

PROIBIÇÃO DE RETROATIVIDADE E ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

*A IRRETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA
CONSTITUTIVA DO INJUSTO PENAL*

Alaor Leite

Retroactivity and judicial decision

ABSTRACT: No one questions that a person should never be punished by retroactive criminal *laws* (principle of non-retroactivity of criminal laws). Sometimes, however, it happens that a new *interpretation* of a criminal law may be as disadvantageous for the defendant as a new law. The purpose of this essay is to examine the question whether some kinds of new interpretations of criminal statutes should be deprived of retroactive effects. Indeed, there are many new interpretations made by the judges that are comparable in terms of effects to a new criminalization made by the lawmaker. The paper concludes that these *judicial decisions with constitutive criminalization effects* should never retroact against the defendant.

KEYWORDS: criminal law; principle of legality; non-retroactivity; judicial decision.

I. O problema jurídico

1. Direito do cidadão à jurisprudência do tempo do fato?

A proibição de retroatividade da lei penal posterior mais gravosa ao acusado possui status de obviedade jurídica, insculpada com destaque nos estatutos jurídicos modernos (Art. 103 II GG; art. 29 CR Portuguesa; art. 1.º CP Português; art. 7 CEDH). Iguamente óbvia é a possibilidade de que a jurisprudência altere os seus posicionamentos. As razões que podem conduzir a uma alteração são plúrimas: avanço da técnica, irrupção de fatos inéditos ou ainda alteração de valoração jurídica. Nos termos da definição mais tradicional, uma alteração jurisprudencial ocorre quando, sem modificação lingüística da lei penal¹, um posicionamento anterior fixado é abandonado em favor de um novo entendimento² – uma definição modesta e lacônica. O novo entendimento jurisprudencial pode, por vezes, revelar-se mais gravoso ao cidadão concretamente acusado no processo em que a alteração se deu³, com o que surge imediatamente um protesto: “por que

¹ *Mattil* GA 1965, 129 e ss., 132; no começo do século XX, questionava-se se a alteração de lei “extra-penal” estaria submetida à proibição de retroatividade: *O. Neumann*, Das Blankostrafgesetz, 1908, p. 81 e ss.; *Käckel*, Die Bedeutung des Strafgesetzbegriffes in der Lehre von der strafrechtlichen Rückwirkung, 1915, p. 3 e ss., 14 e ss., 194; *Kublen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, p. 392 e ss.; *Laaths*, Das Zeitgesetz gemäß § 2 Abs. 4 StGB, 1995, p. 5 e ss., 30; recentemente, *Schnuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, p. 220 e ss.

² Por todos, *Roxin*, Strafrecht AT 4. ed. 2006, § 5 nm 61; o penalista italiano Cadoppi, em estudo valioso, propõe interessante classificação dos contrastes jurisprudenciais: contrastes *diacrônicos* seriam aqueles em que uma jurisprudência anteriormente é abandonada em favor de um novo entendimento; contrastes *sincrônicos* seriam aqueles que se caracterizam pela coexistência de várias decisões judiciais divergentes sobre o mesmo tema: *Cadoppi*, Il valore del precedente nel Diritto Penale, 2 ed., 2014, p. 109 e ss.; em Portugal, com essa terminologia, *N. Brandão* Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss., 1301 e ss.

³ Parte-se do pressuposto de que o juiz movimentou-se dentro dos limites semânticos da lei, vale dizer: que ele respeitou a *intensão* dos termos legais e não praticou analogia; a esse respeito ver *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, p. 22 e ss.; *Schlichter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, p. 23 e s.; *Ferrajoli*, Diritto e Ragione, 9 ed. 2008, p. 94 e ss. Não desconheço as críticas ao critério dos limites semânticos: *Kudlich* FS-Puppe 2011, 123 e ss.; *Kudlich/Christensen* ARSP 93 (2007), 128 e ss.; *idem*. JR 2011, 146 e ss.; *Herbert*, Rechtstheorie als Sprachkritik, 1995, p. 240; ver, todavia, as convincentes contra-argumentações de

precisamente *eu* devo suportar as consequências dessa alteração jurisprudencial?”. Nesse momento, as obviedades desvanecem-se e, em seu lugar, prorrompem intrincadas questões jurídicas. Afinal, uma substancial e brusca inflexão jurisprudencial pode piorar a situação jurídica de um acusado em maior grau do que uma leve e marginal alteração legislativa. Contudo, nos termos da posição tradicional, apenas a última está proscrita de retroagir.

Tal protesto afigura-se inatacável sob o ponto de vista individual. Ao protestar nestes termos, o acusado lança uma pretensão à manutenção, no seu caso, da jurisprudência “vigente” ao tempo da prática do fato. A pergunta a ser formulada é, pois, pela possibilidade de generalização desse protesto: *existiria, em alguns casos, um direito do cidadão à jurisprudência do tempo do fato, tal como há em relação à lei vigente ao tempo do fato?* Esse questionamento a respeito da *extensão da proibição de retroatividade a ao menos algumas alterações jurisprudenciais* adquire imensa envergadura jurídica ao convocar à discussão fundamentais problemas de natureza metodológica (os limites do papel criativo da jurisprudência), constitucional (o alcance de determinadas normas constitucionais) e, naturalmente, jurídico-penal.⁴ O que se deve discutir, em última análise, é se e em que medida a ratio da proibição de retroatividade comporta essa extensão.

2. Casos

Alguns *casos* de alteração jurisprudencial prejudicial ao acusado – uns reais, outros fictícios – auxiliam a ilustrar o problema e a sua relevância prática⁵:

Baumann MDR 1958, 394 e ss.; *Schünemann* FS-Klug Volume I 1983, 169 e ss.; *idem.* FS-Puppe 2011, 243 e ss.; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. ed. 2011, p. 77 e ss., 106 s.; *Duttge* FS-Krey 2010, 39 e ss.; *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, 2004, p. 235 e ss.; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, p. 100 e ss.; em Portugal, no mesmo sentido *Costa Andrade* RLJ 3924/3925, Coimbra, 2001, 72 e ss.; *Figueiredo Dias*, Direito Penal I 2. ed. 2007, p. 188 e ss.

⁴ *Gross*, Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht, 1969, p. 139: por trás dessa pergunta “esconde-se um caudal de perguntas fundamentais da teoria do direito, do direito constitucional e do direito penal”.

⁵ Assim, *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Goßner 2001, 145 e ss., 147; a opinião pouco fundamentada de Tröndle, segundo a qual tratar-se-ia de um “falso

(a) A progressiva redução da taxa limite de alcoolemia no sangue de 1,5% para 1,3% e depois para 1,1% operada pelo *Bundesgerichtshof* alemão ao interpretar o elemento “incapacidade absoluta para dirigir” no contexto do delito de embriaguez na condução de veículos automotores (§§ 315c, 316 StGB; *Promillengrenzen-Fälle*: BGHSt 5, 168; 21, 157; 37, 89). A discussão doutrinária alemã iniciou-se, a rigor, a partir desses casos. A primeira decisão é de 1966⁶;

(b) A “revogação judicial” da categoria da *autodenúncia parcial* (*Teilselbstanzeige*) no crime fiscal (§ 371 AO), com efeitos liberadores de pena, operada pelo *Bundesgerichtshof* (BGHSt 55, 180)⁷;

(c) A nova definição judicial do elemento “crime fiscal de grandes proporções” (§ 370 III AO), com a conseqüente diminuição considerável do valor suficiente para a afirmação da modalidade qualificada (BGHSt 48, 360; 53; 71)⁸;

(d) A chamada “*interpretação benevolente aos direitos humanos*” (*menschenrechtsfreundliche Auslegung*) operada pelo *Bundesgerichtshof* com o fim de excluir a possibilidade de aplicação da causa de justificação do § 27 DDRGrenzG vigente à época dos homicídios praticados pelos atiradores do muro – os chamados Mauerschützen – na antiga DDR (BGHSt 39, 1; 41, 101, 111)⁹;

(e) A alteração do conceito jurídico de patrimônio no delito de estelionato (§ 263 StGB)¹⁰. Imagine-se a alteração de um conceito puramente jurídico para um conceito puramente econômico de patrimônio, compreendendo, assim, pretensões juridicamente inválidas como objetos legítimos de proteção antes inabarcáveis pelo tipo penal;

problema” de natureza acadêmica não corresponde à realidade, como se verá: *Tröndle* FS-Dreher 1977, 117 e ss.; em Portugal, Nuno Brandão indica que, apesar da grande relevância prática, o tema nunca foi intensamente debatido a partir de casos concretos realmente existentes: *N. Brandão*, *Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias, 2003, p. 1289 e ss., 1302.

⁶ BGHSt 5, 168; 21, 157; 37, 89; em detalhes, *Otto* FS-BGH, Volume IV 2000, 111 e ss.

⁷ Já me manifestei detalhadamente sobre essa decisão em *Leite* RBC-Crim Vol. 90 2011, São Paulo, 111 e ss.

⁸ Sobre essa decisão ver *Stam* NStZ 2013, 144 e ss.

⁹ A esse respeito *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Goßner, 145 e ss., 146.

¹⁰ Fundamentalmente RGSt 16 (1888), 1; RGSt 44 (1911), 230; a esse respeito, criticamente, *Naucke*, FS-Kargl 2015, p. 233 ss.

(f) As alterações podem ocorrer na interpretação de categorias da Parte Geral: a adoção da teoria da possibilidade, no que diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente; a admissão de um atuar doloso em casos de “cegueira deliberada”; a adoção da teoria do domínio da organização, transformando um interveniente, antes instigador, em autor mediato, a construção de limites ético-sociais ao direito de legítima defesa etc.

3. Terminologia

O caráter multifacetário do questionamento jurídico proposto exige *cuidados terminológicos*. Alguns conceitos utilizados na discussão, como “*direito judicial*” (*Richterrecht*) ou “*jurisprudência complementadora ou conformadora da lei*” (*gesetzesergänzende Rechtsprechung*) ou são imprecisos¹¹, ou implicam em antecipação indevida de uma tese normativa que, a rigor, ainda carece de escrutínio e de fundamentação¹². Quando o que se busca é a mera enunciação de um conceito jurídico, deve-se distinguir claramente entre o conceito e os pressupostos da tese que se quer avançar, sob pena de incorrer-se em procedimento próprio da jurisprudência dos conceitos, denunciado pelos teóricos da jurisprudência dos interesses, qual seja o do chamado método da inversão: introduz-se no conceito o que dele, em verdade, quer-se posteriormente retirar¹³. Trata-se de evitar o que Hart chamou de definitional stop

¹¹ Sobre a polissemia do conceito de *Richterrecht* ver *Danz* DJZ 1911, 566 e ss.; *Hirsch* JR 1966, 334 e ss.: *Richterrecht* em sentido estrito como a ultrapassagem contra legem dos limites legais; *Eb. Schmidt*, Die Sache der Justiz, 1961, p. 31; *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung, 2. ed. 1968, p. 178 e ss.; *H. Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, p. 7 e ss., 27 e ss.; *Müller*, „Richterrecht“, 1986, p. 9 e ss., 126; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, p. 457 e ss.; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, p. 83 e ss.; *D. Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, p. 9; *Böhm*, Strafrechtliche Gesetzmäßigkeit als Prinzip?, 2013, p. 233 e ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, p. 98 e ss.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, p. 24 e ss.; corretamente, sobre os riscos da terminologia *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, p. 27: Richterrecht como “palavra mágica”; é equivocada a conclusão de que “consequências jurídicas devam ser extraídas do conceito”.

¹² Com essa terminologia, *A. H. Albrecht* FS-Denckner, 1 e ss., 3.

¹³ Ver em detalhes *Heck*, Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?, in: *Ellscheid/Hassemer*, Interessenjurisprudenz, 1974, p. 41 e ss.,

ou abuse of definition¹⁴. O modesto conceito de *alteração jurisprudencial* é suficientemente preciso e não antecipa nenhuma tomada de posição – nada se diz, até aqui, sobre se tal alteração deve ou não retroagir –, razão pela qual deve ser preferido em detrimento de seus rivais.

4. O caminho da investigação

Uma resposta ao questionamento proposto exige que o problema seja inicialmente inserido no contexto atual, em que se verifica a substituição da compreensão estática do princípio da legalidade por uma compreensão dinâmica (abaixo II.). Após, a posição tradicional, que rechaça in totum a possibilidade de extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais deve ser exposta e criticada (abaixo III.), para, então, chegar-se à posição intermediária, que, com base na ideia de proteção da confiança, admite excepcionalmente o alargamento do campo de atuação da proibição de retroatividade (abaixo IV.). Demonstrada a insuficiência da posição intermediária, enfim chegar-se-á à fundamentação da própria posição, no sentido de que há duas espécies de jurisprudência: a jurisprudência concretizadora de injusto penal e a jurisprudência constitutiva de injusto penal. Apenas a última deve estar proscrita de retroagir em desfavor do acusado (abaixo V.).

II. A atualidade do problema

1. A nova compreensão do princípio da legalidade

Karl Binding controverteu-se intensamente, no primeiro volume de suas Normas, com o argumento dominante de que haveria uma espécie de direito adquirido do autor à *lei penal* do

p. 42 e s; sobre os riscos desse modo de argumentar, em torno da necessidade de distinção entre o conceito de pena e os pressupostos de legitimidade desta, ver Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlin, 2009, p. 275 e ss.

¹⁴ Hart, *Prolegomena*, in: *Punishment and responsibility*, 2.^a ed., 2008, p. 5-6.

tempo da prática do fato¹⁵. Binding, como se sabe, rechaçou tal possibilidade¹⁶. À época, em 1872, não se cogitava da possibilidade de postulação de um suposto direito do autor à *jurisprudência* do tempo da prática do fato. O verdadeiro *impulso inicial* para que a temática ingressasse na pauta jurídico-penal não se deve diretamente aos influxos de teses metodológicas sobre o papel criativo do juiz ou sobre a porosidade ínsita à linguagem, mas sim a fato mais mundano e menos espetaculoso: o já referido (acima I., 2., (a)) caso da redução de taxa de alcoolemia no sangue, em 1966, julgado pelo *Bundesgerichtshof*, que atinou os penalistas para o fato de que, eventualmente, a jurisprudência estaria se aproximando indevidamente de um mister propriamente legislativo. Após o impulso inicial, a discussão desenvolveu-se timidamente, em esparsas, mas interessantes, manifestações (abaixo II., 4.; III.).

O problema, que também ocupa a literatura portuguesa¹⁷, tornou-se especialmente *atual* na discussão alemã recente. Poder-se-ia apontar como razões para tal atualidade o iniludível protagonismo contemporâneo da jurisprudência na produção do direito¹⁸ ou a acentuação da secular incerteza em torno dos métodos

¹⁵ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Vo. I., Leipzig, 4.^a ed., 1922 (1.^a ed., 1872), p. 169 e ss., p. 172 e ss., p. 175 e s.

¹⁶ Cf. nota acima. Manifestei-me a esse respeito em estudo ainda inédito: *Leite*, Die Normentheorie Bindings und die Strafrechtsdogmatik, München, 2010, 92 páginas.

¹⁷ Sem pretensão de exaurir toda a bibliografia existente, ver especificamente sobre o tema *Castanheira Neves* in: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia 1984, Coimbra, 307 e ss., 325 e ss.; *Palma* in *Palma e outros* (Org.), Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Lisboa, 1998, p. 414 e ss.; *N. Brandão* Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss.; *Figueiredo Dias*, Direito Penal I, p. 197 e s.

¹⁸ *Mattil* GA 1965, 129 e ss., 135; *Schünemann* in: Achterberg (Org.), Rechtsprechungslehre, 1986, p. 461 e ss., 462; *Schünemann* FS-Klug Volume I 1983, 169 e ss., 174; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8 ed. 2006, p. 113: “Transposição da tônica, do direito legal para o direito judicial”; *Krey* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, p. 90 e ss.; *Fiandaca*, El Derecho penal entre la Ley y el Juez, Madrid, 2013, p. 49 e ss.; *Donini*, Europeismo Giudiziario e Scienza Penale, Milano, 2011, p. 49 e ss., 53 e ss., 63 e ss., 77 e ss.; *Burmeister*, Vertrauensschutz im Prozeßrecht, 1979, p. 1 e ss., 14; *Sauer* in: Roellecke (Org.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, 1982, p. 92 e ss., 113; *Rüthers* NJW 2005, 2759 e ss.; *idem*. JZ 2006, 53 e ss., 60; *Roellecke* in: Roellecke (Org.) (n. 18), p. 1 e ss., 18 e ss.: “quase legislador”; *Gross* (n. 4), p. 4; note-se também que a enunciação do tenor, das chamadas Leitsätze, das decisões de Tribunais

de interpretação e, em decorrência disso, os dilemas em torno da aplicação do direito¹⁹. A metodologia do direito contemporânea oferece valiosas páginas a esse respeito²⁰. O fator mais imediato e determinante a indicar a especial atualidade da temática em matéria penal é todavia outro, a saber: *a nova compreensão do princípio da legalidade* e de seus conhecidos corolários. A compreensão clássica do princípio da legalidade vem sendo aos poucos reformulada, e à clássica *compreensão estática* de outrora vem se opor uma moderna *compreensão dinâmica*.

2. A compreensão estática

A *compreensão estática* era dotada de uma – chamemo-la assim – simplicidade postal: para cada corolário do princípio da legalidade havia um respectivo destinatário exclusivo. Assim, a proibição de analogia e a proibição de fundamentação ou agravamento da punibilidade por meio da utilização de direito consuetudinário dirigir-se-iam ao *juiz*; o mandamento de determinação e a proibição de retroatividade, por sua vez, ao *legislador*. Dentro desse quadro, de fato, fazia pouco sentido estender a proibição de retroatividade também às alterações jurisprudenciais, de modo que não chega a surpreender que tal questionamento tenha sido apenas marginalmente colocado pela doutrina e que tenha encontrado pouca ressonância na jurisprudência.

superiores também assemelha-se, por vezes, à redação legislativa, como se pode ver no caso da interrupção de tratamento médico (*Behandlungsabbruch*) julgado pelo *Bundesgerichtshof* (BGHSt 55, 191).

¹⁹ Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, p. 182 e ss., 202 e ss., 204; Schönemann FS-Klug Volume I, 169 e ss., 174: “sincretismo metodológico”; sobre o imemorial problema da hierarquia dos métodos de interpretação ver Simon, (n. 3) p. 24 e ss., 585, 599: “como em um microscópio, as alterações jurisprudenciais podem escancarar a utilização variável da metodologia do direito”; atualmente, fala-se no problema da chamada “interpretação normativa”: F. C. Schroeder JZ 2011, 187 3 e ss.; Engländer in: Engländer e outros (Org.), Strafverteidigung – Grundlagen und Stolpersteine, 2012, p. 85 e ss.; adicione-se a esse quadro o fato de nunca ter sido satisfatoriamente desenvolvida uma “teoria da legislação”; ver sobre esse último aspecto Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, p. 9 e ss., 57 e ss.; Díez Ripollés, La racionalidad de las leyes penales, 2013, p. 13 e ss.

²⁰ Ver Castanheira Neves in: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia 1984, Coimbra, 307 e ss.; especificamente sobre o tema ver Neumann FS-Beulke 2015, 197 e ss., 200 e ss.

3. A compreensão dinâmica

A *compreensão dinâmica* conheceu seu ápice na decisão de 2010 do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 126, 170, 199)²¹, que respondeu afirmativamente ao questionamento a respeito da constitucionalidade do tipo penal da *Untreue* (§ 266 StGB, correspondente à infidelidade patrimonial portuguesa, art. 224.º CP), sob a alegação de que o tipo penal respeita o mandamento de determinação que se extrai do princípio da legalidade (Art. 103 II GG). Nessa decisão, o *Bundesverfassungsgericht* avançou duas considerações altamente relevantes: Em primeiro lugar, (a) a Corte alemã compreendeu que o mandamento de determinação se dirige também ao juiz, que deve auxiliar o legislador na tarefa de precisar o conteúdo dos tipos penais, de modo que, ao longo do tempo, um tipo penal indeterminado possa tornar-se determinado por meio da construção de uma jurisprudência consolidada que, por sua vez, solidifique conceituações gerais aplicáveis a grupos de casos. A essa tarefa dirigida aos juízes deu-se o nome de *mandamento de precisão* (*Präzisionsgebot*). Na mesma decisão, embora sem indicar critérios mais precisos, (b) a Corte alemã afirmou que essa exigência poderia traduzir-se em alguns cuidados a serem tomados em face de alterações jurisprudenciais,²² que deveriam ocorrer de tal forma que a confiança dos cidadãos na estabilidade do direito seja levada em consideração. Nesse contexto, surge o argumento de que logo me ocuparei, qual seja o da *proteção da confiança* dos cidadãos na estabilidade das decisões judiciais (abaixo IV). Em 2011, o *Bundesverfassungsgericht* admitiu em *obiter dictum* a possibilidade da extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais²³. Aquela simplicidade postal parece não mais existir .

²¹ Embora já tivesse sido esboçada anteriormente: BVerfGE 93, 266, 292.

²² BVerfGE 126, 170, 199; em detalhes, *Beckemper ZJS* 2011, 88 e ss.; *Fischer StV* 2010, 95 e ss.; *Saliger NJW* 2010, 3195: “decisão fundamental”; *Kraatz JR* 2011, 434 e ss.; *Kublen JR* 2011, 246 e ss.; *Böse Jura* 2011, 617 e ss.; *Krüger NStZ* 2011, 369 e ss.; *Safferling NStZ* 2011, 376 e ss.; *Kudlich ZWH* 2011, 1 e ss.; *Schulz FS-Roxin* 2011, 305 e ss.; *Basak* in: Brunhöber e outros (Org.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, p. 71 e ss.; sobre as consequências da decisão para os outros corolários do princípio da legalidade ver *Wittig ZIS* 2011, 660 e ss.; especificamente sobre o problema da retroatividade da jurisprudência, *A. H. Albrecht FS-Denkner* 2012, 1 e ss., 2.; por último, *Neumann FS-Beulke* 2015, 197 e ss.

²³ BVerfG 2 BvR 1230/10 (1.ª Câmara do segundo Senado) = HRRS 2011 Nr. 737; em detalhes sobre a decisão, *Kublen HRRS* 2012, 114 e ss.; *idem.* in:

Essa *nova compreensão do mandamento determinação*, evidentemente, produz os seus efeitos na extensão da proibição de retroatividade²⁴. Sobre a relação de complementaridade entre os dois corolários muito já se escreveu (cf. abaixo V., 1.). A nós interessa sobremaneira uma dedução de natureza lógica: *se* a jurisprudência pode salvar tipos penais indeterminados e, assim, co-constituir, ao lado do legislador, a norma de conduta, que só a partir da intervenção de decisões judiciais passa a ser considerada *legalmente determinada* nos termos do Art. 103 II GG, *então* a proibição de retroatividade deveria dirigir-se igualmente à jurisprudência que torna o tipo penal determinado²⁵. A bem de se ver, essa tarefa atribuída aos juízes e Tribunais não visa apenas a garantir maior certeza do direito para os cidadãos, mas também a salvar tipos penais que mereceriam, doutro modo, o rótulo de inconstitucionais²⁶. O conceito de “legalmente determinada” passa a ser constituído pela soma das intervenções do legislador e da jurisprudência. Afinal, se apenas o labor jurisprudencial ao longo do tempo é que operou a transformação de um tipo penal indeterminado – e, assim, “liminarmente inconstitucional” – para um tipo penal determinado, então há no labor jurisprudencial algo de inaugural e originário, que o aproxima do labor genuinamente legislativo. O desafio atual é o de tirar conclusões dessa relevante consideração.

A discussão, considerada marginal no quadro da compreensão estática, passa a ser, portanto, *urgente* diante da nova compreensão dinâmica do princípio da legalidade.

Hilgendorf (Org.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, 2013, p. 45 e ss., 62.; já em 1990 o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG NStZ 1990, 537) havia admitido a possibilidade de irretroatividade de jurisprudência que promovesse uma alteração da valoração jurídica, um critério que será discutido abaixo V., 2.

²⁴ Também discute-se atualmente e a proibição de analogia não se dirige, em alguma medida, também ao legislador; a esse respeito, em detalhes, *Greco GA* 2012, 452 e ss.

²⁵ “Caso ele (o juiz) interfira ativamente na determinação do direito penal, então afigura-se clara a hipótese de submetê-lo à proibição de retroatividade”, *Kublen* in: Kudlich e outros (Org.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, p. 429 e ss., 438, com uma fundamentação “realista”; *idem.* FS-Otto 2007, 89 e ss., 100 e ss.; *idem.* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 45 e ss., 62 e s.; MK-*Schmitz* § 1 StGB 2003, nm. 33 e ss.; *Kunig* in: v. Münch/Kunig, GGK II 6. ed. 2012, Art. 103, nm. 32a; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz*, 12. ed. 2012, Art. 103, nm 66; ver também *Basak* in: Brunhöber e outros (Org.) (n. 22), p. 71 e ss., 86 e s.

²⁶ Assim, *Neumann FS-Beulke* 2015, 197 e ss. 198 e s.

4. Estado atual da discussão

O *estado atual da discussão* caracteriza-se pela existência de *três consensos* e de uma *incerteza fundamental*:

Há *consenso* sobre (a) a igualdade fática, desde a perspectiva do cidadão, quanto aos efeitos das alterações legislativas e jurisprudenciais²⁷. Sob o prisma do efeito causado, ao acusado pouco importa o fato de o agravamento de sua situação ter sido ocasionado por alteração legislativa ou jurisprudencial. Também reconhece-se amplamente que (b) representa flagrante injustiça a punição irrestrita do cidadão surpreendido²⁸, com o que se costuma mencionar o erro sobre a ilicitude (§ 17 StGB; art. 17.º CP Português) como solução possível, uma espécie de “solução resignada baseada em sentimento de justiça”²⁹. Reconhece-se, de

²⁷ *Baumann*, Strafrecht, AT 7. ed. 1975, p. 124: “Uma forte reviravolta na jurisprudência pode pesar mais, dentro de determinadas circunstâncias, do que uma ínfima alteração legislativa”; *W. Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, p. 22; assim também *Krey* (n. 18), p. 94 e ss., 96; *Kuhlen* (n. 1), p. 378; *Müller-Dietz* FS-Maurach 1972, 41 e ss., 43; *Zielinski* FS-Grünwald 1999, 811 e ss., 812 e ss., 815; *Robbers* JZ 1988, 481 e ss.; *Neumann* FS-Beulke 2015, 197 e ss., 198; *N. Brandão* Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss., 1302 e ss.; *Juratowitch*, Retroactivity and the Common Law, Oxford, 2008, p. 120 e s.; *Cirino dos Santos*, Direito Penal, 1. ed. 2006, Curitiba/Rio de Janeiro, 2006, p. 54 e s.; *Busato*, Direito Penal, São Paulo, 2013, p. 140 e ss.; esse argumento foi avançado pelos reclamantes no caso julgado pela Corte Constitucional alemã em 1990 (BVerfG NStZ 1990, 537): “A nova determinação dos limites da incapacidade absoluta para dirigir possui o efeito de uma alteração legislativa”; sobre a chamada “validade fática dos precedentes” ver as observações de *Welzel*, An den Grenzen des Rechts, 1966, p. 17 e s, especialmente n. 54.

²⁸ Mesmo um grande opositor da solução reconhece esse fato: *Tröndle* FS-Dreher, 117 e ss., 135 e s.; ver também *Otto* FS-BGH Volume IV, 111 e ss., 115 e s.: “De toda maneira, permanece um mal-estar quando uma alteração de jurisprudência consolidada produz efeitos retroativos (...)”; *Kisker*, Die Rückwirkung von Gesetzen, 1963, p. 124 e ss.; *Haffke*, Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht, 1970, p. 212 e ss., 216 e ss., 228 e s.; *Burmeister* (n. 18) p. 1 e ss., 28.

²⁹ Veja-se *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, AT. 6. ed., 2011, § 3, nm 31; *Castanheira Neves* in: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia 1984, Coimbra, 307 e ss., 325 e ss., 333; *Figueiredo Dias*, Direito Penal I, p. 197 e s.; *N. Brandão*, Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss., 1307; *W. Knittel* (n. 27), p. 41; *Grunsky* (n. 11), p. 18 e s.; *Burmeister* (n. 18), p. 1 e ss., 36; digna de leitura é também a decisão do OLG Köln NJW 2012, 2128, que afirmou, decidindo um impasse existente na doutrina e jurisprudência, estar preenchido o

outro lado, (c) a impossibilidade de ampliação irrestrita da proibição de retroatividade para toda e qualquer alteração jurisprudencial, com o que se causaria uma indesejável petrificação da jurisprudência e um imobilismo dos conceitos jurídicos, produzidos necessariamente a partir da interação entre legislação, jurisprudência e doutrina. Ninguém parece defender seriamente que toda e qualquer alteração jurisprudencial deve estar proscrita de retroagir.

Resta a *incerteza fundamental* quanto ao critério distintivo para uma possível admissão parcial da irretroatividade de algumas decisões judiciais, solução que se afigura desde logo como a mais razoável. É dessa incerteza que quero me ocupar.

III. A posição tradicional: inadmissibilidade do alargamento do âmbito de proteção da proibição de retroatividade

Uma admissão parcial da ampliação da proibição de retroatividade deve partir de uma crítica à posição tradicional. Essa posição, embora venha sendo cada vez mais intensamente questionada por setores relevantes, ainda mantém-se firme no sentido de restringir a proibição da retroatividade às alterações legislativas. Os argumentos em favor da posição tradicional não são definitivos e, ao fim, não se mostram capazes de evitar uma admissão parcial da irretroatividade de algumas decisões judiciais. Esses argumentos, contudo, possuem parcela de razão – daí ser também a solução diametralmente oposta, a da admissão total, insustentável –, e devem, por isso, ser levados em consideração na construção de uma solução racional do problema. É possível mencionar, no mínimo, *quatro argumentos* contrários ao alargamento do âmbito de proteção da proibição de retroatividade, a saber: o argumento legalista (1.); o argumento dedutivista (2.); o argumento essencialista (3.) e o argumento processual (4.).

tipo de lesão corporal (§ 223 I StGB) no caso de “circuncisão” (Knabenbeschneidung), porém reconheceu o erro de proibição inevitável do acusado.

1. O argumento legalista

A Constituição alemã e a Constituição portuguesa exigem que a punição esteja *legalmente determinada* antes do fato³⁰. Nada se diz a respeito da jurisprudência. Esse argumento parte de uma retrógrada visão isolacionista da lei – não deixa de ser irônico que se recorra a um argumento de exegese gramatical precisamente no tema que se está a discutir. Diante da nova compreensão dinâmica no princípio da legalidade, esse argumento passa a ser obsoleto, pois a própria literatura e jurisprudência contemporâneas flexibilizaram o conceito de *lei determinada* de tal modo a incorporar a existência de uma jurisprudência consolidada como objeto da avaliação da constitucionalidade da incriminação. Como se viu, a avaliação da constitucionalidade de um tipo penal suspeito de violar a exigência de determinação que decorre do princípio da legalidade inclui a letra do texto produzido pelo legislador e o labor jurisprudencial (BVerfGE 93, 266, 292; 126, 179, 199).³¹ Essa parece ser, de fato, a forma mais compatível de enxergar a realidade jurídica e corresponde à opinião de Faria Costa, em Portugal, no sentido de “que a construção ou a gênese da norma e sua imprescindível interpretação apareçam e se mostrem como etapas fundamentais para uma correcta visão normativa”³². Ora, esse mesmo conceito amplo de lei válido para o mandamento de determinação deve valer para a proibição de retroatividade³³.

³⁰ *Rudolphi* (n. 11), p. 97 e ss.; ironicamente sobre esse argumento, *Naucke*, KritV – Sonderheft, W. Hassemer zum 60. Geburtstag 2000, 132 e ss., 133: “Retroatividade de alterações jurisprudenciais prejudiciais? Problema algum. O Art. 103 II GG atinge em sua literalidade apenas a legislação”.

³¹ Dessa forma, a redação um tanto lacônica do tipo penal alemão de injúria (§185 StGB) seria de ser considerada determinada, na medida em que foi concretizada “por meio de uma jurisprudência secular e, no essencial, uníssona”: BVerfGE 93, 266, 292; a esse respeito LK-*Dannecker* § 1, 12. ed. nm 185 e ss.; o Bundesgerichtshof também ampliou o conceito de lei ao responder a pergunta sobre a vinculação do ministério público à jurisprudência dominante dos Tribunais superiores (BGHSt 15,155); a esse respeito ver *W. Knittel* (n. 27), p. 18 e s.; ver *Stahl*, Die Bindung der Staatsgewalten an die höchstrichterliche Rechtsprechung, 1973, p. 169 e ss.; em detalhes, mais recentemente, *Breneselovic*, Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung, 2013, p. 27 e ss.

³² *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra, 2002, 354 e ss., 355.

³³ Por um conceito amplo de lei penal determinada, que também abrange a aplicação do direito, ver a tese de *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Goßner, 145 e ss., 154, baseada em preceitos da filosofia da linguagem.

Caso essa interpretação extensiva da exigência de determinação legal não seja aceita, nada impede a proposição de uma aplicação analógica do art. 103 II GG em favor do acusado, de modo que, de novo, o argumento legalista perde força. O caminho da aplicação analógica possui a vantagem de destacar a divisão funcional entre legislação e jurisprudência, um argumento relevante na discussão, como se verá (abaixo V.)³⁴.

2. O argumento dedutivista

Alguns autores buscam deduzir as soluções do problema de teorias metodológicas. A decisão judicial seria mero ato de conhecimento, e não ato de criação do direito. A “nova” decisão seria a decisão correta, apenas tardiamente reconhecida³⁵, de modo que o acusado não poderia reportar-se à antiga e incorreta interpretação³⁶. Dessa consideração decorre outra, no sentido de que, precisamente por ter estado desde sempre na lei, ainda que recôndita, tal “nova” interpretação seria previsível ao acusado. Esse argumento padece de grande ingenuidade metodológica³⁷.

³⁴ Assim, *Schreiber* JZ 1973, 713 e ss., 715; ver também *Straßburg* ZStW 82 (1970), 948 e ss., 965 e s.

³⁵ Assim, por exemplo, *Roxin* AT I, § 5 nm 61; *Rudolphi* (n. 11), p. 98 e ss.

³⁶ *Bockelmann*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 3. Volume AT 37. Reunião, 1958, p. 288 e ss., 289; *Ha*, Belastende Rechtsprechungsänderungen und die positive Generalprävention, 2000, p. 245 e s; em Portugal, ver também *Palma* in *Palma e outros* (Org.), Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Lisboa, 1998, p. 414 e ss.

³⁷ Ver *v. Weber*, Rechtseinheit und Rechtsprechung, 1929, p. 4; *idem*. DJZ 1931, 664 e ss.; *W. Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, p. 1 e ss; *Rottleuthner*, Richterliches Handeln, 1973, p. 1 e ss., 7 e ss.; *Noll* (n. 19), 57 e s.; *Larenz*, FS-Henkel 1974, 31 e ss.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts IV, 1977, p. 202 e ss., 313 e ss.: teoria da norma do caso (Fallnorm); *Castanheira Neves* Boletim da Faculdade de Direito 74, Coimbra, 1998, 10 e ss.; *Tavares*, ADPCP 1987, Madrid, 753 e ss., 763 e ss.; *J. Vogel*, Norm und Pflicht, 1993, 313 e ss., 326 e ss.; *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra, 2002, 354 e ss., 364 e ss. *Puppe* FS-Rudolphi 2004, 231 e ss., 232.; *Roxin*, AT I, § 5, nm 27; *Silva-Sánchez* in: Kudlich e outros (n. 25), p. 55 e ss., 57 e s.; *Ortiz de Urbina*, ebda., p. 87 e ss., 91 e ss.; *Guastini*, Il diritto come linguaggio, 2. ed. 2006, Torino, p. 127 e ss.; *di Giovine*, L'interpretazione nel Diritto penale, Milano, 2006, p. 6 e ss.; da mesma forma, a tradição hermenêutica: *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 7. ed. 2010, p. 270 e ss., 330 e ss.; *Arthur Kaufmann*, Analogie und Natur der Sache, 2. ed. 1982; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, p. 160 e ss.; exagerado, todavia, *Grasnick* GA 2000, 153 e ss., 155: “Temos apenas Richterrecht”; contrariamente,

Nem sequer Feuerbach, no final do século XVIII, deixou de reconhecer limitado papel criador do juiz no momento de interpretar a lei: “*Richter sind keine Decretirmaschinen*”³⁸. A divisão dura entre texto e norma sempre teve status de proposição normativa, nunca de proposição descritiva. O questionamento sempre foi de natureza quantitativa, não qualitativa. De outro lado, não se pode incorrer no já mencionado famoso equívoco da jurisprudência dos conceitos. Em razão disso é que não se pode partir para o extremo oposto, qual seja o de, por exemplo, a partir da admissão de um *Richterrecht* como fonte do direito, estender a proibição de retroatividade indistintamente a qualquer alteração jurisprudencial³⁹. Qualquer solução puramente dedutivista, que não esteja aberta à relação dialética entre sistema e problema concreto⁴⁰, deve ser rechaçada.

3. O argumento essencialista

O argumento essencialista pode ser dividido em duas considerações. A primeira é a de que a (a) jurisprudência é essencialmente retroativa, pois decide casos já ocorridos e não

de maneira correta, *Neumann*, GA 2000, 41 e ss., 43 e s.; a rigor, apenas essa abertura para a atividade interpretativa do juiz é que permite que o problema de que tratamentos sequer seja colocado: *Roellecke* in: *Roellecke* (Org.) (n. 18), p. VII.; *Gross* (n. 4), 19 e ss.; *Schreiber* JZ 1973, 713 e ss.; *Castanheira Neves* in: *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia* 1984, Coimbra, 307 e ss., 325 e ss.; *Neumann* ZStW 103 (1991), 331 e ss., 341.

³⁸ *Feuerbach*, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* II, 1800, p. XLI.; a esse respeito ver o estudo exaustivo de *Greco* (n. 13), p. 52 e ss.

³⁹ Assim, todavia, *Puppés* FS-Rudolphi, 231 e ss., 232.; *idem*. AT, § 19, nm. 5; também a tentativa ambiciosa de *Kähler* de formular uma teoria geral das alterações jurisprudenciais tende ao fracasso ao desconsiderar os problemas específicos de cada ramo, como é o caso da especial relevância do princípio da legalidade para o direito penal: *Kähler*, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2. ed. 2011, p. 15 e ss.; sobre as relações entre direito constitucional e direito penal ver os estudos de *Greco* in: *Brunhöber* entre outros (Org.) (n. 22), p. 13 e ss. e de *Kublen* in: *Estudos em homenagem a Figueiredo Dias I*, Coimbra, 2009, p. 401.

⁴⁰ Sobre a relação entre sistema e problema ver *Roxin*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, p. 10 e ss.; *Schünemann* JA 1975, 435 e ss., 436; *Wolter*, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 22: “primado genético” do problema sobre o sistema.

formula regras gerais vinculantes erga omnes⁴¹. Uma extensão da proibição da retroatividade poderia ter como conseqüência solidificação de entendimentos equivocados⁴². Adicionalmente, o argumento essencialista aduz que as ordens jurídicas da civil law não conhecem uma vinculação jurídica obrigatória a precedentes.⁴³ Os precedentes, especialmente aqueles de Tribunais superiores, seriam no máximo uma razão para seguir aquele entendimento, a ser confrontada com outras razões. A possibilidade de divergência e de alteração permaneceria, doutro modo a jurisprudência estaria proibida de aprender com os seus erros.⁴⁴ O juiz é independente (Art. 97 I GG) e está submetido apenas à lei, e não à jurisprudência de Tribunais. Mesmo quando os juízes “criam” direito, por exemplo, nas instâncias superiores de revisão, a nova interpretação jurídica possui validade inter partes e não erga omnes (§ 358 StPO).⁴⁵ Enfim, os juízes, ao contrário do legislador, não formulam regras gerais com vistas ao futuro⁴⁶. A primeira consideração não convence, pois acaba por confundir a referência aos fatos passados que o mister judicial necessariamente possui com a aplicação retroativa de novos entendimentos

⁴¹ Fundamental, *Radbruch*, *Der Geist des englischen Rechts*, 1956 (1. ed. 1946), p. 22 e ss., 57 e ss., 60, n. 1; a esse respeito, com posições diversas, *Tröndle* FS-Dreher, 117 e ss., 133; *Rudolphi* (n. 11), p. 97 e ss.; *Krey*, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, p. 119, n. 385.

⁴² Assim, por exemplo, *Haffke* (n. 28), p. 228; *Rudolphi* (n. 11), p. 97 e ss.; *Lemmel*, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970, p. 168 e ss.; *Schünemann*, *Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 28 e s.: “petrificação”; *Hassemer*, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. ed. 1990, p. 263; *Nolte* in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG III 6. ed., Art. 103, nm. 120.

⁴³ Nesse sentido, *Binding* DJZ 1911, 554 e ss.; *Huber* GS 80 (1913), 186 e ss.; *Stammler*, *Der Richter*, 1924, p. 71 e s.; *Beling*, *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*, 1928, p. 48 e s.; *Sauer*, *Juristische Methodenlehre*, 1940, p. 383, 390 e ss.; *Meier-Hayoz*, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, 1951, p. 5, 23 e ss., 185 e ss.; *Eb. Schmidt*, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I*, 1964, p. 270 e s.; *Lemmel* (n. 42), p. 146 e s.; *Larenz* FS-Henkel, 31 e ss., 33; *Fikentscher* (n. 37), p. 336 e ss.; *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, p. 186 e ss.; *Hilbert* JZ 2013, 130 e ss., 134; *Fischer* in: *Roellecke* (Org.) (n. 18), p. 368 e ss., 372 e ss., 383 e s.; assim também *v. Weber* (n. 37), p. 11, n. 13.

⁴⁴ *Jakobs* AT, 2. ed., 1. Livro, 2. Cap., nm. 80; *v. Weber* (n. 37), p. 7.; em Portugal, ver o estudo valioso de *N. Brandão* *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias* 2003, p. 1289 e ss.

⁴⁵ A esse respeito ver *Woblers*, SK-StPO § 358, nm. 5.

⁴⁶ Assim, *Stree*, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960, p. 79.

jurídicos.⁴⁷ Uma extensão da proibição de retroatividade não traz como consequência lógica a proibição de que a jurisprudência altere os seus posicionamentos.⁴⁸ Esse argumento repete a visão estática e anacrônica da relação entre legislação e jurisprudência. Evidentemente, o mister essencial da jurisprudência repousa na solução justa dos casos concretos e nenhuma solução alternativa parece propor algo diverso disso. Além disso, negar qualquer dignidade normativa às proposições – ao menos às rationes decidendi – contidas em decisões judiciais de determinado grau é equívocado⁴⁹, na medida em que parte de uma visão míope da atual realidade jurídica. Ainda que não haja no ordenamento jurídico português e alemão (à exceção do § 31 BVerfGG – decisão que declara a inconstitucionalidade⁵⁰) vinculação obrigatória a precedentes, há que se reconhecer que, se a existência fática de uma jurisprudência consolidada ou de uma decisão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português (ver art. 445, 3. CPP português⁵¹) possui grande força persuasiva – isto é,

⁴⁷ *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Goßner, 145 e ss., 157.

⁴⁸ Corretamente, *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 340: “Não se trata de perguntar-se sobre a possibilidade de se divergir da jurisprudência atual, mas sobre se isso pode ocorrer com efeitos retroativos”; assim também *Grunský* (n. 11), p. 9; sobre a possibilidade de adotar um novo modelo de decisão, como a decisão de alteração com efeitos *ex nunc*, ver *Koblmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses (§ 93 StGB und § 99 Abs. 1 StGB a. F.) und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (Art. 103 Abs. 2 GG), 1969, p. 289 e ss.; *Straßburg ZStW* 82 (1970), 948 r dd., 967; *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 356; ver logo abaixo 4.

⁴⁹ *Kähler* (n. 39), p. 214; anteriormente já *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. ed. 2010, p. 307 e ss., 310 e s.; ver também *Puppe* (n. 3), 17: “Uma mudança de entendimento de nossos Tribunais superiores ocorre raramente”; *Rengier* FG-50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, 467 e ss., 469; em detalhes, *Simon* (n. 3), p. 588 e ss.; *J. Vogel* (n. 11), p. 84 e ss.; *Kublen* (n. 1), p. 377 e s.: “Precedentes são passíveis de alteração, mas apenas sob estritos pressupostos”; ver a investigação empiricamente fundamentada de *Kudlich/Christensen*, Die Methodik des BGH in Strafsachen, 2009, p. 38 e ss., 56 e ss. (sobre a relevância de decisões anteriores); *Germann* in: *Germann*, Methodische Grundfragen, 1946, p. 54 e ss., 58 e s.; *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 339; assim também *A. H. Albrecht* FS-Denckner, 1 e ss., 11.

⁵⁰ Sobre os efeitos vinculantes do § 31 BVerfGG ver o estudo fundamental de *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. ed., 1976, p. 290 e ss.; *Schlichter* (n. 3), p. 25 e ss.; *K. Lange* JuS 1978, 1 e ss.; *Tröndle* FG-50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, 527 e ss., 529 e ss.

⁵¹ Sobre essa regra processual ver de *N. Brandão* Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss.

apenas pode ser afastada diante de novos e fortes argumentos (vinculação negativa), e isso parece incontroverso há tempos⁵² –, então está-se diante de uma *consideração jurídica*, e não meramente fática: a existência de uma jurisprudência consolidada é a priori uma razão jurídica para a sua manutenção⁵³. Na já mencionada decisão a respeito da constitucionalidade da *Untrene* (acima II., 2.) o *Bundesverfassungsgericht*, ao dirigir aos juízes o chamado mandamento de precisão das leis penais, indicou que parte dessa tarefa repousa na “construção de premissas gerais referidas a grupos de casos”.⁵⁴ Alguns enxergam que tal decisão formulou mesmo uma espécie de “proibição de alteração” (*Abweichungsverbot*) dirigida aos Tribunais inferiores e aos juízes⁵⁵. De alguma maneira,

⁵² Há tempos com essa posição, *v. Weber* (n. 37), p. 13; *W. Knittel* (n. 27), p. 14; ver também *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 336: “diagnóstico praticamente inconteste”; no mesmo sentido, *Schmitt*, *Gesetz und Urteil*, 2. ed. (1. ed. 1912), 1969 p. 106 e s.; *Schlichter* *FG-50 Jahre Bundesgerichtshof* 2000, 933 e ss., 938; *Straßburg ZStW* 82 (1970), 948 e ss., 954 e ss.; *Hassemer* in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Org.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. ed. 2011, S. 263 e ss.; sob o ponto de vista histórico, ver o estudo informativo de *Weller*, *Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft*, 1979, p. 17 e ss., p. 106 e ss.

⁵³ *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 338 e s.; *idem*, FS-Beulke 2015, 197 e ss.; 201; *Kriete* (n. 50), p. 160 e ss., 243 e ss.: “presunção causada pelo precedente”; *Arndt*, *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, 1974, p. 1 e s.: “Durante os 12 anos, por exemplo, em que o BGH manteve-se no patamar de 1,5 de taxa de alcoolemia, entre muitos milhares de casos decididos, há conhecimento de que apenas 4 Tribunais inferiores divergiram desse limite”; ver o já bastante citado estudo de *v. Weber* (n. 37), p. 5 e ss.

⁵⁴ BVerfGE 126, 170, 210 e s.

⁵⁵ *Kuhlen* JR 2011, 246 e ss., 250; *idem.*, in: Hilgendorf (Org.) (n. 25), p. 45 e ss., 62 e ss.; ver *Degenhart* in: Sachs (Org.), *Grundgesetz* 6. ed., Art. 103 II, nm. 69; esse novo entendimento do *Bundesverfassungsgericht* guarda semelhanças com a chamada *stare decisis* da tradição da *common law*: *Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process*, New York 2009 (1. ed. 1921), p. 142 e ss.; *Wasserstrom*, *The Judicial Decision*, Stanford, 1961, p. 39 e ss.; ver o estudo clássico de *Cross/Harris*, *Precedent in English Law*, 4. ed. 1991, p. 97 e ss.; *Duxbury* (n. 63), p. 13 e ss.; *Gerhardt*, *The Power of Precedent*, Oxford 2008, p. 47 e ss.; *Goldstein* *The Cambridge Law Journal* Vol. 43 1984, 88 e ss.; *Schauer* *Stanford Law Review* Vol. 39 1987, 571 e ss.; *McCormick* in *Goldstein* (Org.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, p. 1155 e ss.; *M. Moore* *ebda.*, p. 183 e ss.; *Dunn* *The Yale Law Journal* Vol. 113 2003, 493 e ss.; *Martens* JZ 2011, 349 e ss.; na Inglaterra, desde o chamado *Practice Statement* da House of Lords, a *stare decisis* não é mais tomada em sua forma mais estrita: *Friedland* *The University of Toronto Law Journal* Vol. 24 1974, 170 e ss.; em detalhes, *Cross/Harris* (n. 55), p. 135 e ss.

portanto, se bem que não da mesma forma que a lei, pode-se dizer que a concretização jurídica operada pela jurisprudência pode ser considerada como uma formulação de regras também dirigida ao futuro⁵⁶ – pense-se nos incidentes de solução de divergências, como a *Vorlagepflicht* do direito processual alemão (§§ 121, 132 GVG)⁵⁷ e no recurso de fixação de jurisprudência do direito processual português (art. 437 e ss. CPP português).

A segunda consideração do argumento essencialista é (b) a de que a jurisprudência, também por sua natureza, é controvertida e fácil de ser alterada⁵⁸. Essa forma de argumentar não convence, na medida em que também a lei é, por vezes, pouco clara e permite alterações bastante fáceis, como comprova o exemplo das leis penais em branco.

4. O argumento processual

A estrutura do processo penal atual não comporta o alargamento da proibição de retroatividade para decisões judiciais⁵⁹. Por ex., caso saiba-se desde logo que uma eventual alteração pretendida mais gravosa ao acusado não poderá ser aplicada no caso concreto, então dificilmente se estará diante da chamada *suspeita suficiente* (*hinreichender Tatverdacht*) de que fala, no caso alemão, o § 203 StPO, como pressuposto tanto da propositura (§ 170 I StPO) quanto do recebimento da denúncia⁶⁰. Assim, a rigor, nunca se chegaria a uma alteração jurisprudencial⁶¹. Esse

⁵⁶ *Kohlmann* (n. 48), p. 244 e ss.; *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 338; da mesma forma *Robbers JZ* 1988, 481 e ss., 485; corretamente, *Kublen* (n. 1), p. 377 e s.

⁵⁷ Ver *Krey* (n. 18), p. 77 e ss.; *W. Knittel* (n. 27), p. 55 e s.; *Grunsky* (n. 11), p. 14 e ss., 18; na Itália, ver *Fiandaca* (n. 18), p. 38 e s.

⁵⁸ *Roxin JöR* 2011, 1 e ss., 24.

⁵⁹ Em detalhes, *Tröndle FS-Dreher*, 117 e ss.; *Stratenwerth/Kublen AT*. § 3, nm. 29 e ss.; *Ha* (n. 36), p. 105; *A. H. Albrecht FS-Denckner*, 1 e ss., 20 e ss., com ulteriores referências.; *Basak* in: *Brunhöber e outros (Org.)* (n. 22), p. 71 e ss., 87; *W. Knittel* (n. 27), p. 50 e ss.

⁶⁰ *Roxin/Schünemann*, *Strafprozessrecht*, 27. ed. 2012, § 40, nm 6 e ss., 14.

⁶¹ Ver *Ransiek*, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, 1989, p. 22.

argumento, à toda evidência, inverte a ordem das coisas, já que caso haja fundamentação material para a aplicação do mandamento *constitucional* de proibição de retroatividade, então o processo penal é que deve a ela adequar-se – não o inverso⁶². Além disso, há propostas razoáveis na literatura, como a eficácia ex-nunc da decisão proferida, em clara inspiração na figura anglo-saxã da *prospective overruling*⁶³, ou a existência de processos objetivos – isto é, sem acusado – de consulta jurídica a Tribunais superiores⁶⁴.

5. Primeira conclusão provisória

Como *primeira conclusão provisória* pode estabelecer-se que, embora os argumentos acima mencionados não sejam óbices para uma admissão parcial da irretroatividade de algumas decisões judiciais, há neles pontos de vista certamente relevantes, que, por exemplo, indicam que deve ser mantida uma *separação funcional entre legislação e jurisprudência* – de modo que não se ponha em causa “o próprio fundamento da separação de poderes”, preocupação

⁶² Neumann ZStW 103 (1991), 331 e ss., 354 e s.; Hettinger/Engländer FS-Meyer-Goßner, 145 e ss., 154: inversão da pirâmide da ordem jurídica; A. H. Albrecht FS-Denckner, 1 e ss., 8 e s.; Tavares, ADPCP 1987, Madrid, 753 e ss.;

⁶³ Duxbury, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, 2008, p. 111 e ss., 116 e ss.; Juratowitch (n. 27), p. 199 e ss.; Schlichter (n. 3), p. 75 e ss.; Currier Virginia Law Review Vol. 51 1965, 201 e ss.; Harris Oxford Journal of legal Studies Vol. 10 1990, 135 e ss.; Treanor/Sperling Columbia Law Review Vol. 93 1993, 1902 e ss.; Spriggs/Hanford The Journal of Politics Vol. 63 2001, 1091 e ss.; L. Alexander/Sherwin in: Edlin (Org.), *Common Law Theory*, 2007, Cambridge, p. 27 e ss.

⁶⁴ Há propostas concretas na doutrina: Rengier FG-50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, 467 e ss., 483; Kohlmann (n. 48), p. 289 e ss.: introduzir norma que reserve efeitos ex nunc à alteração; Straßburg ZStW 82 (1970), 948 e ss., 967; Schreiber JZ 1973, 713 e ss., 718; Neumann ZStW 103 (1991), 331 e ss., 353 e ss.: um “processo objetivo”, sem acusado; N. Brandão Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, Coimbra, 1289 e ss.; Puppe FS-Rudolphi, 231 e ss., 234: ampliação do conceito de suspeita suficiente; Hirsch JR 2011, 37 e ss., 39: retorno ao antigo instituto jurídico da consulta prévia a um Tribunal superior, cujo resultado teria uma espécie de efeito vinculante; Grünbut já mencionava, em 1926, o “clamor por uma força vinculante das decisões de revisão ou por uma interpretação da lei transcendente e desvinculada ao caso concreto realizado por um Tribunal superior e com força vinculante”, Grünbut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, p. 23.

maior manifestada por Figueiredo Dias ao tratar do tema⁶⁵ —, ainda que se reconheça que essa separação já não se dê de maneira estática. Relevante deve ser a ideia de que, para uma extensão da proibição de retroatividade à jurisprudência, há que se identificar nesta uma atuação atípica, ou melhor, uma qualquer característica que conceda excepcionalmente à jurisprudência uma certa dignidade legislativa. A jurisprudência deve fazer algo que apenas a lei poderia, em tese fazer. Algo que, por sua natureza, não deva possuir eficácia retroativa.

IV. A posição intermediária: proteção da confiança?

Do mero *fato* de, desde o ponto de vista do cidadão afetado, a alteração jurisprudencial poder ter os mesmos efeitos de uma alteração legislativa não decorre nenhuma *proposição normativa*⁶⁶. É necessário um argumento jurídico que sustente a extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais. A posição que admite essa parcial extensão encontrou esse argumento na ideia de *proteção da confiança*, uma ideia festejada e de incontestável dignidade constitucional (Art. 20 III GG, *Rechtsstaatsprinzip*)⁶⁷. Segundo ela, haveria um direito subjetivo do cidadão à estabilidade, previsibilidade e calculabilidade da ordem jurídica,

⁶⁵ Figueiredo Dias, Direito Penal I 2. ed. 2007, p. 197.

⁶⁶ Com esse salto argumentativo, todavia, LG Düsseldorf NJW 1973, 1054: a diminuição da taxa de alcoolemia possui efeitos iguais a uma verdadeira alteração da lei, desde o ponto de vista dos participantes no trânsito, razão pela qual uma proibição de retroatividade deveria incidir; próximo a essa solução também Mattil GA 1965, 129 e ss., 140: é “psicologicamente indiferente” se a alteração se deu por lei ou por jurisprudência.

⁶⁷ Assim, Grunsky (n. 11), p. 10 e ss.; Straßburg ZStW 82 (1970), 948 e ss., 964; Pieroth JZ 1984, 971 e ss., 976; em detalhes, LK-Dannecker § 1, nm. 443 e ss., 256 e ss.; ver Burmeister (n. 18), p. 1 e ss., 26 e ss.; Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, p. 36 e ss., 38 e ss.; J. Vogel (n. 11), p. 89 e s., 167 e s.; Cirino dos Santos, Direito Penal, p. 55; Dannecker FS-Otto 2007, 25 e ss., 29: o topos da proteção da confiança é altamente relevante na discussão constitucional: Rüberg, Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1977; Stötzl, Vertrauensschutz und Gesetzesrückwirkung, 2002, p. 69 e ss.; Pohl, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 2005; Degenhart in: Sachs (Org.) (n. 55), nm. 54.

da qual as decisões judiciais inegavelmente fazem parte⁶⁸. Frustrada essa confiança no caso concreto, poder-se-ia proteger o cidadão afetado afastando os efeitos retroativos da decisão judicial em questão, isto é, fazendo incidir topicamente uma proibição de retroatividade. Essa é a posição defendida pelo *Bundesverfassungsgericht*, embora não tenha ocorrido, até o presente momento, um maior detalhamento em relação aos critérios que devem orientar a incidência dessa excepcional irretroatividade da jurisprudência.

Essa argumentação, embora indique um rumo certo – no sentido de que, em alguns casos, ocorre um ato estatal que afeta indevidamente direitos dos cidadãos⁶⁹ –, possui *graves problemas*, que a impedem de ser alçada a critério distintivo.

1. Imprecisão conceitual

A ideia de proteção da confiança padece de uma insuperável *imprecisão conceitual*, na medida em que não passa de uma *descrição de um efeito*. Afinal, alterações de leis processuais⁷⁰ ou mesmo alterações na orientação dominante dos órgão de persecução criminal podem frustrar a confiança ou a expectativa de um acusado, de modo que, a prosperar tal ponto de vista, também deveriam estar proscritas de retroagir. Alterações legislativas, ainda que piorem quase que imperceptivelmente a situação do acusado, tampouco podem retroagir, de modo que o efeito sentido subjetivamente pelo acusado não pode ser fator determinante. Além disso, o desenvolvimento dessa ideia no direito constitucional acentua a dimensão subjetiva da proteção da confiança, ou

⁶⁸ Sobre essa fundamentação ver *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, p. 57 e ss., 213 e ss.; *Krey* (n. 41), p. 55 e s.; ver também *Warda*, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, p. 43 e s.; sobre essa dedução do princípio da legalidade a partir do princípio da culpabilidade ver o estudo importante de *Grünwald* FS-Arthur Kaufmann 1993, 433 e ss., 441 e ss.

⁶⁹ Sobre os fundamentos históricos dessa ideia ver *Schottlaender*, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege, 1911, p. 67 e ss.

⁷⁰ A esse respeito, *Burmeister* (n. 18), S. 33; interessante igualmente *Schreiber* (n. 68), p. 213 e ss.; *idem*. ZStW 80 (1968), 348 e ss., 361 e s.; *Graumann*, Vertrauensschutz und strafprozessuale Absprachen, 2006, p. 30 e ss.

seja, tende a entender a ideia em um sentido *psicológico-individual*⁷¹, quando se está, a rigor, diante de uma garantia de natureza objetiva: ainda que o sujeito concreto, por sadismo, deseje-o profundamente, a lei posterior mais gravosa não retroagirá para o seu caso. A perspectiva do sujeito deve ser, sob o ângulo da proibição de retroatividade, irrelevante. Corre-se, ademais, o risco de confundir a categoria da proibição da retroatividade com aquela do erro sobre a ilicitude. Com essa argumentação, não fica claro o que ocorreu de errado para que o sujeito concreto mereça a proteção forte que o protege de leis com efeitos retroativos⁷².

2. Jurisprudência consolidada?

Tampouco estão claros os *requisitos* que devem estar presentes para que se possa falar em uma frustração da confiança merecedora da proteção do princípio da legalidade. Especialmente problemático é o conceito de *jurisprudência consolidada*. Uma frustração da confiança pressupõe uma jurisprudência anteriormente consolidada, de clareza e estabilidade próximas daquelas que devem caracterizar a lei. Deve haver previamente uma espécie de base fática de confiança, um chamado *Vertrauenstatbestand*⁷³. Ninguém sabe, todavia, o que faz de uma jurisprudência uma jurisprudência estabilizada ou consolidada⁷⁴: Quantas decisões? De qual Tribunal? Qual o nível de clareza exigido? Basta um *obiter*

⁷¹ *W. Knittel* (n. 27), p. 49 e ss., 55 e s.; *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 347 e ss.; *Schreiber* (n. 68), p. 215; crítico, *Schünemann* (n. 42), p. 16: apenas uma reformulação subjetiva de uma garantia objetiva já posta; ver também *Dietmeier, Blankettstrafrecht*, 2002, p. 98 e ss., 104.

⁷² Corretamente, *Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht*, 1981, p. 124: “Uma retroatividade não é ilegítima apenas porque o cidadão confiou na irretroatividade; ao contrário, o cidadão pode confiar na irretroatividade porque a retroatividade, por determinadas razões de natureza constitucional, é ilegítima”. É essa razão, precisamente, que precisa ser explicitada.

⁷³ *Hettinger/Engländer FS-Meyer-Goßner*, 145 e ss., 152., que se apóiam especialmente na filosofia do Wittgenstein das Investigações Filosóficas; *A. H. Albrecht FS-Denckner*, 1 e ss., 13; *Bittner JZ* 2013, 645 e ss., 646 e ss.

⁷⁴ *Tröndle FS-Dreher*, 117 e ss., 128 e ss., 130; assim também *Grunsky* (n. 11), p. 7 e s.; *Fischer StV* 2010, 95 e ss., 99; *J. Vogel* (n. 11), p. 313 e ss., 326 e ss., 328; o mesmo argumento foi avançado na discussão sobre a vinculação do ministério público à jurisprudência dominante dos Tribunais superiores n BGHS 15, 155 e ss.

dictum de um Tribunal Superior? Tampouco parece saudável que as decisões judiciais passem a apresentar características próprias da lei, cujo processo de produção é antecedido por debates no Parlamento e, após, respeita trâmite de redação e de publicação que visam, entre outras, produzir uma mensagem clara dirigida aos juristas e aos cidadãos. A separação funcional entre os Poderes ainda deve ser levada a sério. A confiança que a situação jurisprudencial consolidada anterior ensejou no cidadão deve, ademais, ser *merecedora de proteção no caso concreto*⁷⁵. De novo, essa exigência subjetiviza uma garantia de natureza objetiva. Parece evidente que, dessa forma, discute-se novamente um problema de erro de proibição sob a falsa rubrica da proibição de retroatividade⁷⁶. O caso dos *Mauerschützen* é emblemático: o *Bundesgerichtshof* afirmou em 1994 que a confiança dos atiradores na justificação das mortes pelo § 27 II DDRGrenG não era merecedora de proteção, pois só se pode confiar em um “legislador democrático”. Assim, o Tribunal alemão realizou a conhecida *interpretação benevolente aos direitos humanos* (*menschenrechtfreundliche Auslegung*). Abre-se, igualmente, espaço para tendências moralizantes: seria a confiança do bad man traficante de drogas, que pesquisa os limites entre permitido e o proibido em detalhes, ao ponto de conhecer a jurisprudência “vigente”, merecedora de proteção no sentido que propõem os defensores da proteção da confiança?⁷⁷

3. Previsibilidade da alteração?

Por fim, a alteração, para que esteja proscribida de retroagir, deve ter sido *imprevisível* ao sujeito⁷⁸. Pela terceira vez, comete-se

⁷⁵ Grunsky (n. 11), p. 11.

⁷⁶ W. Knittel (n. 27), p. 49 e ss., 55 e s., que, de forma consequente, mas equivocada, exige que tal confiança seja efetivamente existente na psique do cidadão concreto.

⁷⁷ Waiblinger Festgabe der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern 1955, p. 212 e ss., 228; apenas um “cidadão médio informado” mereceria proteção: Nolte in: Mangoldt/Klein/Starck (n. 42), nm. 120.

⁷⁸ W. Knittel (n. 27), p. 53 e s.: apenas as “mudanças eclatantes” seriam problemáticas; Otto FS-BGH Vol. IV, 111 e ss., 117; ver Dannecker FS-Otto, 25 e ss., 29; ver a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos de Nr. 42931/10

o erro já amplamente denunciado, de subjetivizar uma garantia objetiva. A exigência de previsibilidade traz conhecidos problemas de determinação: Basta um *obiter dictum*⁷⁹? De qual Tribunal? O fato de a posição jurisprudencial ser intensamente criticada na doutrina pode indicar uma tendência de mudança⁸⁰? Notícias publicadas na mídia de massa ou entrevistas de atores jurídicos envolvidos no caso seriam suficientes?⁸¹ A inconsistência do argumento revela-se no mais tardar, ao aplicar o raciocínio à retroatividade das leis: Ora, as alterações legislativas são sempre previsíveis, por definição, eis que são produto de projetos discutidos no Parlamento⁸². A previsibilidade da alteração não pode fundamentar a irretroatividade da jurisprudência, assim como não fundamenta a irretroatividade da lei penal mais gravosa.

(4. Câmara) – decisão de 22 de janeiro de 2013 (Camilleri v. Malta) in: HRRS 2013 Nr. 560; com ulteriores referências, *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6.^a ed., C, § 11, nm. 81 e ss., 84; ver também *Ashworth* ZStW 110 (1998), 464 e ss.; criticamente, *Grünwald* FS-Arthur Kaufmann, 433 e ss., 435 e ss.; ver *N. Brandão* Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, Coimbra, 1289 e ss. 1302 e ss.; *Simon* (n. 3), p. 438 e ss.

⁷⁹ Figura que vem sendo bastante utilizado pelo Bundesgerichtshof alemão (por exemplo, BGHSt 55, 180 sobre a questão da autodenúncia parcial no crime fiscal e BGHSt 54, 44, sobre a posição de garantidor do compliance-officer); sobre o conceito de obiter dictum ver o estudo relevante de *Schlüter*, Das obiter dictum, 1973; ver também as considerações de *Tröndle* FS-Dreher, 117 e ss., 130.

⁸⁰ Corretamente, mas ainda defendendo a ideia de proteção da confiança, *Robbers* JZ 1988, 481 e ss., 486; o *Bundesverfassungsgericht* parece não ter problemas com esse particular, ao afirmar que a decisão em que se apoiara o acusado nunca fora confirmada pelos Tribunais superiores e que estaria senso colocada em xeque pela doutrina ao longo do tempo (BVerfG 2 BvR 1230/10 (1. Câmara do segundo Senado) – decisão de 16. De Maio 2011 (BGH / LG Potsdam) = HRRS 2011 Nr. 737); a esse respeito, *Kublen* HRRS 2012, 114 e ss., 116.

⁸¹ No caso do Promille, um juiz teria antecipado a alteração a uma revista especializada, segundo informa *Schulz* FS-Roxin, 305 e ss., 315 e ss., 317; ver também *Krüger* NStZ 2011, 369 e ss., 371 e ss.

⁸² Como se sabe, várias leis prevêm um período de *vacatio legis*; sobre a transparência como elemento indispensável na produção de leis em democracias contemporâneas, *Waldron*, The Dignity of Legislation, Cambridge, 1999, p. 1 e ss., 7 e s.; *Duxbury*, Elements of Legislation, Cambridge, 2013, p. 26 e ss.

4. O conceito de alteração

Também o conceito de alteração ou de divergência não parece ser suficientemente preciso.⁸³ Alterações, como é cediço, não ocorrem sempre de maneira transparente e declarada.⁸⁴ Ao contrário do legislador, os Tribunais não estão submetidos a procedimentos formais de alteração.⁸⁵ Não por outro motivo é que os defensores da ideia de proteção da confiança dirigem aos Tribunais um “dever de transparência”, algo evidentemente desejável, mas que torna frágil toda a construção.⁸⁶ Em verdade, não se extrai sempre das *Leitsätze* que uma alteração ocorreu, de modo que é perfeitamente imaginável que Tribunais, precisamente para escapar da incidência da proibição de retroatividade, busquem mascarar a ocorrência de uma alteração jurisprudencial, com o que surge um impasse: o destinatário da limitação da proibição da retroatividade poderia decidir sobre a sua incidência, um poder de que nem sequer o legislador dispõe. Não se trata de mera especulação imaginar que uma verdadeira alteração seja declarada pelo Tribunal como mero “desenvolvimento da linha jurisprudencial anterior”. Tal ocorreu, nada mais, nada menos, no caso clássico que ensejou toda a discussão, o caso do Promille: O *Bundesgerichtshof*, apesar da evidente redução da taxa de alcoolemia (de 1,5 % para 1,3 %; BGHSt 21, 157) considerou essa decisão como um “desenvolvimento da jurisprudência” assentada em BGHSt 5, 168. Novamente, ao reduzir a taxa para 1,1 % em na decisão

⁸³ As regras do chamado *Vorlagepflicht* (§§ 121 II, 132 II GVG) poderiam servir de apoio, embora muito se discuta a respeito; nesse sentido, *Schreiber* JZ 1973, 713 e ss., 717: proibição de retroatividade ali onde uma condenação apenas puder ocorrer com divergência a um Tribunal estadual ou ao *Bundesgerichtshof*; deve-se lembrar, todavia, que a existência de *obiter dicta* não enseja a necessidade de um *Vorlagepflicht*: *SK-Frister*, § 121 GVG, 4. ed., nm. 26.; sobre a utilização de *obiter dicta* que visem a evitar abruptas alterações, *Birk* in: Roellecke (Org.) (n.18), p. 340 e ss., 354 e ss.; na Itália, ver *Cadoppi* (n. 2), p. 306.

⁸⁴ *Kähler* (n. 39), p. 286: “Tanto nos USA como na Alemanha poucas são as alterações que ocorrem explicitamente”; ver também *Bittner* JZ 2013, 645 e ss., 647; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik* I, 9 ed. 2004, p. 503; *Dunn* *The Yale Law Journal* Vol. 113 2003, 493 e ss., 520 e ss, sobre a figura do “*implicit overrule*”.

⁸⁵ A esse respeito, *Waldron* *Boston University Law Review* Vol. 89 2009, 335 e ss., 336; *Noll* (n. 19), p. 57 e ss.

⁸⁶ *Koblmann* (n. 48), p. 294 e s.

BGHSt 37, 89, falou-se em “desenvolvimento” da linha assentada na decisão de BGHSt 21, 157. Um perigo real, portanto. A exigência de uma alteração também não explica o que ocorre nos casos de tipos penais novos, a respeito dos quais não há ainda sequer uma decisão de Tribunal superior. Não parece possível alterar algo inexistente.

5. Segunda conclusão provisória

Como se vê, o problema mais fundamental parece ser o caráter puramente *consequencialista* da argumentação⁸⁷, fruto de um certo imperialismo constitucional – em linguagem jurídico-penal, todas as considerações preventivas avançadas acima seriam pertinentes no âmbito da culpabilidade, e não no princípio da legalidade. A proibição de retroatividade, se fundada na proteção da confiança, transforma-se em uma questão empírica a ser decidida no interior de um jogo imprevisível de ponderações entre os direitos do afetado e o direito da coletividade a um desenvolvimento da jurisprudência no sentido de uma melhor interpretação das leis⁸⁸. Não raro, o cidadão será sacrificado em nome de um bem geral e terá dado a sua custosa contribuição à evolução jurisprudencial – pagará com meses ou anos de encarceramento. A solução deve ser procurada na correta compreensão da ratio da proibição de retroatividade no direito penal, e não em transposições abruptas de conceitos de outros ramos do direito⁸⁹.

⁸⁷ Greco (n. 13), p. 259 e s.; “A validade do princípio da legalidade transforma-se em mera questão empírica e, dessa forma, não é mais possível fundamentar a sua validade absoluta”; Schreiber ZStW 80 (1968), 348 e ss., 367: ao se introduzir na proibição de retroatividade a ponderação de interesses dos indivíduos e do Estado, retira-se daquele princípio o seu “significado essencial”; F. C. Schroeder JZ 1969, 775 e ss., 776; Jakobs AT 1. Livro, 2. Cap., nm. 81;

⁸⁸ Straßburg ZStW 82 (1970), 948 e ss., 964; Gross GA 1971, 13 e ss., 19.

⁸⁹ H. Mayer in: Materialien zur Strafrechtsreform, Vol. 1 1954, p. 259 e ss., 274; assim também L. Fuller, The Morality of Law, New Haven/London, 1969, p. 57 e s., 58: “The problem is treated, in other words, as if it were just like a civil suit. Yet in a criminal case like that supposed an acquittal leaves no dispute unresolved; it simply means that defendant goes free”; sobre a discussão no direito civil, Klappstein, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009; Grunsky (n. 11), p. 14 e s.; Neumann ZStW 103 (1991), 331 e ss., 344 e ss.; Naucke, KritV – Sonderheft, W. Hassemer zum 60. Geburtstag, 2000, 132 e ss.,

A proteção da confiança mostra a sua irreparável fragilidade ao imaginarmos uma determinada República – e não é necessário ter os dotes de Thomas Morus para imaginá-la – em que a jurisprudência é deliberadamente caótica ou prenhe de contrastes sincrônicos⁹⁰: *uma jurisprudência cediçamente caótica não frustra a confiança de ninguém* caso altere brusca e continuamente os seus posicionamentos⁹¹. Antes realiza a expectativa de todos os cidadãos. Assim, a própria jurisprudência, que a rigor deveria ser limitada, determina a extensão da proibição da retroatividade a ela supostamente dirigida, uma solução inaceitável.

A *segunda conclusão provisória* é a de que a ideia de proteção de confiança, embora percorra a vereda correta, não é capaz de servir de fundamento jurídico sólido para uma admissão parcial da extensão da proibição de retroatividade para a jurisprudência. Essa ideia perde-se em um emaranhado de conceitos imprecisos, que acaba por entregar uma proteção objetiva dos cidadãos ao jogo incontrolável da ponderação. A incidência da proibição depende de uma atitude anterior daquele que deve ser limitado. Frustração da confiança é a mera descrição de um efeito. Mais do que isso, é possível que um ato legítimo do Estado frustre a confiança dos cidadãos, com o que o ato não perde a sua legitimidade. Com isso ainda não se sabe o que, de fato, ocorreu de errado para que uma determinada decisão judicial não possa retroagir. Estamos, ainda, à procura desse *algo*.

V. A posição própria: irretroatividade da *jurisprudência constitutiva do injusto penal*

Esse *algo* está no *conteúdo da decisão judicial*. A fé largamente professada no critério da proteção da confiança evitou que os penalistas, mesmo aqueles que intuíram corretamente que tal critério invertia a relação de causa e efeito⁹², chegassem à solução

134; B. Knittel, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung im Steuerrecht*, 1974, p. 98; Arndt (n. 53), p. 7 e s., 8.

⁹⁰ Na classificação de Cadoppi indicada na n. 2.

⁹¹ Greco (n. 13), p. 259 e s.

⁹² Em Hassemer/Kargl surge a noção de que a alteração deve ocorrer “livre de ardis” por parte do Estado, de modo que os autores acabam exigindo a

correta. Há algo que a decisão judicial faz que, por sua natureza, simplesmente não pode retroagir, independentemente dos efeitos que possa causar nos cidadãos e dos ganhos que a sociedade possa ter com a pretendida evolução jurisprudencial. Há algo que borra excepcionalmente a separação funcional entre legislação e jurisprudência. A linguagem das “perdas e ganhos” – da sociedade e do indivíduo – deve ser substituída pela linguagem do direito absoluto à irretroatividade em alguns casos. Cumpre examinar se existe, em alguns, o *direito à jurisprudência do tempo fato* que se mencionou logo ao romper deste estudo (acima I.).

1. Solução radical: declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais indeterminados

Apenas com a notória frouxidão dos critérios de determinação da lei é que surge a possibilidade de que a jurisprudência assumia faticamente tarefa que cumpria ao legislador – numa ordem jurídica ideal essa assunção seria evidentemente ilegítima. A rigor, é o desrespeito ao mandamento de determinação da lei penal que possibilita que surja o problema da vigorosa atuação concretizadora ou constitutiva do juiz. A flexibilização do mandamento de determinação conduz ao esvaziamento da proibição de retroatividade⁹³. A solução radical seria, portanto, declarar inconstitucionais os tipos penais que possuam essa abertura à atuação ampla do juiz.

De fato, é difícil imaginar um mandamento em direito penal que seja tão festejado abstrata e, ao mesmo tempo, tão

existência de uma jurisprudência anteriormente consolidada: NK-Hassemer/Kargl § 1, 4. ed. nm. 56 e ss., 59, 62; a ideia dos autores de se distinguir entre uma imprecisão evitável e uma imprecisão inevitável é, ao contrário, bastante promissora; da mesma forma, Tavares, ADPCP 1987, Madrid, 753 e ss., 766 e ss.

⁹³ Os problemas conectam-se, como reconhece a doutrina: F. C. Schroeder JZ 1969, 775 e ss., 776; Straßburg ZStW 82 (1970), 948 e ss., 950; W. Knittel (n. 27), p. 24; Gross GA 1971, 13 e ss., 16; Müller-Dietz FS-Maurach, 41 e ss., 46; Tröndle FS-Dreher, 117 e ss., 135 e s.; Neumann ZStW 103 (1991), 331 e ss., 335: “A proibição de retroatividade reduz-se em grande parte a pó caso a lei seja indeterminada e seja concretizada apenas a partir de uma intervenção da jurisprudência”; NK-Hassemer/Kargl § 1, Rn 47; ver Joerden (p. 163 e ss., 180 e s.) e Chen (p. 93 e ss., 109 e ss.) in: Hilgendorf (Org.) (n. 23).

vilipendiado concretamente como é o caso do mandamento de determinação da lei penal.⁹⁴ A Constituição alemã prevê pouquíssimos dispositivos com referência expressa ao direito penal, entre os quais está o mandamento de criminalização da preparação de guerras/agressão (*Angriffskrieg*) (Art. 26), a revogação da pena de morte (Art. 102) e o próprio mandamento de determinação da lei penal (Art. 103 II), que goza, assim, de posição de destaque no quadro legislativo. O *Bundesverfassungsgericht* alemão assinou cheque em branco em favor do legislador penal, num duplo sentido: o legislador está materialmente livre, na medida a teoria do bem jurídico não conteria nenhum limite a ele vinculante⁹⁵; ele está também formalmente livre, na medida em que o mandamento de determinação foi praticamente suspenso.⁹⁶ Há, nesse contexto, uma agravante: Ao ignorar solenemente os ditames do mandamento de determinação, a Corte alemã nega vigência a dispositivo constitucional, e não apenas a uma “teoria”, fruto da imaginação lírica de cientistas. Em Portugal, a situação não parece ser diferente, a ponto de Nuno Brandão atestar que, na

⁹⁴ A esse respeito, *Roxin*, JöR 2011, 1 e ss.; recentemente, *idem.* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 113 e ss.: um “Rechtskosmos”; assim também *Meyer-Ladenig* MDR 1962, 262 e ss.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. ed. 1969, p. 21: “O grande perigo a ameaçar o princípio da nulla poena sine lege não provém da analogia, mas das leis penais indeterminadas!”; *Grünwald* ZStW 76 (1964), 1 e ss., 9; *Schünemann* (n. 42), p. 6: “ponto fulcral do princípio da nulla poena”; *idem.* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 1 e ss., 4; *Stäbhelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, p. 207; *Krahl* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986, p. 412: apenas uma declaração verbal; *Naucke* KritV – Sonderheft, W. Hassemer zum 60. Geburtstag 2000, 132 e ss., 133 e ss., 137: “Um dispositivo sem vida”; *T. Walter* FS-Tiedemann 2008, 969 e ss., 977: mentira do direito penal; *Fischer* StV 2010, 95 e ss.: quase todo tipo penal novo é considerado indeterminado pela doutrina, mas essa crítica permanece sem sucesso; *Gaede*, AnwK-§ 1 StGB, 2010, nm. 24.

⁹⁵ Crítico a esse respeito, *Greco*, ZIS 2008, 234 e ss.; *Roxin* StV 2009, 544 e ss.; ver também *Figueiredo Dias* GA 2014, 202 e ss.

⁹⁶ Ver a descrição resignada de *Herzberg* in: Hefendehl (Org.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, p. 31 e ss.: *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge, 1999, p. 175; *Kohlmann* (n. 48), p. 149 e ss.; SSW-StGB/*Satzger* § 1, nm. 22.

prática, o princípio da legalidade não é mais do que “uma declaração de princípio”⁹⁷. Caso, por exemplo, o famoso “parágrafo do canalha” (*Schurkenparagraph*) utilizado ilustrativamente por Beling (“todo canalha será punido”) fosse considerado legalmente determinado, a proibição de retroatividade não socorreria os cidadãos, pois a lei penal permite ao juiz que subsuma ao tipo um espectro amplíssimo de condutas.⁹⁸ Toda interpretação poderia ser reconduzida à lei penal anterior ao fato. Concretamente: apenas porque vige um parâmetro excessivamente condescendente de avaliação da determinação dos tipos penais⁹⁹ é que surge a necessidade de problematizar com urgência a extensão da proibição de retroatividade a algumas alterações jurisprudenciais¹⁰⁰.

Seria possível discorrer longamente sobre os problemas de determinação da lei penal com excessos de elementos normativos ou cláusulas gerais, da lei penal em branco etc¹⁰¹. A nós, afigura-se mais promissor buscar distinguir casos em que a indeterminação do tipo penal é inevitável e, assim, faz-se aceitável, e os casos em que essa indeterminação é movida por interesses mais pragmáticos ou ocasionado por inabilidade do legislador, tornando-se inaceitável (abaixo V., 4.). Indicar rumos para que se consume a quimera de um legislador consciencioso e pertinaz no objetivo de produzir leis penais determinadas é empreendimento audacioso que deve ficar para outra oportunidade. Como se sabe, pouco se escreveu sobre os problemas da teoria da legislação¹⁰², e este artigo não comporta tal ambição. Na presente sede, devemos partir de um resignado *realismo metodológico*: é fato bruto e incon-

⁹⁷ N. Brandão Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss., 1300.

⁹⁸ Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, p. 22; *idem.*, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, p. 60.

⁹⁹ Kublen in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 45 e ss., 55 e ss.; NK-Hassemmer/Kargl § 1, nm. 70b; recentemente, Schönemann GA 2013, p. 194 e ss., 205; Greco in: Brunhöber e outros (Org.) (n. 22), p. 13 e ss., 22 e ss.; Kasiske, ZIS 2013, 257 e ss., 260.

¹⁰⁰ Gross procura deduzir a sua solução diretamente do mandamento de determinação: Gross GA 1971, 13 e ss., 18 e ss.; *idem.* (n. 4), p. 118 e ss.; resignado, igualmente, Greco GA 2012, 452 e ss., 458 e s.

¹⁰¹ Castanheira Neves in: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia 1984, Coimbra, 307 e ss., 336 e ss.; Figueiredo Dias, Direito Penal I, p. 186.

¹⁰² Noll (n. 19), p. 9 e ss., 57 e ss.

teste que há casos em que resta um espaço concretizador para o juiz. Nessa atuação *concretizadora*, todavia, pode ocorrer de o juiz substituir-se ao legislador e, excepcionalmente, *constituir* o injusto penal no caso sub judice. Identificar essa atuação atípica do juiz é o desafio que se impõe.

2. Irretroatividade da alteração da valoração jurídica?

A solução que mais se aproximou da que eu considero ser a solução correta foi aquela indicada em linhas gerais em uma decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 1990¹⁰³. Nessa decisão, foi proposta uma distinção entre alteração da *base fática ou meramente técnica* e da *valoração jurídica*. O cidadão não poderia protestar caso a mudança tenha se dado por um avanço da técnica, por bruscas alterações da situação fática etc. Já em face de alteração da valoração jurídica o protesto do cidadão poderia ecoar, desde que – o já criticado argumento – a sua confiança merecesse a proteção.

Essa distinção indica o *algo* de que estamos em busca, mas não introduz critérios adicionais que distingam entre as alterações de valoração jurídica que podem e que não podem retroagir¹⁰⁴. Afinal, parece estar claro que não é qualquer alteração que justifica a incidência da proibição de retroatividade: uma Parte Geral do Direito Penal e uma por vezes indispensável concretização jurisprudencial de conceitos normativos e de cláusulas gerais seriam impossíveis. Essa distinção proposta tampouco foi levada a sério em um caso de evidente *alteração substancial de valoração jurídica*, o já citado caso dos *Mauerschützen* (BGHSt 39, 1, 29 ff.). A rigor, houve uma sobreposição de uma ordem jurídica nova a uma ordem

¹⁰³ BVerfG NStZ 1990, 537: “Os princípios da proibição de retroatividade e da proteção da confiança não impedem os Tribunais de considerar determinados casos como típicos em razão do surgimento de novos conhecimentos”; da mesma forma, *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Org.), Grundgesetz-Kommentar, III, 2. ed. 2008, Art. 103 II, nm. 53 e s.; anteriormente em BVerfGE 18, 224, 240, em matéria fiscal.

¹⁰⁴ Ver *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, (n. 25), nm. 67; corretamente, *Degenhart*, in: Sachs (Org.) (n. 55), nm. 73: “Afinal, descrição e valoração de uma base fática não se deixam distinguir de forma clara, como o caso base – Promillegrenze – o demonstrou limpidamente”; ver também *Otto* FS-BGH, Vol. IV, 111 e ss., 116; a esse respeito, *A. H. Albrecht* FS-Denckner, 1 e ss., 7.

jurídica em parte considerada inválida: difícil imaginar alteração valorativa mais drástica. Ainda assim, o *Bundesgerichtshof* não admitiu a incidência da proibição de retroatividade. Se não houve alteração de valoração jurídica nesse caso, então provavelmente não haverá em nenhum outro.

Por fim, esse critério não dá conta de uma forte intuição, qual seja a de que justamente nos casos da *Promillegrenze*, que deram partida na discussão, ocorreu uma alteração, digamos, *técnica*: a mudança da taxa de alcoolemia. A evolução jurisprudencial do conceito de patrimônio no delito de estelionato que, por vezes, deu-se em desfavor do acusado e, apesar de se tratar de caso evidente de alteração da valoração jurídica, não chamou a atenção dos penalistas para uma eventual incidência da proibição de retroatividade¹⁰⁵. Os penalistas tinham razão.

3. A ratio da proibição de retroatividade

O verdadeiro problema é a assunção fática por parte da jurisprudência de um mister tipicamente legislativo. Essa assunção fática acima mencionada coloca em cena alguns perigos, especialmente o de que o cidadão tenha de assistir a um injusto penal ser constituído originariamente a partir do seu caso, e não de forma geral e abstrata. Se nos termos da jurisprudência “vigente” ao tempo do fato 1,2% de álcool no sangue eram insuficientes para preencher o tipo de embriaguez ao volante, é difícil explicar para o sujeito que, *a partir do seu caso*, uma mudança técnica – a redução de 1,3% para 1,1% – tornará o seu comportamento punível. A fundamentação de um suposto direito do cidadão à não retroatividade de uma determinada alteração jurisprudencial depende, como já foi dito (acima I., 1.), da ratio da proibição de retroatividade.

¹⁰⁵ A alteração desfavorável ao réu ocorrida com a nova interpretação do conceito de patrimônio no estelionato não foi criticada sob esse ponto de vista (RGSt 44, 230); ver *Arndt* (n. 53), p. 13 e ss., 19: “Antes de 9.12.1966 a maior parte da literatura concedeu pouca ou nenhuma atenção à pergunta sobre a retroatividade de uma jurisprudência penal”.

A *ratio da proibição de retroatividade* repousa precisamente na ideia de que há um direito a que o injusto penalmente relevante não seja constituído originariamente a partir e para um determinado caso, mas de forma geral e abstrata pela lei – que conhece procedimentos democráticos de confecção e aplica-se indistintamente a todos os cidadãos. O cidadão tem um direito absoluto a que a *decisão originária* sobre o conteúdo de injusto de determinada modalidade de conduta seja tomada pelo legislador e, quando a jurisprudência excepcionalmente toma essa decisão, o cidadão deve ser protegido pela proibição de retroatividade. Não se trata, portanto, de um direito à jurisprudência do tempo do fato (cf. acima I., 1.), mas de um direito a que o injusto penal de uma conduta não seja constituído e aplicado, a um só tempo, *no meu caso*.

A partir da explicitação dessa *ratio*, está construída a ponte para a solução correta: A proibição de retroatividade deve incidir precisamente nos casos em que a *jurisprudência assume faticamente uma função que, a rigor, caberia ao legislador*. A distinção fundamental para a solução do problema é, assim, aquela existente entre *jurisprudência originariamente constitutiva do conteúdo do injusto penal* e *jurisprudência concretizadora ou declaratória de um conteúdo de injusto já existente*. Essa ideia, em si simples, deve ser melhor explicitada.

4. A jurisprudência constitutiva do injusto penal: irretroatividade

Em geral, especialmente no chamado direito penal nuclear ou primário¹⁰⁶, o legislador toma a decisão originária sobre o conteúdo de injusto de determinada conduta e repassa ao juiz um inevitável espaço para que este precise ou concretize esse injusto pré-existente, conformando-o ao caso sub judice.¹⁰⁷ Em certo sentido, a decisão judicial é “declaratória” ou “concretizadora”, na medida em que pode apoiar-se em critérios anteriormente determinados pelo legislador, ainda que de forma

¹⁰⁶ Ver *Figueiredo Dias*, Direito Penal I, p. 9, 120 e s.

¹⁰⁷ Em detalhes, *Krey* (n. 18), p. 82 e ss., 106: mesmo nas cláusulas gerais, o legislador dispõe ao legislador “em maior ou menor grau linhas gerais de interpretação”; ver *Kublen FS-Otto*, 89 e ss., 94 e ss.

bastante abstrata. Essa expressão abstrata de conteúdo de injusto garante que a controlabilidade da decisão judicial, que deve sempre poder ser reconduzida à decisão originária do legislador expressada no texto legal. Dessa forma, critérios abstratos como danosidade social, bem jurídico protegido pelo tipo, entram em cena. Ainda que tais critérios apresentem alto grau de abstração (como na *injúria* [*Beleidigung*] §185 StGB¹⁰⁸, na *coação* [*Nötigung*] § 240 StGB¹⁰⁹; na infidelidade patrimonial [*Untreue*] § 266 StGB¹¹⁰), permanece possível reconhecer um conteúdo de injusto como uma espécie de *realidade social viva*: os injustos contidos na injúria, em constrangimentos ilegais e na administração infiel do patrimônio alheio, para ficar apenas com três exemplos, compõem o que se poderia chamar de *concepção fundamental de nossa sociedade*.¹¹¹ Seria estranha e irrealizável o anseio de um legislador obstinado por clareza que resolvesse catalogar e apreender no tipo penal de injúria a constelação infinita de comportamentos ofensivos à honra de um sujeito.¹¹² É inevitável que o legislador recorra a uma

¹⁰⁸ Sobre esses conceitos de conteúdo dinâmico ver *Roxin* (n. 18), S. 114; assim também o estudo fundamental de *Lenckner*, JuS 1968, 249 e ss.; *Krey* (n. 18), p. 84 e s.; sobre a dinâmica social do conceito de honra, *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra, 2002, 354 e ss., 364.

¹⁰⁹ Nesse sentido, a clássica decisão BGHSt 2, 194, 195, que cuidava de um caso de *Nötigung*. O Tribunal alemão admite que, nesse tipo, o juiz deve concretizar a valoração abstratamente formulada pelo legislador; ver o estudo clássico de *Roxin* JuS 1964, 373 e ss., 377, 379, em que se busca formular princípios gerais a orientar a interpretação do conteúdo de injusto da *Nötigung*.

¹¹⁰ Discute-se desde *Binding* sobre os contornos desse tipo penal. A despeito da sempre questionada vagueza do tipo, foi possível estabelecer que o conteúdo de injusto expressado no tipo da *Untreue* repousa na violação do patrimônio alheio “a partir de dentro”, *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts BT I, 1902, p. 395 e ss.; *H. Mayer*, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926, p. 182 e ss.; *Puppe* FS-Herzberg 2008, 275 e ss., 295: impossibilidade de o legislador descrever todas as modalidades de infidelidade patrimonial; assim também BVerfGE 126, 170, 190; *Kuhlen* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 45 e ss., 58, n. 86, indica que a regulação antiga de 1871 almejou elencar 19 grupos de sujeitos que estariam na posição de tutela interna do patrimônio, um dispositivo que fracassou; sobre o injusto da *Untreue* ver *Leite* GA 2015, 517 e ss.

¹¹¹ Esse ponto de vista surge na discussão sobre os fundamentos da teoria limitada da culpabilidade e na discussão sobre os elementos da valoração global do fato, *Puppe* GA 1990, 145 e ss., 172; ver também *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. ed. 1970, p. 138.

¹¹² Assim, *Roxin* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 113 e ss., 134 e s.; ver *Lenckner* JuS 1968, 249 e ss., 255; em Portugal, *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra,

explicitação mais geral do conteúdo de injusto, repassando ao juiz a tarefa secundária de concretização¹¹³. A decisão originária sobre o conteúdo de desvalor já foi, de toda forma, tomada pelo legislador com referência a objetos que se assemelham muito ao que se convencionou chamar, a partir de estudos de Searle, de *atos institucionais*.¹¹⁴ Nesses delitos, pode-se dizer que o legislador “não quis referir-se ao direito positivo codificado em outros setores, mas sim a normas elementares do direito não escrito, reconhecidas de forma geral”.¹¹⁵ Uma atividade concretizadora do juiz é *inevitável* e, em razão disso, inatacável sob o ponto de vista do princípio da legalidade. Historicamente, não estranha que a proibição de retroatividade das leis em geral tenha sido problematizada em face do chamado “direito penal administrativo” (*Verwaltungsstrafrecht*)¹¹⁶. A Constituinte Criminalis Carolina não conhecia, por exemplo, proibição de retroatividade, na medida em que seus dispositivos não deveriam “introduzir *constitutivamente* novas leis penais”¹¹⁷. Também sob essa luz se pode compreender o art. 29, 2., da Constituição portuguesa, que a proibição de retroatividade prevista no art. 29, 1. “não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos” e o art. 7, II. da

2002, 354 e ss., 364 e ss.

¹¹³ “(...) o conceito indeterminado é a única possibilidade, em alguns casos, de dar conta da dinâmica da valoração social”, *Roxin* (n. 18), p. 114; são os conceitos valorativos na terminologia de *Puppe* (n. 3), p. 28 e ss., 30. NK-*Hassmer/Kargl* § 1, Rn 19: “a junção entre precisão e flexibilidade”; ver também *Lenckner* JuS 1968, 249 e ss., 304 e ss.

¹¹⁴ Sobre esse conceito, *Searle*, *Making the Social World*, Oxford, 2010, p. 90 e ss.; *Darnstädt* JuS 1978, 441 e ss.; um conceito próximo é o de “cultural goods” no sentido de *Raz*, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, 2009, p. 305 e ss., 317 e ss.

¹¹⁵ *Puppe* GA 1990, 145 e ss., 170 e ss.; ver *Roxin*, (n. 111), p. 1 e ss., 75 e ss., 86, 137 e ss.

¹¹⁶ *Renzikowski* FS-Krey 2010, 409 e ss., 413; em Portugal, sobre a evolução histórica da distinção entre *delicta in se* e *delicta mere prohibita*, ver *Silva Dias*, “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”, Coimbra, 2008, p. 49 e ss.

¹¹⁷ Conforme informa *Krey* (n. 41), p. 49 e ss.

Convenção Europeia de Direito Humanos, a chamada cláusula de Nurembergue¹¹⁸.

Há, contudo, outros tipos penais ou outros elementos de tipos penais que se revelam como *produtos crus de uma decisão técnica*, no sentido de que não há critérios externos a servirem de parâmetro para a correção da decisão. A decisão é o critério de correção. Nesse sentido, pode-se falar em uma decisão que não reconhece nenhum desvalor pré-existente como realidade social viva, mas que inaugura um desvalor. Tal decisão é tolerada, todavia, caso seja tomada por uma autoridade competente. A decisão é aceita, pode-se dizer, simplesmente porque foi decidido. São as condutas, para usar uma expressão consagrada na literatura portuguesa, axiologicamente ou ético-socialmente neutras¹¹⁹.

Dessa forma, aceitamos a proibição de comercializar Cannabis porque a *autoridade competente* assim determinou, de *forma geral e abstrata* (§ 29 i. V. m. Anexo I BtMG). Caso a Cannabis não estivesse na lista que complementa o tipo penal alemão mencionado, estaríamos diante de um comportamento socialmente neutro. Há uma séria de questões “técnicas” a respeito das quais apenas a autoridade competente pode decidir: se 1,1 ‰ bastam para considerar o sujeito incapaz de conduzir um veículo automotor nos termos dos §§ 315c, 316 StGB;¹²⁰ se 1,5 mg de hidrocloreto de heroína bastam para o preenchimento do elemento “*em quantidade considerável/não desprezível*” (“*nicht geringe Menge*”) previsto no § 29a BtMG (BGHSt 32, 162 e ss.);¹²¹ se € 50.000 já perfazem um crime fiscal “de grandes proporções” nos termos

¹¹⁸ A esse respeito ver *Ambos* KritV 2003, 31 e ss.; *Renzikowski* FS-Krey 2010, 409 e ss..

¹¹⁹ *Figueiredo Dias*, Direito Penal I, p. 155 e ss, 157

¹²⁰ Ver BGHSt 37, 89, 91: a pergunta só se deixa responder com o auxílio de “conhecimento médicos e de ciências naturais”; corretamente, *NK-Hassemer/Kargl* § 1, nm. 51 e ss.; há autores que indicam que o legislador deveria ou ao menos poderia ter resolvido a questão: *Haffke* (n. 28), p. 20; *Jakobs*, AT, 1. Livro, 2. Cap., p. 105 e s., n. 122; *Satzger*, Jura 2013, 345 e ss., 351; *Puppe* (n. 3), p. 60 indica a possibilidade de se utilizar, nesse caso, um conceito meramente descritivo.

¹²¹ Em BGHSt 42, 1, 11 (por ocasião do que indicara a decisão BVerfGE 90, 145), o *Bundesgerichtshof* reconheceu que era necessário uma atuação “decisio-nista” na determinação do conceito de “quantidade considerável”, e que essa seria a tarefa da jurisprudência; ver *Simon* (n. 3), p. 292 e ss., 436: uma fixação dos limites seria possível tanto no direito penal das drogas, como direito penal de trânsito.

do § 370 AO (BGHSt 53, 71 e ss.; 48, 360 e ss.).¹²² Enfim, são questões que se deixam responder de maneiras bastante diversas, sem que se possa questionar a decisão, caso ela seja tomada pela autoridade competente e de forma geral e abstrata, isto é, válida para todos os cidadãos. A correção da decisão depende da competência da fonte decisória.¹²³ Nada mais, nada menos.

A autoridade competente para tomar esse tipo de *decisão que constitui o injusto*, num quadro ideal, é sempre o *legislador*.¹²⁴ A razão pela qual o legislador é a fonte competente para tomar essas decisões não está, evidentemente, na existência de um aparato capaz de prestar toda sorte de apoio técnico, especialmente em questões que escapam aos conhecimentos gerais e atingem as minudências do desenvolvimento tecnológico.¹²⁵ Fosse essa razão, bastaria municiar os Tribunais superiores com o mesmo aparato. A razão situa-se em plano mais fundamental. Voltemos aos exemplos: o cidadão não pode contestar caso o crime fiscal de grandes proporções seja afirmado a partir dos € 50.000 ou dos € 150.000. Ambas as hipóteses soam defensáveis. O único controle externo é o *absurdo*: uma sonegação fiscal de € 50 não pode ser considerada de “grandes proporções”;¹²⁶ 4,0 ‰ de taxa

¹²² BGHSt 53, 71, 83; sobre a chamada “concretização em termos numéricos” ver *Krey* (n. 18), p. 98 e s.: “Nesse julgamentos, o que de fato ocorre é que a ‘norma pronta’ é posta constitutivamente pelo juiz”; Kuhlen, ao comentar o conceito de “grandes proporções” no delito de estelionato, indica que há nesse caso uma “atuação essencial de precisão” por parte da jurisprudência: *Kuhlen* FS-Otto, 89 e ss., 103 e s.

¹²³ Ver BGHSt 42, 1 (confirmação de BGHSt 33, 8): ao decidir sobre a quantidade de THC exigida em produtos de Cannabis para que se aplique a qualificadora, o *Bundesgerichtshof* indicou que a decisão não poderia ser repassada aos juízes de primeira instância, na medida em que os “cidadãos precisavam conhecer os limites”; sobre a metaanfetamina, BGHSt 53, 89; BGHSt 32, 162 e ss.: sobre a determinação da quantidade de 1,5 mg de hidrocloreto de heroína para a aplicação da qualificadora, o *Bundesgerichtshof* indicou que o elemento necessitava de uma “precisão a ser realizada pela jurisprudência”.

¹²⁴ É correta a observação de *Larenz* FS-Henkel, 31 e ss., 43 e s.: falta aos Tribunais sobretudo a “legitimação democrática”.

¹²⁵ *Naucke*, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, 1972, p. 45 e s; ver *Larenz* FS-Henkel, 31 e ss., 38.

¹²⁶ Ver *Krey* (n. 18), p. 106.; sobre a plausibilidade social do conceito de injúria ver *Roxin* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 113 e ss., 135.

de alcoolemia tornam o sujeito certamente incapaz de conduzir veículo automotor. Conceitos “quantitativos” são precisos e mais seguros justamente por serem produto de uma decisão nua e crua, pouco questionável a partir do momento em que a decisão é considerada tomada.¹²⁷ Caso o legislador alemão tivesse determinado a taxa de alcoolemia no tipo penal, uma alteração não poderia retroagir¹²⁸, ainda que se optasse por uma lei penal em branco, na medida em que também o complemento, em regra, em razão da chamada “leitura conjunta”, não poderia retroagir em desfavor do acusado.¹²⁹ Note-se que no *Ordnungswidrigkeitenrecht*, o direito de contra-ordenações alemão, o legislador estipulou um limite legal de 0,5% de taxa de alcoolemia (§ 24a I StVG), constituindo, assim, o conteúdo de injusto administrativo da conduta. Não deve surpreender, portanto, o fato de os casos do Promille terem dado o impulso inicial à discussão em torno da extensão da proibição de retroatividade. A decisão originária sobre o conteúdo de injusto *penal* não fora tomada, nesse caso, pelo legislador alemão, de modo que a jurisprudência assumiu o papel de fonte (in)competente de decisão, chegando à conclusão dos atuais 1,1% após colhimento de parecer técnico de determinados institutos de medicina. A decisão sobre o conteúdo de injusto não pode ser identificada, portanto, com precedência no texto oferecido pelo legislador¹³⁰, que tampouco remete a concepções fundamentais de nossa sociedade. Aqui, o legislador entregou a própria decisão originária ao juiz, e não apenas a concretização de um injusto já delineado em termos gerais, não havendo sequer uma margem

¹²⁷ Puppe (n. 3), p. 60.

¹²⁸ Grunsky (n. 11), p. 8.

¹²⁹ Welzel MDR 1952, 584 e ss., 586 e ss.; BGHSt 20, 177, 181; sobre a discussão, em detalhes, Kublen, (n. 1), p. 392 e ss., 420 e ss.; Laaths (n. 1), p. 90 e ss.; Dietmeier (n. 72), p. 140 e ss.

¹³⁰ Schünemann FS-Klug Volume I, 169 e ss., 186; o juiz do *Bundesgerichtshof*, Thomas Fischer, manifestou-se incisivamente em sua coluna para um jornal de alta circulação contra o resultado a chegou a jurisprudência alemã: “Os limites estipulados pela jurisprudência dos Tribunais superiores não são justos. Não são sequer racionais” (Fischer, Im Rausch, Die Zeit, 1.3.2016, acessível em: <<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-03/strafrecht-justiz-trunkenheit-autofahren-fischer-im-recht/seite-4>>).

de orientação existente no texto legal.¹³¹ O tipo penal em sua formulação linguística não oferece parâmetros para que se avalie o “risco da punibilidade”, um critério famoso na jurisprudência, mas que auxilia pouco.¹³² Essa é a verdadeira razão pela qual alguns autores, baseados em intuição correta, propuseram uma regra de exceção para a proibição de retroatividade precisamente em setores mais afeitos a esse tipo de decisão técnica, como é o caso do direito penal tributário e o direito penal de trânsito¹³³. Nesses casos, qualquer decisão que não atinja as raias do absurdo é imaginável e terá de ser, em tese, aceita.

Em tese. Precisamente nos casos em que o legislador – por desídia, inabilidade ou comodidade – repassa por completo ao juiz a tarefa de constituir originariamente a natureza de injusto penal de um comportamento é que também os limites a que está adstrito o legislador devem ser repassados. Ocorre, por assim dizer, um *repasse duplo*, dos poderes e dos limites. O argumento é de sedutora simplicidade: quem recebe poder, deve receber limites; doutro modo, o legislador repassaria uma posição de poder de que tampouco ele goza¹³⁴. “Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet”. Correr-se-ia, além disso, o risco de criar um espaço propício para manobras tendentes a esquivar-se do espectro da proibição de retroatividade¹³⁵. Nos casos em que a jurisprudência, a partir de um proceder decisionista, constitui originariamente o injusto penal, deve incidir a proibição de retroatividade, na medida em que tem-se situação idêntica àquela que constitui a ratio da proibição da retroatividade da lei penal mais gravosa, qual seja a de evitar que o cidadão assista ao conteúdo

¹³¹ Sobre a chamada doutrina do “thin ice” ver *Ambos* KritV 2003, 31 e ss., 34 e s.

¹³² Sobre esse critério comparar BVerfGE 75, 329, 345; ver também *Dannecker* FS-Otto, 25 e ss., 29.

¹³³ Assim por exemplo *Hassemer* (n. 42), p. 264; *Jakobs* AT, 1. Livro, 2. Cap., § 4, nm. 82, n. 122.

¹³⁴ Ver as considerações de *Gross* GA 1971, 13 e ss., 19..

¹³⁵ *Zielinski* FS-Grünwald, 811 e ss., 828: os limites a que está submetido o Estado devem-se, sobretudo, ao fato de os cidadãos não confiarem na autoridade estatal.

de injusto penal de uma conduta ser *constituído e aplicado*, num só golpe, *no seu caso*.

O argumento de Roxin, segundo o qual “por meio de uma extensão do princípio (da retroatividade) à jurisprudência tratar-se-ia o juiz como se legislador fosse”¹³⁶, não está incorreto, apenas não conduz ao rechaço a uma admissão parcial. Essa conclusão apenas seria verdadeira caso a jurisprudência não atuasse, em muitos casos, como verdadeiro legislador. O argumento pressupõe que essa divisão seja sempre respeitada, o que não corresponde à realidade jurídica atual. É precisamente a necessidade de *manter a separação funcional entre legislação e jurisprudência* que conduz à conclusão de que se deve estender a proibição de retroatividade para os casos em que a jurisprudência constitui excepcionalmente, por meio de decisão originária, o injusto penal. Em outros casos de alteração jurisprudencial não abrangidos por esse critério, os casos de jurisprudência concretizadora do injusto penal, pode-se chegar a aplicação das regras do erro sobre a ilicitude, desde que corretamente compreendidas¹³⁷. O erro sobre a ilicitude, nesse contexto, é sempre a segunda melhor solução¹³⁸, a reclamar ainda uma fundamentação mais detalhada.

¹³⁶ Por último, *Roxin* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 113 e ss., 129.

¹³⁷ Em primeiro lugar, note-se que o acusado estará em regra em estado de dúvida sobre a proibição, considerado pela doutrina dominante como excludente do erro sobre a ilicitude (contra essa solução, em detalhes, *Leite* GA 2012, 637 e ss., 646 e ss.; monograficamente, *idem*, *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*, 2 ed. 2014, São Paulo). Em segundo lugar, faltará ao acusado apenas a consciência da proibição penal da conduta, e não a consciência da proibição em geral, considerada suficiente pela doutrina dominante (ter atentado para esse ponto foi um dos grandes méritos da monografia de *Haffke* [n. 28], p. 28 e ss., 36, 154 e ss.; ver também *Rudolphi* [n. 11], p. 105, n. 35 e *Schreiber* JZ 1973, 713 e ss., 717); ver sobre os contornos do erro sobre a ilicitude *Roxin* AT I 4., § 21 Rn 69; *Wolter* JuS 1979, 482 e ss.; *Straßburg* aponta para o problema de que o objeto do erro será, em regra, uma prognose falsa sobre o desenvolvimento jurisprudencial: *Straßburg* ZStW 82 (1970), 948 e ss., 959; *Arndt* (n. 53), p. 44 e s., 130: indica que um erro sobre a ilicitude existiria, no máximo, nos casos de alteração fundamentadora da punibilidade, mas não no caso de simples agravamento de punibilidade existente. Como se vê, seria necessário desenvolver um estudo específico a esse respeito.

¹³⁸ *NK-Hassemer/Kargl* § 1, 4 ed. nm. 58: “a segunda melhor solução”; convincente, *Neumann* ZStW 103 (1991), 331 e ss., 333: “(...) porque dessa forma trata-se como um problema de déficit informacional do autor o que, em verdade,

5. Vantagens da solução apresentada

A solução aqui proposta corresponde a certas intuições presentes na doutrina¹³⁹, como por exemplo na solução proposta por aqueles autores que estendem a proibição de retroatividade para a chamada “jurisprudência conformadora/complementadora da lei”.¹⁴⁰ Também na jurisprudência é possível encontrar pontos de semelhança com a ideia de que as “questões essenciais” sobre a punibilidade de um comportamento devem ser decididas pelo legislador.¹⁴¹ A decisão do *Bundesverfassungsgericht* sobre a *Untreue* parece igualmente ter reconhecido, nas palavras de Neumann, uma “função constitutiva à jurisprudência”¹⁴². A distinção entre jurisprudência “declaratória” e jurisprudência “constitutiva” foi adotada em recente e relevante decisão do

é um déficit de regulação do sistema normativo”; os limites da solução do erro sobre a ilicitude são reconhecidos por outros autores: *W. Knittel* (n. 27) p. 56, n. 200, 57; *Simon* (n. 3), p. 440: a relutância prática em se admitir erros sobre a ilicitude.

¹³⁹ Ver *Baumann* AT, p. 125: pergunta teste deve ser sobre se a alteração atingiu tal significado que faria necessária, a rigor, uma intervenção do legislador; ver também *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, 16. ed. 1972, § 2, nm. 15, 59 e s..

¹⁴⁰ *NK-Hassemer/Kargl* § 1, nm. 57 e ss.; interessante a esse respeito, *AnwK-Gaede* § 1 StGB, nm. 41: proibição de retroatividade quando a jurisprudência já atingiu o grau de “direito costumeiro” ou quando o Tribunal altera completamente a valoração jurídico-penal da conduta; próximo; *Arndt* (n. 53), p. 24 e s.; *Degenhart*, in: *Sachs* (Org.) (n. 55), nm. 73: nos casos do *Promille*, a “função da jurisprudência como legislador substituto surge em toda sua evidência”.

¹⁴¹ Ver, recentemente, BVerfGE 126, 170, 195; anteriormente já em BVerfGE 49, 89, 126; 78, 374, 382, 389; por vezes, essa “teoria da essencialidade” é relativizada; a esse respeito, *LK-Dannecker* § 1, nm. 119; *Tiedemann* (n. 67), p. 36 e ss., 45 e ss.; sobre o caráter fundante do princípio da legalidade para o direito penal *Schreiber* (n. 55), p. 217 e ss.: domesticação da arbitrariedade; *Grünwald* ZStW 76 (1964), 1 e ss., 16; *Mangakis* ZStW 81 (1969), 997 e ss., 1000: garante o “direito penal como direito”; próximo, *Krey* (n. 41), p. 127 e s.; *Soler*, *Derecho Penal Argentino* I, 5. ed. 1989, Buenos Aires, p. 136 e ss.; o risco apontado por *Jakobs*, de que essa extensão cause um afrouxamento da vinculação à lei deve ser levado a sério: *Jakobs* AT, 1. Livro, 2. Cap., nm. 81: “um judiciário que esteja limitado como legislador, irá julgar como se promulgasse leis”; *Naucke*, *KritV – Sonderheft*, W. Hassemer zum 60. Geburtstag 2000, 132 e ss., 133; fundamental, *Greco* (n. 13), p. 253 e ss., 273.; *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra, 2002, 354 e ss., 363: “O princípio da legalidade está, por direito próprio, nesse rol de ‘coisas’ pelo qual vale a pena defender ‘as muralhas da cidade’”.

¹⁴² *Neumann* FS-Beulke 2015, 197 e ss., 205.

*Bundesverfassungsgericht*¹⁴³. Uma distinção próxima aparece igualmente na intrincada discussão sobre o objeto do dolo nas leis penais em branco¹⁴⁴: É correto afirmar que sem o conhecimento do complemento da lei penal não se acessa devidamente a consciência da danosidade social da conduta, de modo que esse conhecimento deve ser exigido para a afirmação do dolo nesses tipos penais.¹⁴⁵ Tal solução encontra guarida no revolucionário artigo 16, 1. do Código Penal português (“O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo”), um dispositivo que antecipou em anos a solução que agora parece assentar-se¹⁴⁶. A solução funda-se na ideia de que o complemento contém uma *decisão crua constitutiva de um injusto penal* tomada pelo legislador, no sentido acima apontado. Também por essa razão, quando o erro se refere aos chamados elementos da valoração global do fato, a solução é outra, pois esse elementos fazem referencia a realidades sociais vivas que integram, em regra, a concepção fundamental de nossa sociedade.¹⁴⁷ Todos esses raciocínio corroboram a solução apresentada, no sentido de que quando a jurisprudência, excepcional e atipicamente, constitui o injusto penal de uma conduta, deve ela estar submetida aos limites da proibição de retroatividade, ou seja, a nova decisão possuirá eficácia ex nunc.

A solução aqui apresentada não padece, de outro lado, dos problemas de imprecisão identificados na doutrina da proteção da confiança. Lá, há sempre a dependência incômoda do resultado do jogo de ponderação entre direitos do cidadãos e direitos da

¹⁴³ BVerfG JZ 2014, 510 e ss.; A esse respeito *Lepsius* JZ 2014, 488 e ss.; *Hey* JZ 2014, 500 e ss.; *Neumann* FS-Beulke 2015, 197 e ss., 210.

¹⁴⁴ *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, p. 282 e ss.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, p. 283 e ss.; *Roxin* FS-Tiedemann 2008, 375 e ss., 378 e ss.; recentemente, *Schuster* (n. 1), p. 88 e ss., 115 e ss.

¹⁴⁵ *Puppe* GA 1990, 145 e ss., 170 e ss.; *Roxin* FS-Tiedemann, 375 e ss., 381; *Herzberg*, GA 1993, 455 e ss.; *Kublen* (n. 1), p. 361 e ss., 370 e ss., 386; *Dietmeier* (n. 72), p. 221 e ss.

¹⁴⁶ Manifestei-me a esse respeito em *Leite* GA 2015, 517 e ss.

¹⁴⁷ Em detalhes, *Roxin* FS-Tiedemann, 375 e ss., 382 e ss.

sociedade, além de a solução estar sempre a reboque de questões contingenciais, como a “especificidade do tipo penal” (a quantidade de pena prevista, o círculo de destinatários da lei etc.).¹⁴⁸ O critério aqui apresentado não depende dos efeitos causados por uma suposta alteração, pois funda-se em argumento material, identificável, como visto acima, em outros setores problemáticos do direito penal. Evidentemente, a distinção entre *jurisprudência constitutiva* do injusto e *jurisprudência concretizadora* do injusto penal não representa uma fórmula perfeita para ser aplicada, e carece ainda de melhores explicitações. Questões relevantes ainda permanecem em aberto, como por exemplo a graduação exigida do juiz ou Tribunal para que se possa considerar o injusto penal como constituído. De todo modo, a mera enunciação de um critério fundamental e promissor foi o que almejou este estudo.

A grande *distinção prática* entre a solução aqui proposta e as suas rivais parece estar na *renúncia ao conceito de jurisprudência anteriormente consolidada* (cf. acima IV., 2.), ou pelo menos no fato de esse conceito não possuir relevância fundamental para a solução proposta. Afinal, a questão essencial passa a ser a *constituição de um injusto novo*, e não na alteração da jurisprudência antiga; não a alteração de algo existente, mas a constituição de algo inexistente por fonte “incompetente”. Por essa razão é que a decisão judicial que constitui originariamente o injusto penal de uma conduta está proscrita de retroagir e não deve ser aplicada ao caso que a ensejou. Dessa forma, para ficar com um exemplo alemão, as decisões que determinaram a primeira determinação da taxa de alcoolemia na direção de motos (BGHSt 30, 149, 151) e de bicicletas (BGHSt 34, 133) não poderiam retroagir, pois constituíram originariamente um injusto penal. Nada foi alterado, pois nada havia anteriormente. Com isso, renuncia-se igualmente ao problemático conceito de alteração, acima criticado (cf. acima IV. 4.). Poder-se-ia mesmo dizer que, partilhada a posição aqui defendida, o problema de que tratamos seria mais precisamente designado caso, em vez de se falar em proibição de retroatividade

¹⁴⁸ *Krüger* NStZ 2011, 369 e ss., 371.

de alteração jurisprudencial, falasse-se em *proibição de retroatividade de jurisprudência constitutiva do injusto penal*.

VI. Resumo das conclusões

Diante da nova *compreensão dinâmica do princípio da legalidade*, o clássico problema da extensão da proibição de retroatividade a ao menos algumas alterações jurisprudenciais voltou ao horizonte de preocupação dos penalistas (I., II.). Há consenso em torno do fato de que diante de algumas alterações jurisprudenciais prejudiciais ao acusado não deve ocorrer punição. Essa forte intuição funda-se especialmente na *igualdade fática*, desde o ponto de vista do cidadão, entre uma alteração jurisprudencial e uma alteração legislativa: ambas podem prejudicar o sujeito com a mesma gravidade. A *posição tradicional* nega a extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais, com argumentos que não convencem (III.). Se injustiça há, dizem, ela poderia ser corrigida pela regra salvatória do erro sobre a ilicitude. A *posição intermediária* busca ancorar juridicamente aquela intuição mencionada na ideia de *proteção da confiança*. Esse louvável esforço acaba por perder-se no vórtice de conceitos imprecisos: proteção da confiança não passa de uma descrição de um efeito (IV.). À razão mais fundamental pela qual se deve estender a proibição de retroatividade só se chega ao analisar-se o *conteúdo das decisões judiciais*, e não os seus efeitos. A distinção fundamental é aquela existente entre *jurisprudência constitutiva do injusto penal* e *jurisprudência concretizadora do injusto penal*. O problema não está na alteração de algo existente, mas na constituição de algo inédito por fonte em princípio incompetente. Não deve retroagir a decisão que, em atípica atuação substitutiva ao legislador, decida originariamente sobre o conteúdo de injusto penal de uma conduta. Para outros casos de alteração jurisprudencial, as regras do erro sobre a ilicitude devem bastar, desde que corretamente compreendidas (V.).