

DIREITO

& JUSTIÇA

CORREIO BRAZILIENSE

Brasília, segunda-feira, 22 de julho de 1996

Jurisprudência penal

Luiz Vicente Cernicchiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor titular da Universidade de Brasília

Os livros de Direito Penal trazem um tema, aparentemente, mera preocupação acadêmica — fontes do direito. Revela, porém, significativa importância. Os tratadistas, de modo geral, não detiveram maior tempo sobre uma particularidade, ou seja, se a jurisprudência dá nascimento à norma jurídica. Conferiu-se, mercê do positivismo reinante nos últimos cem anos, relevo especial à lei, reeditando o brocardo *du-ra lex sed lex*. Teve-se a impressão (alguns, convicção) de o legislador criar o Direito. Hoje, vigorosas vozes posicionam-se diferentemente. A lei é mera expressão do Direito. E mais. A lei deve ajustar-se. Se assim não for, será carente de eficácia.

No Direito Penal, aplicar-se-á sempre a lei mais favorável ao réu. Comando, aliás, da Constituição (art. 5º, XL) e art. 2º do Código. Não há obstáculo sequer da coisa julgada. Aplicação, ademais, incondicional. Explica-se facilmente: dar-se-á ao condenado o tratamento jurídico do momento. Pouco importa ser indiciado, acusado, ou condenado. Há razões históricas e políticas para tanto. Não é, como pensam os críticos apressados, mais um estímulo à criminalidade.

A jurisprudência, entendida como expressão dos julgados, materialmente, é manifestação do Estado. E mais. Confere à legislação e a outras normas o significado vivo do Direito. A recente lei do concubinato nada mais é do que a redução legislativa dos julgados, em parte, enunciados em súmulas. Diga-se o mesmo das leis de correção monetária. Sem qualquer texto legislativo, no período inflacionário, deu-se renascimento à cláusula *rebus sic stantibus*. Os dois exemplos buscaram conferir tratamento isonômico para evitar o enriquecimento sem justa causa. Dignificam a jurisprudência. Mesmo as tenazes opositores do efeito vinculante dos julgados seguiram a orientação, porque expressava princípio, embora não houvesse lei específica.

A jurisprudência, e a ilustração é eloqüente, não é mera consequência, projeção da lei. Ao contrário, confere-lhe interpretação histórica; fixa a diretriz recomendável para o momento da aplicação.

Se a fonte dá nascimento, faz jorrar a norma, analogicamente, à água, sem dúvida, a interpretação judicial, assim, deve ser considerada.

O instituto fonte precisa ser analisado materialmente (a expressão do Direito, como forma, está superada). Há de ser recebido como complexo de princípios, votado para valores, realçando-se, indiscutivel-

mente, o comando de tratamento igual, sendo igual o pressuposto fático.

A jurisprudência, malgrado colocações tradicionais, possivelmente não revistas, é fonte do Direito: dá nascimento a normas, mesmo em país como o nosso, que, por influência do Direito continental, quase sempre, se projetam por escrito. E, por isso, ganha realce a lei.

A conclusão é válida também para o Direito Penal. O formalismo ortodoxo só se aplica para definir infrações e cominar a sanção. Por tudo o mais, é, sem dúvida, a área jurídica mais aberta, a grande janela para o mundo, no sentido de observar valores, sem distinção de origem, ou de finalidade.

A conclusão é válida também para o Direito Penal. O formalismo ortodoxo só se aplica para definir infrações e cominar a sanção. Para tudo o mais, é, sem dúvida, a área jurídica mais aberta, a grande janela para o mundo, no sentido de absorver valores, sem distinção de origem, ou de finalidade.

A lei encerra ideologia. Não se esgota no aspecto literal, o que explica a observação leiga de haver *crimes da moda*! Com efeito, alguns delitos preocupam; com outros, a sociedade convive. Se a vida é assim, como a vida é expressão cultural, o Direito não é inerte, insalubre e inodoro.

Os tribunais, quando julgam, fazem a crítica da conduta, no contexto axiológico atual. Se a lei o expressa, tudo bem; será aplicada. Todavia, não havendo uma harmonia, evidente, o juiz, como crítico, deverá fazê-lo. Caso contrário, o computador, mais rápido e economicamente, substituirá o magistrado. Os tribunais passarão a seção do Poder Legislativo, onde se fazem as leis!

Se o delito, apesar de inalterada a lei, com o correr do tempo, receber outra interpretação, lógico, os tribunais passam a decidir de modo distinto. Altera-se o significado da lei. A conduta passa por crivo diferente. O padrão legislativo se modifica.

Será conclusão acanhada, por amor à forma, relegar a substância. Ter-se-á, assim, este resultado: duas condutas delituosas, existentes, portanto, no mundo jurídico, apesar de iguais, porque apreciadas em tempo distinto, receberão tratamento diferente! A isonomia e a retroatividade de lei penal mais favorável restarão figuras de retórica. A interpretação sistemática cederá espaço, mais uma vez, à interpretação literal!

A jurisprudência, sem dúvida, é fonte de Direito, notadamente reiterada, ou enunciada em súmula.

Recentemente, foi publicado em língua espanhola o "Derecho Penal — Parte General", Jakobs, em cuja obra o autor alemão registra a retroatividade benéfica; a decisão judicial apóia-se em lei, extensiva "de modo adequado, axiologicamente, a todos os demais casos possíveis, incluídos os que acontecerem no futuro" (Marcial Pons, Ed. Jurídicas, Madrid, 1995, 2ª ed., p. 127).



"A jurisprudência, entendida como expressão dos julgados, materialmente, é manifestação do Estado. E mais. Confere à legislação e a outras normas o significado vivo do Direito"