema sem aquela interpretação normativa dada a ele pelos Tribunais Superiores, ela será a norma vigente.

Para demonstrar esta situação trouxemos a baila o julgamento do HC 81.611 do STF, que alterando uma jurisprudência fortemente aceita, fez

crer que os crimes contra a ordem tributária tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90 são crimes de resultado, e para tanto precisam da confirmação do resultado danoso para se consumarem, que somente podem ser auferidos pelo lançamento definitivo do crédito tributário ao final do Processo Administrativo. Assim seu momento consumativo se alterou; da fase de execução do crime, para a fase de retificação do resultado danoso, mudando por consequência toda uma cadeia prescritiva de crimes que foram cometidos sobre a vigência da jurisprudência anterior, trazendo malefícios a réus que já teriam seus crimes prescritos de acordo com a norma vigente anterior, e pela norma atual sequer seus crimes estariam consumados.

Foi de acordo com esses postulados e sobre o enfoque deste caso em particular, de mudança de uma jurisprudência consolidada para ou jurisprudência consolidada, alterando a norma vigente no sistema, que buscamos defender a tese da irretroatividade da interpretação mais gravosa da norma penal.

1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A INTERPRETAÇÃO

Não é de agora que se busca evitar subjetivismos na aplicação do direito, através da tão sonhada e almejada objetividade e clareza das normas, equiparando, assim, todos os cidadãos perante o Estado julgador, e evitando arbitrariedades que afrontam os princípios e garantias fundamentais do homem e do cidadão.

Em Roma não havia uma divisão clara do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, divisão essa que só se aperfeiçoou com Montesquieu no Iluminismo, sobretudo na esfera penal os pretores gozavam de enorme discricionariedade na definição dos crimes e imposição de penas. Na Idade Média o direito penal tomou contornos ainda mais repressores, a nobreza controlava o aparato punitivo e o guiava ao seu bel prazer, sem qualquer tipo de controle, já no Absolutismo o Estado soberano se personificava na pessoa do rei e era ela quem dizia o direito em última instância, sua palavra era a lei, e a nobreza manteve seu controle da persecução criminal sem uma definição clara de seus limites. Daí veio a necessidade de se restringir a arbitrariedade no âmbito criminal, movimento que se consolidou nas reformas políticas da Revolução Francesa no século XVIII, culminando na identificação de um direito individual do cidadão no brocardo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, não haverá crime e nem imposição de pena sem lei anterior que os definam (MAXIMILIANO, p. 320).

Por essas razões que a interpretação das leis nem sempre foi tema bem visto no cenário jurídico, justamente por se imaginar que o intérprete

possa dar o significado que lhe seja mais conveniente ao texto legal, gerando discrepâncias em sua aplicação e conseqüentes arbitrariedades por parte dos juízes.

No Iluminismo se acreditava que o juiz apenas teria a função de subsumir o fato natural à lei, numa operação silogística, assim, era mero aplicador matemático do direito, já que se tinha por premissa a clareza da lei e que somente por ela poderia se garantir a igualdade.

Essa visão sobre a interpretação está bem caracterizada no pensamento de Beccaria, para ele os juízes não teriam o direito de interpretar a lei penal pela razão de não serem legisladores, argumentando:

“Qual será, pois o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e não o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem praticou ou não um ato contrário às leis”
(BECCARIA, pág. 11).

Ignoravam assim totalmente a função criadora do direito pelo Poder Judiciário, e acreditava na aplicação lógica do Direito em uma operação silogística, da premissa maior sendo a lei, a premissa menor sendo o fato natural, e a conseqüência sendo a aplicação da sanção prevista ou não.

Contudo, essa visão era plenamente justificável pelo momento histórico em que se desenvolveu, no qual o poder sobre as leis e sua aplicação era instrumento de opressão à vida, à liberdade e a outros bens do indivíduo (DOTTI, pág. 247).

O Direito Penal no Antigo Regime passou por um longo e obscuro período, e as injustiças e insegurança jurídica eram tantas que Voltaire chamava os magistrados de bárbaros de toga.

Luiz Régis Prado discorre:

“O absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror” (PRADO, pág. 95).

Contra esses excessos viu-se a necessidade de se priorizar a segurança jurídica por meio da criação de leis taxativas e válidas igualmente para todos os cidadãos, acreditava-se que somente por meio delas poderia se atingir o ideal de justiça e igualdade no ordenamento jurídico, e daí veio a proibição de se interpretar a lei ou até mesmo comentá-la, criando assim “norma nova” com a ação interpretativa. Essa nova fase advém do Iluminismo, concepção filosófica na qual se acreditava na difusão da razão para dirigir o progresso da vida humana em todos os seus aspectos, e sobre ela discorre Prado:

“Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva” (PRADO, pág. 96).

Daí resultou *“a possibilidade de se tornar puramente lógica ou mesmo automática a intervenção do juiz de modo a garantir a perfeita certeza do direito”* (GOMES, p. 30), essa nova concepção é fruto do espírito de uma época racionalista, isto é, é filha de seu tempo, pois a crença de que a razão humana supera qualquer outra força prevalecia, e dela viria a habilidade

legislativa para se *“formular as leis de modo tal que fornecesse uma norma unívoca para todos os possíveis eventos da vida, ou seja, que contivesse, em seu texto, todo o significado normativo do crime e da sua respectiva punição”* (GOMES, p. 30).

Eis a gênese do princípio da legalidade penal, que representou, sobretudo, a quebra do paradigma do absolutismo na persecução criminal, limitando a atividade repressora do Estado Leviatã sobre um dos mais importantes direitos fundamentais do ser humano, a liberdade.

Assim o cidadão só podia ser condenado às penas de um crime se com ele houvesse um justo enquadramento do seu ato às circunstâncias fáticas descritas no tipo penal. Repudiando-se qualquer possibilidade de interpretação do magistrado na hora da aplicação das leis, buscando o então chamado “espírito da lei”, vinculando o juiz ao silogismo jurídico matemático: fato – norma – consequência, evitando *“que fossem reabertas as portas à incerteza jurídica, à desigualdade, às arbitrarias limitações da liberdade”* (GOMES, p. 7).

O princípio da legalidade penal a partir de então passa a se desenvolver, revelando-se como princípio basilar em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive chegando a ser-lhe atribuída, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, a característica de garantia fundamental.

Nesta esteira, Madrid Conesa caracteriza o princípio da legalidade penal como um princípio externo ao Direito Penal, que dá suas balizes e o informa, sendo verdadeira Magna Carta do Direito Penal, protegendo o cidadão livre frente as arbitrariedade punitivas do Estado Leviatã (MADRID CONESA, p. 37).

Aprimorou-se, então, sua estrutura, passando a ser compreendido como princípio maior do qual emanam três subprincípios: reserva legal; taxatividade e anterioridade da lei penal. Não no sentido de que esses subprincípios, por assim dizer, são apenas consequências da legalidade penal, mas são em si sua essência, não podendo ser lida sem a incidência atuante dessas vertentes (POLAINO NAVARRETE, p. 399).

Cabe, por fim, uma análise sobre cada uma dessas vertentes e/ou subprincípios da legalidade penal, para posteriormente podermos discutir o alargamento da irretroatividade da lei penal.

1.1 Subprincípio da Reserva Legal

O princípio da reserva legal assegura que os tipos penais somente possam ser formulados ou alterados mediante lei, reservando assim ao Poder Legislativo a elaboração das normas penais, que representam a mais séria interferência do Estado nas garantias individuais do cidadão, isto é, na sua liberdade.

Tem sua origem no pensamento ilustrado, e emerge com inegável conteúdo político de limitação ao poder de punir do Estado. Neste sentido, a razão fundamental deste postulado é dar legitimidade às restrições de ordem penal, que configuram limitações à liberdade do cidadão em seu grau máximo, através da competência absoluta do órgão com representatividade da vontade popular por excelência, o Legislativo.

Através da competência exclusiva do Poder Legislativo para legislar em matéria penal, a reserva legal exige que tanto o delito como a pena estejam previstos em lei, em sentido formal, excluindo-se qualquer outro diploma legal inferior a ela. Sendo assim, *“consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada”* (PRADO, p. 160). Essa garantia procedimental deriva das maiores exigências para a aprovação de lei do que de outros instrumentos legislativos, garantindo assim a publicidade necessária para um controle efetivo da opinião pública, bem como a possibilidade das minorias influírem na elaboração das leis que tratem sobre temas tão caros como a restrição de liberdades.

Conclui-se, portanto, que ao se atribuir, mediante o princípio da reserva legal, *“o monopólio da criminalização ao Poder Legislativo, evita-se, por um lado, uma possibilidade de arbítrio por parte do Poder Judiciário, posto que ficam restringidas as fontes substanciais e subordinado o juiz à lei”* (GOMES, p. 12).

Porém, como explicaremos mais a miúdo no decorrer do próximo capítulo, o Poder Judiciário tem papel fundamental na revelação da significação do conteúdo normativo, posto que não há um grau zero de interpretação nas normas, haja visto que a racionalização pretendida pelos iluministas na elaboração legislativa não é de todo possível, pois o material para se produzir leis é a linguagem, que por si só contém indeterminações intrínsecas.

Neste sentido, o intérprete autêntico, em última instância os Tribunais Superiores, é quem dirá o significado da norma dentro do

ordenamento, o que não significa dizer que as arbitrariedades do Antigo Regime estão em voga novamente, pois o intérprete está atado a um esquema interpretativo imposto pelo substrato legal, não poderá extrapolá-lo utilizando-se de elucubrações interpretativas, correndo o risco de corromper a moldura que a norma impõe. Caberá a ele, dentro das possibilidades interpretativas que a moldura da norma delimitará, escolher uma única interpretação da norma, dando significação especial àquela lei, e assim tornando-a vigente e com expectativas de aplicação dentro do ordenamento.

Por derradeiro, na esfera da elaboração das normas penais, o intérprete deverá se ater com muito mais zelo aos limites impostos pela moldura delimitada no substrato legal originário do Legislativo, já que se assim não fosse corromperia outra coisa além da maleabilidade interpretativa advinda da linguagem: o subprincípio da reserva legal, que tem em seu cerne justamente a competência do Legislativo para criar e alterar as leis de conteúdo penal. Há casos, contudo, que por mais que o intérprete se atenha com muito cuidado ao substrato legislativo, a norma penal padece de considerável indefinição, e somente através da atividade reveladora de significado que o intérprete empreenderá que a norma penal se colocará no ordenamento jurídico com expectativas de aplicabilidade.

Sendo assim, o princípio da reserva legal é sim um preceito fundamental de caráter garantidor e limitador da atividade punitiva do Estado, o que se aplica conseqüentemente ao Poder Judiciário, que deverá obedecer ao postulado, não criando ou alterando tipos penais, porém deverá agir especialmente quando esses tipos penais necessitem de singular revelação de seu conteúdo, ou seja, quando algum elemento do tipo estiver obscurecido

pela linguagem empregada em sua formulação. Exemplificando, é o que ocorreu no caso do HC 81.611 em que o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que os crimes contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90, são crimes de resultado, o que acabou por alterar o seu momento consumativo (elemento normativo do tipo que estava obscurecido pela linguagem empregada), já que o crime a partir de então se consumaria com o lançamento definitivo do tributo ao fim do processo administrativo, configurando assim o resultado lesivo.

1.2 Subprincípio da Taxatividade

O subprincípio da taxatividade tem conteúdo garantista de índole material, isto é, exige que a norma penal incriminadora forneça todos os elementos para se identificar o fato punível dentre aqueles fatos naturalísticos que se desenvolvem na sociedade, busca a clareza da norma para que seja acessível o reconhecimento da correspondência do tipo penal com o evento tido por delituoso, e que a consequência desse justo enquadramento seja uma pena determinada ou determinável.

Isso decorre do almejo iluminista de racionalidade absoluta na formulação das normas penais incriminadoras, a clareza dos limites da norma e sua taxatividade quanto ao pressuposto para a consequência punitiva, evitariam a ingerência do intérprete e aplicador das normas, protegendo o cidadão de eventuais arbitrariedades. Ou seja, se a norma for clara o suficiente para que não haja margens de interpretação ao aplicador, o cidadão terá a

certeza quase absoluta de que se praticar uma ação tipificada caberá a ele uma consequência determinada, uma pena justa, e que será igualmente dada a qualquer outro que cometer o mesmo ato. Esta ideia se reduz ao brocardo jurídico “*in claris non fit interpretativo*”, isto é, no que é claro não cabe interpretação, que tem fundamento político, pois a determinação de que as normas sejam claras e inequívocas protegem o cidadão do arbítrio do Estado punidor que não terá margens para lhe tolher a liberdade além daquelas que lhe foram dadas taxativamente.

É neste sentido que este princípio se interliga ao anterior, da reserva legal, pois se foi reservado ao legislador a competência absoluta para definir tipos penais e penas aplicáveis, a utilização de vagueza e imprecisão em sua construção, alarga as margens de atuação do intérprete aplicador, isto é, do Judiciário, para a determinação do conteúdo da norma (PALAZZO, p. 39).

É exatamente o que ocorre no caso do art. 1º da Lei 8.137/90, *in verbis*:

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.”

Observamos que pela simples leitura do tipo penal não é possível identificar sem um esforço interpretativo se para a consumação do delito é necessária a definitividade da constituição do crédito tributário, isto é, se a supressão ou redução do tributo deve ser confirmada pelo processo administrativo para se ver consumado o delito. Sendo assim coube ao Judiciário a definição do momento consumativo do delito, classificando-o como crime de resultado, e assim, exigindo a confirmação do resultado delitivo de supressão ou redução do tributo pelo fim do processo administrativo, para que então o Estado possa dar prosseguimento à persecução criminal.

Ora, é claro, então, que o ideal ilustrado de perfeccionismo da norma pela taxatividade do tipo penal é impossível, visto que a linguagem, material empregado para a construção dos tipos, é por si só imprecisa, e necessita de interpretação até nas construções mais simples, quanto mais nos casos complexos que a linguagem obscurece o sentido e o intérprete deve procurar iluminá-la, buscando sua significação.

Por certo, igualmente, é desaconselhável ao intérprete aplicador ao se deparar com uma norma penal que necessita de singular significação dada por sua interpretação, buscar essa significação além do limite que o texto substrato propõe, pois assim corromperia a norma indo além da moldura normativa e assim confirmando a temeridade inicial que o princípio da taxatividade se pautou.

Nesta esteira, o princípio da taxatividade tem papel fundamental, guiando o legislador para a construção de tipos penais os mais claros possíveis, buscando sua inequívoca compreensão, e limitando a atividade

criadora do Judiciário na seara penal, pois como bem postulado foi pelo princípio da reserva legal, esta é uma função do órgão institucional dotado de representatividade popular por excelência, o Legislativo.

Isso, contudo, não nos pode levar a conclusão de que o juiz não exerce função criadora da norma, por mais que a taxatividade limite sua atuação, não se pode acreditar num perfeccionismo normativo em que ao intérprete caiba uma aplicação mecânica da norma; suas imprecisões (do texto normativo) são inevitáveis, e decorrem da imprecisão intrínseca da linguagem como veículo normativo. Assim em casos especiais em que por mais que se tentasse uma inequívoca compreensão do texto do tipo penal, pairou sombras de dúvida e o Judiciário foi chamado a esclarecê-la, dotando a significação que deu ao conteúdo normativo singular relevância, pois assim revestiu o texto com ela dando-o aplicabilidade, e como veremos, caráter de precedente, que deverá ser entendido dentro do contexto da irretroatividade da lei penal para que se assegure um postulado fundamental de qualquer ordenamento jurídico: a segurança jurídica.

1.3 Subprincípio da Irretroatividade da Lei Penal

A irretroatividade da lei penal em prejuízo do réu é uma conclusão necessária dos outros dois subprincípios, ora, por mais que se garanta ao cidadão que os tipos penais sejam formulados apenas e tão somente por lei, em sentido estrito, e que esses tipos devam ser claros e unívocos, no sentido de que se permita uma simples e possível compreensão de ato e consequência,

nada adiantaria se esses tipos penais taxativos e formulados mediante a lei sejam aplicados retroativamente, podendo o Estado punidor instituir tipificações em decorrência de atos praticados anteriormente, perdendo-se assim a segurança jurídica tão almejada e, além disso, o significado de uma das funções da pena, qual seja, a de prevenção geral, pois a tipificação de um fato natural que já aconteceu no mundo fenomênico em nada contribuirá para influir em sua não ocorrência, visto que já ocorreu.

Por isso dizer que a retroatividade da lei resultaria, em última instância, num contexto em que uma determinada conduta seja praticada em um momento em que se verifica a mais absoluta impossibilidade do indivíduo conhecer os futuros dispositivos legais e, assim, prever suas consequências, o que faria com que as leis perdessem o seu atributo de generalidade e deixassem de ser abstratas, passando a ser opressoras.

Este princípio impõe desta forma que nenhum cidadão será incriminado em decorrência de uma lei que teve sua vigência após o cometimento do suposto fato delituoso. Nos termos da Constituição Federal, art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, resumindo-se no brocardo jurídico: “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”.

Neste sentido uma lei que visa ser aplicada a casos com ocorrência anterior à sua vigência perde sua função diretiva, “*não é racional pretender responsabilizar alguém por um ato cujas consequências jurídicas negativas não podia conhecer no momento da sua realização*” (GOMES, p. 22).

Implica igualmente na motivação do princípio da irretroatividade da lei penal, além da segurança jurídica e da racionalidade, a culpabilidade do

autor do fato penalmente reprovável que ficaria prejudicada sem uma consciência possível da ilicitude de sua ação, bem como as exigências de prevenção geral e especial da pena que ficariam sobremaneira prejudicadas.

Quando há a não observância deste postulado, nas palavras de Reale Jr., *“instala-se o arbítrio, pois o detentor do poder torna crime a ação lícita de ontem para alcançar os dissidentes, que tendo agido no campo da licitude, acordam no dia seguinte como autores de um delito recém definido”*(REALE JR., p. 100).

Há de se frisar, entretanto, que não é apenas a criação de tipos novos que não deva retroagir prejudicando o réu, mas qualquer inovação legal de ordem penal que implique numa consequência negativa ao réu deve se restringir a sua aplicação posterior, como por exemplo um aumento de pena; condições piores para progressão de regime; mudança na contagem da prescrição.

É exatamente neste último exemplo que se enquadra o julgamento do HC 81.611, que ao definir o crime contra a ordem tributária, tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90, como crime de resultado e assim exigindo o final do processo administrativo para se concretizar o resultado lesivo, criou verdadeira mudança no momento da consumação do delito, alterando sua contagem prescricional, visto que o delito passa a se consumir com o advento da certeza do resultado lesivo, ou seja, o lançamento definitivo do crédito tributário pelo final do processo administrativo. Sendo assim, a jurisprudência veio modificar a significação que se dava ao tipo penal, criando nova norma, pois o artigo 1º da referida lei não poderia ser lido sem essa nova interpretação. Por consequência, se se aplicasse esse novo entendimento em

casos anteriores ao advento desse julgado paradigma, em que o delito esteja consumado pela contagem prescricional anterior, violar-se-ia por via oblíqua o postulado da irretroatividade da lei penal.

Por isto dizer que a mais recente inovação quando se fala em princípio da legalidade penal é justamente na seara deste último subprincípio mencionado: a irretroatividade da lei penal, na qual buscamos defender seu alargamento, no sentido de entendê-lo como proibição de retroatividade da norma penal, e não só da lei penal, já que como irá se demonstrar, não há mais o mesmo receio da atividade criadora dos Tribunais, pois reconhecesse nela elemento primordial de revelação do conteúdo da norma para o sistema jurídico.

Nesta esteira, a discussão acerca da proibição de retroatividade da interpretação jurisprudencial da norma penal só se faz necessária porque há certa inobservância do princípio da taxatividade, caso houvesse maior cumprimento ao postulado legal no sentido de se dar um sentido o mais possível do unívoco ao texto legal, o Judiciário não precisaria lançar mão de meios interpretativos que dessem singular significação ao que estivesse obscurecido no substrato legislativo.

Sanguiné aponta neste sentido igualmente: *“O problema da possível irretroatividade das variações na interpretação jurisprudencial é, em verdade, um problema de maior ou menor determinação da lei penal”* (SANGUINÉ, p. 161).

Assim quanto mais à lei é determinada menor é a moldura que se produz da norma, estreitando a função criadora do intérprete, pois menos possibilidades interpretativas estarão presentes dentro deste quadro normativo

interpretativo. Reduzindo, por conseguinte, “*a concorrência do judiciário na atividade de criação normativa*”. (SANGUINÉ, p. 161).

Ora, se se busca a segurança jurídica com o princípio da irretroatividade da lei penal, esta igualmente estaria sendo vilipendiada tanto pela aplicação retroativa de lei que seja mais maléfica ao réu em comparação a com a lei com vigência na época do fato tipo por delituoso, como se esse agravamento da situação do réu se desse por nova interpretação jurisprudencial que em diferença com a corrente dominante na época dos fatos que ensejaram a persecução criminal prejudicou o acusado.

Este também é o posicionamento de Sena, que busca na máxima aplicabilidade dos preceitos constitucionais a base para sua defesa:

“Nessa linha de raciocínio, entende-se que o fim resguardado pelo legislador, quando da elaboração, da fixação dos valores contidos nesses princípios, foi o de garantir a todo custo a proteção do cidadão frente à arbitrariedade estatal, e, nesse mesmo diapasão, entende-se que essa garantia deveria estender-se também às interpretações jurisprudenciais, sob pena de se frustrarem as finalidades contidas em tais princípios. Para o cidadão é irrelevante se essa garantia venha resguardada por lei ou outro meio qualquer, o importante é que esse direito seja respeitado. Considerando que grande parte dos interessados nessa matéria tem mais acesso e confiança nas decisões judiciais do que na própria lei, esse direito – garantia – seria frustrado quando não observada a proibição da retroatividade do entendimento jurisprudencial mais gravoso.” (SENA, p. 203).

Da mesma forma não existe diferença racional¹ entre ter circunstâncias agravadas em um processo crime em decorrência de lei nova

¹ “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

em relação à época dos fatos ou de corrente jurisprudencial nova à época dos fatos. Tampouco se nega que não haja nenhum tipo de diferença na ineficiência da prevenção geral e especial quando lei nova institui ou agrava um crime que foi cometido anteriormente a ela ou quando uma nova interpretação agrava ou institui novo crime, visto que não é formado um juízo de reprovação na consciência social e individual do criminoso já que a época dos fatos sua conduta era legítima ou menos gravosa a sociedade do que considerada pela nova jurisprudência.

Visto isso, passa-se a uma análise da construção normativa penal pela jurisprudência, e suas consequências no âmbito penal, sobretudo no âmbito do princípio da irretroatividade da lei penal.

do indivíduo é psicologicamente indiferente que seja punido de forma retroativa imprevista ou 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.” (SANGUINÉ, p. 162).

2 NORMA JURÍDICA PENAL COMO ESQUEMA DE INTERPRETAÇÃO

2.1 Norma Jurídica como Esquema de Interpretação

A norma jurídica, segundo o positivismo kelseniano, é aquela que empresta significação jurídica a um determinado fato, isto é, um evento fenomênico perceptível dentro dos limites espaciais e temporais. O próprio fato não faz parte do mundo jurídico sem que a norma incida sobre ele, conferindo-lhe juridicidade, o fato, assim não constitui objeto da observação jurídica, nem tampouco de um conhecimento especificamente jurídico². Por assim dizer:

“o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”
(KELSEN, p. 04).

Assim, um evento no mundo natural apenas se torna um fato jurídico quando há uma norma que incida sobre ele, conferindo-lhe juridicidade. Contudo a norma não incide sobre um fato automaticamente, para que isso ocorra é necessário um processo de intelecção da norma ao fato, é preciso constatar se aquele fato se subsumi a norma. A norma, então,

² “O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico - não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma” (KELSEN, p.4).

emprestará significação jurídica ao fato, que a ele se refere o conteúdo da norma.

Este processo de intelecção da norma ao fato não é, contudo, um processo de simplesmente se dizer o direito aplicável como se fosse uma operação matemática, isto é, uma fórmula pela qual se obtém apenas uma resposta correta. A interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória. Neste sentido, o texto em que se exprime a norma não passa de vaso à espera de preenchimento, e este preenchimento se dá pelo processo de interpretação normativa.

2.2 Norma Jurídica e Linguagem

A norma jurídica, então, nada mais é do que a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo, “*interpretar a lei é revelar o pensamento que anima suas palavras*” (DOTTI, pág. 247). Isto é, como leciona Paulo de Barros Carvalho³, a norma é “*o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito*”, disso é passível a conclusão de que um único enunciado normativo poderá originar diversas interpretações, e por consequência diversas normas, igualmente válidas, tendo em vista as diferentes noções e contextos nos quais o indivíduo que a interpreta está situado.

³“*A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador. Ao enunciar os juízos, expedindo as respectivas proposições, ficarão registradas as discrepâncias de entendimento dos sujeitos, a propósito dos termos utilizados*” (CARVALHO, pág. 40).

O texto ou o conjunto de textos, então, são meros símbolos à espera de significação, é matéria que precisa ser trabalhada, é apenas ordenamento em potência, constitui dentro do esquema de interpretação apenas possibilidades de sentido, são normas potenciais, das quais o intérprete escolherá dentro dessas possibilidades uma norma única a ser aplicada; por essa razão que se afirma ser a interpretação do direito e sua aplicação um único processo contínuo, sem divisões estanques, interpretar a norma já é aplicá-la, e aplicar o direito é necessariamente interpretá-lo. Quando se interpreta os signos contidos no texto normativo, visa-se aplicá-los, mesmo que hipoteticamente; no mesmo sentido, quando se quer aplicar a norma precisa-se interpretá-la para revelar seu sentido oculto na linguagem.

Pela interpretação, conclui-se, se forma o ordenamento jurídico, é através deste processo intelectual que, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. Interpretar é atribuir significado aos símbolos linguísticos veiculados no texto normativo, dando-o vida e conferindo juridicidade a ele, isto é, mediante a interpretação que a norma emerge, ela insere o direito na realidade, operando-o no mundo do ser, sem ela o enunciado não passará de símbolos.

O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto, ou seja, a norma. Humberto Ávila afirma que o suporte fático das normas (o texto legal) é o objeto da interpretação, e a norma é o seu resultado, sendo assim, não existe equivalência entre texto legal e norma⁴.

⁴ “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”. (ÁVILA, pág. 30).

Esta não equivalência de texto e norma se desdobra em outras situações, além da multiplicidade de normas associadas pelas dúvidas interpretativas decorrentes do caráter linguístico do texto, pode ocorrer de um dispositivo não ter uma norma como seu resultado interpretativo; ou de uma norma não ter um dispositivo que lhe sirva de suporte; ou vários dispositivos poderão desenvolver (pelo processo de interpretação normativa) uma única norma; ou ainda, dois ou mais dispositivos serem sinônimos e se referirem a uma única norma; e por fim, um único dispositivo poderá conter em si mais de uma norma, não no sentido das possibilidades interpretativas da norma, mas sim em diversas naturezas de norma.

Essas construções podem-se exemplificar da seguinte forma^{5 6}:

(a) Um dispositivo contém múltiplas possibilidades interpretativas da norma dentro de seu esquema de interpretação estruturado pela moldura da norma, assim podemos representar – $D = N1? N2? N3?$ – é o exemplo de todas as normas, mesmo as mais claras.

(b) Um dispositivo não tem uma norma como seu resultado interpretativo – $D = ?$ – exemplificando tem-se a disposição constitucional que prevê a proteção de Deus, não há norma que decorra disso (ÁVILA, p. 30).

(c) Uma norma não tem um dispositivo que lhe sirva de suporte – $? = N$ – é o exemplo de muitos dos princípios constitucionais implícitos, como o da segurança jurídica e o da certeza do Direito (ÁVILA, p. 30).

(d) Uma norma decorre da junção interpretativa de diversos dispositivos, é o caso da Regra Matriz de Incidência doutrinada por Paulo de

⁵ GUASTINI, p. 34 – 43.

⁶ ÁVILA, p. 30 – 31.

Barros Carvalho, ou ainda o princípio do duplo grau de jurisdição que decorre da junção do sistema escalonado de competência dos Tribunais e da previsão recursal disposta pela Constituição Federal.

(e) Dois ou mais dispositivos referem-se a uma mesma norma – $D1 = N1$ e $D2 = N1$ – é o exemplo do princípio da legalidade estrita penal, art. 5º XXXIX e o da irretroatividade da lei penal, art. 5º XV, que são entendidos como complementares e levam ambas a uma mesma conclusão, isto é, uma mesma norma.

(f) Um dispositivo contém várias normas – $D = N1 + N2 + N3$ – é o que ocorre, por exemplo, em todos os tipos penais que são construídos por vários núcleos verbais.

Eros Grau ainda complementa acerca da interpretação normativa e a significação que empresta ao texto normativo⁷, sem a qual não subsiste, que a interpretação é o meio de expressão dos conteúdos normativos, é por ela que o texto é transformado em norma, construindo significado a partir do substrato fático, que é o enunciado, e ainda revestindo-o de especial significação de acordo com o contexto e valores empregados pelo intérprete. O que se aplica, desta forma, não é o texto legal, e sim a interpretação que se dá a ele, ou melhor, *“o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que resulta da interpretação”* (GRAU, p. 70)

⁷ *“A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello (...) que (...) é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que resulta da interpretação”* (GRAU, p. 70).

As normas, portanto, resultam da interpretação, são produtos dela. E o ordenamento jurídico é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. Os textos das leis, em sentido amplo, não passam, então, de *“ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa”*. (GRAU, p. 72).

Sendo assim, o enunciado linguístico contido nas leis, não dizem nada sem a ação interpretativa, *“somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas)”*. (GRAU, p. 73).

Pode-se dizer, então, que sendo o Direito essencialmente formado por linguagem e por consequência a norma advém de signos linguísticos, seu enunciado (da norma) é impreciso e implícito por sua natureza. Fabiana Del Padre Tomé⁸ trata do caráter linguístico da norma postulando que *“o direito positivo se apresenta na forma de um sistema de comunicação”*, o qual é constituído por três dimensões sógnicas, a primeira nada mais é que o substrato fático da norma, o texto normativo, a que se refere a algum objeto do mundo fenomênico (significado) e do qual extraímos um conceito ou juízo (significação), revestindo o significado de significação, conforme os valores, contextos e expectativas a que o intérprete está sujeito.

Resta concluir que, por não serem os signos linguísticos, quando unidos para veicular uma informação, imbuídos de um grau zero de

⁸ *“A concepção da teoria comunicacional do direito tem como premissa que o direito positivo se apresenta na forma de um sistema de comunicação. Direito é linguagem, pois é a linguagem que constitui as normas jurídicas. Essas normas jurídicas, por sua vez, nada mais são que resultados de atos de fala, expressos por palavras e inseridos no ordenamento por veículos introdutórios, apresentando as três dimensões sógnicas: suporte físico, significado e significação”* (TOMÉ, p. 40).

significação; e que uma vez sendo a lei derivada da linguagem, e por consequência desses signos, toda significação levará em conta o subjetivismo do intérprete, suas concepções ideológicas e políticas, seus preconceitos e predisposições. Assim, a certeza exegética iluminista de simples aplicação da lei pelos juízes é uma utopia, existindo sempre variações na aplicação da lei (todas elas válidas dentro do ordenamento jurídico) mesmo quando se tratar das formulações mais simples. E é apenas no momento em que o intérprete ilumina o texto que é possível verificar o significado que a norma contém (MANTOVANI, p. 68 – 69).

2.3 Esquema escalonado do direito e a moldura da norma jurídica

Desta imprecisão intrínseca à linguagem, que é a matéria do texto normativo, advém uma multiplicidade de possibilidades de interpretações da norma, contudo esta incerteza na interpretação é de certa forma limitada. Dentro do esquema escalonado do direito positivista kelseniano, a norma do escalão superior orienta a norma do escalão inferior dentro de uma moldura ou quadro, a ser preenchido por esta. *“Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado (...) é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”* (KELSEN, pág. 389).

Essa “abertura” dada pelo caráter linguístico do Direito está, desta forma, limitada pelo esquema escalonado do direito e pelo esquema de interpretação feito através da moldura, ou seja, não é absoluta. O intérprete estará de certo modo “atado” pela moldura intrínseca a norma, não se quer

dizer com isso que a moldura seja algo rígido ou imutável, é ela própria derivada de um processo de interpretação, mas que não poderá ser estendida além de seu potencial de maleabilidade, caso contrário, resultará na subversão do texto (GRAU, pág. 46).

Assim, embora não se discuta a discricionariedade na criação/produção da norma pelo intérprete, sobretudo pelo intérprete autêntico (expressão que veremos adiante), que *“de certa forma relativiza a supremacia absoluta da lei na função de dizer o direito, isso não autoriza desconsiderá-la.”* (GOMES, p. 39). O texto normativo é o substrato da norma, é um “ponto de partida”, a significação e alcance que se dará a ele (isto é, a própria norma) estará vinculada a uma “concretização possível”, dada pela limitação que a moldura impõe à interpretação normativa, de maneira que a decisão do juiz seja adequada, ou em outras palavras, subsumível ao seu substrato, não o corrompendo.

Esta limitação dada de uma norma superior para uma norma inferior, vinculando e influenciando em seu conteúdo é desenhado por Reale como uma “estrutura objetivada”, na qual essa objetivação se dá pela existência de uma norma que está em um patamar superior, não podendo a norma de um patamar inferior corrompê-la ou ir a sentido divergente aos delineados por sua objetivação (REALE, p. 242-243). Neste sentido Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

“(...) o intérprete não tem diante de si algo que pode ser objetivado de forma indefinida, mas algo que pode ser representado apenas dentro dos limites daquilo que já se tornou objetivo pelo ato de outrem. Dessa forma, por mais que o intérprete possa desempenhar uma função criadora no ato de interpretar, como efetivamente se dá, a sua criação jamais pode ir além do desenho intencional ou do

horizonte daquilo que lhe cabe compreender e expressar. A liberdade do intérprete, portanto, fica sempre contida nos limites de uma estrutura objetivada” (GOMES, p. 40).

Diante de todo o exposto resta concluir que por ser o ordenamento jurídico estruturado hierarquicamente (pirâmide de Kelsen) a norma superior vincula a norma inferior dentro de parâmetros por ela estabelecidos, parâmetros estes que não poderão ser distorcidos sob o risco de se subverter o sistema ou eivar a norma inferior do vício de inconstitucionalidade em casos mais extremos. Esta hierarquização culminará na norma de decisão, que é a norma individual, base da pirâmide onde a determinação encontrará seu grau máximo, pois se aplicará a casos concretos, será ela que o Tribunal competente escolherá dentro das variabilidades propostas pela moldura delimitada pela norma geral superior, não podendo estender essa flexibilização da moldura até corrompê-la.

Sanguiné ainda aponta que *“A lei e sua interpretação se encontram em um vínculo necessário de complementação”*, não podendo o princípio da legalidade, e sobretudo o seu desdobramento na irretroatividade da lei penal, ser entendido sem que se leve em consideração a função reveladora de significação da norma que a interpretação jurisprudencial tem. Assim, para o doutrinador este postulado (o da legalidade penal) só será atendido 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”* (SANGUINÉ, p. 162).

É daí que se verá a importância fundamental de uma construção legislativa penal estruturada no princípio da taxatividade, fornecendo critérios

para o juiz na produção da norma específica capazes de atar sua criação a critérios firmes garantindo a certeza jurídica, mas permitindo e reconhecendo a criação judicial como elemento essencial de uma adequação do sistema jurídico que se vê em frequentes mutações graças aos avanços tecnológicos.

2.4 O Intérprete autêntico

No escalonamento da produção normativa, então, a norma superior mais geral orienta a norma inferior, através de um esquema de interpretação no qual a moldura contida na norma possibilita diversas interpretações possíveis que se enquadram dentro desses limites da moldura. Assim, quanto maior o nível da norma, mais geral ela é, e quanto mais se desce na escala normativa mais específica fica, até a especificação máxima que é a aplicação da norma geral ao fato concreto e a imposição de uma sanção pelo aplicador do direito instituído pelo próprio ordenamento jurídico. Esta etapa Grau chama de norma jurídica de decisão, é aquela que da solução ao conflito, mas, além disso, se superpõe ao processo de interpretação, exatamente por ser consequência imediata deste, é a derradeira etapa da interpretação. Nesta esteira, a aplicação do direito pelo Tribunal não passa de uma continuação do processo de criação normativa.

Kelsen já alertava para a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, não se pode imaginar que o Direito apenas constitui-se de normas gerais, em detrimento e até ignorando a norma jurídica individual. A decisão judicial é, sobretudo, constitutiva, no sentido de que não possui

função reveladora do direito, mas sim integra o processo de interpretação/criação da norma⁹.

Grau vai mais além e diz que o intérprete autêntico, ou seja, o juiz, não simplesmente cria direito, mas produz direito, porque necessariamente completa o trabalho do legislador, este complemento “*é necessário pelo próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto sobre aquele primeiro texto*” (GRAU, pág. 54).

A doutrina afirma que há criação/produção do direito pelos intérpretes autênticos, os juízes, por inúmeras razões, dentre elas: (a) as decisões judiciais, tal como as leis do Poder Legislativo, possuem eficácia geral, quando entendidas no plano dos precedentes; (b) as decisões judiciais são normas individuais; (c) as decisões judiciais supõem a criação de uma norma geral que serve de justificação à sentença e que é, sobretudo, produto do processo intelectual do cognoscente; (d) em determinados casos, como por exemplo, lacunas ou antinomias, o intérprete autêntico, no processo de decisão judicial, produz normas novas, não, necessariamente, vinculadas a textos normativos preexistentes (GUASTINI, pág. 139).

Independentemente das várias significações possíveis, apenas uma delas será a escolhida, ou seja, dentro do quadro proposto pela norma o aplicador do direito, o intérprete autêntico, escolherá dentro de seus critérios e fundamentos apenas uma possibilidade da norma. E é aqui que o papel das Cortes Superiores reveste-se de suma importância, pois são elas que dirão em

⁹ “*Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa*” (KELSEN, pág. 265).

última instância qual é o direito aplicável no ordenamento jurídico. Sendo a norma jurídica o resultado da cadeia interpretativa feito pelo cognoscente a partir do texto legal, e sendo, os julgadores os finais interpretadores dos enunciados normativos, os mesmos são legítimos criadores da norma e, por conseguinte, como objeto deste, do direito.

Kelsen já via uma diferença clara no processo de interpretação feita pelos órgãos instituídos pelo ordenamento jurídico como competentes para solucionar os conflitos sociais, e assim aplicando e produzindo o direito, e os intérpretes ordinários, pois somente aquele possui o condão de positivizar uma das possibilidades normativas que emergem do quadro interpretativo da moldura:

*“Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, **se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no tribunal, especialmente**” (KELSEN, p. 390) – grifo nosso.*

Por assim dizer, o papel dos tribunais é aplicar as normas jurídicas gerais, dentro da moldura proposta em um processo cognoscível, estabelecendo normas individuais, nas quais é vinculada uma sanção concreta. Assim, ao se dizer que uma decisão judicial tem fundamento na lei, quer se dizer que ela representa uma das possibilidades interpretativas contidas na moldura ou quadro que a lei representa, *“não significa que ela é A norma individual, mas apenas que é UMA das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”* (KELSEN, p. 391).

Pode-se entender que o papel do Tribunal, não é, então, apenas um papel declaratório do direito, e sim um papel constitutivo do direito, “A

função do Tribunal não é simples ‘descoberta’ do direito ou juris-‘dição’ (declaração do Direito) neste sentido declaratório” (KELSEN, pág. 264).

Leciona Inocência Mártires Coelho¹⁰, quanto à atividade de criação dos julgadores, que uma consequência direta do novo constitucionalismo, no qual as garantias e direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata, é a conjuntura de mais juízes do que legisladores, sinalizando para o *“reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador”* (MENDES; COELHO; BRANCO, pág. 30).

Todos os operadores do direito visando aplicar o direito, o interpretam, mas somente uma certa categoria realiza plenamente o processo de interpretação até seu momento da definição da norma específica individual, ou seja, na decisão do juiz singular ou Tribunal. Essa classe de operadores é chamada por Kelsen de *“intérprete autêntico”*, o juiz (GRAU, pág. 18).

Assim, quando a norma geral é aplicada, só UMA opinião deve prevalecer, qual seja, aquela determinada pelo ordenamento jurídico, que dentro de sua distribuição de competência elege os órgãos jurisdicionais, responsáveis por solucionar os conflitos sociais, aplicando a norma geral e escolhendo dentro das possibilidades do quadro interpretativo da moldura da norma aquela que deverá ter aplicabilidade. A opinião que se exprime na decisão do Tribunal é a única juridicamente relevante, sendo as opiniões de todos os outros juridicamente irrelevantes (KELSEN, pág. 267).

¹⁰ *“Como consequência da supremacia e da aplicabilidade direta e imediata dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo – mais juízes do que legisladores -, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana. Afinal de contas, como ensina Emílio Betti, o intérprete não trabalha com suposições nem conjecturas, mas tão-somente com o feito ou o falado”.* (MENDES; COELHO; BRANCO, pág. 30).

Nesta esteira, cabem as postulações de Camargo de que o direito realmente importante, isto é, aquele no qual o ordenamento jurídico é construído, é aquele que emerge na sentença judicial (CAMARGO, p. 80). Igualmente Gálvez afirma que o direito que é escolhido pelo Tribunal, dentre as possibilidades interpretativas do quadro construído a partir do texto normativo, é o único que tem importância para determinada sociedade (GÁLVEZ, p. 304).

Desta forma, do ponto de vista formal o intérprete autêntico atua como qualquer outro agente cognoscente, pois se debruça diante do texto legal, substrato de seu trabalho, e busca compreendê-lo, *“se coloca diante do preceito a que se refere, como uma objetividade, uma alteridade distinta, cujo sentido e conteúdo normativo que lhe é próprio devem ser compreendidos”* (BETTI, p. 123). Porém sobre o ponto de vista substancial, o intérprete autêntico se diferencia, não é mero aplicador *“que se encontra em posição de estreita subordinação em relação a uma alteridade irreduzível que o transcende”* (BETTI, p. 123), ele é o próprio autor da norma, e é a partir de sua ação que ela passa a existir no mundo jurídico, por essa razão tem uma posição especial que lhe permite excluir todo entendimento diferente do preceito interpretado, isto é da norma produto de sua interpretação.

Neste sentido, os Tribunais Superiores são aqueles que dirão esta UMA opinião que prevalecerá, são eles que vincularam todo o sistema de interpretação da norma jurídica, e, sobretudo aquela que nos importa no presente trabalho: a norma penal. E são por essas razões que Perez Luño constata que a tendência é não mais visualizar a norma jurídica como formulação legislativa, mas sim entendê-la com a “norma de resultado”, isto é

a norma válida em um ordenamento é aquela que foi o resultado especial de uma atividade interpretativa do Tribunal competente (PEREZ LUÑO, p. 100).

Quanto ao tema especial da vigência do direito, Riccardo Guastini¹¹ expõe que *“Uma vez que toda norma jurídica é dirigida, em última análise, aos juízes, a vigência das normas depende obviamente das decisões jurisdicionais”*. Por assim dizer uma norma é vigente quando é aplicada pelo intérprete, é o conteúdo normativo da lei que vige no ordenamento, pois sem ele será vaso à espera de preenchimento. Consequentemente, o ordenamento jurídico é o conjunto das normas aplicáveis, ou seja, das normas aplicadas pelos intérpretes autênticos em suas decisões. Destas premissas observa-se que o direito vigente identifica-se com as decisões dos Tribunais, e ainda mais o direito vigente é aquele em que há expectativas de aplicação futura pelos Tribunais de acordo com suas decisões anteriores¹².

Em outras palavras a norma penal vigente é aquela escolhida pelo Tribunal dentre as diversas possibilidades interpretativas na moldura, este será o direito vigente, no qual se criará expectativas de aplicação.

¹¹ *“Uma vez que toda norma jurídica é dirigida, em última análise, aos juízes, a vigência das normas depende obviamente das decisões jurisdicionais. Consequentemente, pode-se dizer que uma norma é vigente quando é efetivamente aplicada pelos juízes. Visto que um sistema jurídico é, em última análise, um conjunto de normas de conduta para os tribunais, pode-se concluir que um sistema jurídico vigente é, muito simplesmente, um conjunto de normas efetivamente empregadas pelos tribunais na elaboração de suas decisões. Deste ponto de vista, o direito vigente identifica-se completamente com as decisões dos tribunais.”* (GUASTINI, p. 125).

¹² *“É necessário, contudo, precisar que, segundo Ross, dizer que uma certa norma está vigente não significa dizer que esta norma foi efetivamente aplicada pelos juízes nas suas decisões passadas, mas significa prever que tal norma será aplicada nas suas decisões futuras.”* (GUASTINI, p. 125).

2.5 A Jurisprudência como fonte do Direito

Se a norma é, então, hodiernamente reconhecida como norma de resultado, e é a partir dela que o conteúdo normativo emerge no cenário jurídico não se pode olvidar o caráter de fonte do direito da jurisprudência.

Por isso, *“dizer que a jurisprudência não cria normas jurídicas, mas apenas as interpreta, para justificar a sua indiscriminada aplicação retroativa, acarreta em impropriedade”* (MALLET, p. 134).

Isto porque, não há e não se pode crer que haja um grau zero de significação nos textos legais, até os mais simples enunciados exigem atividade interpretativa e por consequência criadora de normas. Por isto dizer que quando há aplicação da norma geral para uma norma de decisão, a norma origem já não é mais a mesma, pois se reveste da significação que a norma de decisão deu a ela. Conclui-se que, a jurisprudência é a forma viva do direito, é a mais pura interpretação, ou melhor, é a única interpretação autêntica, que é capaz de criar a norma aplicável, e por isso válida no sistema jurídico em voga. O juiz não apenas subsumi o fato à norma, ele cria a norma concreta, pois dentro das possibilidades interpretativas disposta no quadro normativo escolhe aquela, de acordo com os seus juízos de valores, que mais se adequa ao caso concreto e ao sistema jurídico como um todo. Kelsen, como já afirmado, via na interpretação do direito tarefa absolutamente associada, implicada e integrada à aplicação do direito, e mais além, continuação

necessária do trabalho legislativo, pois nada mais faz do que criar a norma viva no sistema, não passando o texto legal de um simples pedaço de papel¹³.

Não se quer com isso desconsiderar o papel de suma importância da atividade legislativa no direito, sobretudo no direito penal, no qual o princípio da legalidade se reveste de importância crucial, pois limita o poder estatal na ingerência da vida do cidadão na sua potencial lesividade, qual seja, a liberdade individual.

No mesmo sentido Gomes leciona:

“A fonte primeira, insubstituível, de criação ou produção do direito penal não deixa de ser a instância parlamentar, por seu veículo positivo (lei) que é o único capaz de criar delitos e definir penas. No entanto, o papel criador da jurisprudência não pode ser ignorado, nem se dissimular atrás de uma aparência de interpretação da lei. (...) Assim, embora o magistrado não deixe de elaborar uma nova regra no momento do julgamento, o seu poder não é discricionário, mas se encontra balizado por limites de ordem legal – de onde se apreende a imprescindibilidade da lei, no sentido de que o juiz não pode dar a ‘regula iuris’ sem ou contra a lei” (GOMES, p. 40-41).

Assim, mesmo que se tenha por firme o entendimento de que o intérprete autêntico é o único competente para dizer qual é a norma vigente em um ordenamento jurídico (fazendo isso mediante um processo interpretativo e criativo do direito) não se pode esquecer que este processo está vinculado pelo escalonamento do direito e pela moldura imposta pela norma, assim a lei, fonte primária de nosso sistema, continua tendo a função de protagonista no Direito Penal, limitando essa criação judiciária com o fim

¹³ “a decisão judicial de um caso concreto (...) de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão simultaneamente também criação do Direito, a continuação do processo de produção do Direito que acontece no processo legislativo” (KELSEN, *Teoria geral das normas*, Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 285-286).

de resguardar os direitos individuais constitucionais do cidadão. Cabendo, por conseguinte, ao legislador a arquitetura da norma, e ao intérprete autêntico, o seu acabamento, mas tendo sempre em mente que o papel do jurista não é substituir as opções político criminais do legislativo, mas sim se ater a elas na sua função produtora do direito pela interpretação da norma (GOMES, p. 41-42).

O substrato fático da norma, o texto da lei, é seu ponto de partida, e não poderá a “norma resultado” subvertê-la além de seu potencial de maleabilidade, pois sendo a norma individual (que determinará a norma de resultado) inferior à norma geral, proveniente igualmente de um processo interpretativo, estará presa a ela. Em outras palavras, a norma geral que virá de um processo interpretativo do texto legal vinculará a norma de decisão (norma individual) dentro de sua moldura, e será esta norma individual que indicará qual o direito vigente no sistema, criando assim um sistema cíclico e complementar, demonstrando assim o papel elementar que a jurisprudência desenvolve no ordenamento jurídico.

Daí revela-se, igualmente, a função do jurista-intérprete (intérprete autêntico) de analisar fatores de ordem interna e internacional a fim de manter o ordenamento jurídico “atualizado”, verificando se o alcance da norma continua eficaz e coerente. No âmbito do Direito Penal e por consequência da intervenção punitiva do Estado, essa reinterpretação das normas vigentes, ainda que em menor grau, por consequência do princípio da taxatividade da lei penal, deve se dar pela Política Criminal que permitirá uma contínua análise das normas de acordo com os padrões sociais vigentes e mudanças valorativas da sociedade e novas descobertas de outras ciências.

2.6 Criação de norma geral pelos Tribunais

A interpretação cognoscitiva do direito combina-se com um ato de vontade do intérprete autêntico, sobretudo no papel dos Tribunais Superiores, pois ele elege entre as possibilidades reveladas no esquema de interpretação da moldura da norma aquela norma “especial”. É este ato de vontade que torna peculiar a interpretação dada pelos Tribunais, pois além de criar normas de decisão individuais, em certas ocasiões em que há lacunas no direito ou especialmente quando a norma não é unívoca, isto é, há indeterminações nos textos que gera singular insegurança quanto a sua aplicação, e o Tribunal vem solucionar esta incerteza elegendo uma única possibilidade de interpretação como a coerente para o ordenamento jurídico. Nas palavras de Grau, o intérprete autêntico cria direito tanto quando a norma assume forma de lei ou decreto, dotada de caráter geral, quanto quando, feita por um órgão aplicador do direito, cria direito para um caso concreto ou executa uma sanção (GRAU, pág. 78). Em outras palavras, ele diferencia as hipóteses em que a norma criada pelo Tribunal pode se tornar geral ou manter-se como norma individual ou de decisão.

Assim, quando a norma de decisão toma contornos de norma geral o que está mais em evidência é *“a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco”* (KELSEN, pág. 389). O órgão aplicador da norma depara-se com várias significações possíveis, e igualmente válidas dentro do sistema escalonado do direito, mas deve escolher uma ÚNICA mais coerente ao sistema.

Este processo de criação de normas gerais pelos Tribunais é baseado no *precedente judicial*. Neste sentido, um Tribunal, sobretudo os tribunais superiores, pode receber competência para criar, através de suas decisões nos casos concretos (normas individuais), normas gerais, capazes de vincular em casos semelhantes os demais intérpretes autênticos abaixo na escala de competências. Isto ocorre quando a norma individual criada pelo Tribunal não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral, criada pela via comum do Poder Legislativo; ou ainda, quando essa predeterminação da norma geral não é unívoca, isto é, está numa zona obscura de interpretação, e por isso permite diversas e discrepantes interpretações, e neste último caso é que reside a importância da irretroatividade da interpretação jurisprudencial da norma penal.

Sendo assim, podemos diferenciar duas formas de criação de normas gerais pelo Tribunal Superior: (a) quando não existe norma geral que predetermine o conteúdo da norma especial prolatada pelo Tribunal, existe uma lacuna no ordenamento jurídico, e o Tribunal é chamado para preenchê-la, criando desta forma uma norma geral capaz de vincular os demais intérpretes autênticos em casos semelhantes; (b) ou ainda, quando existe uma norma geral no ordenamento constituído pelas vias legislativas, porém essa norma está de tal forma obscurecida em sua linguagem que o Tribunal é convocado para esclarecê-la, elegendo assim uma única interpretação possível dentro do quadro ou moldura esculpido pelo esquema interpretativo, criando uma norma geral que terá sua interpretação atada ao conteúdo da norma original produzida pela via do legislador¹⁴.

¹⁴ Outrossim, nas palavras do próprio Kelsen: “Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante

Nesta última é que a discussão sobre a irretroatividade da interpretação da norma penal se insere, pois o princípio da reserva legal impõe que os tipos penais sejam estabelecidos tão somente por lei, em sentido estrito, porém resta um quê de obscuridade no texto legal e o Tribunal é chamado a saná-lo, e sua decisão reveste essa norma de singular significação, isto é, quando a norma geral não é clara o suficiente, não é unívoca, e a moldura que a delimita permite diversas e discrepantes interpretações. Nestas condições, quando o Tribunal Superior é confrontado com uma norma geral em que há dúvidas em sua aplicação e toma sua decisão, dentro do processo estabelecido pelo ordenamento, escolhendo a UMA possibilidade dentro da moldura delimitada pela norma, esta decisão é dotada de força de precedente e assume caráter de norma geral.

Kelsen ainda afirma que conferir a uma tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos Tribunais¹⁵.

para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada” (KELSEN, pág. 277).

¹⁵ “A teoria, nascida no terreno da common law anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber - em regra - Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.” (KELSEN, pág. 283).

2.7 Interpretação da norma penal e o princípio da taxatividade da lei penal

Do princípio da legalidade penal, incluído na Constituição Federal como garantia fundamental ao cidadão no art. 5º incisos XXXIX, pelo qual nenhum fato poderá ser considerado crime e nenhuma pena poderá ser imposta sem lei anterior que os definam, decorre uma conclusão específica, de que a norma penal deve ser clara e seu sentido o mais unívoco possível, a interpretação da norma penal não pode ser analógica ou extensiva, seus termos não podem ter significação metafórica ou alegórica, nem tampouco pressupor conhecimentos técnicos específicos e nem princípios não expressos no ordenamento¹⁶.

Esta conclusão costuma ser enunciada como o subprincípio da taxatividade da lei penal, em outras palavras, o (sub) princípio da taxatividade determina que a lei seja clara e precisa, no sentido de fornecer os elementos necessários para se identificar o fato natural, ou seja, o evento no mundo fenomênico, que o ordenamento jurídico elencou como fato que atenta contra bens jurídicos relevantes, assim o intérprete, sobretudo o intérprete autêntico, possa realizar facilmente a correspondência do fato à norma penal, justapondo-os.

O motivo principal do princípio da taxatividade, como já observamos, tem origens históricas, nas injustiças e inseguranças geradas pelo

¹⁶ “O significado da norma não pode ser outro senão aquele claramente especificado; o significado não pode ter um sentido metafórico ou alegórico, a interpretação não pode ser analógica nem extensiva, a leitura do texto legal não pode pressupor conhecimentos técnicos específicos e nem pode fazer referência a princípios não expressos que integram o espírito daquilo que está escrito” (GOMES, p. 32).

arbítrio dos juízes na fase anterior à formulação dos direitos fundamentais de 1ª geração; comenta Gomes:

“O principal fundamento do postulado da taxatividade tem índole política: assim como se dá em relação ao princípio da anterioridade das leis penais, a imposição de normas claras e precisas decorre da necessidade de proteger o cidadão frente ao arbítrio judiciário, uma vez que se o conteúdo das normas for inequívoco, pouca discricionariedade terá o juiz quando da aplicação do direito” (GOMES, p. 13).

Daí veio a pretensão de se excluir da interpretação da norma penal tudo aquilo que não vem do sentido literal das palavras, buscando *“algo como um grau zero de significado ou ainda um significado próprio, unívoco e determinado”* (GOMES, p. 33), em concordância com a escola hermenêutica tradicional na qual interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido (BRUNO, p. 198) e que tem igual ressonância na tese objetivo-idealista de Emilio Betti¹⁷ que acreditava ser possível a reconstrução do sentido originário da norma (STRECK, p. 82)

Contudo, como já exposto, o substrato físico da norma, isto é, o enunciado normativo, é constituído, sobretudo, de signos linguísticos e que por si só possuem indeterminações, mesmo em termos claros como *“homem”*, *“casa”* ou *“arma de fogo”*, jamais uma palavra encontra-se fora do contexto do sujeito cognoscente, qualquer termo comporta potencialmente uma indeterminação, não se pode por consequência ignorar que a lei é produto de fabricação humana e *“limitada também pelo fato de ser a palavra um mau veículo do pensamento”* (GOMES, p. 33). Todo texto necessita de

¹⁷ *“A tradição hermenêutica inaugurada por Maximiliano no Brasil tem uma similitude com a hermenêutica normativa de Betti, isto é, uma hermenêutica que dá regras para a interpretação, as quais dizem respeito tanto ao objeto como ao sujeito da interpretação”* (STRECK, p. 82).

interpretação para vir à tona, e o texto legal tem na interpretação normativa o caminho para emergir como norma, sem ela o texto não passará de recipiente vazio à espera de preenchimento, e este preenchimento é a significação que o intérprete dará, a partir de um esquema interpretativo da moldura, no qual vislumbrará diversas possibilidades interpretativas igualmente válidas, não havendo desta forma uma única interpretação correta, ou um grau zero de interpretação, mas diversas interpretações válidas no sistema por se encontrarem dentro dos limites interpretativos da moldura normativa.

No mesmo sentido, Mariângela Gama de Magalhães Gomes questiona a interpretação literal da norma penal como mecanismo de se atingir a concretude do princípio da taxatividade, ignorando desta forma o papel criador/produzidor da norma pelos intérpretes autênticos, sobretudo os Tribunais Superiores:

“Sendo assim, quando se fala de taxatividade no direito penal é de se questionar a insistência na utilização do ‘significado literal’, em contraposição à assunção de que qualquer significado que se dê a uma palavra constitui um resultado interpretativo sujeito às mais variadas formas de subjetivismo” (GOMES, p. 33).

Desta impossibilidade de se extrair uma interpretação imutável da lei penal, surge a questão da vigência da interpretação do intérprete autêntico, isto é, da norma geral e de resultado criada pelo Tribunal, neste sentido o princípio da irretroatividade da lei penal, juntamente com o princípio da taxatividade da lei penal e com a função criadora do direito pelos Tribunais devem ser adequados e sopesados tendo em vista a ordem constitucional e a máxima aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

2.8 Interpretação da norma penal e o princípio da irretroatividade da lei penal

Talqualmente derivado do princípio da legalidade penal estampado no art. 5º, XXXIX da CF, é o princípio da irretroatividade da lei penal, que de tão importante mereceu destaque em um dispositivo só seu, qual seja, o art. 5º, XL da CF. Desta forma não se pode compreender que apenas a lei possa tipificar fatos delituosos e impor penas a eles sem que essa mesma lei seja irretroativa, no sentido de que não seja aplicada a fatos anteriores a sua vigência, no tocante à prejudicialidade ao réu.

Não há sombra de dúvidas, então, de que a edição de uma nova lei de direito material penal ou a alteração de lei já existente está impedida, em todos os aspectos, de prejudicar o réu (irretroatividade *in malam partem*), sendo sua retroatividade apenas possível nas hipóteses de beneficiar o réu (retroatividade *in bonam partem*).

Contudo, é tema controvertido se uma decisão jurisprudencial, mudando o sentido do tipo penal, isto é, elegendo nova possibilidade interpretativa dentro do quadro/moldura posto pela norma, assim alterando a própria norma penal em questão, depois de reiteradas decisões em sentido divergente, é capaz ou não de retroagir no tempo e atingir fatos regulados pela norma, prejudicando o réu.

Neste sentido, é certo que o princípio da irretroatividade da lei penal é, *primo ictu oculi*, voltado à atividade legislativa, limitando a criação normativa de conteúdo penal com a finalidade de ser aplicada a fatos anteriores a sua vigência.

Por outra mão, quando este princípio é voltado à atividade criadora de normas do julgador, isto é, do intérprete autêntico, a maioria dos juristas não consideram esta situação semelhante à aplicação retroativa de lei desfavorável ao réu. Mas quando consideramos que uma corrente jurisprudencial, em sentido divergente da anteriormente adotada, venha a piorar a situação jurídica do acusado em relação ao posicionamento jurisprudencial anterior, não podemos nos desfazer de uma análise aguçada dos princípios constitucionais postos em xeque, pois tal situação se mostra, nada mais, nada menos, do que nova norma posta em jogo, sem que o cidadão tivesse a expectativa de sua aplicação no momento de sua conduta, o que de certa forma se mostra como uma infração oblíqua aos seus direitos e garantias fundamentais¹⁸.

Os valores aqui postos em tela são aparentemente conflitantes, de um lado a regra do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” limita a liberdade do juiz na avaliação da norma vigente, de outro temos a função precípua de produção do direito pelos Tribunais, ainda mais quando criam normas gerais através de uma norma de decisão, contudo uma avaliação perspicaz permite sopesá-los para que permaneçam em um equilíbrio tolerável.

Conforme já delimitado a norma não possui um grau zero de significação, por essa razão seu significado é passível de alterações ao longo

¹⁸ Gomes demonstra de igual forma este conflito: “Quando se fala no princípio da irretroatividade no direito penal, verifica-se que ele é precipuamente voltado para o legislador, já que visa a limitar o seu poder que, se estivesse livre desse vínculo, poderia produzir leis punitivas a fatos cometidos anteriormente, causando danos aos direitos fundamentais dos cidadãos. Com relação ao juiz, no entanto, não é costume exigir-lhe respeito àquele princípio; isso, como observa Cadoppi, não no sentido de que o juiz possa aplicar retroativamente uma lei penal, o que tornaria inútil o próprio princípio, mas no sentido de que uma decisão jurisprudencial que piora a situação do acusado em relação à jurisprudência anterior não é, para a maioria dos juristas, semelhante à aplicação retroativa de uma lei desfavorável ao réu” (GOMES, p. 145, 146).

do tempo, e quando essa alteração no significado da norma penal é alterada pelo Tribunal algumas hipóteses devem ser consideradas.

Em primeiro lugar há a hipótese de a nova interpretação ser mais benéfica ao réu do processo crime, abolindo o juízo de justo enquadramento a um fato qualquer à norma penal, ou ainda atenuando a pena cominada a esse mesmo fato. Nessas circunstâncias deixar de aplicar a nova interpretação em prejuízo da interpretação anterior da lei penal, ou melhor, aplicar a norma anteriormente escolhida pelo Tribunal em detrimento da nova, é socialmente inútil e injusto tendo em conta a função da pena tanto em seu caráter de prevenção especial, *“pois no que lhe concerne, a função inibitória fracassou”*, tanto em seu caráter de prevenção geral, também é absurda e injusta quanto a generalidade, *“a partir do momento em que este não é mais qualificado como crime ou não é mais avaliado como um perigo social tão grave a ponto de merecer a sanção mais severa”*. Tanto é que essas são as razões também lançadas para embasar a irretroatividade da lei penal, em sentido estrito (BETTI, p. 128)

E de outro lado há a hipótese de a interpretação jurisprudencial alterar o significado da norma penal de forma mais gravosa. Já há que se frisar de antemão que tal alteração na “norma resultado” proveniente do intérprete autêntico é desaconselhável, tendo em vista o caráter protetivo do princípio da taxatividade. Se as circunstâncias sociais levam a crer que uma norma merece ter sua significação expandida em sentido mais gravoso, tal significação deve ser dada *a priori* por via legislativa (BETTI, p. 129), contudo é certo que essa recomendação nem sempre é observada e os Tribunais criam norma geral através de suas normas de decisões mais gravosas em relação às anteriormente

adotadas, seja por descuidos, ou por outras razões, que não nos cabe analisar, como ativismo judiciário, ou ainda questões mais complexas como uma mudança interpretativa da norma ser benéfica para alguns casos concretos e para outros não (exemplo do caso do HC 81.611 e da Súmula Vinculante nº 24 que se analisará em próximo capítulo).

Desta forma, não se pode esquecer que é o intérprete autêntico que determina por suas opções no quadro interpretativo da norma qual será a norma vigente no ordenamento, tampouco se pode olvidar o caráter protetivo do princípio da irretroatividade da lei penal e da taxatividade da lei penal. Assim, esses princípios devem, então, ser entendidos de forma mais ampla, assegurando ao cidadão a certeza de não ser julgado por norma mais gravosa quando esta for reinterpretada pelo Tribunal posteriormente a prática do fato delituoso.

Quando a decisão do Tribunal complementa o tipo penal, esclarece o obscurecido na linguagem empregada na lei, isto é revela o significado que a ordem jurídica escolheu como válido, e tão somente ele foi aplicado dentro das possibilidades da moldura estabelecida na norma, então esta decisão tem caráter de norma geral, esta decisão integra o tipo penal, pois revela questões essenciais a ele que estavam obscurecidas e necessitavam de uma fixação de entendimento.

Assim esta interpretação jurisprudencial se entranha na lei penal, pois ela já não faz mais sentido dentro do ordenamento jurídico sem essa UMA interpretação escolhida pelo Tribunal, ela é parte da lei, e a lei a partir daquela decisão com caráter de precedente não pode mais ser lida, pelo menos não dentro do sistema escolhido pelo ordenamento como válido e aplicável,

sem ser imbuída da significação escolhida pelo Tribunal. A interpretação jurisprudencial dada ao texto legal, irrigando-o de conceitos e esclarecimentos referentes à essência do tipo penal reveste este de significação que anteriormente não possuía, alterando-o, delimitando dentro das possibilidades dadas pela moldura qual é aquela que o ordenamento jurídico escolheu como válida em determinado tempo. O invólucro do texto normativo já se encontra permeado por essa significação singular que o Tribunal lhe deu.

Não se quer dizer com isso que o Tribunal não possa reverter esse processo de consolidação de uma tendência jurisprudencial para outra divergente, ou até mesmo diametralmente oposta. A norma geral criada pelo Tribunal é flexível e mutável por sua essência, mas isso não altera o fato de que a norma válida no tempo em que a corrente jurisprudencial anterior vigia era justamente aquela que essa corrente deu significação, alterando (constituindo) essencialmente a norma penal e por isso revestindo o texto legal de especial sentido sem o qual não podia ser lido no tempo em questão sem a incidência daquela norma criada pelo Tribunal.

Neste sentido Sena também postula que não se trata de um engessamento da jurisprudência, mas sim uma questão de segurança jurídica, no sentido de que a norma que regerá determinada conduta será aquela que tenha vigência no momento do fato. Devendo ocorrer uma transição entre a nova tendência jurisprudencial que conferiu novo quadro normativo ao sistema e a corrente anterior:

“Ainda sobre o assunto, ao contrário do que muitos defensores da doutrina tradicional asseguram, não ocorreria a estagnação do desenvolvimento do direito caso fosse aplicada a doutrina da irretroatividade da jurisprudência. Impertinente tal colocação, pois esse entendimento

não prevalecerá ad eternum; pelo contrário, apenas deve existir um momento de transição entre o velho e o novo, e os delitos cometidos sob a influência de interpretação anterior devem ser julgados sob essa interpretação, não se frustrando, assim, as garantias preservadas pelos princípios constitucionais” (SENA, p. 203).

No mesmo sentido Sanguiné defende que se trata apenas da aplicação da regra do *tempus regit actum*, visto que a nova jurisprudência de forma alguma estaria impedida de ser aplicada, pois se assim fosse estaríamos fadados a inércia latente de todo o ordenamento jurídico, que necessita de constante adaptação ao meio social, ainda mais em um mundo altamente globalizado como é o de hoje. Ela apenas estaria limitada ao seu campo temporal de vigência, ou seja, a partir do momento em que foi aplicada num caso concreto que a decisão individual tomou contorno de norma geral por sua especialidade em relação ao todo, isto é, um *leading case*, que orientou a norma para determinada interpretação jurisprudencial:

“Contra as objeções de que esse tipo de sentença conduziria provavelmente a uma estagnação de evolução de jurisprudência, 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” (SANGUINÉ, p. 166).

A interpretação dada pelo Tribunal a uma determinada norma penal gera expectativas na aplicação desta norma, que foi especialmente escolhida dentre as interpretações possíveis no quadro do texto legal. O tipo penal (norma jurídica geral) que regerá os fatos por ele acolhidos será aquele que o Tribunal dizer que ele é. Essa interpretação específica cria um panorama de

expectativa jurídica que os casos em que houver o justo enquadramento do tipo (delimitado pelo Tribunal) a um fato concreto seja aplicada a norma vigente, qual seja, a norma específica eleita pelo ordenamento jurídico, isto é, pelo Tribunal competente¹⁹.

Pode-se imaginar, então, o grau de surpresa de um sujeito submetido a um certo ordenamento jurídico, ao ver um fato cometido por ele e definido como crime, que ocorreu na vigência da interpretação pacífica e sedimentada pelo tribunal da norma penal em voga, ser julgado através da aplicação de uma norma diversa da escolhida como coerente/válida pelo Tribunal. Quebra-se o princípio da irretroatividade da lei penal por via oblíqua, o que não deixa de ser tão ou mais lesivo para a ordem constitucional, do que se o prejuízo se desse pela aplicação de lei nova maléfica ao réu.

Gomes ainda aponta o argumento psicológico dessa posição, já que, não há diferença psicologicamente no consciente do indivíduo, de ser punido, ou ter sua situação jurídica agravada por uma lei advinda do Poder Legislativo em momento posterior à ação tipificada como crime; ou que essas consequências prejudiciais advenham de um posicionamento jurisprudencial novo, do qual não havia expectativa de sua aplicação²⁰.

Desta forma, a compreensão exata do tipo penal só pode ser feita a partir da compreensão de que *“a lei e sua interpretação possuem um vínculo*

¹⁹ “É necessário, contudo, precisar que, segundo Ross, dizer que uma certa norma está vigente não significa dizer que esta norma foi efetivamente aplicada pelos juízes nas suas decisões passadas, mas significa prever que tal norma será aplicada nas suas decisões futuras. De fato, quem solicita uma informação sobre o direito vigente não está interessado nas decisões passadas: deseja saber qual será provavelmente a decisão judicial de uma certa controvérsia quando esta for submetida a um juiz”. (GUASTINI, pág. 125).

²⁰ “Isso se justifica porque, se 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 por parte dos poderes estatais, para o indivíduo, é psicologicamente indiferente que seja punido de forma retroativa imprevista e imprevisível por causa de uma lei editada pelo Poder Legislativo inexistente no momento da infração, ou que se chegue a esse resultado através de uma nova interpretação judicial, sobre uma lei já existente e impossível de ser conhecida antes da sua declaração” (GOMES, p. 147).

necessário de complementação”²¹, e por consequência, o justo enquadramento do fato à norma deve ser feito levando-se em consideração os posicionamentos jurisprudenciais que vigoravam no momento das ações ou omissões delituosas, ou seja, não há como se desprender da função criadora de normas dos Tribunais, para tanto deve se considerar o momento de ruptura desses posicionamentos jurisprudenciais que dão especial significação à norma penal como parâmetros para a aplicação do princípio da irretroatividade da norma penal.

Pondera Gomes que “*seria absolutamente contraditório permitir aos juízes o que se proíbe ao legislador: a aplicação retroativa de regras penais desfavoráveis ao réu*”. Neste sentido, não calharia o argumento de que a não aplicação retroativa da jurisprudência implicaria em sua não evolução, o que se postula “*é que a condenação penal seja previsível de acordo com o direito vigente no momento dos fatos, e não que seja previsível que o direito vá mudar*” (GOMES, p. 149).

Porém, como na seara Penal os princípios da taxatividade e da irretroatividade da lei penal têm de serem norteadores de qualquer ingerência do *ius puniendi* estatal, a criação de normas gerias pelo Tribunal em matéria penal deve ter um corte específico. Qual seja, que essa mudança de entendimento deverá ser compreendida de forma restrita para fins de vedação de irretroatividade da interpretação jurisprudencial, no sentido de que, a mudança de entendimento das Cortes Superiores se der após de um amplo processo de fixação do entendimento anterior, ou seja, quando a Corte

²¹ “Uma vez que a lei e sua interpretação possuem um vínculo necessário de complementação, a realidade jurídica do princípio da legalidade somente será entendida quando, para determinado tipo penal, vigore a mesma interpretação que lhe era dada à época do cometimento do fato” (GOMES, p. 148).

Superior mudar o entendimento já traçado anteriormente por diversas outras decisões individuais de caráter geral.

Assim, a vedação da irretroatividade da lei penal não se aplica quando a norma vigente ainda era objeto de discussões, aquela “uma” possibilidade do quadro interpretativo da norma ainda não foi fortemente definida, estava em processo de formação. Não haverá que se falar então de retroatividade, pois a lei penal ainda não foi revestida de singular significação capaz de estender a aplicabilidade da irretroatividade da lei penal.

É o que leciona Emílio Betti, para ele a superveniência de interpretação autêntica divergente da anteriormente adotada viola expectativas certas e interesses seguramente protegidos, mas se a norma interpretada anteriormente não adquiriu um grau de certeza capaz de revestir o texto legal de singular significação como a vigente no ordenamento jurídico, uma nova interpretação que atinja esse grau de certeza não violará os chamados direitos adquiridos, pois se tratam sobretudo de interpretações dúbias (BETTI, p. 125-126). Eis aí o corte que se propõe no presente trabalho, a irretroatividade da interpretação jurisprudencial mais gravosa da lei penal apenas deve ser lançada mão quando a interpretação anterior já havia alcançado um grau de certeza mediante reiteradas decisões semelhantes, a norma resultado dessas decisões já era considerada a vigente no ordenamento e por isso havia expectativas de sua aplicação, expectativas essas que não seriam justas se a norma vigente ainda fosse dúbia.

Neste sentido Sena também se posiciona:

“Entretanto, é válido lembrar que apenas uma decisão proferida por um magistrado ou mesmo um Tribunal não constitui jurisprudência. São consideradas jurisprudência as decisões uniformes

e constantes dos tribunais superiores, decisões essas que, quando lidas pelos interessados, passam-lhes a confiança de que aquela seria a determinação legal e, como tal, ensejaria determinada sanção” (SENA, p. 205).

Outrossim, se a norma geral criada pelo Tribunal já tiver sido reiteradamente em oportunidades anteriores revestida dessa singular significação e tiver seu conteúdo alterado em uma mudança de entendimento, o princípio da irretroatividade da lei penal, estampado no art. 5º XXXIX e XL da Constituição Federal deverá ter sua aplicabilidade estendida.

2.9 Posicionamentos quanto à irretroatividade da interpretação jurisprudencial da norma penal

Segundo Odone Sanguiné, o tema pode admitir três posicionamentos doutrinários: a) o ortodoxo, que afirma possível tal retroatividade; b) o contemporâneo dominante, que defende a ideia de que o acusado pode invocar o benefício do erro de proibição; c) e o posicionamento minoritário, mas com cada vez mais adeptos, que afirma a impossibilidade de nova interpretação retroagir para prejudicar o réu de qualquer forma (SANGUINÉ, p. 148).

A corrente ortodoxa argumenta que: 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 interpretativa já existente no momento do fato; c) que se diminuiria a faculdade dos tribunais de mover-se em todo o âmbito delimitado pelo tipo (SANGUINÉ, p. 150).

No mesmo sentido Nélson Hungria²² se posiciona quanto à impossibilidade de se criar ou alterar tipos penais por qualquer outro meio que não a lei, argumentando que a fonte única do direito penal é a “norma legal” e que “*não há direito penal vagando fora da lei escrita*”. Para o doutrinador a lei penal é um sistema fechado e “*ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial*” (HUNGRIA, p. 11).

Já a corrente do erro de proibição, entende ser apenas possível na hipótese de mudança do entendimento jurisprudencial que prejudica o réu, a alegação de erro.

Segundo a doutrina, o erro de proibição pode se dar de três formas: o erro de proibição direto, o indireto e o mandamental (SENA, p. 207).

a) O erro de proibição direito recai sobre o conteúdo proibitivo da norma, sendo assim, o agente comete um fato típico, mas por erro inevitável, acreditava que não a praticava, por não conhecer a norma penal, por conhecê-la mal, ou por não entender seu âmbito de incidência.

²² “A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. (...) A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais de direito”, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica), só uma nova lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovção pública, francamente lesivo do minimum de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou a previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte objecti e a parte subjecti, a uma das figuras anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal”. (HUNGRIA, p. 11- 12).

b) O erro de proibição indireto indica que o agente, por erro inevitável, acreditava que agia sobre uma excludente de ilicitude, que na realidade não existia, isto é, acreditava haver uma causa que justificasse sua conduta.

c) Por fim, o erro de proibição mandamental diz respeito aos erro sobre os mandamentos contidos nos crimes omissivos, os próprios ou impróprios.

Assim, por força do art. 21 do CP, a aplicação desta teoria na interpretação jurisprudencial dos tribunais seria apenas no tocante à quantidade/qualidade da pena.

Contudo, pouco é para se resguardar a aplicabilidade do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal, como já exposto, em última análise, o que é impedido de retroagir para prejudicar o acusado é o direito vigente, isto é a norma penal escolhida pelo Tribunal em determinado período dentro das possibilidades interpretativas do texto de lei, portanto, se a jurisprudência muda o entendimento de um texto legal, a norma em si é alterada, sendo por força dos preceitos constitucionais e da máxima aplicabilidade dos direitos humanos, impedida de retroagir para atingir os fatos pretéritos, prejudicando o acusado de qualquer forma.

Neste sentido Sena também entende que *“a teoria do erro de proibição no âmbito da jurisprudência dos tribunais seria apenas no tocante à quantidade/qualidade de sanção trazida nesta jurisprudência”*, sendo assim, não se poderia negar que *“a jurisprudência tem o condão de influenciar a sociedade, motivo pelo qual deve ter a mesma garantia que a norma”*. Desta forma, não se pode negar que a teoria do erro de proibição no

âmbito jurisprudencial quando focada apenas na redução da quantidade/qualidade da pena é em si insuficiente, pois o não conhecimento dessa mudança jurisprudencial *“versaria não sobre o desconhecimento da proibição da norma, mas, sim, sobre a falta de consciência de que o novo entendimento tornaria mais grave a situação do eventual apenado”* (SENA, p. 207 e 208).

No mesmo sentido Gomes ressalta que quando os entendimentos jurisprudenciais são pacíficos, requisito essencial para se pleitear sua irretroatividade, *“estes se aproximam muito a um mandado de caráter geral”*. O que acarreta num estado de segurança na aplicabilidade desse entendimento singular adotado pelo Tribunal, e sua mudança gera inevitavelmente um sentimento de injustiça nos cidadãos que pautaram suas condutas na interpretação pacífica anterior (GOMES, p. 140). Ainda postula Cadoppi que mesmo que se arguisse se tratar de uma nova decisão e não de uma nova norma, indiferente é para o cidadão que é denunciado com base nesse novo posicionamento jurisprudencial que alterou o entendimento sobre os fatos que lhe são imputados (CADOPPI, p. 317).

Mesmo dentro da corrente que identifica a irretroatividade da jurisprudência como ferramenta importante para se alcançar a segurança jurídica, existe um posicionamento que a restringe para os casos de criação de um novo tipo penal pela ação do Judiciário, ou seja, quando a jurisprudência considera um fato como crime que anteriormente não se justapunha no tipo penal. Entende Greco²³ que o erro de proibição provocado pelas mudanças

²³ *“A Constituição Federal, conforme dissemos anteriormente, determinou que a lei penal não poderá retroagir, salvo para beneficiar o réu. Contudo, se em vez de uma lei penal estivermos diante de interpretação levada a efeito pelos Tribunais Superiores, consolidada, por exemplo, por meio de súmulas ou de decisões reiteradas, tal entendimento poderá retroagir, alcançando fatos passados? (...) A pessoa não poderá ser*

jurisprudenciais será excludente de culpabilidade, e nesses casos, isto é, quando a interpretação considera crime fato que anteriormente não o era, a nova interpretação jurisprudencial não poderá retroagir prejudicando o réu (GRECO, p. 122).

Ainda assim, é preciso ressaltar que qualquer prejuízo ao réu, decorrente de mudanças jurisprudenciais, deverá ser evitado, pois a norma vigente em si é alterada, gerando estados de incertezas em sua aplicação e aos seus destinatários. O princípio da irretroatividade não é e não pode ser limitado apenas a alterações da norma que criam novas situações ilícitas (considerando também que esses são casos extremos e de raríssima ocorrência), desta forma é imperiosa, igualmente, a irretroatividade quando qualquer elemento do tipo e/ou suas circunstâncias são alterados, tendo em vista sempre que essas alterações na jurisprudência para fins de irretroatividade devem se dar em posicionamentos pacíficos que geraram um estado de certeza em sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. Exemplo disso é quando o momento da consumação do tipo penal é alterado, fático no caso dos crimes contra a ordem tributária em que o HC 81.611 e a Súmula Vinculante nº 24 mudaram o entendimento firmado de que o momento da consumação do delito era o lançamento do crédito tributário, havendo independência das instâncias penais e administrativas, porém existindo uma “condição objetiva de punibilidade”, que nada mais é do que o lançamento definitivo do crédito tributário.

prejudicada pela nova interpretação, uma vez que acreditava, devido a decisões anteriores, ser lícito o seu comportamento, devendo ser beneficiada, portanto, com a excludente da culpabilidade ou correspondente ao erro de proibição” (GRECO, p. 121-122).

3 ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* N° 81.611-8

3.1 Introdução

Ao iniciar a análise deste *habeas corpus* é necessário direcioná-la no sentido de que representa um caso específico em que a norma de decisão tomou contornos de norma geral, alterando significativamente a interpretação que se dava ao tipo penal descrito no art. 1º da Lei 8.137/90, identificando-o como crime material ou de resultado, assim seu momento consumativo foi alterado para o momento do lançamento definitivo do crédito tributário, ou seja, ao fim do Processo Administrativo.

A ementa do *habeas corpus* é clara ao identificar o referido tipo penal como crime de resultado, onde há a necessidade da demonstração do resultado naturalístico para que o mesmo seja considerado consumado:

“EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a

lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.” (HC 81.611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, D.J. 13.05.2005).

Assim, é por óbvio que esta mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal foi benéfica no caso concreto, e em muitos outros que viram o processo criminal ser trancado e o prazo prescricional suspenso com a não finalização do processo administrativo. Ocorre que em outros casos específicos tal situação se inverte para prejudicar o réu, pois já que o momento consumativo foi alterado podemos imaginar (como de fato ocorreu) situações em que o lapso prescricional já estava sendo contado ou até mesmo concluído de acordo com o momento consumativo inicial, qual seja, o da prática do ato de sonegação fiscal e não o do lançamento definitivo do crédito tributário.

É neste sentido que a presente análise se direciona, buscando identificar os motivos e as consequências dessa mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que revestiu de especial significação o tipo penal, e, muito embora, tenha beneficiado o réu no caso concreto, prejudicou réus em outros processos criminais, e assim tal mudança deverá respeitar o princípio da irretroatividade da norma penal.

3.2 O Julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus Nº 81.611-8

A referida ordem de *habeas corpus* foi impetrada em favor do empresário Luiz Alberto Chemin, sócio majoritário e gerente da Cohapro Consultoria de Imóveis S/C Ltda. e diretor vice-presidente da Chemin Construtora S.A., com o objetivo de trancar ação penal contra ele movida pelo Ministério Público Federal, cuja denúncia relatava a ocorrência de crime previsto no art. 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90 combinados com o art. 71 do Código Penal.

Argumentou o impetrante que a existência do débito tributário estava sendo discutida na esfera administrativa e que o crime constante no art. 1º da Lei 8.137/90 é crime de resultado, motivo pelo qual não haveria justa causa para a ação penal enquanto não houvesse decisão administrativa definitiva determinando se houve de fato redução ou supressão do tributo, entendendo, então, que apenas a partir da constituição definitiva do lançamento, passa a correr o prazo de prescrição.

Argumentou ainda que o art. 83 da Lei nº 9.430/96, ao condicionar a comunicação pela autoridade administrativa ao Ministério Público ao exaurimento da fase contenciosa administrativa, teria criado uma condição de procedibilidade.

A liminar foi concedida, pois entendeu o i. Relator Min Sepúlveda Pertence que estavam presentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Na ordem, a Corte Suprema entendeu, por maioria de votos, que embora não esteja a denúncia condicionada à representação da autoridade fiscal, falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, considerando assim, o tipo descrito nos dispositivos legais citados, crime material ou de resultado.

Contudo, a Casa não se posicionou acerca do instituto que deva ser aplicado no caso do exaurimento do processo administrativo, qual seja, elemento normativo do tipo ou condição objetiva de punibilidade; não obstante, outros julgados da Suprema Corte Federal tendem à adoção do primeiro instituto (HC 83.414/RS²⁴, PETQO 3593/SP²⁵), isto é, elemento

²⁴ “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUTÁRIO. CRIME DE SUPRESSÃO DE TRIBUTO (ART. 1º DA LEI 8.137/1990). NATUREZA JURÍDICA. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na linha do julgamento do HC 81.611 (rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário), **os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo**. 2. Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, **porquanto "tributo" é elemento normativo do tipo**. 3. Em consequência, não há falar-se em início do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal. (HC 83.414/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23.04.04) – grifo nosso”.

²⁵ E M E N T A: "notitia criminis" - prematura instauração de investigação penal por crime contra a ordem tributária - impossibilidade - ausência de tipicidade penal - crédito tributário ainda não constituído definitivamente - procedimento administrativo-fiscal ainda em curso - reconhecimento da configuração de conduta típica somente possível após a definitiva constituição do crédito tributário - inviabilidade da instauração da persecução penal, mesmo em sede de inquérito policial, enquanto a constituição do crédito tributário não se revestir de definitividade - ausência de justa causa para a "persecutio criminis", se instaurado inquérito policial ou ajuizada ação penal antes de encerrado, em caráter definitivo, o procedimento administrativo-fiscal - ocorrência, em tal situação, de injusto constrangimento, porque destituída de tipicidade penal a conduta objeto de investigação pelo poder público - consequente impossibilidade de prosseguimento dos atos persecutórios - invalidação, desde a origem, por ausência de fato típico, do procedimento de persecução penal - precedentes do supremo tribunal federal - questão de ordem que se resolve pela concessão, de ofício, de "habeas corpus". - enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da lei nº 8.137/90. é que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário ("an debeatur") e determinado o respectivo valor ("quantum debeatur"), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal. - a instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. precedentes. - consequente impossibilidade de se ordenar o mero sobrestamento dos

normativo do tipo, pois é considerado o momento da consumação do delito, justamente o do lançamento definitivo do crédito tributário, sendo assim, sem esse elemento não há crime a ser punido, visto que sequer foi consumado.

3.2.1 Voto Condutor

O Min. Relator Sepúlveda Pertence deu início às tratativas e, seguindo o voto vista que proferiu nos autos do HC 77002/RJ²⁶, conclui pela falta de justa causa para a ação penal nos crimes contra a ordem tributária, antes da decisão final do processo administrativo, definindo o lançamento do tributo, isto porque considerou serem crimes de resultado, e, portanto, o resultado naturalístico do delito seria justamente o lançamento definitivo do crédito tributário.

Muito embora a análise do mérito naquele remédio constitucional tenha sido frustrada pela perda de objeto, já que o paciente foi absolvido nos processos crimes nos quais se arguia a nulidade, o posicionamento do Ministro Relator perdurou.

atos de investigação, para que se aguarde a ulterior e definitiva constituição do crédito tributário. não-acolhimento, no ponto, da proposta formulada pelo ministério público federal. - se o ministério público, no entanto, independentemente da "representação fiscal para fins penais" a que se refere o art. 83 da lei nº 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária. - a questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. precedentes. (PETQO 3593/SP, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 02.02.07)

²⁶ EMENTA: Habeas corpus que se julga prejudicado por perda de objeto, tendo em vista que, segundo informação dos impetrantes, o paciente foi absolvido nas duas ações penais que deram causa à impetração. (HC 77.002, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 21.11.01).

Postulou que o dispositivo do art. 83 da Lei 9.430/96²⁷, realmente não configurava uma condição de legitimação do Ministério Público para a ação penal pública incondicionada, mas apenas estipulava o momento, a decisão final do processo administrativo-tributário, a partir do qual se faz obrigatória para a autoridade fiscal a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público.

Enfrentada esta questão, reafirma faltar justa causa à ação penal sem a decisão definitiva do crédito tributário, e a conseqüente *notitia criminis* ao Ministério Público se configurado o delito estiver, sendo assim, muito embora não seja condição de procedibilidade do Ministério público, a ação penal fundada em outros elementos que não sejam a constituição definitiva do crédito, fadada ao insucesso está, visto que lhe falta justa causa.

Para atingir essa conclusão buscou a distinção entre crime material, de dano ou resultado; de crime formal; e de crime de mera conduta.

Assim, o Relator identificou nos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º da Lei 8.137/90²⁸, crimes de resultado, isto porque as condutas descritas nos incisos seriam apenas o *modus operandi* da conduta tipificada, qual seja, suprimir ou reduzir tributos (ou contribuição social e

²⁷ Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010).

²⁸ Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

qualquer acessório), e para tanto não se prescinde que a supressão ou redução destes sejam devidamente efetivadas²⁹.

O entendimento de que o a tipificação no art. 1º da Lei 8.137/90 descreve o fim delitivo e os meios para se alcançá-lo também é defendida pela doutrina majoritária:

“Para que se configure o crime tributário não basta a mera omissão da informação, ou a realização do falsum. Indispensável ainda que a omissão ou a falsidade da informação visem à redução do pagamento de tributo, da contribuição social ou acessórios e a obtenham. (...) Além do dolo genérico, para que se aperfeiçoe o tipo penal em causa, necessária a presença do dolo específico. Constituirá este na vontade voltada à redução do tributo ou da contribuição social devidos, ou à eliminação completa do pagamento”. (COSTA JR., p. 110).

Hugo de Brito Machado também se posiciona a favor da tese de que o crime contra a ordem tributária, tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90, configura crime de resultado, e as condutas descritas nos incisos do art. 1º representam meios para a obtenção do resultado lesivo:

“Realmente, a supressão ou redução do tributo constitui o resultado, que configura o tipo penal em tela desde que decorrente de uma ou de várias das ações ou omissões descritas nos diversos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90. As ações ou omissões descritas nos incisos I a V desse art. 1º são simplesmente meios necessários à realização do fim, com os quais se integra o tipo penal. Qualquer dessas ações ou omissões que não seja hábil para a realização do fim, vale dizer, que não seja hábil para produzir a supressão ou a redução do tributo, poderá configurar um ilícito tributário, mas nenhum delas configura por si só o tipo penal de se cuida”. (MACHADO, p. 358).

²⁹ “É modalidade clara de tipo misto alternativo, porém, de resultado: é dizer, qualquer uma das condutas comissivas ou omissivas descritas nos diversos incisos serve a aperfeiçoar o crime, mas não basta à sua consumação, para a qual não se prescinde de que, de uma ou mais delas, resulte a supressão ou redução do tributo devido.” (HC 81.611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, D.J. 13.05.2005 – p. 23).

Ora, se sem a constituição definitiva do crédito tributário não há ainda resultado lesivo ao Fisco, falta justa causa à persecução penal; o que resta concluir é se essa falta de justa causa advém de uma condição objetiva de punibilidade ou se advém de um elemento essencial do tipo, sem o qual o delito não se aperfeiçoa, isto é, não se consuma.

Neste ponto o i. Relator se afasta da discussão, por entender que se adentraria em “*águas tão profundas e procelosas*”³⁰, e que não acreditava essencial a discussão em comento, visto que a simples afirmação de falta de justa causa contraporia a ilegalidade arguida, qual seja, a instauração de processo crime, sendo que o crédito tributário ainda se discutia tanto no *an debeatur*, como no *quantum debeatur*.

Concluindo apenas que “*enquanto pendente o processo administrativo, essa incerteza objetiva sobre a existência e o conteúdo da obrigação remanescerá*”³¹, não podendo então sequer se cogitar em persecução criminal de delito no qual a supressão ou a redução do tributo se pauta.

Por fim é importante ressaltar que no aditamento de seu voto, o Min. Relator enfatizou que princípios e garantias constitucionais estariam sendo mitigados pela antecipação da persecução criminal enquanto a própria lei lhe propicia meios de questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento

³⁰ “De sua vez — se se assenta a necessidade de aguardar-se a decisão administrativa final (quando não a de eventual processo judicial que a questione (8) — poderia parecer necessário dar a palavra a penalistas e processualistas penais para saber se o acertamento do crédito tributário, na estrutura do crime, constituiria elemento essencial do tipo ou condição objetiva de punibilidade e, em qualquer hipótese, se a pendência de processo administrativo ou judicial a respeito configuraria, ou não, questão prejudicial obrigatória. Não me arrisco ao mergulho em águas tão profundas e procelosas, que, ademais, não creio essencial a decidir a questão.” (HC 81.611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, D.J. 13.05.2005 – p. 25).

³¹ HC 81.611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, D.J. 13.05.2005 – p. 30.

provisório ou até sua existência, podendo assim “*fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal*”. Elucidou também, a questão da prescrição, postulando que enquanto a *persecutio criminis* for barrada por ação do contribuinte, que se pautando em seu direito constitucional de recorrer das decisões administrativas, o computo prescricional estaria suspenso.

3.2.2 Votos que Seguiram o Condutor

Seguindo o voto do Min. Relator, o Min. Nelson Jobim lançou seus olhos sobre os direitos e garantias constitucionais de defesa do contribuinte, relembrando que,

*“a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a levar à área constitucional o direito de defesa em áreas não criminais. Até então, pelas Constituições de 46 e 67, tínhamos só o direito constitucional de ampla defesa na área criminal”*³².

Aponta então, um conflito de princípios entre o direito de defesa constitucional; a não dependência do Ministério Público da requisição, da denúncia ou da representação feita pelo Fisco; e a extinção da punibilidade com o pagamento antes do recebimento da denúncia.

Demonstra então que deve prevalecer o princípio constitucional, pois caso o contrário, num silogismo forte, o contribuinte estaria sobre ameaça. É o que diz:

“Há que se conciliar a aplicação dessas três regras, de forma a assegurar a prevalência à norma constitucional. Vejamos. Pela segunda

³² HC 81.611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, D.J. 13.05.2005 – p. 74.

regra, o Ministério Público pode, independentemente da representação fiscal, ajuizar a ação penal. Logo, não necessita o MP, como é o caso, de aguardar a decisão do contencioso administrativo...(lê)...Na segunda, o exercício do direito ao contraditório e ampla defesa na esfera administrativa, sujeita o contribuinte à ação penal. Só o pagamento, sem discussão, evita a ação penal. Dito de uma forma inteligível para o leigo e retoricamente forte, o contribuinte está sob ameaça”³³.

Demonstra, então, cabalmente que se adotar posição contrária à elucidada no voto condutor, pôr-se-ia o contribuinte em ameaça, já que se não pagar e discutir o débito na esfera administrativa será denunciado, se não discutir e pagar estará livre das agruras do processo crime, que como é cediço representa uma das maiores “*penas*” ao réu.

Conclui pela aplicação sopesada das três regras, assegurando a prevalência à norma constitucional da ampla defesa. Concedeu a ordem.

Por suas vezes os demais Ministros, excluindo-se a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Ayres Britto, acompanharam o voto do Relator sem mais delongas.

3.2.3 Análise Crítica do Voto Condutor

Muito embora o Ilmo. Relator procurou não se enveredar nas incertezas do instituto jurídico que confere a falta de justa causa para a persecução penal nos crimes tipificados no art. 1º da Lei 8.137, sem o devido

³³ HC 81.611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, D.J. 13.05.2005 – p. 75.

e definitivo lançamento do crédito tributário com o fim do processo administrativo; tal análise se mostrou essencial *a posteriori*.

Ainda mesmo em seu voto demonstrou algumas tendências que apontavam para a delimitação do elemento essencial do tipo, visto que sem a confirmação do crédito tributário não haveria resultado danoso e sem ele não haveria crime, isto é, no mínimo o delito em tese ainda não teria sido consumado, pois seu resultado danoso (já que declarado foi como crime de resultado) ainda não se confirmou.

É o que podemos deduzir do seguinte excerto:

*“Ora - dadas, de um lado, a competência privativa da Administração fiscal para “constituir o crédito tributário” e, de outro, que o crime definido no art. 1º da L. 8.137 pressupõe a existência de tributo - **rectius**, do crédito tributário - que, mediante uma das condutas prescritas, o agente antes houvesse logrado “suprimir ou reduzir” -, não se pode afirmar, sequer para a denúncia, a ocorrência desse pressuposto, enquanto, a respeito, não opere, pelo menos, o efeito **preclusivo** da decisão final do processo administrativo”.*

Pois bem, se o crime se perfaz com redução ou supressão do tributo, e estes por suas vezes não podem se concretizar sem “o efeito **preclusivo** da decisão final do processo administrativo”, não há crime sem a decisão definitiva no processo administrativo, apenas se consumando neste exato momento, portanto o lançamento definitivo do crédito tributário nada mais é que elemento essencial do tipo. Por consequência óbvia a mudança de entendimento do STF alterou essencialmente o tipo penal, visto que decisões anteriores apontavam para sentido oposto.

O novo posicionamento do Supremo foi confirmado reiteradamente por outros julgados³⁴, e posteriormente se consolidou na Súmula Vinculante nº 24³⁵, confirmando essa nova tendência jurisprudencial, que, frisa-se, alterou a essência do tipo, já que alterou seu momento consumativo, e toda a cadeia prescricional do delito.

Observa-se que a referida Súmula é clara no sentido de que não se tipifica o crime sem o lançamento definitivo do tributo, ou seja, não se consuma crime sem o lançamento definitivo do tributo, assim, nada mais é do que mudança em elemento essencial do tipo, visto que seu momento consumativo foi alterado.

Observa-se ainda que esse novo julgamento representou uma mudança paradigmática na jurisprudência das Cortes Superiores, visto que era pacífico o entendimento de que havia independência de instâncias entre a esfera administrativa e penal, e que não havia qualquer nulidade na persecução crime sem o fim do processo administrativo que debatia o *an debeatur* e o *quantum debeatur*³⁶, caracterizando o lançamento definitivo do crédito tributário com eficácia declaratória, isto é, apenas declarando uma situação jurídica que já havia sido concretizada, qual seja, o não cumprimento das obrigações tributárias e conseqüentemente o delito consumado. Isto tudo demonstra por todas as formas a mudança drástica no posicionamento das Cortes Superiores, e que em alguns casos prejudicou réus em processos crimes, pois interrompeu a cadeia prescritiva de seus delitos, que há época dos fatos em tese, contavam

³⁴ Op cit. 20 e 21

³⁵ “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

³⁶ RHC 6051/SP (STJ), RHC 6803/SC (STJ), HC 75723/SP (STF), Medida Cautelar na ADIN 1571-1 DF (STF), RHC 11735/MG (STJ) e HC 80764/SP (STF).

com a aplicação da norma vigente (aquela escolhida pelos Tribunais), qual seja a de que os crimes tipificados no art. 1º da lei 8.137 se consumariam no momento em que se deveria cumprir com a obrigação tributária e não se cumpriu, e não no momento em que o crédito tributário decorrente desse não adimplemento se concretiza-se com o lançamento definitivo no final no processo administrativo.

Essa era a corrente jurisprudencial vigente antes da mudança paradigmática promovida pelo julgamento do HC 81.611:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REPRESENTAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO CURSO DA AÇÃO PENAL: DECISÃO DEFINITIVA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. Lei 8.137, de 1990, artigos 1º, 2º e 14; Lei 8383, de 1991, artigo 98; Lei 9249, de 1995, art. 34; Lei 9430, de 1996, art. 83 e seu parágrafo único. I - A representação fiscal a que se refere o art. 83, da Lei 9.430/96, estabeleceu limites para os órgãos da administração fazendária, ao determinar que a remessa ao Ministério Público dos expedientes alusivos aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1º e 2º, da Lei 8.137/90, somente será feita após a conclusão do processo administrativo fiscal. Todavia, não restringiu o citado dispositivo legal a ação do Ministério Público (C.F., art. 129, I). II. - Precedente do STF: ADIn 1571-DF (medida cautelar), Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, 20.03.97. III. - No caso, não há falar em extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e acessório: Lei 8.137/90, art. 14, revogado pela Lei 8.383/91, art. 98. Lei 9.249/95, art. 34; Lei 9.430/96, art. 83, parág. único. IV. - H.C. indeferido. (HC 75723/SP, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 18.01.97).

“EMENTA: Habeas corpus - Crime capitulado no art. 1º, II da Lei nº 8.137/90 - Acórdão do STJ que, ao dar provimento a recurso ordinário do MPF, analisando o único fundamento em que se baseou o acórdão do TRF da 3ª Região, assentou não ter criado o art. 83 da Lei nº 9.430/96 condição de

procedibilidade para o exercício da ação penal - Precedente do STF no mesmo sentido: ADIn nº 1571/DF-Liminar - Habeas corpus indeferido” (HC 80764, Rel Min. Ellen Gracie, DJ 22.05.01.

“EMENTA: PROCESSO PENAL - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL - INVESTIGAÇÃO EM INQUÉRITO POLICIAL - INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL - Inexiste constrangimento ilegal na investigação, em inquérito policial, de suposta prática de crime contra a ordem tributária. De outro lado, a paralisação de procedimento fiscal administrativo feito pela receita federal não impede a persecução penal, dada a independência entre as esferas administrativa e criminal. - Recurso desprovido.” (RHC 13997 / ES Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 18.09.03).

“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. AUTONOMIA. ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96. I - Devido a independência entre as esferas penal e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, a ausência de finalização da apuração administrativa não tem o condão de obstaculizar a instauração de persecutio criminis para apurar a prática, em tese, de crime contra a ordem tributária. II – Ademais, o art. 83 da Lei nº 9.430/96 não é óbice – quer como condição de procedibilidade, quer como questão prejudicial – para a atuação do Parquet. Precedentes. Recurso desprovido” (RHC 13159/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 11.03.03).

De todo o exposto, podemos inferir que, mesmo com a delimitação clara do instituto jurídico que conferia a falta de justa causa às persecuções criminais de delitos contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º da Lei 8.137/96, sem o fim do processo administrativo que conferisse definitividade ao lançamento do crédito tributário, o julgado em comento, HC 81.611, representou uma mudança paradigmática na jurisprudência das Cortes Superiores, sobretudo no STF, desta forma revestiu de singular significação o

tipo penal em tela, pois alterou nada mais, nada menos, que seu momento consumativo.

Essas circunstâncias exemplificam tudo o que foi discorrido no capítulo anterior, pois existia uma norma válida no ordenamento brasileiro, definida pelas decisões reiteradas das Cortes Superiores de que existia independência de instâncias entre as esferas penais e administrativas e de que, sobretudo e mais importante, o delito se consumava no momento da ação do contribuinte de suprimir ou reduzir tributos, ou seja, era crime formal, visto que se prescindia de resultado danoso ao Fisco. Essa era a norma válida, e existia uma expectativa de sua aplicação; ao se alterar esse entendimento, alterou-se por via oblíqua a própria norma, visto que, a partir desse *leading case* gerou-se outra expectativa de aplicação da norma, a lei a partir dessa decisão com caráter de precedente não pode mais ser lida sem o revestimento que essa singularíssima interpretação deu ao tipo penal. E é justamente essa mudança de um posicionamento firme para outro posicionamento firme das Cortes Superiores, e quando há prejuízos ao réu nessa mudança, que defendemos, como já demonstrado, a aplicação do princípio da irretroatividade da norma penal, visando à máxima aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais.

3.2.4 Votos Divergentes

3.2.4.1 Voto Vista da Ministra Ellen Gracie

A Min. Ellen Gracie pediu vista dos autos e contrapôs as razões adotadas pelo Min. Relator. Por início ressaltou que Ressaltou aos colegas que o paciente se valeu de todos os direitos que lhe assegura a legislação, tendo adiado por todas as formas as definições que permitiriam dar andamento à ação penal.

A posteriori se firmou na posição contrária ao entendimento do Min. Relator de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 seja crime de resultado, defendendo a tese de que não há necessidade de se apurar resultado certo ou líquido para que o Ministério Público tenha justa causa para a instauração da ação penal.

Argumenta ainda que tal posicionamento representaria uma “involução” no tratamento penal dessas condutas, em relação ao que dispunha a Lei nº 4.729/65, onde, claramente, as condutas similares eram penalizadas independentemente de efetiva lesão ao fisco.

Demonstra especial inconformismo com a questão da prescrição dos delitos se o jus puniendi estatal não for iniciado por omissões e atrasos do Poder Executivo. O que pode se observar do seguinte excerto:

“A impossibilidade de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou a impossibilidade de seu recebimento, no aguardo da conclusão do procedimento administrativo-fiscal, faria com que a prescrição fluísse”³⁷.

³⁷ HC 81.611-8/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, D.J. 13.05.2005 – p. 69.

Neste especial ponto cabe uma crítica ao voto vista da Ministra Ellen Gracie, que após os argumentos trazidos postulou pela denegação da ordem no *habeas corpus*.

3.2.4.1.1 Análise Crítica do Voto Divergente da Ministra Ellen Gracie

Talvez e muito provavelmente o inconformismo no voto da Ministra se deu principalmente pelo fato de que no voto condutor o instituto jurídico que pauta-se a falta de justa causa para a ação penal não ter sido definido com clareza. Ora se, como posteriormente foi³⁸, tivesse sido definido o “elemento essencial do tipo” como instituto jurídico causador dessa barreira para a ação penal, toda a preocupação da Ministra cairia por terra, visto que sem o final do procedimento administrativo o delito sequer estaria consumado, quanto mais seu prazo prescricional estaria às vias de extinguir.

A constituição definitiva do crédito tributário é sim elemento essencial do tipo, pois como bem salientou o Min. Relator esta é a conduta tipificada, e se o próprio Estado proporciona meios a se debater a quantidade e a existências desse crédito, não haveria justo enquadramento na demanda que não tivesse esse caráter definitivo.

A questão que aqui se discute é se os processos que tiveram seu curso durante essa pacificação de entendimento do STF estariam sobre a égide do posicionamento anterior (norma anterior) ou sobre o novo posicionamento

³⁸ *Op cit* 22 e 23.

(nova norma). A solução que *prima facie* se mostra nebulosa, com uma análise aguçada podemos encontrar uma solução.

Ora, os fatos que ocorreram anteriormente a esse novo posicionamento e já tiverem prescritos, de sua data inicial até o recebimento da denúncia, por óbvio não se pode lançar mão do argumento que o delito sequer consumado esteve, pois, trata-se de evidente caso que interpretação nova da norma (ou seja, nova norma construída pela especial significação das decisões singulares dos tribunais que tomaram contorno de norma geral) que prejudica sobremaneira o réu, violando por via obliqua sua garantia constitucional de não ser processado com base em normas posteriores a vigência do fato tido por ilícito.

Já nos casos que embora estivessem sobre a vigência da interpretação antiga utilizaram-se do novo precedente para bloquear a ação estatal punidora, não podem utilizar igualmente do argumento do *computo prescricional* do início da sonegação fiscal até o recebimento da posterior denúncia, isso porque o *computo prescricional* foi suspenso justamente para se evitar situações desse tipo.

Já os casos em que tiveram início posteriormente ao novo posicionamento do STF, submetem-se inteiramente a sua vigência, e se porventura existir *persecutio criminis* enquanto o processo administrativo tiver seu curso normal, eivado de nulidade absoluta estará, visto que não haverá delito ainda para se perseguir. Contudo, tampouco pode o réu lançar mão, na posterior denúncia e recebimento desta, de que a *persecutio* estaria prescrita, pois seu delito acabou de se consumir aos olhos do ordenamento jurídico vigente.

3.2.4.2 Voto Vista do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa, após pedir vista dos autos, afirmou divergir ligeiramente dos votos apresentados, isto porque concorda com a afirmação do Relator de que o crime em tela é crime material, mas que não representa condição objetiva de punibilidade o final do processo administrativo.

Isto porque não lhe pareceu razoável acrescentar aos elementos do tipo penal condição que o legislador nele não quis incluir. Concluindo que:

“A decisão da autoridade administrativa acerca da impugnação do contribuinte poderá ter duas naturezas distintas. Se ela for no sentido de indeferir a impugnação do contribuinte e confirmar a existência do débito tributário, constituirá um elemento adicional de comprovação da materialidade do crime. (...) Se julgar procedente a impugnação do contribuinte, a decisão do Fisco constituirá no máximo um elemento de exclusão de tipicidade”.

A solução para o conflito se encontra, nas razões do Ministro, no art. 93 do CPP, consistindo em questão prejudicial heterogênea. Dessa forma, o Ministério Público poderá oferecer a denúncia e o juiz, diante da questão prejudicial, determinar a suspensão do processo e do prazo prescricional até que se resolva a discussão no processo administrativo. Conclui que o pagamento ou a decisão administrativa que nega a existência ou exigibilidade do tributo, a qualquer momento da ação penal, extingue a punibilidade nos crimes tributários, por força do §2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, em nada prejudicando o impetrante. Neste sentido, negou a ordem.

3.2.4.2.1 Análise Crítica do Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Observa-se que a primeira natureza que o Ministro vislumbra para a decisão definitiva do processo administrativo é a de “*elemento adicional de comprovação da materialidade do crime*” no caso de confirmar a existência do crédito tributário.

Contudo há de se frisar que esse não foi o posicionamento confirmado pela Corte a posteriori, pois tal decisão configura sim, elemento normativo do tipo e não simplesmente elemento adicional da comprovação da materialidade, por todas as razões já expostas.

É justamente o que se conclui da Ementa do HC relatado pelo próprio Ministro Joaquim Barbosa:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUTÁRIO. CRIME DE SUPRESSÃO DE TRIBUTO (ART. 1º DA LEI 8.137/1990). NATUREZA JURÍDICA. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na linha do julgamento do HC 81.611 (rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário), **os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo.** 2. **Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto "tributo" é elemento normativo do tipo.** 3. Em consequência, não há falar-se em início do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal. (HC 83.414/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23.04.04) – grifo nosso”.

E é justamente nesse sentido adotado no HC 83.414 que a norma do tipo penal descrito no art. 1º da Lei 8.137/96 se revestiu de significação, marcando assim uma mudança paradigmática na jurisprudência que a partir de

normas concretas de decisão passaram a norma geral, pois adotaram caráter de precedente.

3.2.4.3 Voto do Ministro Ayres Britto

O Ministro se limitou a seguir os votos da ministra Ellen Gracie e do Ministro Joaquim Barbosa, denegando a ordem, pois não se convenceu da tese de que o crédito tributário só se consuma e se perfaz com o lançamento. Todos os demais Ministros concederam a ordem, seguindo o voto condutor do ministro Sepúlveda Pertence, concluindo pela concessão da ordem, trancando a referida ação penal.

3.3 Conclusão da Análise do Julgado

O Pretório Excelso ao julgar o *habeas corpus* nº 81.611 pacificou o entendimento segundo o qual os crimes tributários tipificados no art. 1º da Lei 8.137 somente se consumam com o lançamento definitivo do crédito tributário, ao final do processo administrativo, visto que são crimes de resultado e para tanto prescindem da confirmação do resultado lesivo. Tal entendimento inclusive foi, anos depois, sumulado com a edição e aprovação da Súmula Vinculante nº 24 do col. STF.

Tal mudança de posicionamento representou um caso ímpar de que uma norma de decisão passa a tomar contornos de norma geral, pois revestiu o

tipo penal de singular significação, visto que lhe alterou o momento consumativo, que anteriormente era considerado já na ação ou omissão do contribuinte de fraudar o Fisco, sem, contudo, que se confirmasse o resultado lesivo pelo processo administrativo.

Neste sentido, representou um inegável confronto ao princípio da segurança jurídica, visto que, há casos que ocorreram sobre a égide da interpretação anterior que atingiram o computo prescricional, e ao pleiteá-lo em seu processo respectivo o viu negado, justamente por utilizar o magistrado do novo entendimento de que o cômputo prescricional começaria a ser contado a partir do final do processo administrativo, em que o resultado lesivo foi confirmado.

A problemática da irretroatividade da interpretação jurisprudencial refere-se a dois tipos de questão: a primeira, de índole constitucional, é de que a proibição de irretroatividade da lei penal desfavorável é aplicada à jurisprudência; a segunda, da perspectiva jurídico penal, é a de que se o autor que pratica determinado fato pode ser surpreendido por nova interpretação em seu julgamento, que há época não era aplicável no ordenamento, tanto no sentido de que pela mudança interpretativa o fato que lhe é imputado é hodiernamente típico e anteriormente não o era, ou no sentido de que as condições que a nova interpretação propôs não lhe são favoráveis, e pela anterior interpretação lhe eram (SANGUINÉ, p. 156).

O caso em tela demonstra essas duas questões; embora que por sua singularidade em alguns casos a mudança é favorável ao réu e em outros não o é; quando esta mudança não é favorável ao réu, isto é, quando pela interpretação anterior o computo prescricional já foi atingido e pela nova lhe é

tolhido este direito, se apresenta um cenário de insegurança jurídica, que só se extinguirá estendendo a proibição da retroatividade às alterações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu, tendo em pauta a máxima aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Sanguiné evidencia a função da segurança jurídica para aplicação estendida da proibição da retroatividade da lei penal para a interpretação jurisprudencial:

“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 realiza o princípio da confiança, que é elemento essencial do Estado de Direito (...). 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”. (SANGUINÉ, p. 156)

Na análise crítica que fizemos do voto da Ministra Ellen Gracie podemos observar algumas situações em que esses casos podem se desdobrar:

(a) Fatos que ocorreram anteriormente ao novo posicionamento e já tiverem o computo prescricional preenchido, da data inicial da ação do contribuinte de fraudar o Fisco até o recebimento da denúncia: nesses casos é que se defende que o novo posicionamento não poderá retroagir, pois há inegável e incalculável prejuízo ao réu, pois a segurança jurídica que é fundamento basilar do princípio da irretroatividade da norma penal é gravemente ofendido. Trata-se de evidente caso que interpretação nova da norma, isto é a própria norma, foi alterada e desta alteração resultou prejuízos inconstitucionais ao réu, violando por via obliqua sua garantia constitucional

de não ser processado com base em normas posteriores a vigência do fato tido por ilícito.

(b) Fatos que embora estivessem sobre a vigência da interpretação antiga utilizaram-se do novo precedente para bloquear a persecução penal, pois assim lhes era mais favorável, não podem utilizar igualmente do argumento do computo prescricional do início da sonegação fiscal até o recebimento da posterior denúncia, justamente porque o computo prescricional foi suspenso.

(c) Fatos que tiveram início posteriormente ao novo posicionamento do STF, submetem-se inteiramente a sua vigência. Não podendo existir persecução criminal antes do final do procedimento administrativo, visto que até esse momento, segundo o ordenamento jurídico vigente não há crime tipificado, e se porventura existir *persecutio criminis*, o processo crime estará nulo desde seu início, pois afronta Súmula Vinculante, já que não há crime ainda.

É tão somente na primeira hipótese que a irretroatividade das leis penais deve ser entendida como irretroatividade da norma penal, pois nela havia uma perspectiva justa de que o crime se prescreveria em certo lapso temporal, e pela nova norma dada pelo Tribunal Superior essa perspectiva não foi cumprida, criando insegurança jurídica.

Neste sentido esta mudança paradigmática trazida pelo HC 81.611 deve ser entendida como marco temporal da mudança da norma válida no ordenamento jurídico, os fatos que tiverem início antes desta data e tiverem preenchido o lapso prescricional da data da ação delituosa até o recebimento da denúncia devem ser julgados sobre a égide no posicionamento

jurisprudencial anterior (norma anterior) reconhecendo então a prescrição do crime.

O reforço à segurança jurídica do sistema não lhe tolhe a maleabilidade neste assunto, pois a nova norma encontrará espaço para a sua aplicação nos casos que for mais favorável ao réu, bloqueando a persecução criminal e suspendendo o cômputo prescricional; e nos casos que ocorrerem já em sua vigência.

CONCLUSÃO

O princípio da legalidade penal teve origem nos ilustrados e buscou defender o cidadão das arbitrariedades do Estado Leviatã e a utilização desmesurada de seu *ius puniendi*.

A limitação para esse poder estatal foi definida nas leis, e somente por ela que se poderiam instituir tipos penais e suas conseqüentes penalidades. Isto decorreu da extrema discricionariedade que os aplicadores das normas detinham na definição típica penal. Assim a interpretação dada a cabo por eles carecia de amarras, por essa razão que a interpretação da norma nem sempre foi vista com bons olhos para os defensores dos direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Com o princípio da legalidade se determinou que esses tipos apenas pudessem ser emitidos por lei, em sentido estrito, e que igualmente deveriam ser taxativos, no sentido da claridade de seus dizeres e conseqüências, buscando assim, pelo ideal iluminista de racionalidade, normas com sentido unívoco que não permitissem interpretações discrepantes entre si, nem tampouco desvios de conduta dos julgadores na hora de sua aplicação.

Para garantir estes princípios, e como conseqüência óbvia deles, se garantiu também a irretroatividade das leis que fossem prejudiciais ao cidadão, assim um fato ocorrido na vigência de uma lei penal mais benéfica deveria ser julgado e processado sobre a luz de seus postulados.

O art. 5º, XL da Constituição Federal dispõe que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Assim, não há sombra de dúvidas de que a edição de uma nova lei de direito material penal ou a alteração de lei já existente está impedida, em todos os aspectos, de prejudicar o réu (irretroatividade *in malam partem*), sendo sua retroatividade apenas possível nas hipóteses de beneficiar o réu (retroatividade *in bonam partem*).

Contudo, é tema controvertido se uma decisão jurisprudencial, mudando o sentido do texto legal, depois de reiteradas decisões em sentido divergente, é capaz ou não de retroagir no tempo e atingir fatos regulados pela norma em questão, prejudicando o réu.

Procuramos defender neste trabalho a resposta afirmativa, isto é, a jurisprudência, quando toma contornos de norma geral, atuando no sistema jurídico como se lei fosse, ou melhor, revestindo a lei penal de especial significação, e a partir deste revestimento criando norma nova, não deve retroagir a casos que ocorreram na vigência de posicionamento jurisprudencial mais benéfico ao réu em processo criminal.

Para chegar a esse resultado, definimos o significado de norma jurídica, para então enquadrá-lo no contexto do princípio constitucional da legalidade penal, e, sobretudo da irretroatividade da lei penal.

Assim, adotando como marco teórico o positivismo kelseniano, percebemos que a lei penal, não passa de substrato fático e linguístico para aquilo que realmente é aplicado e produzido pela interpretação: a norma.

Desta feita, o substrato legal, contém em si uma moldura ou quadro no qual se encontram possibilidades normativas, e o interprete procurará dentro dessas possibilidades normativas aquela que melhor se enquadre no ordenamento jurídico.

Esse esquema interpretativo decorre de um escalonamento no qual a norma superior orienta a norma inferior mediante aquele quadro normativo interpretativo, culminando na norma individual e concreta que é aplicada nos conflitos sociais que do contrato social decorrem.

Essa norma individual acaba por definir em última instância qual é a norma, dentro das possibilidades interpretativas que a moldura produz, válida e com expectativas de aplicação do sistema jurídico.

Por consequência, e levando-se em conta a estrutura hierárquica dos Tribunais pátrios, concluímos que os Tribunais Superiores são os responsáveis por definirem essa norma individual e concreta com expectativas de aplicação. Ocorre que quando a concretização do sentido da lei se encontra de algum modo obscurecido pela linguagem empregada, só resta sua definição de um modo preciso pela jurisprudência.

Esses são os casos em que a norma individual e concreta toma contornos de norma geral, e revestem de especial significação o texto legal, que não poderá mais ser lido sem se levar em consideração esse revestimento. Implicando, praticamente, em um complemento legal.

Nestes casos especiais, defende-se que, por consagração aos princípios constitucionais, em especial da segurança jurídica, que o entendimento jurisprudencial fortemente definido e por isso com predisposição de ser aplicado a casos futuros seja aplicado aos casos que ocorreram em sua vigência, justamente por atuar como complemento legal do texto obscurecido, revestindo-o daquela singular significação.

Para exemplificar este contexto buscamos trazer a baila um caso em que a jurisprudência se alterou produzindo situações de prejuízos manifestos a

réus em processos criminais. É o julgado do HC 81.611 do Supremo Tribunal Federal que ao concluir que os crimes contra a ordem tributária, definidos no art. 1º e incisos da Lei 8.137/90, são crimes de resultado, alteraram o seu momento consumativo em relação ao posicionamento jurisprudencial anterior, o que provocou mudanças no computo prescricional de crimes que ocorreram sobre a vigência da jurisprudência anterior e que já estariam prescritos levando-se a cabo a contagem anterior levando-se em conta o momento consumativo inicial como o da ação de suprimir ou reduzir tributos, e não o seu devido lançamento definitivo com o final do processo administrativo.

Assim, nestes casos em que a concretização do sentido da lei se leva a cabo de um modo preciso pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, esta age como se lei fosse, pois integra de forma especial a norma, se revelando como a própria norma válida e cogente no sistema, devendo então ser, igualmente, observado o princípio da irretroatividade em *malam partem*, como se fosse lei posterior prejudicial às circunstâncias do réu.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Da legalidade à culpabilidade*. São Paulo, Método. 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo. Malheiros. 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Edição Eletrônica, trad. Ridendo Castigat Moraes. 2002.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo. Martins Fontes. 2007.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo. Saraiva. 2003.
- BRANDÃO, Nuno. *Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais*.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo I, 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1967.
- CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*. Torino. Giappichelli. 1999.
- CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro. Forense. 1982.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo. Saraiva. 2011.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Jurisprudência penal e determinação típica: entre o princípio da legalidade e a criação do Direito pelo juiz*. Tese de Mestrado. 2004. Faculdade de Direito da USP, São Paulo.
- COSTA JR., Paulo José da. *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*. São Paulo. Saraiva. 1995.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro. Forense. 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, Atlas. 2001.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Atlas. São Paulo. 2008.
- GÁLVEZ, Juan Monroy. *La importancia de la jurisprudencia em el derecho nacional*. *Revista peruano de ciências penales, año II, n° 3*. Editora Jurídica Grijley, p. 301-305, ene./jun. 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo. Malheiros. 2002.
- GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Impetus. Rio de Janeiro. 2007.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial : do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo. Atlas. 2008.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O valor normativo da jurisprudência penal*. Tese de Doutorado. 2007.
- GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Quartier Latin. São Paulo. 2005.
- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. v. I. Tomo 1º. Rio de Janeiro. Forense, 1955.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes. São Paulo, 2000.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre. Sete Mares, 1991.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo. Atlas. 2ª Edição, 2009.
- MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidade del delito*. Universidade de Valencia. 1983.
- MALLET, Estêvão. *A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?*. *Rev. TST, Brasília*, vol. 71, n° 3, set/dez 2005.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. 4. Ed. Padova. Cedam. 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 3. Ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1941.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, I.; BRANCO, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva. 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2012.

- PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. Padova. Cedam. 1979.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona. Ariel. 1991.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal: parte general – Tomo I: Fundamentos Científicos del Derecho Penal*. 4 ed. Barcelona. Bosch. 2001.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal, parte geral*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. São Paulo. Saraiva. 2005.
- REDONDO HERMIDA, Álvaro. *La retroactividad de la jurisprudencia en Derecho penal español*. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. n. 48, v. 5, 2008. 80-95 / *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* La Ley.
- SANGUINÉ, Odone. *Irretroatividade e Retroatividade das alterações da jurisprudência penal*. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, n. 31, vol. 8. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000.
- SANGUINÉ, Odone. *Irretroatividade e Retroatividade das variações da jurisprudência penal*. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, n. 1, vol. 5. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1992.
- SENA, Diana Gordilho. *Irretroatividade da interpretação jurisprudencial mais gravosa*. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte*, n. 16. Belo Horizonte. 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo. Saraiva. 2009.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo. Noeses. 2005.
- TOZZINI, Carlos A. *La retroactividad de los fallos plenarios penales, en particular del caso Barbas*. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*. 17/20, v. 5, 1982. 719-724 / *Doctrina Pena Teoría y práctica en las ciencias penales*.

ZAFFARONI, E; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; e SLOKAR, A. *Direito Penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro. Ciência Moderna. 2003.