

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 188 • fevereiro 2022

Coordenação (editor-chefe)

SALO DE CARVALHO

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

OS LIMITES DA JURISPRUDÊNCIA NA JURISDIÇÃO PENAL

THE LIMITS OF JURISPRUDENCE IN THE CRIMINAL JURISDICTION

Assista aos comentários
do autor para este artigo



LEANDRO GORNICKI NUNES

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade da Região de Joinville (Univille).

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-2370-0950>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.88>].

leandro@gnsc.adv.br

Recebido em: 20.05.2021

Aprovado em: 01.12.2021

Última versão do autor: 07.12.2021

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Partindo dos pilares iluministas da "Escola Clássica" de Direito Penal, e passando pelo penalismo contemporâneo, o texto faz uma análise histórica e crítica dos limites e critérios de aplicação da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal, diante da crise instalada pela contraditória e infactível pretensão de coexistência dos vetores estruturantes da *civil law* e da *common law* no interior do sistema jurídico-penal brasileiro, levando-o à crise e fragilizando os direitos e as garantias fundamentais. Tendo como objeto os limites da jurisprudência na jurisdição penal, o texto apresentará as principais distinções entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, os graus de vinculação e as funções dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, para, em sua parte final, depois de analisar questões controversas, como o realismo jurídico e construtivismo, indicar os riscos à democracia decorrentes da instabilidade sistêmica causada por um preocupante grau de decisionismo. Na atualidade

ABSTRACT: Starting from the Enlightenment pillars of the "Classical School" of Criminal Law, and through contemporary penalism, the text makes a historical and critical analysis of the limits and criteria of application of jurisprudence within criminal jurisdiction, in view of the crisis installed by the contradictory and infactible claim of coexistence of the structuring vectors of *civil law* and *common law* within the Brazilian legal system, leading it to crisis and weakening fundamental rights and guarantees. Having as its object the limits of jurisprudence in the criminal jurisdiction, the text will present the main distinctions between the systems of civil law and common law, the degrees of binding and the functions of precedents in the Brazilian legal system, to, in its final part, after analyzing controversial issues, such as legal realism and constructivism, indicate the risks to democracy arising from systemic instability caused by a worrying degree of decisionism. Nowadays Brazilian politics, the

política brasileira, as ponderações formuladas se justificam em face da ampliação cotidiana de discursos populistas dirigidos à anulação do Poder Judiciário, especialmente do seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, como instrumento de contenção às pretensões totalitárias e extremistas de ocasião.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penal – Interpretação – Jurisprudência – Limites – *Civil law*.

weightings formulated are justified in the face of the daily expansion of populist discourses aimed at the annulment of the judiciary, especially its maximum organ, the Supreme Court, as an instrument of containment to totalitarian and extremist claims of occasion.

KEYWORDS: Criminal system – Interpretation – Jurisprudence – Limits – *Civil law*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fontes do Direito Penal no Brasil. 3. Sistema jurídico brasileiro e *civil law*. 4. Conceito de jurisprudência: anglo-saxônica e romanística. 5. Grau de vinculação dos precedentes. 6. Funções sistêmicas da jurisprudência e dos precedentes. 7. Questões controvertidas. 7.1. “Última palavra” e realismo jurídico (*sociological jurisprudence*). 7.2. Segurança jurídica. 7.3. Audiências públicas e participação popular: os perigos das “vozes das ruas”. 7.4. Criminalização da homotransfobia pelo Poder Judiciário (ADO 26). 7.5. Proibição de retrocesso punitivo. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema *os limites da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal*. O objetivo geral é apresentar algumas implicações práticas do emprego ou uso da jurisprudência no cotidiano do sistema de justiça criminal brasileiro, tendo como vetores a *proteção das liberdades individuais e a contenção do poder punitivo* no Estado Constitucional e Democrático de Direito.¹ Apresentam-se como objetivos específicos do texto: a) verificar a qual espécie de fonte do direito a jurisprudência corresponde(ria) no Brasil; b) especificar qual é ou seria o tipo de sistema jurídico definido pela Constituição de 1988 e as respectivas limitações impostas às agências judiciais no ato de julgar; c) descrever o conceito de jurisprudência, apontando os graus de vinculação aos precedentes, as suas funções sistêmicas e os seus critérios de aplicação; e, por fim, d) analisar questões controvertidas em torno da jurisprudência penal, dentre as quais o realismo jurídico, os discursos de segurança jurídica, os perigos imanentes às “vozes das ruas”, o emprego da analogia na criminalização de condutas constitutivas de

discriminação ou preconceito por homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal e a proibição de retrocesso punitivo.

Partindo dos pilares iluministas da “Escola Clássica” de Direito Penal, e passando pelo penalismo contemporâneo, é reconhecida como exigência premente uma análise histórica e crítica dos limites e critérios de aplicação da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal, diante da crise instalada pela contraditória e infactível pretensão de coexistência dos vetores estruturantes da *civil law* e da *common law* no interior do sistema jurídico brasileiro, na medida em que um sistema só pode ter uma *ideia fundante* ou um *princípio unificador*, sem o qual não se concebe ou se preserva a sua própria existência e unidade. Segundo Kant, a arquitetônica de um sistema pressupõe uma *ideia fundante* ou um *princípio unificador* capaz de harmonizar os elementos que o constitui, delimitando coerentemente os seus critérios hermenêuticos (unidade sistemática).² É preciso reconhecer que – malgrado inexistam sistemas puros – dentro do horizonte democrático, para o efetivo controle do poder punitivo, é necessária a estabilização do sistema jurídico, seja ele constituído pela *civil law* ou pela *common law*. Nessa perspectiva, verifica-se o surgimento de uma situação inusitada no Brasil: de um lado, o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, seguindo a tradição liberal presente desde a primeira Constituição brasileira (1824), impede a edição de norma penal por qualquer via diversa da *lei*, concebida como ato privativo do Poder Legislativo (CR, art. 22, I); de outro lado, a Emenda Constitucional 45/2004 e a legislação processual em vigor (CPC, arts. 926 e 927), ao permitirem que o Supremo Tribunal Federal, um órgão do Poder Judiciário, aprove enunciados sumulares com efeito vinculante, ou seja, com força de lei, de certo modo, abriram as portas para a edição de norma penal pela via dos *precedentes*, instituindo uma contradição insuperável que, em um primeiro momento, gera a instabilidade do sistema jurídico brasileiro e que, na sequência, pode ser a causa de sua própria extinção.

A tentativa de fazer funcionar dois princípios no mesmo sistema, por razões lógicas, inviabiliza o próprio sistema, não havendo um vetor claro de racionalidade das agências judiciais e critérios hermenêuticos capazes de conter adequadamente o poder punitivo, que passa a circular sem controle, aniquilando a própria ideia de democracia, na medida em que não mais haverá como serem

1. “Será a liberdade o elo indissolúvel entre cidadãos e Estado no sentido da consecução de uma ordem jurídica democrática [...] A liberdade deve ser compreendida, aqui, como elemento inerente a uma ordem social igualitária, na qual a pessoa possa ter assegurada sua individualidade, mas integrada à liberdade dos demais” (TAVARES, 2018, p. 29-30).

2. “Daqui só se depreende que a unidade sistemática ou unidade racional dos conhecimentos diversos do entendimento é um princípio lógico que, mercê de ideias, ajuda o entendimento sempre que este, por si só, não baste para atingir regras e, simultaneamente, conferir uma unidade fundada sobre um princípio (uma unidade sistemática), à diversidade das regras, assim criando uma ligação tão extensa quanto possível” (KANT, 2001, A648-B676).

impostos “freios e contrapesos” (*checks and balances system*),³ na direção contrária àquilo que foi defendido por Montesquieu (1750):

“pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet.”⁴

Em síntese: sem a definição do seu princípio unificador, é impossível a existência de um sistema jurídico; sem a constituição de um sistema jurídico, é impossível o controle do poder punitivo; sem o controle do poder punitivo, é impossível a democracia.

2. FONTES DO DIREITO PENAL NO BRASIL

A única fonte formal do Direito Penal brasileiro é a lei. Beccaria, ao discorrer a respeito do “direito de punir”, sustentava que somente a lei criada pelo parlamento poderia cominar penas aos delitos: “La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unida per um contrato sociale”⁵ (BECCARIA, 1781, p. 9). Como definido por Feuerbach (1801, p. 20), *não há crime e não há pena, sem prévia lei*. Assim, o princípio da legalidade se traduz em uma exigência de segurança jurídica e uma garantia política que impede aos juízes criminalizarem o cidadão.⁶

3. “A que expediente, então, devemos finalmente recorrer para manter na prática a necessária divisão do poder entre os vários braços do governo, como estabelecido na Constituição? A única resposta que pode ser dada é que, uma vez que todas essas medidas externas se mostram inadequadas, deve-se sanar a falha arquitetando de tal modo a estrutura interna do governo que suas várias partes constituintes possam ser, por suas relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outras em seus devidos lugares” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001, p. 267).
4. Tradução livre: “Para não abusar do poder, o poder deve, pela disposição das coisas, parar o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém será forçado a fazer coisas que a lei não exige, e não fazer as coisas que a lei permite”.
5. Tradução livre: “A primeira consequência destes princípios é que somente as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.
6. “El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino

NUNES, Leandro Gornicki. Os limites da jurisprudência na jurisdição penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 163-194. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.88].

Apesar desse jaez de imperativo categórico do princípio da legalidade, a teoria geral do Direito costuma apresentar como suas fontes duas categorias ou gêneros fundamentais: *fontes materiais* e *fontes formais*. Dentro dessa divisão conceitual, de um lado, as *fontes materiais* do Direito estariam vinculadas aos *valores gerais da sociedade* (teorias consensuais forjadas em aparente e ilusória neutralidade do poder punitivo), e, de outro lado, aos *valores hegemônicos* decorrentes do modo de produção da vida material (teorias conflituais forjadas na totalidade concreta das relações de poder dentro da sociabilidade capitalista e reveladoras das reais funções do poder punitivo). Com relação às *fontes formais* do Direito, em termos analíticos cabe estabelecer que elas se dividem em: a) *fontes escritas estatais* (lei e jurisprudência); b) *fonte escrita não estatal* (doutrina); c) *fontes não escritas* (costumes, princípios gerais do Direito e o poder negocial entre sujeitos de direito).

Atento aos valores democráticos e à tripartição de poderes, Roxin (1997, p. 145) afirma que a pena criminal, por ser uma “ingerência tão dura na liberdade do cidadão” somente pode ser determinada pelo parlamento, como “representação eleita do povo”. Tratando da reserva absoluta de lei, Busato (2013, p. 42-44) enfatiza que a norma jurídico-penal, ao estabelecer formas de intervenção na liberdade do indivíduo, só pode ter como fonte direta a *lei*, ficando excluídas outras fontes de incriminação, na medida em que somente o Poder Legislativo teria legitimidade política – enquanto órgão estatal de representação popular – para impor sanções em decorrência de condutas humanas, sempre com respeito aos limites impostos pela Constituição. Com isso, ficam excluídas e proibidas as criminalizações de condutas decorrentes dos costumes, da jurisprudência (precedentes) e dos princípios gerais do Direito. Tais fontes do Direito somente podem ser aplicadas no Direito Penal em benefício do acusado (*in bonam partem*). Somente a lei penal, harmonizada à Constituição, pode estabelecer condutas delituosas (preceito primário) e a respectiva pena (preceito secundário). Por isso, sendo a lei a única fonte formal do Direito Penal, é possível perceber a presença das suas raízes romanísticas e afirmar que o sistema jurídico brasileiro está estruturado na *civil law*, ou seja, estruturado a partir do direito positivado em lei constitucionalmente válida e legítima.

3. SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E CIVIL LAW

Evidenciando a ligação histórica do Direito Penal brasileiro ao sistema da *civil law*, Juarez Tavares (2018, p. 60) lembra que a legalidade penal esteve presente

además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo” (MIR PUIG, 2008, p. 106).

NUNES, Leandro Gornicki. Os limites da jurisprudência na jurisdição penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 163-194. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.88].

na Constituição Imperial de 1824 (art. 179, XI) e nas Constituições Republicanas de 1891 (art. 72, § 15), de 1934 (art. 113, XXVI), de 1937 (art. 122, XIII), de 1946 (art. 141, § 27) e de 1967 (art. 150, §16), assim como no Código Criminal de 1830 (art. 1º), no Código Penal de 1890 (art. 1º) e no Código Penal de 1940 (art. 1º). Ainda hoje a legalidade limita o poder punitivo:

“se uma conduta não estiver prevista na lei penal como criminosa, nada poderá transformá-la em criminosa, nem a vontade dos governantes, nem as decisões judiciais, ainda que seus possíveis efeitos possam ser considerados socialmente relevantes.”

Tal esforço histórico não deixa dúvidas de que se trata de um sistema de tradição romanística embasado na lei.

O Brasil não é adepto da *common law* (vinculação a precedentes), notadamente em matéria penal. É importante salientar que, entre os princípios norteadores da magistratura nacional, está o dever de fundamentar todas as decisões (CR, art. 93, IX), estando esse dever de fundamentação pautado pela lei (CR, art. 5º, II e XXXIX), surgindo como corolário o dever dos magistrados de “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício” (LOMAN, art. 35, I), sendo vedada qualquer decisão *contra legem*, ressalvadas as hipóteses de inconstitucionalidade (formal e material) das disposições infraconstitucionais. Em julgamento ocorrido no âmbito de órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal, ficou assentado que

“em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsomem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento [...] As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais.”⁷

Na jurisdição penal brasileira, nem mesmo um tratado ou convenção internacional tem o condão de criar um tipo penal ou cominar penas, motivo pelo qual

7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* 121.835-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 13.10.2015, DJe de 23.11.2015.

é meridiano deduzir que tal iniciativa não será possível pela via da jurisprudência ou dos precedentes. E, em relação ao emprego da analogia *in malam partem*, a Corte Constitucional brasileira estabeleceu:

“não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (*analogia in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da ‘cola eletrônica’, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como ‘cola eletrônica.’”⁸

Por essa razão, no sistema jurídico brasileiro, a jurisprudência não pode criminalizar abstratamente condutas ou definir os seus parâmetros punitivos, exceto – e exclusivamente – quando *in favor libertatis*.

4. CONCEITO DE JURISPRUDÊNCIA: ANGLO-SAXÔNICA E ROMANÍSTICA

A jurisprudência pode ser compreendida como o conjunto das decisões dos tribunais. Conforme demonstrado – e, na atualidade, não configura exagero repetir – a jurisprudência é uma fonte formal escrita do Direito, de caráter subsidiário e interpretativo, que *não se constitui em fonte de criminalização (primária e secundária)*⁹ de condutas humanas no sistema jurídico brasileiro, ou seja, não podem os juízes e os tribunais violar o princípio da *reserva legal*. (Grifos nossos)

A noção de jurisprudência enquanto ciência do Direito costuma ser vinculada à tradição jurídica da *common law* (direito costumeiro ou comum a toda a Inglaterra), de origem anglo-saxônica, onde é reconhecida a força vinculante dos precedentes judiciais. Dentro do “costume jurisprudencial”, os tribunais inferiores e os juízes em geral devem respeito às decisões das cortes hierarquicamente

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1.145, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 19.12.2006, DJe de 04.04.2008.

9. “*Criminalização primária* é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. [...] *Criminalização secundária* é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente” (ZAFFARONI; BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2003, p. 43).

superiores, as quais igualmente ficam obrigadas em face das próprias decisões. Nessa tradição anglo-saxônica, as decisões importantes ou paradigmáticas (*leading case*)¹⁰ constituem um argumento forte para a tomada de decisão pelos juízes e tribunais, na medida em que a *ratio decidendi* do precedente constituirá uma premissa lógica do ato decisório e não perderá vigência com o decorrer dos anos, podendo sempre ser invocado quando houver pertinência temática.

Por outro lado, buscando maior controle das agências judiciais, em face da relativa desconfiança da figura do juiz – desconfiança essa que remonta aos tempos vizinhos à Revolução Francesa, e que também guiou a construção do texto da Lei Máxima de 18 de agosto de 1769 (denominada por José Homem Corrêa Telles de “Lei da Boa Razão”)¹¹ –, dentro da tradição romanística, a qual influenciou de modo inescandível a construção do sistema jurídico brasileiro, as decisões dos tribunais não vinculam os juízes de instâncias inferiores, assim como tais juízes não estão vinculados ao entendimento de seus pares. Aliás, em sistemas marcados pela tradição romanística, os magistrados não se vinculam nem mesmo às próprias decisões, podendo mudar de entendimento, tendo proeminência a independência da magistratura (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 245).

Apesar de todos esses pressupostos históricos e teóricos apresentados em relação aos limites da jurisprudência na jurisdição penal no Brasil, ou seja, que a criminalização de condutas depende de lei e que o sistema jurídico brasileiro é herdeiro das tradições romanísticas, não há como negar a importância da interpretação judicial das leis de cunho penal que constituem a jurisprudência criminal. Ferraz Júnior (Ibidem, p. 245-246) afirma que a jurisprudência romanística, malgrado não vincule as agências judiciais, possui um inegável papel na constituição do Direito, mormente quando são construídas interpretações uniformes e constantes, as quais não mudam a lei, mas “dão-lhe um sentido geral de orientação” (“jurisprudência pacífica dos tribunais”) ou quando, diante de lacunas legais, são elaboradas verdadeiras normas jurídicas gerais, as quais ele denomina de “costume *praeter legem*”. São exemplos inegáveis do significativo avanço do poder punitivo pela via jurisprudencial as súmulas das Cortes Superiores e,

10. “Uma decisão que se tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras decisões gravitam (com especificações, exceções interpretativas, extensões de aplicação) se denomina um *‘leading case’*” (SOARES, 1997, p. 183).
11. “Uma das Leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José, é a Lei de 18 de Agosto de 1769. Denomino-a a Lei da Boa Razão, porque refugou as Leis Romanas, que em Boa Razão não forem fundadas. Um sábio teria nesta Lei vasto assumpto para uma obra de grande preço. Mas ainda que este pequeno Comentário ateste o meu pouco saber, nada se perde em o dar à luz, enquanto não aparece outro melhor” (TELLES, 1865, p. 3).

principalmente, as *súmulas vinculantes* (CR, art. 103-A) e as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade (CR, art. 102, § 2º), aprovadas e proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos são *erga omnes*. Em decorrência disso, o sistema jurídico entra em crise e instabilidade, na medida em que a Constituição restringe a criminalização de condutas à lei penal (CR, art. 5º, XXXIX), mas, a partir da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, permitiu a aprovação de enunciados sumulares e a proferição de decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade com força de lei (vinculantes), muitas vezes frontalmente contrárias ao princípio da reserva legal.

Essa crise que acomete o sistema jurídico brasileiro tem como uma de suas causas a pretensão de se instituir – ainda que parcialmente – um modelo ou sistema jurídico alienígena incompatível com a matriz constitucional de 1988, expondo a riscos políticos o mais elevado órgão do Poder Judiciário, cuja missão precípua é a de ser o “guardião da Constituição” (CR, art. 102, *caput*): o Supremo Tribunal Federal. Um exemplo disso – apenas um – é aquilo que Miranda Coutinho e Saad Azevedo apelidaram, no âmbito do processo penal, de “americanização à brasileira”: a partir das imposições do mercado internacional, entre elas a garantia de competição em condições de igualdade, ou seja, sem corrupção e outras atividades ilícitas, o G7 criou o GAFI/FATF (Grupo de Ação Financeira Internacional/*The Financial Action Task Force*), que, por sua vez, elencou quarenta recomendações em uma cartilha (“padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação”). Esse não é o problema em si. O problema é que, no Brasil, a cultura processual permitiu, por exemplo, a introdução de mecanismos como a delação premiada sem, contudo, acabar com a estrutura inquisitorial, potencializando os danos aos direitos e às garantias fundamentais dos acusados no processo penal. Enfim, a “importação” de instrumentos processuais se dá somente até o ponto em que é funcional à conservação do inquisitorialismo que caracteriza historicamente o processo penal brasileiro.¹² Outro exemplo dos estragos causados pelos valores neoliberais no sistema jurídico brasileiro decorre da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que, ao promover uma reforma administrativa no setor público, fez da *eficiência* um dos princípios da Administração Pública (CR, art. 37, *caput*), influenciando “corações e mentes” de diversos atores jurídicos:

12. “No caso do processo penal, o movimento foi na direção da adoção, por transplante, do sistema acusatório/adversarial norte-americano (sobretudo), expressão do *Common Law*” [...] “o sistema inquisitório brasileiro, potencializado pela americanização à brasileira, sobretudo pela delação premiada [...], agiganta a malvadeza e faz os fins justificarem os meios” (COUTINHO; AZEVEDO, 2018, p. 228 e 230).

“A racionalidade neoliberal aciona técnicas e procedimentos de gestão das mentes (dispositivos de controle da população e de orientação das condutas). Como dito, não é um simples modelo econômico ou uma mera ideologia: é um governo das condutas. Ela institui a subjetividade contábil (razão de mercado) para além do mundo das finanças e atinge diretamente as relações interpessoais” (NUNES, 2018, p. 90).

Eis a história: a urgência em condenar criminalmente, para aplacar a sanha punitiva daqueles que há tempos imputavam “morosidade” às agências judiciais, agora, tem o seu fundamento constitucional para solapar direitos e garantias dos acusados na jurisdição penal, e, assim, permitir a elas reivindicar o *status* de “eficientes”.

Para minimizar os diversos danos às liberdades individuais nessa atmosfera eficientista,¹³ é fundamental o máximo controle da jurisprudência, especialmente, na jurisdição penal, de modo que o seu uso seja muito mais criterioso, principalmente, em relação aos limites semânticos de normas incriminadoras.

5. GRAUS DE VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

Uma sentença penal ou um acórdão condenatório não podem ser construídos por meio da compilação descontextualizada de trechos de precedentes colhidos ao bel-prazer na rede mundial de computadores. No emprego da jurisprudência é necessário observar critérios lógicos e racionais capazes de conservar o próprio sistema jurídico, tornando constitucionalmente legítima a jurisdição penal. É fundamental reconhecer as exigências técnicas atreladas ao eventual grau de vinculação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro.

Ao se conceber a jurisprudência como uma fonte subsidiária e uma ferramenta interpretativa com grande relevância dentro da jurisdição penal, por conta de seu poder persuasivo, é necessário estabelecer quais são os graus de vinculação dos precedentes, ou seja, se existe – ou não – força vinculante das decisões dos tribunais. Nesse sentido, em relação ao seu grau de vinculação, existem as seguintes categorias:

a) *precedente isolado*: um precedente isolado não possui qualquer força vinculante. Trata-se de uma decisão – única – a respeito de determinada matéria.

13. “O eficientismo, em rigor, é um modelo-movimento de controle penal ideologicamente vinculado à matriz neoliberal (e ao Consenso de Washington), em que a contrapartida da minimização do Estado Social é precisamente a maximização do Estado Penal e à qual devemos remontar para compreender seu inequívoco significado político funcionalmente relacionado à conservação da ordem social” (ANDRADE, 2012, p. 290).

Mas, apesar disso, a sua utilização no julgamento de um caso penal pode ser importante para estabelecer novas decisões no mesmo sentido, especialmente quando a matéria analisada é fruto de inovação legislativa (*novatio legis*). Outra hipótese em que um precedente isolado ganha muita relevância decorre de situações nas quais um tribunal passa a reconhecer como inconstitucional alguma prática investigativa, como ingresso em domicílio sem autorização judicial, sob a alegação de existência de crime permanente, ou, ainda, o emprego do reconhecimento fotográfico como meio de prova. De qualquer modo, não é possível afirmar que exista jurisprudência (em sentido técnico) a respeito do *thema decidendum*, não havendo qualquer força vinculante.

b) *entendimento minoritário*: em casos cuja matéria jurídica analisada já fora decidida várias vezes, haverá a formação de um entendimento por parte dos tribunais do país. Geralmente, haverá um entendimento preponderante ou dominante, apesar de também ser possível existir uma espécie de “empate” ou equivalência de forças dos entendimentos antagônicos a respeito de determinada matéria na seara jurisprudencial. Importa saber que, dialeticamente, quando houver um entendimento majoritário ou dominante, necessariamente haverá um entendimento minoritário, cuja força vinculante não existe. Apesar disso, esse entendimento minoritário, a exemplo de precedentes isolados, também pode ser utilizado na direção de estabelecer uma transformação paradigmática no entendimento dos tribunais, não devendo ser desprezado.

c) *entendimento majoritário ou dominante*: embora o entendimento majoritário ou dominante também não tenha força vinculante, diante do seu caráter assentado a respeito de determinada matéria jurídica em apreço e da correlata uniformidade na construção dos precedentes, não há como negar a sua maior relevância no julgamento de um caso penal. Entretanto, maioria não implica sabedoria,¹⁴ mormente quando o seu estabelecimento é fruto de influxos políticos ou moralistas atrelados ao populismo punitivista, tão em voga na “era da informação”, cujo período é “caracterizado pela transformação da nossa ‘cultura material’ operada por um novo paradigma organizado em torno das tecnologias da informação” (CASTELLS OLIVÁN, 2002, p. 33). De modo contramajoritário sempre

14. “A palavra sabedoria significa qualidade ou estado de ser judicioso; conhecimento sobre o que é verdadeiro ou correto, aliado a um bom julgamento de como agir; sagacidade, discernimento ou intuição. Em outras palavras, sabedoria é um tipo especial de conhecimento e conhecimento é um tipo especial de informação. Se conhecimento é informação estruturada, então sabedoria tem de ser um conhecimento especialmente organizado” (SENDOV, 1994, p. 31).

é necessário conservar a vigência das leis penais, e, acima de tudo, da Constituição da República, naquilo que permitem conter e reduzir o poder punitivo estatal.

d) *súmulas não vinculantes*: no Brasil, além de permitida, é muito comum a aprovação de enunciados sumulares pelos tribunais em decorrência do julgamento de recursos ordinários, especiais e extraordinários. Embora tais súmulas não gozem de força vinculante, seguindo a tendência de dar matizes anglo-saxônicas ao sistema jurídico brasileiro, com proeminência da jurisprudência e uma pretensa otimização dos resultados na prestação jurisdicional, especificamente em relação à decretação da *prisão preventiva*, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, elevou a importância das súmulas dos tribunais, considerando nulo, por ausência de fundamentação, qualquer provimento judicial (decisão interlocutória, sentença ou acórdão) que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (CPP, art. 315, § 2º, V). Dialeticamente, *a contrario sensu*, referida lei dá igual tratamento aos casos em que o magistrado “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (CPP, art. 315, § 2º, V). Logo, é inescandível a relevância das súmulas na jurisdição penal.

Ademais, considerando que o processo civil brasileiro determina que a jurisprudência seja edificada sob os auspícios da estabilidade, integridade e coerência (CPC, art. 926, *caput*), as súmulas dos Tribunais Superiores (STF e STJ) – ainda que não vinculantes – têm um maior peso no julgamento de casos cíveis e, também, criminais (CPC, art. 927, *caput*, IV; CPP, art. 3º). Afinal, os vetores da jurisprudência civil – não raro – costumam influenciar fortemente os rumos da jurisprudência criminal, chegando-se às raias de um pretenso “poder geral de cautela” na busca pela “verdade real”,¹⁵ cuja admissão é potencialmente perigosa aos direitos e às garantias fundamentais dos acusados.

Isso foi potencializado a partir da elaboração do novo Código de Processo Civil, cuja comissão de juristas foi presidida pelo Min. Luiz Fux. Não por acaso, hoje no STF, o referido ministro faz constantemente referência às disposições de cunho processual civil para fundamentar votos e decisões em casos relacionados à matéria criminal.¹⁶ Portanto, por maior que seja a resistência em reconhecer o

15. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 413,104/PA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 08.02.2018.

16. A título exemplificativo, ver: HC 182.025/SP, j. 06.03.2020, *DJe* de 09.03.2020; HC 136.668/DF, j. 30.08.2016, *DJe* de 01.09.2016.

seu peso, as *súmulas não vinculantes* das Cortes Superiores passaram a ter, desde o início da informatização das unidades jurisdicionais, ocorrida a partir dos anos 1990, uma profusão no meio judiciário, o que é, no mínimo, preocupante, quando essas súmulas violam o princípio da legalidade, a exemplo da Súmula n. 231 do STJ, que nega vigência ao art. 65 do Código Penal, ao impedir que a incidência da circunstância atenuante conduza à redução da pena abaixo do mínimo legal. Já é passada a hora de ser revisto tal enunciado sumular, cuja existência contribui para um “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional brasileiro (STF, ADPF 347).

e) *súmulas vinculantes*: por fim, com a Emenda Constitucional 45/2004, ficou delineado um modelo de jurisprudência simétrico ao anglo-saxônico, restando permitida a aprovação de súmulas vinculantes (com força de lei), nos termos do art. 103-A da Constituição. Em 2015, a legislação processual civil passou a determinar que os juízes e os tribunais observem as decisões do STF em *controle concentrado de constitucionalidade*, os enunciados de *súmula vinculante*, os acórdãos em *incidente de assunção de competência* ou de *resolução de demandas repetitivas* e em julgamento de *recursos extraordinário e especial repetitivos* (CPC, art. 927, *caput*). Malgrado exista, como ocorre no sistema da *commom law*, a necessidade de se explicitar a *ratio decidendi* do *leading case* para ser aplicado o enunciado vinculante, sob pena de nulidade (CPC, art. 927, § 1º), isso não afasta o perigo de se consagrarem decisões *contra legem*, e o pior, inconstitucionais, cuja possibilidade de mudança futura de entendimento em um curto espaço de tempo se mostra menor, ainda mais quando os ministros ocupam os assentos nas Cortes Superiores por longos períodos de tempo, geralmente, até a data da *aposentadoria compulsória* (CR, art. 40, § 1º, II; LC 152/2015, art. 2º, II). Um exemplo da súmula vinculante inconstitucional é a de número 26, a qual permite que juízes no âmbito da execução penal condicionem a concessão da progressão de regime prisional, em caso de crimes hediondos, a prévio “exame criminológico”, sem que exista a previsão de tal exame com requisito ou para a obtenção desse benefício na lei vigente. Os efeitos deletérios dessa súmula redundaram na aprovação de um enunciado sumular não vinculante por parte do Superior Tribunal de Justiça, estendendo tal possibilidade não só aos crimes hediondos, mas, também, a qualquer tipo de crime, dependendo das “peculiaridades do caso” (STJ, Súmula 439: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”). Vale ressaltar que a exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime prisional foi afastada pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execução Penal, passando-se a exigir apenas um boletim de vida carcerária ou um atestado de bom comportamento prisional.

Essas são noções fundamentais a respeito da eventual força vinculante dos precedentes dos tribunais, evidenciando que o sistema jurídico brasileiro está na busca por equilíbrio, em face da tensão autodestrutiva criada pelo desejo de contemplar em seu interior princípios unificadores incompatíveis entre si: a incompatibilidade sistêmica entre *civil law* e *common law* proporciona insegurança e pode sacrificar – muitas vezes – as liberdades fundamentais em nome da entrega de uma prestação jurisdicional “eficiente”. E, com a proximidade cada vez maior da denominada “inteligência artificial”, esses riscos podem ser incrementados.

6. FUNÇÕES SISTÊMICAS DA JURISPRUDÊNCIA E DOS PRECEDENTES

Dentro do sistema jurídico-penal brasileiro, é possível apontar três funções essenciais da jurisprudência e dos precedentes:

a) *garantir a legalidade penal*: no Estado Constitucional e Democrático de Direito, a função precípua da jurisprudência é garantir a legalidade penal. Contudo, não se deve confundir legalidade com legalismo. Quando a lei for inconstitucional, deve a jurisdição penal realizar o controle de constitucionalidade repressivo (concentrado ou difuso), em conformidade com regras previamente ditadas pela ordem constitucional (CR, art. 102, I, “a”, e § 1º; e, art. 103, § 2º) e pelas leis infraconstitucionais pertinentes (Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999; Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999; e Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009), afastando a sua aplicabilidade, na medida em que o *vértice do poder* é a Constituição e nenhuma lei ou decisão pode violá-la. Então, a jurisprudência tem o dever de garantir o cumprimento das leis e decisões que estejam em harmonia com o texto constitucional. As agências judiciais devem se submeter à Constituição, porque o poder constituinte deriva do povo. A Lei Maior impõe limites democráticos que devem ser rigorosamente respeitados. Sem se atentar para isso, o Estado Constitucional e Democrático de Direito deixa de existir (CANOTILHO, 1999, p. 24-25). Concebida a Constituição como *supremacy clause*, nem mesmo uma decisão judicial – seja qual for a instância – ou a vontade da maioria, representada no parlamento, poderá modificá-la, já que passa a ser o *vértice do poder*, a razão superior do próprio Estado.

b) *preencher lacunas da lei penal*: nos termos da lei infraconstitucional vigente, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.¹⁷ É estatuído um permissivo para o

17. BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, institui a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (LINDB).

uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito, apenas – e tão somente – quando a lei for omissa. Segundo o STF, a analogia, ainda que *in bonam partem*, pressupõe lacuna ou omissão na lei.¹⁸ Ao ser realizada uma pesquisa mais ampla, é claramente perceptível que a jurisprudência brasileira em geral costuma reconhecer a importância de serem respeitados os limites da lei, mesmo quando a extrapolação desses limites configure a ampliação das possibilidades de liberdade da pessoa acusada. Pois bem! Se tal exigência é imperativa nos casos cujo emprego da analogia trará um resultado *in bonam partem*, muito mais imperiosa será a vedação do uso da analogia *in malam partem*, sob pena de negação do princípio constitucional da legalidade.

A boa técnica legislativa impõe evitar a construção de tipos penais verborrágicos, de modo que – muitas vezes – serão constatadas lacunas na lei penal. O preenchimento de tais lacunas não poderá se dar com o emprego de analogia *in malam partem*.

Ocorre que, violando o princípio da legalidade, os Tribunais Superiores admitem o emprego de analogia *in malam partem*, em hipótese de falta disciplinar grave durante a execução de pena privativa de liberdade. Segundo a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), “comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que *tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo*” [grifos nossos] (art. 50, VII). É importante destacar que essa modalidade de falta disciplinar foi incluída pela Lei 11.466, de 28 de março de 2007, ou seja, é uma alteração legislativa recente, contemporânea à tecnologia de telefonia móvel, não estando atingida por qualquer necessidade de contextualização interpretativa em função de longos períodos de tempo. Malgrado a lei não tenha incluído na tipificação da falta disciplinar os acessórios de telefonia móvel (como microcartões de memória, adaptadores USB ou carregadores de bateria), é possível encontrar com facilidade vários precedentes *contra legem* admitindo a aplicação de sanções disciplinares nessas hipóteses não contempladas em lei.¹⁹ Se a lei é incompleta, o Parlamento deve ser instado a ajustá-la às necessidades de

18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 115.610, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 07.05.2013, *DJe* de 19.06.2013.

19. A título exemplificativo, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 117.985/SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª, j. 08.10.2013, *DJe* de 07.11.2013; HC 105.973/RS, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, j. 30.11.2010, *DJe* de 25.05.2011, *RTJ* 222/386; Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.708.448/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 07.06.2018, *DJe* 15.06.2018; AgRg no HC 376.643/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas,

cunho político-criminal. Jamais pode ser admitida ou banalizada a violação da legalidade com o emprego da analogia *in malam partem*.

Aos partidários do eficientismo penal, cujo fracasso no âmbito da segurança pública é retumbante, e, àqueles que desejam instituir uma teleologia vinculada aos seus valores moralistas na interpretação e aplicação da lei penal, deve ser lembrado enfaticamente: não há crime, não há pena, sem prévia lei (CR, art. 5º, XXXIX; CP, art. 1º). E mais: não há falta disciplinar, não há sanção disciplinar, sem prévia lei (LEP, art. 45).

c) *contextualizar a interpretação e a aplicação da lei penal*: muito embora deva existir um mínimo de determinação das proibições, mandados e permissões, é impossível afastar completamente certo grau de indeterminação das disposições legais, o que exigirá a importante e indispensável contribuição da jurisprudência.

No Brasil, diante de uma quantidade tão expressiva de tipos penais, com milhares de condutas incriminadas em lei, torna-se necessária a harmonização de todas essas normas com a ordem constitucional, fazendo da jurisprudência uma ferramenta indispensável na defesa das liberdades individuais.

Há casos em que a jurisprudência e os precedentes desempenham muito bem essa função, convergindo na direção dos valores deontológicos da Constituição. Um exemplo desses casos é o reconhecimento da atipicidade da conduta de manter casa para fins libidinosos, sem qualquer exploração sexual, realizando-se a filtragem constitucional do art. 229 do Código Penal.²⁰ Outro exemplo é a colocação de presos em prisão domiciliar quando estiverem no regime semiaberto e nele – ou no regime aberto – não houver a respectiva vaga.²¹ Ainda,

5ª Turma, j. 04.05.2017, *DJe* 09.05.2017; HC 345.954/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, *DJe* de 01.09.2016.

20. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.683.375/SP, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 14.08.2018, *DJe* 29.08.2018: “[...] com a novel legislação, passou-se a exigir a ‘exploração sexual’ como elemento normativo do tipo, de modo que a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal. Não se tratando de estabelecimento voltado exclusivamente para a prática de mercancia sexual, tampouco havendo notícia de envolvimento de menores de idade, nem comprovação de que o recorrido tirava proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não há falar em fato típico a ser punido na seara penal”.
21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SV 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário nacional²² e a possibilidade de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.²³ Por fim, aguarda-se a devida filtragem em relação à inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal (Lei 11.343/2006, art. 28), no ensejo do julgamento de recurso extraordinário com *repercussão geral*.²⁴

Essas são funções sistêmicas inegáveis e inafastáveis da jurisprudência e dos precedentes na jurisdição penal, tendo como farol os direitos e as garantias fundamentais, sem nunca permitir a criminalização em desconformidade ao princípio da legalidade.

7. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Depois dessa breve análise das fontes do Direito Penal no sistema da *civil law*, com a distinção dos modelos de jurisprudência (anglo-saxônica e romanística) e apuração dos seus critérios de aplicação, graus de vinculação e funções no sistema penal brasileiro, resta provocar uma reflexão mais acurada em respeito a algumas questões controvertidas: a Constituição é aquilo que o STF diz, ou, de modo mais específico, o Direito Penal é aquilo que os tribunais dizem? A reprodução de precedentes inconstitucionais ou ilegais pode ocorrer em homenagem à ideia de “segurança jurídica”? No julgamento de casos penais os magistrados devem ouvir “as vozes das ruas”? É possível a criminalização de condutas pelo STF, em razão de “proteção insuficiente” decorrente de omissão estatal legislativa? A jurisprudência criminal deve permitir retrocessos punitivos? As respostas apresentadas a seguir não têm a pretensão de completude ou perfeição, apenas desejam edificar a legalidade plasmada no texto constitucional.

22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347: “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”.
23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 124.306, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, m.v., j. 09.08.2016, *DJe* de 17.03.2017.
24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635.659-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 08.12.2011, *DJe* de 08.03.2012, RT 920/697: “Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida”.

7.1. “Última palavra” e realismo jurídico (sociological jurisprudence)

O sentido das disposições constitucionais e infraconstitucionais existe antes do “caso concreto” ou da “jurisprudência remansosa”: *o sentido está na linguagem*. Na perspectiva de uma hermenêutica fundada na *filosofia da linguagem*, o sentido das disposições constitucionais e infraconstitucionais é buscado em conformidade com um *vetor de compreensão* – e não de justificação – alheio a interesses individuais ou coletivos, sem perder de vista os *direitos* e as *garantias* individuais e coletivos contemplados na ordem jurídica. Por não ser relativista, a hermenêutica filosófica permite que uma decisão judicial seja tomada em favor desse ou daquele indivíduo, assim como em favor desse ou daquele grupo de indivíduos, não para atender aos seus respectivos *interesses*, mas, acima de tudo, para permitir a proteção dos seus *direitos* e suas *garantias* definidos em disposições constitucionais e infraconstitucionais, cujo sentido antecede o “caso concreto” ou qualquer precedente de tribunal (com ou sem efeito vinculante).

É necessário recuperar o *império das palavras*. Atualmente, o subjetivismo se expande na relação entre os julgadores (*sujeito*) e os textos legais (*objeto*). A linguagem é muitas vezes concebida como uma terceira coisa entre o sujeito (intérprete) e o objeto (a lei). É necessário recuperar a força original da linguagem:

“as palavras e a língua não são embrulhos, nos quais as coisas apenas estariam envolvidas para o tráfico da fala e da escrita. É somente na palavra, na língua, que as coisas passam a ser, as coisas são. É por isso também que o mau uso da língua, na simples conversa, nos *slogans* da fraseologia, nos faz perder a relação autêntica com as coisas” (HEIDEGGER, 1986, p. 26).

Qualquer perversão política ou corrosão da democracia dependerá da falsificação das palavras. Serão sofismas que sustentarão tais falsificações. É necessário compreender que:

“falar é renunciar à subjetividade pura, à solidão, para atirar-se na linguagem, na língua dos outros do grupo; é exprimir-se, no sentido o mais físico do termo, é alienar-se (*Entäusserung*), passar à alteridade e à exterioridade. É renunciar ao ‘sonho’, ao mundo interior das ‘imagens’ e do sentimento” (WARIN, 1971, p. 46).

Isso não implica defender concepções metafísico-ontológicas a respeito da interpretação. Para afastar qualquer ilusão metafísica, é necessário reconhecer que não há essências e que a linguagem é uma condição de possibilidade para a constituição do conhecimento, sendo impossível delimitar a significação das

palavras fora do *contexto pragmático* em que são usadas, ou seja, fora dos “jogos de linguagem” (conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada) (WITTGENSTEIN, 1975, p. 16). Sustenta Streck (2004, p. 166) que “no jogo de linguagem, o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele, juntamente com outros indivíduos, estabeleceu”. Não se trata de estabelecer o sentido de modo naturalista, ou seja, como se fosse uma essência, como se ele estivesse nas coisas em si (metafísica clássica).²⁵ Afinal, é inegável que o sentido das disposições constitucionais e infraconstitucionais não é imanente ao texto de lei (fato gráfico). Por outro lado, o sentido – também – não está na mente do intérprete solipsista (*Selbstsüchtiger*) que se apodera da palavra – como fazem os adeptos da *filosofia da consciência* (paradigma da subjetividade) – e racionalmente impõe sua verdade (*esquema sujeito-objeto*).²⁶ Repita-se: *o sentido está na linguagem*. A linguagem é anterior aos fatos e aos sujeitos envolvidos nos fatos, incluindo-se aqui – por óbvio – o intérprete ou aplicador da lei. A linguagem está acima de todos e constitui a todos no mundo em um contexto de significâncias e significados (*giro ontológico-linguístico*).

Costuma-se dizer que os tribunais, por meio da jurisprudência, dão a “última palavra” no campo jurídico. Ocorre que dar a “última palavra” não implica ser “dono da palavra”. Está na Constituição de 1988 que o STF e o STJ devem dar a “última palavra” na discussão de matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente. Mas, a prevalência das decisões das Cortes Superiores sobre as de outros tribunais do país não permite a elas criarem retoricamente o Direito, com argumentos moralistas e politicamente ou economicamente persuasivos (relativismo interpretativo). A Constituição *não* é “um pedaço de papel” (HESSE, 1991). A Constituição não é o que o STF diz! O Direito Penal não é o que os tribunais dizem! Afinal, em termos hipotéticos: por conta de uma conduta delituosa praticada em tempo de paz, podem os tribunais condenar o agente à pena

25. “para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência) [...] Para aquilo que aqui interessa, a metafísica é entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é; se refere às determinações necessárias do ser” (STRECK, 2012, p. 13).

26. “A discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, como se fosse ‘proprietário dos sentidos’ e dos ‘meios-de-produção-dos-sentidos’, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto é transformado em alibi para voluntarismos, a partir de um ‘grau zero de significado’” (STRECK, 2012, p. 67).

de morte? Outra hipótese: considerando que há no Brasil uma odiosa “guerra às drogas”, travada principalmente contra o “inimigo” que mora nas periferias dos grandes centros urbanos (*necropolítica de drogas*), não seria o caso de permitir o uso da analogia e autorizar a pena de morte? Se o Direito Penal é o que os tribunais dizem, então, não há razão para existir o art. 5º, inciso XLVII, “a”, da Constituição, ou qualquer outra disposição constitucional ou infraconstitucional; também, não há razão para estudar Direito, bastando acompanhar acriticamente os precedentes ou a jurisprudência dos tribunais.

Como advertido por Streck (Ibidem, p. 88), “cumprir a letra da lei” é um avanço considerável em nossa democracia. Há limites ontológicos ou apriorísticos impostos na lei que devem ser reconhecidos pela linguagem democraticamente construída, e cuja observância é constitucionalmente exigível das Cortes Superiores e dos órgãos jurisdicionais em geral, não se admitindo em nosso sistema jurídico qualquer vulgata realista (*sociological jurisprudence*).

Em síntese, para o realismo jurídico²⁷ o Direito seria aquilo que se estabelece nos casos concretos. A decisão judicial, em cada caso concreto, seria o *ser em si* do Direito, na medida em que é ela que cria a *norma*. Nessa metódica fica desprestigiado o *texto* (disposições legais da *civil law* e até mesmo a jurisprudência da *common law*), que é reduzido à condição de mero elemento inicial de compreensão e aplicação do Direito. Tratando do “realismo americano” (*sociological jurisprudence*) e do juiz visto como um “semideus” ou “engenheiro social” (inspirado em Hércules), Ost (1993) aponta – em tom crítico – que nele “não há mais Direito que o jurisprudencial; é a decisão e não a lei que cria autoridade” (monopólio da jurisdição).

É “curioso” constatar que a Constituição da República Federativa do Brasil impede que um parlamentar – eleito pelo voto direto e igualitário dos cidadãos – tenha sucesso na propositura de uma emenda constitucional tendente a abolir a separação dos Poderes e direitos e garantias individuais (CR, art. 60, § 4º, IV); no entanto, em algumas situações, é possível constatar a presença de “legisladores de segundo grau” que decidem um caso penal ao arrepio de cláusulas pétreas e da legislação em geral.

27. O *realismo estadunidense* teve como precursor Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), juiz da Suprema Corte estadunidense de 1902 a 1932. Nessa linha teórica, Karl N. Llewellyn, Jerome Frank e Felix S. Cohen questionaram a norma jurídica como elemento fundamental do Direito. Há também o *realismo escandinavo*, cujos expoentes seriam Axel Hägerström (1868-1939), Wilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) e Alf Ross (1899-1979).

7.2. Segurança jurídica

É necessário verificar até que ponto a busca por “segurança jurídica” ou a previsibilidade das decisões é constitucionalmente legítima. Não há dúvidas de que, a partir do *giro ontológico-linguístico*, reiteradas decisões *contra legem*, ainda que possam produzir estabilidade, integridade e coerência, jamais poderão ser reconhecidas como constitucionalmente legítimas, configurando o discurso de “segurança jurídica” – como projetado nesse sentido – uma grotesca empulhação.

Um exemplo dos riscos de uma possível manipulação discursiva no ato decisório, com invocação de certa “segurança jurídica”, pode ser extraído do voto de alguns ministros do STF, que, por ocasião do julgamento das ações que discutiam a impossibilidade de prisão depois da condenação criminal em 2ª instância,²⁸ defenderam a necessidade de “estabilidade da jurisprudência” daquele tribunal com base em decisão anterior contrária ao texto constitucional.²⁹ O respeito à legalidade é um pressuposto indispensável para o fortalecimento da ideia de segurança jurídica, avessa ao convencionalismo sofista arbitrário e – algumas vezes – oportunista. Defender a permanência de entendimentos *contra legem* – fora dos casos de inconstitucionalidade da lei – em nome de uma pretensa estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência para manter a “segurança jurídica” (previsibilidade) configura odioso *decisionismo*, ampliando as possibilidades de um *estado de exceção*.

Estabilidade, integridade e coerência são elementos importantes para a hermenêutica jurídica – apenas e tão somente – quando se estabelecem em respeito à linguagem democrática e constitucionalmente legítima. A reprodução de entendimentos *contra legem* representa, nesse sentido, a corrupção ou perversão da linguagem, o que é inaceitável em um sistema jurídico, seja ele de *civil law* ou *common law*, notadamente no âmbito da jurisdição penal.

A eficiência neoliberal impôs a implementação de automação dos procedimentos, além de se apropriar da gestão judiciária, estabelecendo critérios de promoção na magistratura atrelados à “produtividade” e à “presteza” (CR, art. 93, II, “c”), consistindo tais fatores elementos que contribuem sobejamente para a (re)produção de precedentes sem qualquer amparo nas disposições constitucionais e infraconstitucionais. O caráter pernicioso dessa dinâmica fica ainda mais

28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. j. 07.11.2019, m.v.

29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. j. 17.02.2016, m.v.

evidente quando se constata que a automação judiciária estimula o trabalho de “copia e cola”, e, assim, dificulta a correção ou a mudança de entendimento a respeito de determinado tema, mormente em matéria penal, em que há sérios entraves ideológicos reproduzidos em metáforas reveladoras de certo instinto messiânico (v.g., “proteção ao cidadão de bem”, “defesa social”, “garantia da ordem pública”, “combate ao crime”, “guerra às drogas”, “basta à corrupção” etc.).

Logo, para falar de segurança jurídica, é necessário verificar se não se trata de um engodo comunicacional para garantir a reprodução de entendimentos *contra legem*.

7.3. Audiências públicas e participação popular: os perigos das “vozes das ruas”

Para assegurar a eficácia da Constituição (e do jurídico em geral) como elemento autônomo em face das forças da *Realpolitik* é indispensável garantir a sua força normativa. No Estado Constitucional e Democrático de Direito, o jurídico não pode ser violado pelo jogo político: ao contrário, são os elementos normativos advindos da Constituição (vértice do poder) que limitam as forças políticas dentro desse modelo de Estado.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a importância da intervenção do *amicus curiae* nos debates que antecedem a tomada de decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, no exercício da jurisdição constitucional, na medida em que a pluralização do debate se alinha aos ideais democráticos.³⁰ Essa também é a inteligência da legislação processual vigente: “A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (CPC, art. 927. § 2º). Mas, a realização de audiências públicas e a participação de *amicus curiae* correspondem à proposta de alguns ministros do STF no sentido de ser necessário ouvir as “vozes das ruas”? Seriam essas “vozes” progressistas e convergentes com o texto constitucional ou reacionárias e contrárias a ele?

No caminho da proteção dos direitos subjetivos frente ao poder totalitário, a democracia constitucional assumirá a missão de salvaguardar o indivíduo da “tirania da maioria”. Tal missão dependerá da inclusão de direitos civis, políticos

30. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15.06.2011, *DJe* n. 102, de 28.05.2014.

e sociais nas Constituições. Por mais suscetível de críticas que possa ser o formalismo kelsiano, é inegável que a hierarquia das normas e o controle de constitucionalidade são pressupostos jurídicos do Estado Constitucional de Direito e, por conseguinte, da proteção dos direitos subjetivos. Com a existência de princípios substancialmente densos e comprometidos com os direitos subjetivos fundamentais no corpo das Constituições, previstos como *cláusulas pétreas* – não suscetíveis de alteração pelo poder constituinte reformador –, fica vedada a manipulação política pela maioria. Trata-se da “esfera do indecível”: princípios e direitos fundamentais excluídos de qualquer hipótese de revisão constitucional, uma vez que são da essência da própria Constituição, ficando protegidos da vontade das maiorias. A inobservância deles implica criar antidemocraticamente uma “nova constituição” (FERRAJOLI, 2008). Não é possível, assim, que um grupo hegemônico se aproprie das disposições constitucionais e infraconstitucionais.

7.4. Criminalização da homotransfobia pelo Poder Judiciário (ADO 26)

Uma das questões mais complexas a respeito dos limites da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal diz respeito à eventual criminalização de condutas pelo Poder Judiciário (leia-se: STF), em caso de “proteção insuficiente” decorrente de omissão do Poder Legislativo (mora legislativa). Em importante precedente do STF, ficou consignado que:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa,

declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.”³¹

Então, por imposição constitucional, é imperativo que o Estado brasileiro, por intermédio do Parlamento, crie leis criminalizando: a) qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais; b) a prática do racismo; c) a prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e os definidos como crimes hediondos; d) a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; e) a retenção dolosa de salário; e, f) o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CR, art. 5º, XLI, XLII, XLIII e XLIV; art. 7º, X, e, art. 227, § 4º).

Acreditando na duvidosa capacidade de maior proteção de bens jurídicos pela repressão penal, em face do caráter mais repulsivo dessas condutas, o texto constitucional tratou não só de impor o dever estatal de criminalizá-las, como, também, de estabelecer maior rigor da sua resposta oficial aos delitos. Curiosamente, ainda não foram cumpridas as determinações de criminalização relacionadas à *discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais* e à *retenção dolosa de salário*, que justamente se relacionam a duas categorias de sujeitos vilipendiadas cotidianamente no Brasil: os membros da comunidade LGBT e os membros da classe trabalhadora (proletários). Com relação aos membros da classe trabalhadora, a alienação, o desemprego e a voraz precarização do trabalho (veladas pelo embuste do “empreendedorismo”) estão a contribuir para o total esvaziamento da noção de *salário* e, assim, deixar sem qualquer sentido social o art. 7º, inciso X, da Constituição da República. Porém, em relação aos membros da comunidade LGBT (ou LGBTQIA+), a reação tem sido diferente.

Em 19 de dezembro de 2013, o PPS (Partido Popular Socialista), devidamente legitimado para provocar o controle concentrado de constitucionalidade, na condição de partido político com representação no Congresso Nacional, ajuizou *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* contra o parlamento federal, representado pelos senhores presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, porque não haveria em nosso ordenamento jurídico qualquer disposição de natureza penal para coibir a homofobia e a transfobia (*homotransfobia*), enquanto espécies do gênero racismo, restando configurada a hipótese de “proteção insuficiente”. Depois da admissão de várias entidades na condição de *amicus curiae* (Lei 9.868/1999, art. 7º, § 2º) e longos e profundos debates a

31. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 06.03.2012, DJe de 27.03.2012.

respeito da controvertida criminalização por decisão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2019, decidiu reconhecer o estado de *mora inconstitucional* do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação (CR, art. 5º, XLI e XLII), para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) e declarar a existência de *omissão normativa inconstitucional* do Poder Legislativo da União. Dessa forma, aplicando-se a técnica da *interpretação conforme à Constituição*, a homofobia e a transfobia (*homotransfobia*), qualquer que seja a forma de sua manifestação, foi enquadrada nos diversos tipos penais definidos na Lei 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional. No ensejo do julgamento, o STF reconheceu que as práticas homotransfóbicas são espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social já reconhecido no “caso Ellwanger”,³²

“na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão”.³³

Imersos na ignorância, erigimos – à direita e à esquerda – uma nova “religião”: o punitivismo. De qualquer modo, é plenamente legítima e necessária a luta pela proteção da vida e da dignidade de todos os seres humanos. Daí a importância de a jurisdição constitucional servir como instrumento em favor da luta travada pelos membros da comunidade LGBTQIA+.

Sem desmerecer a necessidade premente de ações efetivas do Estado na luta contra o racismo (em todas as suas dimensões), notadamente na espécie homotransfobia, não há como esconder certa frustração ao perceber que uma questão histórica tão candente relacionada aos crimes de *lesa humanidade* (homicídios, tortura, estupro, entre outros) perpetrados durante o regime militar por agentes do Estado, e anistiados pela – inconstitucional! – Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, não teve a mesma sorte, na medida em que o STF entendeu que “no Estado

32. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003, DJ de 19.03.2004.

33. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13.06.2019.

Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo”.³⁴ Decidindo dessa forma, no caso da criminalização da homotransfobia, o STF parece não ter sido coerente com a *ratio decidendi* dos seus precedentes.

7.5. Proibição de retrocesso punitivo

A jurisprudência não pode retroceder na direção do punitivismo. Com isso se estabelece a *proibição de movimentos pendulares* da jurisprudência na jurisdição penal que, em algum momento, impliquem retrocessos em prejuízo das liberdades individuais (*in malam libertatis*), ressalvada a hipótese de emenda à Constituição ou alteração na lei, sempre em conformidade com a Constituição, quando, então, um novo referente interpretativo advirá da atividade legislativa.

É fundamental esclarecer que a tese não se refere à discussão em torno da impossibilidade de a jurisprudência retroagir em prejuízo do réu (*in malam partem*) – o que, aliás, já é reconhecido por setores da doutrina penal comprometidos com a ordem constitucional.³⁵ Não é disso que se trata!

Geralmente, há consenso em torno da ideia de que, em respeito à *segurança jurídica* e visando impedir a criminalização em condutas decorrentes de *erro de proibição* (*in* direto) (CP, art. 21), quando a jurisprudência se consolida em favor do réu, eventual alteração gravosa de entendimento deve ter aplicação meramente prospectiva, ou seja, sem poder retroagir ao tempo do crime (CP, art. 4º) em prejuízo do réu. Seria o caso de uma conduta ser praticada em um determinado momento em

34. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010, DJe de 06.08.2010: “Lei 6.683/1979, a chamada “Lei de anistia”. [...] princípio democrático e princípio republicano: não violação. [...] No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o STF está autorizado a rescrever leis de anistia. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário”.

35. “Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido, mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do “proibível”) em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos. Não se trata de uma questão de legalidade nem de tipicidade, mas sim de culpabilidade, que deve ser apresentada como erro de proibição invencível” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 223).

que a jurisprudência a considerava, por exemplo, atípica, e, posteriormente, haver uma mudança de entendimento em sentido contrário, configurando uma guinada *in pejus*, o que possibilitaria a criminalização desse comportamento, ainda que, repita-se, ao seu tempo, houvesse a percepção jurisprudencial de que se tratava de um comportamento atípico. Cabe repetir: não é disso que se trata.

Quando a jurisprudência estabelece um determinado entendimento a respeito de uma determinada matéria na jurisdição penal, a mudança desse entendimento só pode se dar de modo progressista, ou seja, em direção a um novo entendimento garantidor de maior grau de liberdade aos indivíduos em sociedade. Os movimentos da jurisprudência na jurisdição penal devem ser – apenas e tão somente – progressistas. Essa limitação da jurisprudência no âmbito da jurisdição penal promove um maior comprometimento dos tribunais do país, especialmente das Cortes Superiores, que, pelas razões constitucionais já expostas, possuem maior poder e força persuasiva no acertamento de casos penais, no momento em que irão fixar determinado entendimento em matéria penal. O consurgimento hermenêutico (*accountability*) é maior, pois eventuais mudanças dependerão de mudança na legislação ou serão na direção de maior liberdade, vedado o retrocesso punitivo.

Para se ter noção da importância dessa tese, é indispensável lembrar-se da discussão travada no STF em torno da (im)possibilidade de prisão depois de condenação em 2ª instância, antes do respectivo trânsito em julgado. Tocante à referida matéria, os movimentos na legislação e na jurisprudência do STF, em apertada síntese, foram os seguintes:

1º movimento. A Constituição, de 5 de outubro de 1988 – “Lei das leis” – determinando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CR, art. 5º, LVII);

2º movimento. A Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, negando o efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial (art. 26. § 2º: “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”);³⁶

3º movimento. O STF, em 05.02.2009, estabelecendo o entendimento de que, malgrado a lei dissesse que não há efeito suspensivo, é indispensável aguardar o trânsito em julgado da condenação para se dar início à execução da pena;³⁷

36. Antes da referida lei, o CPP (1941) já negava o efeito suspensivo aos referidos recursos (art. 637).

37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 05.02.2009, DJe de 25.02.2010.

4º movimento. A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, alterando o art. 283 do Código de Processo Penal, determinando que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de *sentença condenatória transitada em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” [grifos nossos];

5º movimento. Sob o influxo de tensões políticas e no ensejo do “lavajatismo”, o STF, em 17.02.2016, estabelecendo o entendimento de que é possível o início da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória;³⁸

6º Movimento. O STF, em 07.11.2019, restabelecendo o entendimento de que é indispensável aguardar o trânsito em julgado da condenação para se dar início à execução da pena.³⁹

Dentro desses movimentos pendulares, o mais surpreendente é que, em relação às *penas restritivas de direitos* (CP, art. 43), notoriamente menos graves, segundo o STF, elas somente poderiam ser executadas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, restando flagrante a ausência de qualquer estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência em torno dessa matéria.

De modo discursivamente desleal e corrompendo completamente os vetores de estabilidade, integridade e coerência, muitos salientavam nos debates, durante o julgamento das ADC 43, 44 e 54, que não teria havido qualquer alteração de fato e de direito capaz de justificar a alteração do entendimento estabelecido em 2016 no HC 126.292. Ocorre que, além de tal entendimento estar em frontal contradição com a Constituição (CR, art. 5º, LVII) e com o Código de Processo Penal, na época com redação dada pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (art. 283), os defensores da possibilidade de prisão – *automática* – depois da condenação em 2ª instância esqueceram-se de formular o seguinte questionamento: qual alteração de fato ou de direito teria ocorrido, depois do entendimento estabelecido no HC 84.078 (05.02.2009), capaz de justificar – pouco tempo depois – a mudança de entendimento pelo STF, no HC 126.292 (17.02.2016)?... A resposta é simples: nada, além dos interesses políticos naquele contexto histórico, justificaria tal mudança de entendimento por aquele órgão jurisdicional incumbido de guardar a Constituição. A legislação processual vigente determina, desde 2015, que:

38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17.02.2016, *DJe* de 16.05.2016.

39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. 07.11.2019, m.v.

“a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (CPC, art. 927, § 4º).

No entanto, o STF não seguiu essas orientações já vigentes durante o julgamento do HC 126.292.

É evidente que os retrocessos costumam ocorrer a partir de voluntarismos ou de interesses (econômicos, políticos, midiáticos ou moralistas), não tendo o Poder Judiciário qualquer atribuição constitucional para ser protagonista no campo político-criminal, cujos membros não são eleitos democraticamente pelo voto direto da população, alçando os cargos das Cortes Superiores a partir de meios e critérios altamente questionáveis sob o prisma republicano. Em síntese: não devem ser admitidos movimentos pendulares com retrocessos punitivos na jurisprudência criminal.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da legalidade é o principal escudo do cidadão frente ao poder punitivo no Estado Democrático de Direito. Na hierarquia dos princípios de Direito Penal ele está na mais elevada patente, epigrafando a maioria dos Códigos Penais e estando contemplado nas Constituições de inúmeros países. Apesar da sua inescandível importância, ele é fustigado diariamente no âmbito dos três Poderes, merecendo destaque as intempéries vividas nas agitadas águas da jurisprudência criminal em tempos de medo e ódio coletivos, quando o desapeço a ele fica mais evidenciado.

É inviável viver sem lei, concebida como fator de imposição de limite ético ao poder do *Ego* na sua relação com o *Alter*. A limitação do poder na política é condição para a existência da democracia; a limitação do poder na jurisdição é condição para a existência da liberdade. O uso indiscriminado da palavra na jurisdição penal, com desprezo às limitações legais e éticas, é altamente funcional ao eficientismo penal, que, por sua vez, é ferramenta necessária ao controle social na era neoliberal. Direitos e garantias fundamentais que remontam tempos ilustrados são desintegrados pelo decisionismo, pela criação de “princípios” desprovidos de previsão na ordem jurídica e pela retórica da “razoabilidade”. Essa aparente ausência de limites ao poder punitivo na jurisdição penal traz sérios riscos para o próprio Poder Judiciário, na medida em que, ao restarem desbotadas as fronteiras do Estado Democrático de Direito, começam a surgir discursos insinuando ou

defendendo escancaradamente o fechamento do seu órgão máximo: o Supremo Tribunal Federal.⁴⁰

Ao se constatar que a jurisdição penal e a jurisprudência em geral parecem não encontrar mais limites na legalidade, algumas acusações de abuso de poder ou poder arbitrário começam a ser formuladas, inclusive, por quem não aprecia os pilares democráticos e, de modo oportunista, pretende estabelecer formas de poder arbitrárias contra uma pretensa “Ditadura do Judiciário”. É necessário lembrar que o STF é composto por apenas 11 ministros, que, por terem o dever de ser – sempre que necessário – contramajoritários, não gozam de muito prestígio político dentro de parcela significativa de uma população alienada e frequentemente manipulada para se posicionar favoravelmente ao estabelecimento de um poder absoluto, a ser exercido por um mitológico “Pai Salvador”. Para a preservação da independência e da força do Poder Judiciário é indispensável a preservação de seu poder simbólico e, principalmente, dos limites democráticos entabulados na Constituição, com a proeminência do princípio da legalidade. Assim, o óbvio se faz necessário: o Direito não se resume à jurisprudência.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CASTELLS OLIVÁN, Manuel. *A Era da informação: economia, sociedade e cultura. A Sociedade em Rede*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AZEVEDO, Gabriella Saad. *A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (Lei n. 12.850/13)*. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flavio Mirza (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- FATF (The Financial Action Task Force). *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation: the FATF recommendations*. Paris. 2012-2019.

40. “O princípio da legalidade é um daqueles postulados que não só caracterizam como também legitimam o Direito penal: sua inobservância expõe a legitimação e a credibilidade do sistema penal a elevados riscos” (HASSEMER, 2008, p. 30).

- FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. Trad. Miguel Carbonell. *Estudios Constitucionales*, v. 6, n. 1, p. 337-343, 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1801.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. *Introduction à la métaphysique*. Trad. Gilbert Kahn. Paris: Gallimard, 1986.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *L'Esprit des Lois*. Genève: Barrillot, 1750.
- NUNES, Leandro Gornicki. Neoliberalismo e política criminal no Brasil: da Biopolítica à Tanatopolítica. In: NUNES, Leandro Gornicki; CARDOSO, Helena Schiessl; GUSSO, Luana de Carvalho Silva (Org.). *Criminologia contemporânea: crítica às estratégias de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos. Trad. Isabel L. Vidal. *Doxa*, Alicante, n. 14. p. 169-194, nov. 1993.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Días y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. Florianópolis: Conceito, 2010.
- SENDOV, Blagovest Hristov. Entrando na Era da informação. *Estudos Avançados*, São Paulo, ano 8, n. 20, p. 28-32, abr. 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TELLES, José Homem Corrêa. *Commentário crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de Maria de Madre de Deus, 1865.

WARIN, François. O império das palavras. Trad. Gilda de Mello e Souza. *Discurso*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 31-50, 1971.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- O uso de precedentes no direito penal e no processo penal brasileiros, de Romulo P. Giorgi Jr. – *RePro* 320/385-406.