

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS: Vetores Imprescindíveis para a  
Construção do Direito Penal**

**ANDRÉ HAJIME YIDA**

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS: Vetores Imprescindíveis para a  
Construção do Direito Penal**

**ANDRÉ HAJIME YIDA**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP

2015

**PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS: Vetores Imprescindíveis para a  
Construção do Direito Penal**

Monografia apresentada como  
requisito de Conclusão de Curso  
para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

Florestan Rodrigo do Prado

Fernanda de Matos Lima Madrid

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

YIDA, André Hajime.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS: Vetores Imprescindíveis para a Construção do Direito Penal / André Hajime Yida: Presidente Prudente – SP: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015. 76 f.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Jurisprudência. 2. Princípios. 3. Direito Penal. 4. Poder Judiciário.

*"Soubesse eu alguma coisa útil para mim, e prejudicial à minha família - eu a rejeitaria do meu espírito. Soubesse eu alguma coisa útil à minha família, mas não à minha pátria - eu procuraria esquecê-la. Soubesse eu alguma coisa útil à minha pátria, e prejudicial à Europa, ou então útil à Europa e prejudicial ao meu gênero humano - eu a consideraria um crime".*

Montesquieu – Pensées

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, o meu agradecimento dirige-se a Deus por ter me dado saúde e força para superar todas as dificuldades e à minha família pelo apoio e carinho de sempre.

Agradeço também à Coordenação e aos Professores que integram o Curso de Direito da instituição de ensino Toledo Prudente Centro Universitário de Presidente Prudente, pelas valiosas aulas ministradas, dedicação, compreensão e amizade.

De forma especial, expresso a minha sincera gratidão ao Professor Florestan Rodrigo do Prado, orientador do presente trabalho, por seus ensinamentos, paciência e confiança. Sem a sua ajuda nada disso seria possível. És um grande profissional e um ser humano ainda maior!

Aos mestres e integrantes da banca examinadora, Fernanda de Matos Lima Madrid e Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, pelo tempo que dedicaram à análise deste trabalho, os meus respeitosos agradecimentos. Ser julgado por profissionais como vocês é uma honra! Sinto-me privilegiado e lisonjeado.

Também registro a minha eterna gratidão aos colegas e amigos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação. Em especial, agradeço à minha tia Hilda pelo apoio e exemplo de dedicação e perseverança.

A todos o meu profundo e verdadeiro agradecimento. Muito obrigado!

## RESUMO

Até algum tempo atrás, não muito distante, todo operador jurídico sempre se valia da lei e da doutrina para analisar e solucionar casos quando lhe foram apresentados. Essas eram suas únicas grandes ferramentas. No entanto, com a reintrodução de novas ideias de justiça, decorrentes principalmente do fenômeno pós-positivista, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se transformado num vetor de suma importância para qualquer profissional do Direito brasileiro. Nesse cenário, os precedentes jurisprudenciais ganham mais força quando lhes são atribuídos efeitos vinculantes, como ocorre com as súmulas do Supremo Tribunal Federal. Essa obrigatoriedade, como já era de esperar, tem causado opiniões contundentes nos mais variados setores da sociedade. Por outro lado, é inegável, porém, que a aplicação da jurisprudência tem contribuído, substancialmente, para manter vivas as inspirações da Carta republicana de 1988. E, nesse novo panorama do Direito contemporâneo brasileiro, em que se pese a sua relevância para qualquer outra ramificação jurídica, a jurisprudência possui maior sentido quando tem a função de auxiliar na conservação dos bens jurídicos mais importantes dos cidadãos, sobretudo diante da atual crise que enfrenta o Direito Penal.

**Palavras-chave:** Jurisprudência. Princípios. Direito Penal. Poder Judiciário.

## ABSTRACT

Until some time in the not too distant past, all legal professional always availed himself of law and doctrine to analyze and resolve cases when were presented to him. These were his only important tools. However, with the introduction of new ideas of justice, arising mainly from the post-positivist phenomenon, the jurisprudence of the Superior Courts has become a vector of paramount importance to any agent of the Brazilian law. In this scenario, the precedents gain more strength when they are assigned binding authority, as with the precedents of the Supreme Court. As was to be expected, the obligatory precedents have caused forceful opinions in various sectors of society. On the other hand, it is undeniable, however, that the application of jurisprudence has contributed substantially to keep alive the inspirations of the Brazil's Constitution of 1988. In this new vision of contemporary Brazilian law, despite its relevance to any other branch of law, the jurisprudence has greater meaning when assists for the conservation of the most important legal interests of citizens, given the current crisis facing the Criminal Law.

**Keywords:** Jurisprudence. Principles. Criminal Law. Judiciary.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. JURISPRUDÊNCIA: CONCEITOS E PREMISSAS IMPORTANTES.....</b>	<b>12</b>
2.1. Desvendando o Sentido e Alcance das Leis através da Interpretação Jurisprudencial.....	16
2.2. O Valor Persuasivo e Normativo dos Precedentes Judiciais no Brasil.....	24
2.3. A Questão das Súmulas Vinculantes.....	25
2.4. Análise da Jurisprudência Uniforme sob a Ótica da Igualdade.....	31
2.5. A Eficácia do Primado da Segurança Jurídica por meio da Jurisprudência Uniformizada.....	35
2.6. A Contribuição da Jurisprudência para a Efetivação da Duração Razoável do Processo.....	38
2.7. Jurisprudência como Instrumento de Atualização do Direito.....	40
2.8. Consequências Jurídicas da Aplicação de Jurisprudência Padronizada.....	43
<b>3. A JURISPRUDÊNCIA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO ATUAL.....</b>	<b>45</b>
3.1. Alteração Jurisprudencial <i>in malam parte</i> e <i>in bonam parte</i> .....	46
3.2. Aplicação da Jurisprudência <i>versus</i> Violação do Princípio da Legalidade Penal.....	48
<b>4. ALGUMAS JURISPRUDÊNCIAS MARCANTES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>52</b>
4.1. A Progressão de Regime nos Crimes Hediondos.....	52
4.2. O Uso de Algemas à Luz da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Fundamentais.....	60
4.3. Princípio da Insignificância nos Crimes contra a Administração Pública.....	64
<b>5. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA PENAL DO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>69</b>
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>74</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa cinge-se à análise, compreensão e discussão de um vetor indispensável do operador do direito atual, tido também como causador de todas essas mudanças na paisagem do Direito brasileiro contemporâneo, qual seja, *a jurisprudência*.

Tal importância pode ser compreendida ao atentar que muita das recentes reformas processuais, inclusive no novo Código de Processo Civil, se deve à força persuasiva e normativa dos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores no cenário jurídico nacional.

O estudo da jurisprudência neste trabalho, no entanto, está voltado à seara do Direito Penal, pois verifica-se que as dificuldades que atravessa o ramo mais repressor do Direito têm causado flagrante déficit de proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos cidadãos.

Portanto, o método dedutivo foi aplicado na conformação do presente trabalho, uma vez que o Direito Penal como ramificação jurídica foi rediscutida e reanalisada pela lógica da teoria dos precedentes judiciais uniformizados.

A escolha do presente tema justifica-se pela sua importância na ordem jurídica atual, tendo em vista que a jurisprudência pode ser manejada para viabilizar a concretização de princípios fundantes do Estado democrático e social de Direito, e contribuir para o aprimoramento do sistema penal.

Para tanto, inicialmente, realizou-se uma abordagem, sem pretender esgotar o tema, acerca do instituto da jurisprudência, inserindo-se aí conceitos, valor persuasivo e normativo e as consequências da sua aplicação para o ordenamento jurídico pátrio.

Apurou-se, ainda, a relevância da interpretação judicial não só para a formação da jurisprudência como também para a evolução do Direito brasileiro.

O trabalho também abordou sobre um assunto que tem causado ferrenhas discussões, tanto na esfera jurídica quanto na esfera social, que é a

instituição de súmulas vinculantes, verdadeira inovação processual que foi instituída pelo constituinte em 2004.

Sobretudo, analisou-se a jurisprudência como instrumento de efetivação de valores fundamentais perseguidos pela Carta republicana de 1988, a saber, a igualdade, a segurança jurídica, a efetividade processual e a dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, a jurisprudência foi observada sob o prisma da sistemática penal. Foram analisadas as possibilidades de aplicação do princípio da retroatividade em jurisprudências *in malam parte*, bem como a possibilidade do seu emprego quando da alteração *in bonam parte*. Além disso, investigou-se o instituto da jurisprudência como possível violador do primado da legalidade penal.

A título ilustrativo, no capítulo seguinte, foram trazidas a cotejo algumas emblemáticas jurisprudências penais dos Tribunais Superiores que deram novos contornos ao Direito Repressivo.

No quinto e último capítulo, foi debatido acerca do protagonismo do Poder Judiciário no funcionamento do Estado na quadra contemporânea do Brasil e seus reflexos no Direito Penal. Ademais, examinou-se se o papel bastante ativo dos magistrados estaria ou não afrontando a divisão funcional de poderes.

## 2. JURISPRUDÊNCIA: CONCEITOS E PREMISSAS IMPORTANTES

É cediço que a jurisprudência, na quadra histórica atual, ocupa um papel essencial e determinante no universo jurídico. Isso é de indiscutível atualidade. Ao lado da doutrina e da lei, formando um tripé, a jurisprudência é, com efeito, uma fonte poderosa, e o seu estudo tem se mostrado indispensável para todos aqueles que trafegam pelos meandros do Direito brasileiro.

Cada vez mais se percebe a inquietude de autores e doutrinadores que se debruçam sobre esse tema para lançarem suas obras. Isso tudo sem mencionar as inúmeras reformas legislativas realizadas recentemente, a julgar pela força e a eficácia dos precedentes dos tribunais.

É inegável, porém, que todo esse fenômeno transformativo, denominado por alguns doutrinadores de “commonlização”, se dá em virtude do encanto brasileiro ao sistema *common law*, que é adotado maciçamente nos países norte-americanos e britânicos.

Cumprido aqui, no entanto, enfatizar que o sistema de precedentes adotado no *civil law*, em que se insere o Direito brasileiro, não se confunde com o sistema de precedentes do *common law*, embora haja algumas similitudes entre eles. Seria um equívoco rematado afirmar que ambos os precedentes são institutos idênticos.

Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2013, p. 120) explicam que o pensamento a respeito das súmulas vinculantes como se fossem precedentes do *common law* significa um grande problema no Direito brasileiro hoje. Eis as suas palavras:

Numa palavra: não é a introdução das Súmulas Vinculantes que representa o maior problema do direito brasileiro. O problema é o modo como a comunidade jurídica compreende as Súmulas Vinculantes, pensando-as como se fossem precedentes do *common law*. Isso implica dois equívocos: o primeiro é que não há qualquer relação, pois as Súmulas Vinculantes são textos e como tal são interpretáveis; segundo, se, de fato, pudéssemos pensar que as Súmulas Vinculantes são precedentes, então teríamos que aplicá-las ao modo como se faz no *common law*. Ora, são necessárias maiores reflexões para afirmar que o Brasil caminha, de há muito, para a direção contrária do *common law*.

Na conjuntura jurídica contemporânea do Brasil, tem-se observado o importante trabalho desempenhado pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelos juízes, ao dar sentido e alcance às leis à luz do caso concreto. Ao revelar o significado das expressões jurídicas, e com isso formar um conjunto de decisões uniformes sobre determinada matéria jurídica, dando base ao mostrar que aquele entendimento já fora utilizado para solução de uma questão passada, estar-se-ia, com isso, diante da formação de uma jurisprudência, que é a definição do Direito elaborada pelos tribunais.

A palavra jurisprudência, de origem latina (*juris e prudentia*), foi utilizada no Direito Romano para designar a “ciência do Direito e da legislação vista com sabedoria”. Nos dias atuais, como sabido, o vocabulário vem sendo adotado para fazer alusão aos precedentes judiciais e às súmulas dos Tribunais Superiores.

No tocante à classificação da jurisprudência como fonte criadora do Direito, não há entendimento uniforme entre os doutrinadores. Muitos afirmam que, apesar da sua imensa importância, não constitui fonte formal do Direito, porque não tem função de produzir normas jurídicas, mas apenas fazer interpretações das leis, quando casos concretos são apresentados aos julgadores.

Esse é o entendimento de Luiz Regis Prado (2008, p. 161):

Dessa forma, deve ser entendida restritivamente a denominada função criadora da jurisprudência, que não se confunde, em nosso sistema, com papel atribuído à lei, como fator de produção normativa. Assim, em um sistema jurídico escrito e romanístico, em que o precedente jurisprudencial, em geral, não tem caráter *vinculante*, obrigatório, não se pode atribuir à jurisprudência a condição de fonte criadora do Direito similar à lei.

Outros, no entanto, entendem que a jurisprudência deve ser posta à categoria de fonte do Direito. Com esse posicionamento, Miguel Reale (2002, p.169):

É inegável que, se o Judiciário considera de ordem pública uma norma legal antes tida na conta de regra dispositiva, ou vice-versa, verifica-se uma alteração substancial na dimensão típica do preceito, o qual adquire ou perde força cogente. Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser “de direito” no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situada numa “estrutura de

poder”, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento da lei.

Maria Helena Diniz (2011, p. 313) também entende ser a jurisprudência fonte formal do Direito:

A obra dos tribunais, havendo uma série de julgados que guardem entre si certa continuidade e coerência, converte-se em fonte formal do direito, de alcance geral, pois suas decisões se incorporam na vida jurídica, sendo consideradas pelas pessoas e passando a integrar o direito vigente sob denominação de jurisprudência.

Filiando-se a essa corrente, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2011, p. 391) dissertam: “Há, pois, na atividade jurisdicional muito mais que uma mera técnica de interpretação e aplicação do Direito. Há aí verdadeiramente uma técnica de criação do Direito, o que garante à jurisprudência a condição de *fonte* do Direito [...]”.

Conceituar jurisprudência não é das tarefas mais fáceis. Pode-se dizer que ela é um conjunto de decisões uniformes proferidas pelo Judiciário sobre determinada matéria. Se recorrer ao vernáculo<sup>1</sup>, dirá que jurisprudência é “maneira especial de interpretar e aplicar as leis”. Também significa “doutrina assentada pelas decisões das autoridades competentes, ao interpretarem os textos pouco claros da lei ou ao resolverem casos por esta não previstos”.

Pelo dicionário jurídico (2012, p. 406), tem-se a seguinte acepção:

Modernamente, é uma fonte secundária do Direito; o modo pelo qual os tribunais interpretam e aplicam as leis, caso a caso; repetindo-se casos idênticos é natural que as sentenças e acórdãos consolidem uma orientação uniforme, que se chama *jurisprudência*, a qual passa a ser utilizada tanto pelos advogados como pelos magistrados.

Logo na primeira metade do século passado, o penalista Nélon Hungria (1949, p. 55) já tecia palavras a respeito do seu significado<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> DICIONÁRIO de português online, *Michaelis*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=jurisprud%EAnCIA>>. Acesso em 23 abr. 2015.

<sup>2</sup> Como se sabe, desde 2004, com as inovações do sistema jurídico brasileiro, pode-se dar força vinculante a determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, como ocorre nas súmulas vinculantes.

*Judicial* é a interpretação que deriva dos órgãos judiciários (juízes e tribunais). Não tem caráter obrigatório senão para o caso concreto (pôsto que sobrevenha *res judicata*), mas serve de diretriz para a solução de casos similares, tanto mais prestigiosa quanto mais perseverante e pacífica (assumindo, então, o nome de *jurisprudência*).

Nas palavras de Miguel Reale (2002, p. 167), jurisprudência é “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

Paulo Nader (2011, p. 172), por sua vez, traz em sua obra um conceito moderno de jurisprudência:

1 - *Jurisprudência em Sentido Amplo*: é a coletânea de decisões proferidas pelos tribunais sobre determinada matéria jurídica. Tal conceito comporta: a) *Jurisprudência uniforme*: quando as decisões são convergentes; quando a interpretação judicial oferece idêntico sentido e alcance às normas jurídicas; b) *Jurisprudência divergente ou contraditória*: ocorre quando não há uniformidade na interpretação do Direito pelos julgadores.

2 – *Jurisprudência em Sentido Estrito*: dentro desta acepção, jurisprudência consiste apenas no conjunto de decisões *uniformes*, prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre uma determinada questão jurídica. É a *auctoritas rerum similiter judicatorum* (autoridade dos casos julgados semelhantemente). A nota específica deste sentido é a uniformidade no critério de julgamento. Tanto esta espécie quanto a anterior pressupõem uma pluralidade de decisões.

O supracitado professor (2011, p. 172) preleciona que ela se apresenta sob três espécies, quais sejam *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. São os seus ensinamentos:

A jurisprudência *secundum legem* se limita a interpretar determinadas regras definidas na ordem jurídica. As decisões judiciais refletem o verdadeiro sentido das normas vigentes. A *praeter legem* é a que se desenvolve na falta de regras específicas, quando as leis são omissas. Com base na analogia ou princípios gerais de Direito, os juízes declaram o Direito. A *contra legem* se forma ao arrepio da lei, contra disposições desta. É prática não admitida no plano teórico, contudo, é aplicada e surge quase sempre em face de leis anacrônicas ou injustas. Ocorre quando os precedentes judiciais contrariam a *mens legis*, o espírito da lei.

Como visto a jurisprudência também pode ser fruto da omissão do legislador ordinário ou, inclusive, do constituinte, isto é, quando estes deixam de criar normas para determinada situação, incumbe ao Judiciário, quando provocado, a dar a última palavra sobre assunto.

Em matéria penal, por exemplo, isso pode ser ilustrado com o emblemático caso em que se discutia a possibilidade ou não do aborto de feto

anencefálico, julgado do Supremo Tribunal Federal que acatou, por oito votos a dois, o pedido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54 em 2012, criando, assim, ainda que sem obrigatoriedade, linhas de pensamentos que são seguidos por outros órgãos jurisdicionais.

Veja, a respeito do aludido caso não há quaisquer especificações sobre a interrupção da gravidez de fetos sem cérebros no presente Código ou nas leis extravagantes criminais, o que caracteriza vácuo normativo. Diante dessa lacuna deixada pelo Legislativo, coube ao Judiciário, simplesmente, interpretar e decidir a questão que lhe foi dada.

No tocante à incidência da jurisprudência diante de lacuna normativa, Maria Helena Diniz (2011, p. 316) esclarece que ela “atua como norma aplicável a todos os casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver nova lei ou modificação na orientação jurisprudencial, já que é suscetível de maioria, embora isso ocorra, excepcionalmente, por motivos graves”.

O sistema de jurisprudência tem se consolidado, e não há a mínima possibilidade de ser divorciado do ordenamento jurídico brasileiro. Isso demonstra que a exportação de teorias, que propiciam resultados positivos para a sociedade civil, deve ser vista sempre com bons olhos por todos os estudiosos do Direito em geral.

## **2.1. Desvendando o Sentido e Alcance das Leis através da Interpretação Jurisprudencial**

A interpretação, que não se limita à dogmática jurídica, ocorre corriqueiramente no cotidiano das pessoas, podendo ser através de gestos, palavras, silêncio, sinais etc., e tendo como base preconceitos de ordem política, econômica, social, filosófica.

Interpretar é o ato de explicar o sentido de alguma coisa. Significa esclarecer, aclarar algo obscuro. Como bem assinalou Paulo Nader (2011, p. 263), “todo objeto cultural, sendo obra humana, está impregnado de significados, que

impõem interpretação”, podendo ser uma imagem, um código, uma mensagem ou qualquer outra coisa que os valha.

O Direito, como objeto cultural, também está entranhado de significados, os quais são incessantemente interpretados por todos aqueles que militam nessa instigante e complexa área das ciências humanas e sociais.

Para o Direito, nas palavras de Maria Helena Diniz (2011, p. 447), interpretar é “explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão”. Seguindo os ensinamentos de Machado Neto, a referida autora (2011, p.79) tem elencado as funções da interpretação no Direito. São elas:

a) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; b) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; e c) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir.

Atualmente, mesmo com a consagração dos princípios da legalidade e reserva legal, tem-se revelado, mormente na República brasileira, que a interpretação de leis pelos juízes e tribunais não pode ser desprezada da ordem jurídica. Aliás, ainda que proibisse a interpretação do magistrado, não haveria como evitá-la, conforme se verifica nas lições de Luís Roberto Barroso (2010, pp. 308 e 309):

Na interpretação constitucional contemporânea, a *norma* jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para a determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização, frequente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais (v. *infra*). E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos –, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada.

Nesse sentido, entendem os professores Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 113) que, “[...] por mais imaginativo e previdente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir

através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, nas suas constantes mutações, poderá provocar”.

Quanto à necessidade de interpretar leis penais, Damásio E. de Jesus (2011, p. 75) preleciona:

O Direito Penal, ao contrário do Direito Civil, não se nos apresenta a *numerus apertus*, mas sim a *numerus clausus*. Não há infrações senão as descritas pela lei penal e, em consequência, não há comportamento humano que não seja ou conduta lícita, ou ilícito penal. Daí a importância e a necessidade de ser interpretada, pois o pensamento que nela se contém, por mais claro que seja, exige um trabalho prévio do exegeta, no sentido de declarar a existência de uma relação de vida subordinada às determinações do Direito.

Torna-se, dessa forma, inviável a aplicação da lei de forma mecânica ou automática, como objetivavam os iluministas no século XVIII. A ideia imposta naquela época tinha como escopo a elaboração de leis que possibilitassem a solução de todo e qualquer caso sem a intervenção interpretativa do magistrado. Caso contrário, não só estaria violando a Tripartição de Poderes formulada por Montesquieu, como também produzindo grandes injustiças e arbitrariedades. A interpretação feita pelo juiz traduzia na manipulação da lei, o que gerava sentimento de ódio pelo povo e pelo soberano daquele período.

Posteriormente, percebeu-se que somente o Legislativo, responsável pela criação de leis, não poderia solucionar todos os problemas da sociedade, ou seja, que não se poderiam prever em textos todos os crimes e suas respectivas penas, admitindo-se, finalmente, a participação dos juízes como intérpretes da lei.

A ideia de ser o juiz apenas *bouche de la loi* (boca da lei) já está ultrapassada. Já se foi a época da vigência do sistema em que o Legislativo tinha a incumbência de criar a lei, o Executivo, por sua vez, a de sancionar, e, por derradeiro, o Judiciário a de aplicar. No atual estágio civilizatório em que se encontra a sociedade civil, com todas as suas complexidades da vida, é possível sustentar que não é mais viável a concepção de que cada um dos poderes constituídos possa exercer função típica e exclusiva.

No Direito contemporâneo, o juiz é considerado não só como intérprete da lei, mas, também, como responsável pela criação e pelo aprimoramento do Direito. Nessa direção aduz Luís Roberto Barroso (2010, p. 310):

O papel do *intérprete* não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Ademais, se o magistrado se valer apenas do raciocínio silogístico para resolver conflitos, ao Poder Legislativo estar-se-ia atribuindo não apenas a função de criar leis como também a de decidir.

Quando da investigação do sentido e alcance de um determinado texto de lei pelo magistrado, obviamente que o ideal é que não haja causas extrínsecas que possam comprometer a sua imparcialidade.

No entanto, muitas vezes, na medida em que a interpretação é desenvolvida, o subjetivismo do julgador inevitavelmente tende a transparecer. Por mais que ele tente evitar a interferência da sua criatividade, fatores externos como pré-compreensões, conhecimentos, experiências adquiridas ao longo de sua vida inelutavelmente se sobressaem, devido à vagueza, ambiguidade e obscuridade dos textos de leis.

Por conta desses fatores extrajurídicos, mediante a interpretação do exegeta, é possível extrair mais de uma norma jurídica de um mesmo texto legal, por mais bem elaborada que possa aparentar, posto que a atribuição de sentidos às normas não é uma atividade unívoca. Nesse diapasão, tem-se a seguinte doutrina de Néelson Hungria (1949, pp. 48 e 49):

Notadamente em matéria penal, onde é raro encontrar-se um *ponto morto*, dado o incessante embate de doutrinas ou a heterogeneidade de aventados critérios de solução, a lei, por mais cuidada na forma e no fundo, dificilmente se exime à diversidade de entendimentos.

Ainda sobre a pluralidade de interpretações dos textos legais, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 234) preleciona:

Ora, por mais perfeita que a sua construção linguística possa parecer, a norma – compreendida como texto legal – tem, em menor ou maior latitude, significado equívoco e indeterminado, e, assim, abre oportunidade a uma ampla variedade de interpretações – o que, por si só, já fundamenta um sistema de precedentes.

Nessa toada, estão também os ensinamentos do penalista Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 41):

Não se desconhece que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de *indeterminação*, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. O tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente “conceitos que necessitam de complementação valorativa”, isto é, não descrevem efetivamente a *conduta proibida*, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal.

Exemplificativamente, pela simples leitura do texto da novíssima lei que trata do “feminicídio” ou “femicídio” – Lei nº 13.104 de 2015 –, que inseriu mais uma modalidade de homicídio qualificado no Código Penal brasileiro, percebe-se sem maiores dificuldades que esse novo tipo penal, assim como outro qualquer, enseja diversas interpretações, notadamente no tange aos elementos normativos “menosprezo” e “discriminação”, previstos no inciso II do § 2º - A, do referido diploma penal, tendo em vista a vagueza, a imprecisão de tais palavras. Termos como estes, que não são autoexplicativos, encontram-se aos montes nos textos de leis.

As interpretações divergentes de mesmo dispositivo de lei pelos magistrados, conseqüentemente, possibilitam tutelas diversas aos jurisdicionados - inclusive em casos idênticos -, causando insegurança jurídica, injustiças e descrença do Poder Judiciário. Daí verifica-se a vantagem de se adotar as jurisprudências uniformizadas, súmulas, orientações jurisprudenciais, como meios de rechaçar, ainda que timidamente, essas iniquidades que não contribuem para a construção do regime democrático.

Os elementos ou métodos da interpretação mais recorridos, quando da análise do sentido e da delimitação do campo de incidência da lei pelo profissional do Direito, são o gramatical, o lógico-sistemático, o histórico e o teleológico.

Consoante às lições de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 114), a interpretação gramatical é:

[...] aquela que sobressai de uma análise fraseológica do texto legal, onde os aspectos linguísticos são pontuados, empreendendo-se à extração do sentido e alcance da norma segundo critérios semânticos e sintáticos, quer analisando cada palavra isoladamente, quer em coordenação com os demais vocábulos que integram a sentença.

É, portanto, a análise individual e sintática das palavras dos textos de leis. No entanto não pode o intérprete se ater somente à abordagem conceitual ou semântica dos textos legais, devendo examinar qual é a real inspiração da norma, em conjunto com os demais elementos de interpretação.

O elemento histórico, por sua vez, é aquele que abarca todas as matérias concernentes à história do preceito da mesma ou de idêntica questão, as fontes legais e os trabalhos preparatórios. Explica Luís Roberto Barroso (2010, p. 294) que o método histórico de interpretação, por ter índole subjetiva, em regra, exerce um papel menos relevante. Eis os seus ensinamentos:

A análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação de sentido da norma. Apesar de desfrutar de certa reputação nos países do *common law*, o fato é que na tradição romano-germânica os trabalhos legislativos e a intenção do legislador – conteúdos primários da interpretação histórica -, sem serem irrelevantes, não são, todavia, decisivos na fixação de sentidos das normas jurídicas.

Entretanto, para o Direito Penal, é inegável que o elemento histórico tem função relevante para o desvendamento do sentido e do alcance de dispositivos legais, muito por conta da vetustez do Código Penal e do Código de Processo Penal. Nessa linha, a interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva, que está intimamente ligada ao elemento histórico, desempenha um papel importante, porque tem o condão de adaptar a norma vetusta às necessidades da nova época. Sobre a importância do elemento histórico, Damásio E. de Jesus (2011, p. 81) esclarece:

O elemento histórico é de grande valia. A lei não surge espontaneamente, por mero capricho ou arbítrio do legislador, mas em função de uma evolução histórica, com suas etapas de formação e gradativo aperfeiçoamento. Por isso, para ser descoberta a “vontade da lei”, necessário se torna conhecer a sua história. O intérprete procura a origem da lei, estuda a sua evolução e modificações antes de cuidar do exame dos aspectos de que se reveste no texto atual. Os trabalhos preparatórios, os debates parlamentares e as exposições de motivos, que não constituem interpretação autêntica, têm elevada importância como elementos históricos no trabalho exegético.

Tem-se o método lógico-sistemático quando, para entender os textos de lei, o exegeta se socorre das demais normas que compõem o ordenamento jurídico, bem como dos princípios gerais do Direito. O autor Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 175) destaca a relevância do elemento lógico-sistemático:

O critério lógico-sistemático de interpretação constitui valoroso instrumento de garantia da unidade conceitual de todo o ordenamento. Na verdade, somente se pode encontrar o verdadeiro sentido de uma norma se lhe for dada interpretação contextualizada. Com efeito, a ciência jurídico-penal constrói sistemas e microssistemas que auxiliam e facilitam a aplicação da lei penal.

Por fim, o elemento teleológico é aquele que investiga o fim a ser alcançado pela lei. Dessa forma, mister se faz um estudo das circunstâncias do período que levaram o legislador a criar a lei, ou seja, quais os interesses sociais que pretendia proteger quando da sua elaboração. Como bem pontifica Paulo Nader (2011, p. 280), o fim pretendido pela lei não é imutável, podendo ser modificado para atender exigências dos novos tempos, sem que haja quaisquer violações. São as suas palavras:

O fim não é aquele pensado pelo legislador, é o fim que está implícito na mensagem da lei. Como esta deve acompanhar as necessidades sociais, cumpre ao intérprete revelar os novos fins que a lei tem por missão garantir. Esta evolução de finalidade não significa ação discricionária do intérprete. Este, no afã de compatibilizar o texto com as exigências atuais, apenas atualiza o que está implícito nos princípios legais. O intérprete não age *contra legem*, nem subjetivamente. De um lado tem as coordenadas da lei e, de outro, o novo quadro social e o seu trabalho se desenvolve no sentido de harmonizar os velhos princípios aos novos fatos.

Contudo, não se pode furtar ao registro de que, dada a importância atingida pela Constituição da República, sobretudo com o advento da “Constituição Cidadã” de 1988, a interpretação sob o prisma de seus ideais e valores tem ganhado destaque no tocante à formação da jurisprudência dos tribunais, principalmente no passado recente da Suprema Corte.

Nesse aspecto, tem-se a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2011, p. 391):

Não bastassem as hipóteses em que, inegavelmente, os precedentes têm força vinculante e obrigatória, aproximando-se dos *binding precedents* do direito anglo-saxônico, a atividade criativa do Direito se mostra cada vez mais presente, sobretudo em razão dos atuais contornos da função jurisdicional, que vem exigindo do magistrado não apenas a tarefa de adequação constitucional do caso concreto. Muito mais do que aplicar a lei, cumpre ao magistrado criar uma norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão. Essa criação se faz a partir da análise do caso concreto sob a perspectiva constitucional, sobretudo à luz dos direitos fundamentais.

Diante dessa incipiente transformação, verifica-se o quão importante é a atuação do magistrado como intérprete, pois valores e direitos fundamentais daqueles que integram as classes minoritárias, por vezes, são ignorados pelos poderes Legislativo e Executivo, mesmo num regime democrático que preza a inclusão social como o do Brasil, posto que aqueles que os compõem têm a aprovação majoritária do povo.

Com isso, o papel contramajoritário desempenhado pelo Judiciário, interpretando texto de leis ou situações sem previsões legais sob a égide das aspirações da Constituição Federal, significa grande contribuição para as classes menos favorecidas.

Quanto ao resultado, a interpretação pode ser declarativa, restritiva ou extensiva. Nas lições de Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 175), “A primeira modalidade, a *declarativa*, expressa tão somente o sentido linguístico, literal, do texto interpretado, que seria a concordância entre o resultado da interpretação gramatical e o da lógico-sistemática”.

Ao prosseguir seu raciocínio, o aludido autor (2010, p. 175) preleciona:

A exemplo do que ocorre com a classificação das sentenças, que, segundo os processualistas, todas elas, independente de sua espécie, encerram uma grande *carga declaratória*, assim também acontece com a interpretação, que é sempre *declarativa*, já que a sua finalidade é, em última instância, declarar o direito.

Segundo Cleber Masson (2013, p.111), a interpretação restritiva é “a que consiste na diminuição do alcance da lei, concluindo-se que a sua vontade, manifestada de forma ampla, não permite seja atribuído à letra todo o sentido que em tese poderia ter. A lei disse mais do que desejava (*plus dixit quam voluit*)”.

A lei penal deve ser interpretada em sentido restritivo, porém essa regra não é absoluta, devendo o exegeta analisar cada caso concreto.

Por derradeiro, tem-se a interpretação extensiva. Convém trazer à tona a doutrina do professor Damásio E. de Jesus (2011, p.83), *in verbis*:

Diz-se extensiva a interpretação quando o caso requer seja ampliado o alcance das palavras da lei para que a letra corresponda à vontade do texto.

Ocorre quando o texto legal não expressa a sua vontade em toda a extensão desejada. Diz menos do que pretendia dizer.

Um exemplo singelo da interpretação extensiva que deve dar o intérprete quando do exercício hermenêutico é o disposto no art. 235 do Código Penal brasileiro, que, ao incriminar a bigamia, deve ser estendida à poligamia.

De acordo com os ensinamentos de Fernando Capez (2012, p. 106), em regra, “A lei processual admite interpretação extensiva. Por não conter dispositivos versando sobre direito de punir, segue-se que a forma rigorosa de interpretar o direito penal não se aplica ao processo penal. A este aplicam-se as regras comuns de hermenêutica (LINDB, art. 4.º)”.

Como se pôde observar, a interpretação é meio para construir a jurisprudência. O caminho para se chegar à jurisprudência passa necessariamente pela interpretação do julgador, o qual deverá agir com máxima prudência e bom senso, amparado em regras jurídicas, regras de lógica jurídica, pois, se assim não proceder, estará cometendo um desserviço ao Estado.

Em se tratando de interpretação de lei penal, o cuidado deve ser redobrado, já que as consequências são mais malélicas, tendo em vista que, em muitas situações, está em jogo a liberdade do cidadão.

## **2.2. O Valor Persuasivo e Normativo dos Precedentes Judiciais no Brasil**

Nos países da família *civil law*, a cujo sistema vincula-se o Direito brasileiro, os precedentes judiciais sofrem limitações diretamente na lei, o que não ocorre no sistema *common law*, uma vez que os *stare decisis* tem o mesmo poder da própria lei.

Os precedentes persuasivos dos Tribunais Superiores brasileiros não são de vinculação obrigatória, podendo o juiz singular julgar da forma que entender conveniente e adequado. Todavia, dependendo do grau de solidez que se encontrar o entendimento jurisprudencial adotado, os juízes de instâncias inferiores terão de

segui-lo, caso contrário, serão obrigados a ajustarem suas decisões com os respectivos posicionamentos dos Tribunais Superiores.

No entanto, a situação muda quando se tratar de precedentes obrigatórios, pois estes são dotados de autoridade vinculante, inclusive à Administração Pública. Isso se dá com as súmulas vinculantes, os quais têm força de lei, sendo passível de anulação ou cassação, a depender do caso, através de reclamação dirigida ao Supremo Tribunal Federal, caso haja contrariedade a elas.

Não paira dúvidas acerca da afirmação de que o juiz do sistema *common law* cria o direito, levando-se em conta que ele julga a partir dos fatos colocados ao seu conhecimento.

As decisões dos juízes da família *civil law*, por sua vez, segundo Marinoni (2010, p. 97), só poderiam ter valor normativo se tais decisões possuírem caráter integrativo. Logo, as decisões judiciais que apenas atribuem sentido e alcance a um texto de lei não têm autoridade para criar o direito.

Assim, quando o juiz pátrio cria a norma ou direito, tal ato tem a mesma natureza de ato legislativo; o que pode ensejar, e tem ensejado, questionamentos acerca da possibilidade de haver ou não a usurpação de funções do Legislativo pelo Judiciário.

### **2.3. A Questão das Súmulas Vinculantes**

As súmulas vinculantes foram alçadas ao patamar constitucional por meio da badalada Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que fez uma significativa reforma no Poder Judiciário, e, desde então, todas aquelas que forem criadas deverão ser obedecidas, tanto por todos os órgãos jurisdicionais como por toda Administração Pública direta e indireta, sob pena de anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial por meio de reclamação<sup>3</sup>, caso o Supremo Tribunal Federal julgue-a procedente, conforme a dicção textual do § 3.º do art. 103-A, da Constituição da República.

---

<sup>3</sup> Dispõe o art. 7º, § 1.º, da Lei n. 11.417, que “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”.

Logo depois, em 2006, foi criada a Lei n.º 11.417 que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pela Excelsa Corte, além de dar outras providências. Dentre essas providências, convém ressaltar o disposto no art. 4.º, razão pela qual é possível que a própria Corte Constitucional limite os efeitos vinculantes dela ou decida que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. Tais mecanismos cuidam-se do que se tem denominado pela doutrina de “restrição material da eficácia vinculante” e “modulação dos efeitos temporais de decisão”, respectivamente.

Merece destacar que as súmulas dotadas de efeitos vinculantes<sup>4</sup>, segundo Nagib Slaibi Filho (2005, p. 267), já era realidade no Diploma Processual Civil, nos seus arts. 481, § único, e 557, antes mesmo da referida Emenda Constitucional:

Não se diga que a *Reforma da Justiça* tenha criado a súmula vinculante, pois, em face dos dispostos nos arts. 481, § único, e 557, ambos do Código de Processo Civil, na verdade já tínhamos no nosso ordenamento jurídico não somente súmulas, mas até mesmo decisões (que não são expressas em enunciados) dos Tribunais Superiores, principalmente do Excelso Pretório, que ofereciam caráter vinculante se não em caráter geral, ao menos para os tribunais inferiores, como se extrai dos mencionados dispositivos legais.

Segue o referido autor (2005, p. 267) o seu discurso apontando a real inovação feita pelo constituinte derivado em 2004 no tocante às súmulas vinculantes:

Na verdade, o que o novo art. 103-A institui é uma nova forma de elaboração de normas primárias, de processo legislativo ou normativo, de elaboração de normas genéricas e abstratas, tal como aquelas referidas no art. 59 da Constituição, e que têm nela sua fonte de legitimidade.

Passa-se, então, a partir daqui, a analisar os pressupostos e os requisitos necessários, previstos no art. 103-A, *caput*, e § 1.º, da Constituição Federal, para a elaboração de súmulas vinculantes, os quais são de suma

---

<sup>4</sup> Com a Emenda Constitucional n.º 3 de 1993, tanto Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça podiam editar súmulas de natureza vinculante. Atualmente, somente o Corte Suprema pode fazê-lo, tendo em vista a limitação prevista no art. 103 – A da Constituição Federal, que fora instituída pela Emenda Constitucional n.º 45 em 2004.

importância para apreender o pensamento e o propósito do constituinte quando da sua criação. Dispõe, a propósito, o aludido artigo:

**Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.  
**§ 1º** - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Consoante ao texto constitucional supratranscrito, o primeiro deles é controvérsias acerca da validade, da interpretação e da eficácia de normas entre os poderes judiciários ou entre esse e a administração pública. Verifica-se, a partir disso, que há de existir a inequívoca divergência contemporânea de opiniões sobre a validade, a interpretação e a eficácia das normas entre os referidos entes para dar ensejo à criação de enunciados sumulares, com valor vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de controversos, os entendimentos devem acarretar grave insegurança jurídica para os interesses da sociedade. Neste ponto, nota-se a nítida preocupação do constituinte em relação à efetivação do princípio da segurança jurídica.

Outro requisito refere-se à existência de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Neste caso, fica evidente o objetivo do constituinte em desafogar o Judiciário diante do volume expressivo de processos que acumulam nos cartórios do país afora e, por conseguinte, corroborar a duração razoável do processo.

Ives Gandra da Silva Martins (2005, p. 194), após a reforma do Poder do Judiciário de 2004, relatou a seguinte situação vivida pelos Tribunais Superiores:

A necessidade da reforma se explica, pois o Supremo Tribunal Federal está processando e julgando mais de 100 mil processos por ano, enquanto que na década de 60, a Corte Suprema apreciava anualmente cerca de 5.000 feitos, com o mesmo número de Ministros. Situação análoga existe no Superior Tribunal de Justiça, com um fluxo cada vez maior de recursos especiais, sendo que um dos aspectos que justificam uma modificação

substancial do sistema vigente é a repetição de julgamentos sobre a mesma matéria.

E, por fim, devem as súmulas vinculantes, obrigatoriamente, versar sobre matéria constitucional, não podendo o Pretório Excelso criá-las quando tiver como objeto a interpretação de lei, sob pena de ser declarada inconstitucional.

Denota-se, dessa forma, que o poder constituinte derivado reformador, com a criação da súmula vinculante, face às severas críticas e descrenças da jurisdição moderna, buscou, sobretudo, a realização dos princípios da segurança jurídica, da efetividade do processo e da igualdade na prestação jurisdicional.

Sabe-se, no entanto, que a atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes judiciais pelo Supremo Tribunal Federal a toda Administração Pública e a todos os órgãos do Poder Judiciário tem causado grande repercussão desde a sua instituição, inclusive questionamentos acerca da (in) constitucionalidade do instrumento em discussão, pois entendem que as garantias constitucionais como o do livre convencimento do juiz, da separação de poderes, do devido processo legal, dentre outros, estariam sendo gravemente violados.

Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2013, p. 118) alertam sobre o fato de conferir às súmulas o efeito vinculante:

[...] o problema mais grave em atribuir efeito vinculante às súmulas reside no fato de que, no plano da operacionalidade do Direito, *cada súmula transforma-se em categoria ou conceito que serve de premissa de sustentação de raciocínio dedutivos ou subsuntivos*, próprios de um ultrapassado positivismo metafísico, que busca aprisionar nesses conceitos (significantes) uma espécie de essencialidade fático-jurídica.

Transcritas logo a seguir, são contundentes as palavras de João Baptista Herkenhoff (2000, pp. 36 e 37):

[...] querem fechar o Judiciário aos avanços, ao novo, ao desafio de criar; querem podar toda e qualquer tentativa de prática de um Direito mais aberto e mais crítico. Mas tais súmulas vinculantes vão também amordaçar as lutas populares na direção da crescente e dialética ampliação dos direitos humanos. Já temos as súmulas não vinculantes e estas prestam serviço ao Direito. Constituem indicativos para os juizes que, em muitas hipóteses, se servem delas nos seus julgamentos. Bem diferentes serão as súmulas vinculantes, porque retirarão dos juizes parte substancial de seu papel social, em nome de uma eficiência a qualquer custo, mesmo que o preço seja a estagnação do Direito [...] E observe-se que as súmulas são

elaboradas pelas cúpulas judiciárias, por tribunais compostos por ministros escolhidos pelo crivo de critérios políticos nem sempre éticos. Os juizes inferiores são pelo menos escolhidos por meio de concurso público. E, freqüentemente, é da primeira instância, é dos juizes de primeiro grau que parte o grito pela renovação do Direito, pela ampliação das franquias, pela aproximação entre Justiça e Povo.

Com certa preocupação, tem-se revelado Maria Helena Diniz (2011, pp.320 e 321) em relação à instituição das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico, com o seguinte discurso:

Assim, parece-nos que comprometidos estariam os princípios do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, da inafastabilidade do controle judicial, do livre convencimento do julgador, da ampla defesa, etc., apesar de a súmula pode ser: revogada e substituída por outra ou por legislação superveniente; revista ou cancelada pelo próprio STF como pelas pessoas legitimadas para propor ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103- A, § 2.º). A súmula vinculante atenta contra a garantia de acesso à jurisdição, impossibilitando o contraditório e a ampla defesa, pois uma vez sumulado um entendimento com eficácia vinculante, de nada adiantaria demandar para análise de direito. O efeito vinculante: a) fere o devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV e LV) e seus princípios, já que o cidadão ficaria adstrito ao pensamento de um tribunal que não ouviu suas razões, nem mesmo apreciou suas provas; e b) engessa entendimentos. Viola-se a separação de Poderes; o Judiciário seria um “superlegislador”; afronta-se o princípio da reserva legal e compromete-se a independência do juiz, visto que o obriga, em certos casos, a prolatar sentença em conformidade com a súmula do STF. E, com isso, sufoca o Estado democrático de Direito.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 432) entende ser inconstitucional o instituto da súmula vinculante, e indica qual a posição adotada pela Suprema Corte:

Apesar de entendermos inconstitucional a figura da súmula vinculante, uma vez que nos parece patente a violação aos princípios do juiz natural e do devido processo legal, a questão, de certo modo, já foi superada pelo Supremo Tribunal Federal, quando este entendeu constitucional a vinculação promovida pelas decisões tiradas em ações declaratórias de constitucionalidade e em ações diretas de inconstitucionalidade.

Em contrapartida, há aqueles que têm se manifestado favoravelmente à atribuição de efeito vinculante às sumulas, como a professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2008, p. 123):

Ao se limitarem a questões de direito, as súmulas vinculantes não liberam o juiz de fazer a mais completa e profunda análise do caso concreto, quando do julgamento. É que a remissão ao entendimento sumulado só tem cabimento quando efetivamente for verificado que se trata de casos

juridicamente iguais, sendo, então, e só então, de se aplicar a jurisprudência cristalizada, para garantia de segurança jurídica. E, nesse sentido, a súmula não impede que uma segunda instância reaprecie questões de fato, garantindo ao jurisdicionado o direito a um duplo grau de jurisdição. Isso afasta uma série de críticas à adoção da súmula vinculante sob o argumento de que do juiz seria retirado o poder de decidir segundo a sua consciência, ficando ele obrigado a julgar segundo o convencimento dos outros. Ao contrário, cada magistrado, ao personificar o Estado-juiz, continua tendo o dever de estudar cuidadosamente o caso submetido a seu exame e, consultando a lei, a doutrina, a jurisprudência e os seus próprios conhecimentos sobre a matéria, permanece com a função de proferir a decisão que reputa a mais acertada e a mais adequada para o caso concreto, de forma independente.

De forma favorável à instituição das súmulas vinculantes, também, se manifesta Pedro Lenza (2008, p. 504):

A súmula vinculante, como se verá, em nosso entender, sem dúvida contribui para, ao lado de tantas outras técnicas, buscar realizar o comando fixado no art. 5.º, LXXVIII, também introduzido pela Reforma do Poder Judiciário e, na mesma medida, estabelecer a segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia, já que a lei deve ter aplicação e interpretação uniforme.

Ainda sobre o assunto, Pedro Lenza (2008, p. 516) aduz que “a súmula vinculante introduzida pela *Reforma do Judiciário* mostra-se totalmente constitucional. Não há falar em engessamento do Judiciário, na medida em que está prevista a revisão dos enunciados editados”.

Além da possibilidade da criação de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, Ives Gandra da Silva Martins também tem entendimento favorável à atribuição de valor vinculante aos enunciados sumulares editados pelo Superior Tribunal de Justiça. O referido autor (2005, p. 194) rebate críticas a respeito do estancamento do Direito:

Não se trata de dar rigidez ao direito, pois os tribunais brasileiros sempre tiveram - e continuarão tendo – a criatividade necessária e o poder-dever de interpretar os textos de legais construtivamente, de acordo com a evolução econômica e social do país, fazendo da jurisprudência uma verdadeira fonte do direito. Poderão até, em casos excepcionais, diante de novas circunstâncias, rever as suas próprias súmulas. Apenas não se deve transformar um tribunal superior numa máquina meramente repetitiva de decisões.

Há, porém, quem diga que matérias de Direito Penal não poderiam ser objetos de súmulas vinculantes, vez que, devido às peculiaridades de cada caso, não se haveria a possibilidade da ocorrência de casos idênticos.

Rechaçando o entendimento de que não se poderiam haver súmulas vinculantes em matéria penal, Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2008, pp.122 e 123) traz um exemplo de caso semelhante:

Cada pessoa que esteja cumprindo pena privativa de liberdade porque foi condenada pela prática de homicídio qualificado tem uma história deferente, praticou o delito em circunstâncias específicas e únicas, que não se igualam. No entanto, antes do advento da Lei n.º 11.464/07, todas poderiam estar discutindo em juízo a constitucionalidade da proibição de progressão de regime durante o cumprimento da respectiva pena. Sob esse aspecto todos os casos são iguais; todos os condenados praticaram um crime considerado hediondo cuja pena, segundo a legislação, deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

As acaloradas discussões acerca da constitucionalidade ou não, referentes à atribuição de efeitos vinculantes às súmulas, estão longe de terminar, haja vista a existência de fundamentos sólidos e patentes para ambos os lados.

Nesse ambiente conflituoso de princípios, em que há desacordos morais razoáveis, apontar qual lado tem mais razão, e qual deve prevalecer, não são tarefas nada fáceis. Mas há de se reconhecer que, até a presente data, o saldo tem sido positivo para a sociedade brasileira com as súmulas vinculantes no ordenamento jurídico, substancialmente, por conta do elogiável papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **2.4. Análise da Jurisprudência Uniforme sob a Ótica da Igualdade**

Não obstante a pouca invocação do princípio da igualdade no campo do Direito Penal, fato é que esse valor se mostra muito importante para o fortalecimento da adoção do sistema jurisprudencial na ordem jurídica brasileira. Deveras, pois, não havendo uniformização de decisões judiciais, certamente ocorreriam inúmeros contrastes entre os julgados de casos similares, colidindo assim com os interesses do Estado.

O Estado democrático de Direito é, com efeito, consectário da igualdade, o qual se verifica quando da obtenção de iguais oportunidades como concretização da ideia de justiça social. O tratamento jurídico desigual dado aos

destinatários fere o postulado da igualdade, tido como um dos alicerces do Estado Constitucional.

Portanto, pelo princípio da igualdade, todo e qualquer cidadão deve receber igual respeito e consideração do Estado-juiz quando da aplicação da lei, inclusive na proporção das desigualdades.

A promoção da igualdade ou da isonomia encontra-se presente nas mais importantes Cartas da história da humanidade, dentre elas a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

Como sabido, na atual Constituição Federal, o princípio da igualdade está materializado no art. 5.º, *caput*. Assegura o referido dispositivo constitucional que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 9) ensina que “o preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador”. E prossegue seu raciocínio ao dizer que:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Alexandre de Moraes (2013, p. 35) explica que o princípio da igualdade opera em dois planos distintos, quais sejam:

De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Corolário do art. 5.º, *caput*, da Carta Federal de 1988, a igualdade processual deve ser assegurada tanto às partes como aos procuradores, dando a eles mesmas oportunidades para fazer valer as suas razões. Não basta, porém, os processualistas pretenderem criar novas técnicas processuais que buscam a realização da igualdade no curso do processo aos jurisdicionados se o resultado final consiste em decisões desiguais.

Em uma análise apenas superficial, percebe-se que o discurso do ideal de igualdade elaborado pela Constituição Federal vigente, na prática, não tem surtido efeitos desejáveis, a julgar pela flagrante desigualdade de tratamento dispensado aos cidadãos, especificamente no que se refere ao sistema da justiça criminal.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 9) descreve piamente aquilo que se tem observado na justiça brasileira:

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei.

Desde a noite dos tempos, o Direito Penal no Brasil sempre foi marcado pela seletividade. Hoje, a situação é indiferente: ele pune os menos favorecidos, escolhe os que sobre os quais terão a força do Estado recaído. Esse também é o discurso de Rogério Greco (2011, p. 6):

Também não podemos negar a crueldade do Direito Penal (aqui entendido mais como sistema penal), o pavor que, como regra geral, causa naqueles que caem nas suas garras. Certo é que o Direito Penal tem seu público alvo. Nem sempre todas as pessoas farão parte de sua “clientela”. Aqueles que militam nessa seara podem testemunhar, com segurança, que o Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, classe social, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas, pré-escolhidas para fazer parte do “show”.

Os estudos elaborados pelo representante da área educacional da Unesco no Brasil, Timothy D. Ireland (2011, p. 29), só vêm a culminar naquilo que se previa, isto é, a maioria (cerca de 2/3) da população carcerária é formada por negros e pardos, e, dentre os crimes mais praticados, os de cunho patrimoniais (roubos - 29,65%, e furtos -16,94%) ocupam posições eminentes na tabela. A baixa escolaridade, segundo Timothy (2011, p. 29), também é outro fator que ilustra a cena carcerária do Brasil:

O perfil educacional da pessoa presa não difere muito das características da população geral. De acordo com dados do InfoPen, 9% das pessoas reclusas não sabiam ler e escrever; a taxa nacional em 2010 era 9,6% (Brasil. MJ, 2009). Além disso, em torno de 53% não concluíram o ensino fundamental. A Pnad de 2009 revelou a existência de 57,7 milhões de pessoas com 18 anos que não frequentavam a escola nem possuíam o ensino fundamental completo. O Quadro 3 mostra que, no caso da população geral, o atendimento é em torno de 7,5%. No caso da população prisional, de acordo com o InfoPen, somente 9,68% estudavam em 2009. Aos dados sobre escolaridade, é relevante conjugar a questão da formação profissional.

Pode-se inferir, portanto, que a seletividade operacional da criminalização no Brasil recai, principalmente, sobre os grupos de pessoas negras ou pardas, e, preferencialmente, pertencentes à classe baixa da população. Esses são, verdadeiramente, os alvos preferenciais da *persecutio criminis*.

Sobre esse desrespeito à igualdade perante a lei, o professor José Afonso da Silva (2014, p. 225) converge:

Essa igualdade não há de ser entendida, já dissemos, como aplicação da mesma pena para o mesmo delito. Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções hão de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime. Sabe-se por experiência, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição (art. 5.º).

Essa realidade discriminatória que vive o Direito Penal pode ser ilustrado emblematicamente no seguinte exemplo: antes do advento da Lei n.º 9.268 de 1996, que modificou o art. 51 do Código Penal, quando o condenado não podia pagar a multa apenas pelo juiz, deveria este, conseqüentemente, converter em pena privativa de liberdade.

Depreende-se, sem qualquer esforço, que o referido dispositivo, além de violar o princípio da proporcionalidade da pena, favorece os abastados, porque, uma vez pagando a multa, eram postos em liberdade. Consequência diversa tinha o pobre que, ao deixar de efetuar o pagamento da multa por insuficiência econômica, era encarcerado.

Esse é somente um dos inúmeros exemplos que constata o tratamento desigual dispensado pelo Estado quando da criação e da aplicação de lei. Não bastasse, o caráter seletivo do sistema penal vai mais além: também está presente na fase executória da sentença.

Sobre a desigualdade de decisões para casos similares, Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 164) disserta:

Não há direito coerente num Estado em que os seus juizes pensam ter liberdade para formular normas jurídicas desiguais para casos iguais ou similares. Daí a importância de os doutrinadores e de os juizes, promotores e advogados tomarem consciência de que não é mais possível conviver com múltiplas decisões para casos que exigem a mesma resposta, sobretudo quando essa resposta já foi elaborada pela Corte Suprema incumbida pela Constituição federal a tanto.

Diante de todas essas injustiças que assolam o Direito Penal, a jurisprudência uniformizada surge como um instrumento apto a transformar, ainda que paulatinamente, esse quadro discriminatório que não se coaduna com os ditames da Lei Fundamental, pois proporciona decisões isonômicas aos seus jurisdicionados.

## **2.5. A Eficácia do Primado da Segurança Jurídica por meio da Jurisprudência Uniformizada**

A segurança jurídica, valor imanente de qualquer Estado que visa respeitar os direitos humanos e as garantias fundamentais, deve ser sempre mantida e priorizada, pois ela é responsável pela concretização do objetivo maior do Direito, qual seja a justiça. Portanto, não se cogita um Estado democrático de Direito sem a efetivação desse postulado magno do Direito. Pode-se asseverar que a segurança jurídica corresponde à expressão do Estado de Direito.

É comum no presente sistema jurídico que juízes e tribunais profiram decisões divergentes de casos assemelhados, ao invés de racionalizar o processo, tendo em vista a multivocidade de interpretações do mesmo dispositivo de lei.

A título exemplificativo, existem acórdãos com entendimentos de que não há crime de ameaça quando o indivíduo está embriagado. No entanto, outros entendem que a embriaguez torna ainda mais grave e reprovável a conduta delituosa.

Essa dissonância entre os posicionamentos dos ministradores da justiça, além de depreciar a instituição judicante, interna e externamente, causa insegurança jurídica, devido à falta de previsibilidade, colocando em risco à cidadania e à dignidade humana dos cidadãos.

Segundo o professor Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 212), a univocidade e a previsibilidade são elementos indispensáveis para a caracterização da segurança jurídica. São os seus ensinamentos:

Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualidade das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as ações podem produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.

A segurança jurídica é tida como sobreprincípio por muitos estudiosos do Direito. Nesse sentido, corre o magistério do ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado (2007, p. 7):

A segurança jurídica há de ser vista como sendo um enunciado principiológico com hierarquia superior, isto é, contendo um valor que deve ser aplicado de modo absoluto para consagrar a força do Direito quando vinculado à situações concretas conflituosas e que estão a exigir pronunciamentos administrativos e, especialmente, judiciais que as estabilizem.

É de grande valia ressaltar que, mais do que as próprias leis, os entendimentos jurisprudenciais devem ser, além de uniformes e estáveis, destituídos de vagezas, imprecisões ou ambiguidades, visto que são, em última análise,

resultados de interpretações dos textos legais. Com isso, o que de fato importa para o jurisdicionado é a norma jurídica elaborada pelo intérprete enquanto julgador, e não a abstrata (lei).

Sobre a necessidade da uniformidade e da continuidade da jurisprudência, Paulo Nader (2011, p. 128) explica:

Para que haja certeza jurídica é indispensável que a interpretação do Direito, pelos tribunais, tenha um mesmo sentido e permanência. A divergência jurisprudencial, em certo aspecto, é nociva, pois transforma a lei em *Jus Incertum*. A segurança que o Direito estabelecido pode oferecer fica anulada em face da oscilação e da descontinuidade jurisprudencial.

A segurança jurídica, consubstanciada na certeza, significa que a parte, o terceiro interessado ou representante do Ministério Público deve saber qual é a jurisprudência adotada num determinado tribunal a respeito de determinada questão jurídica, para decidir se vai ser viável a interposição do recurso que lhe é cabível.

Além de garantir a previsibilidade, a certeza jurídica contribui de forma substantiva para o desfogamento da justiça, tendo em vista que a existência de jurisprudência uniforme e estável que seja desfavorável tem a potencialidade de fazer com que o jurisdicionado desista da promoção da ação ou da interposição do recurso.

No Direito Penal, o princípio da segurança jurídica adquire mais importância, eis que princípios basilares como o da legalidade, da reserva legal, da taxatividade e da irretroatividade são todos corolários daquele. Tais princípios, como sabido, são de suma importância para a proteção dos direitos fundamentais do homem frente às arbitrariedades e abuso de poder estatais.

O Direito brasileiro hoje convive com riscos, segue um cotidiano marcado por fortes instabilidades, muito por causa das discrepâncias entre as respostas dadas pelos juízes em questões jurídicas idênticas, o que faz da instituição judiciária uma verdadeira loteria.

Embora a decisão judicial baseada em convicções pessoais do magistrado possa ser vista com bons olhos pelo Direito, o julgamento que contraria a jurisprudência dominante dos tribunais, muitas vezes, ocasiona sérios problemas não só em âmbito social como também na esfera econômica do país.

Destarte, não pode o julgador furtar-se à obediência de uma orientação jurisprudencial consolidada caso não haja relevante causa jurídica justificadora, sob pena de se estar praticando atos atentatórios aos valores mais caros do Estado democrático de Direito.

## **2.6. A Contribuição da Jurisprudência para a Efetivação da Duração Razoável do Processo**

Devido às inúmeras brechas na legislação que viabilizam a procrastinação de decisões judiciais, a interposição de recursos meramente protelatórios, as prescrições de ações e muitos outros males que corroem os pilares da justiça, o desempenho da máquina judiciária tem sido bastante prejudicado, causando morosidade e lentidão processuais, injustiças irremediáveis.

A grande preocupação da justiça brasileira hoje é certamente o acúmulo excessivo de processos nas prateleiras dos órgãos jurisdicionais, sobretudo no tange aos sucessivos e intermináveis recursos interpostos.

Estima-se que, atualmente, existam aproximadamente cem milhões de processos pendentes nos órgãos do Poder Judiciário. Dessa forma, num país em que a quantidade de processos equivale à metade do número de seus habitantes, resta evidente que situação é, no mínimo, inquietante.

Faz-se oportuno registrar as palavras de José Augusto Delgado (2007, p.3) ao discorrer sobre as consequências negativas advindas do excesso de processos nos órgãos do judiciário:

Mesmo que possa em alguns casos concretos existir "injustiça" (no juízo de quem?) na aplicação da orientação pacificada das cortes supremas, é preciso notar que hoje milhares (ou talvez milhões) de injustiças ocorrem em razão da demora e em razão da relativamente baixa qualidade (de técnica e de justiça) de muitos julgamentos, causadas pelo excesso de processos a julgar: é humanamente impossível possa um juiz, por mais culto e trabalhador que seja, dar vazão com rapidez, eficiência e qualidade ao número absurdamente elevado de processos que abarrotam o Judiciário.

Com intuito de mudar esse quadro alarmante, o legislador infraconstitucional introduziu meios alternativos de solução de conflitos, tais como a

conciliação, transação penal, arbitragem, mediação, os quais têm cada vez mais conquistado espaço nas relações sociais, porque garante o acesso à justiça com celeridade e eficácia, e oferece, com isso, fôlego aos sobrecarregados órgãos judiciários.

Outrossim, em nível constitucional, com vistas a assegurar a concretização de princípios norteadores do processo, como o da duração razoável, da celeridade e da economia, bem como reduzir a excessiva jornada de trabalho dos magistrados, o constituinte criou mecanismos que visam diminuir o vasto acervo de processos judiciais.

As mais expressivas alterações ocorreram seguramente com a aprovação da reforma do Judiciário, através da Emenda Constitucional n.º 45/2004, ao inserir instrumentos de aceleração que possibilitam oferecer soluções eficazes diante da burocracia e complexidade dos processos, como a repercussão geral de questões constitucionais (§ 3.º, art. 102), as súmulas dotadas de caráter vinculante (art. 103-A), a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição (art. 93, XV).

Também, decorrente do referido instrumento jurídico, vale destacar a inserção do inciso LXXVIII no art. 5.º da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Nessa linha de raciocínio, o Poder Judiciário, por seu turno, através de jurisprudências cristalizadas, pode contribuir relevantemente para a diminuição de processos sobrestados e, conseqüentemente, para a efetivação da celeridade na tramitação das ações, uma vez que tal instrumento tem o condão de evitar que processos desnecessários cheguem aos tribunais, tendo em vista a previsibilidade da decisão, além de tirar da reta dos julgadores inúmeras ações providas de mesma situação de fato e de direito.

É importante ressaltar, contudo, que as alterações da jurisprudência devem ocorrer de maneira oportuna. As suas variações e oscilações constantes são nocivas para os interesses do Estado de Direito, principalmente quando se tratar de matérias de ordem criminal.

Lamentavelmente, isso tem ocorrido com frequência no Superior Tribunal de Justiça, inclusive no que se refere aos enunciados sumulares. É preciso que se tenha convergência entre os julgados daquela Corte, já que tem a função de uniformizar a interpretação da lei federal, em particular a do Direito Penal brasileiro.

Portanto, a aplicação da jurisprudência unificada e consolidada não só servirá para pavimentar o caminho para a efetivação do direito fundamental da duração razoável do processo, como também viabilizará o Poder Judiciário a prestar serviços com qualidade devida e merecida à população.

## **2.7. Jurisprudência como Instrumento de Atualização do Direito**

O Direito, ramo científico que se dedica ao estudo dos fenômenos sociais, os quais se manifestam continuamente desde as incipientes sociedades até o Estado atual, tem como característica notável a sua dinamicidade. Não se trata, portanto, de um objeto cultural estático. Nessa consonância, convém registrar as palavras de Miguel Reale (1992, p.218) descritas a seguir:

O que importa é, por conseguinte, reconhecer que o tempo entranha a vida toda do Direito, visto não poder êste ser concebido como uma estrutura estática: a sua vida é a projeção no tempo. Por outras palavras, há uma ligação tão íntima entre a existência do direito, como uma estrutura significante, e a circunstancialidade histórica daquilo que é significado, que não seria exagêro concluir que, no âmbito da Ciência Jurídica, o tempo se reduz a um problema de significação.

A par disso, o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora leis que estabelecem normas de condutas para manter a harmonia no meio social e a paz entre os homens. Muitas dessas normas são determinantes até mesmo para a perpetuidade da raça humana. Neste aspecto, Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (2004, p. 84), no século XVIII, já advertia:

Considerados como habitantes de um planeta tão grande que precisa haver povos diferentes, eles têm leis no relacionamento desses povos entre si: é o Direito das Gentes.

[...]

O Direito das Gentes está fundado naturalmente neste princípio: que as diversas Nações devem fazer-se, na paz, o máximo de bem, e, na guerra, o

mínimo de mal possível, sem prejudicar seus verdadeiros interesses. (.....)  
Todas as Nações têm um Direito das Gentes. E mesmos Iroqueses, que comem os prisioneiros, têm um Direito das Gentes. Eles enviam e recebem embaixadas; conhecem direitos da guerra e da paz.

Ilustrando, ao mesmo tempo em que surgem novas tecnologias e serviços para beneficiar a sociedade, a utilização dos mesmos tem revelado verdadeira ameaça global: inúmeros crimes são praticados por meio da rede mundial de computadores (internet). Por conta disso e dos reclamos do povo, foi editada a Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012, que disciplina os crimes cometidos em ambiente digital, modificando também a redação dos artigos 266 e 298 do Código Penal para adequá-los a realidade cibernética.

Veja, a criação da referida lei pelo Legislativo vem comprovar que a sociedade vive em constantes transformações. Quando da existência de novas demandas e necessidades sociais, o Estado legislador deve dar respostas hábeis para evitar transgressões jurídicas, e, concomitantemente, colaborar para a criação e aprimoramento do Direito.

Todavia, muitas das leis criadas pelo Estado, em particular as de índole penal, são tidas como obsoletas ou inadequadas para a realidade de hoje. Nesse contexto, entra em cena a jurisprudência contribuindo para a atualização de valores jurídicos.

O papel desempenhado pela jurisprudência como instrumento de atualização do Direito pode ser vislumbrada no julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 2008, quando ainda era previsto o art. 224 no Código Penal, que versava sobre a presunção de inocência, vindo a ser revogado no ano de 2009. Eis o teor do acórdão da 10.<sup>a</sup> Câmara Criminal:

Nos dias de hoje não é mais possível acreditar que uma pessoa de 14 anos não tenha a mínima informação a respeito de sexo, a justificar "presunção de violência" como entendia o legislador de 1940.

A esse respeito importante citar os seguintes arestos: "Porque antes de um neutro aplicador da lei ao caso que lhe é apresentado, o juiz tem a obrigação de atentar e observar o que acontece, em termos de mudanças e transformações da realidade social, e a partir daí conjugar fatos e lei. No campo da liberdade sexual é de evidencia solar que muita coisa mudou. Pois entre os anos de 1940 (Publicação do Código Penal e 1991, muita coisa mudou...A mulher, a duras penas conseguiu crescer na sociedade dimensionando o seu espaço. Sexo, que para uns ainda continua sendo um assunto proibido, é uma realidade presente na sociedade, presente na vida

das pessoas, assunto que de um tempo para cá passou a ser tratado com a maior e mais ampla liberdade, porque, é claro, se tudo muda, a visão das pessoas sobre tal tema mudou...Mas retornando ao campo penal, verifica-se que é nesse mundo transformado que se aplica ainda o mesmo Direito Penal de 50 anos atrás, sobre o pretexto de "proteger" a liberdade sexual das pessoas...O Código Penal de 1890 em seu artigo 272, presumiu, em relação ao crime de natureza sexual o cometimento com violência "sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 anos". Cinquenta anos depois, o Código Penal de 1940 reduziu este limite etário, estatuidando que a presunção de violência só teria cabimento nos crimes sexuais se a vítima tivesse idade inferior a 14 anos. E de se indagar sobre o que teria considerado o legislador de 1940 para efetivar a redução ao limite etário da ofendida, passando a fixa-lo em 14 anos de idade, para a partir daí considerar que ela poderia dispor livremente de seu corpo para exercer a sua capacidade sexual? A resposta é encontrada na Exposição de Motivos ao Projeto de 1940 (item 70), de forma explícita: "Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes é a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem"... Considera-se, portanto, a presunção de violência mais uma vez relativa não lesiona o texto legal e permitir colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido. (TJSP - AC 93.117-3 -Rei. Mareio Bártoli)

A lei, por mais vetusta que seja, é suscetível de interpretações, o que possibilita a adequação às novas realidades, sem caracterizar quaisquer violações. A interpretação progressiva, por exemplo, que tem a capacidade de adaptar, ao longo do tempo, às mudanças político-sociais e às necessidades sociais do momento, é uma atividade recorrente pelos penalistas.

A autora Maria Helena Diniz (2011, 449) explica que o intérprete deve considerar grau axiológico e social da norma, com base no momento histórico presente vivido pela sociedade, quando da investigação de uma lei:

Ao se interpretar a norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir. O ato interpretativo não se resume, portanto, em simples operação mental, reduzida a meras inferências lógicas a partir das normas, pois o intérprete deve levar em conta o coeficiente axiológico e social nela contido, baseado no momento histórico em que está vivendo.

Nesse compasso, Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 79):

Admite-se que o trabalho do legislador, em si, não é suficiente enquanto direito. É indispensável que o Judiciário atribua sentido aos textos legais e,

em outros, garanta a sua concretização nos termos dos valores que presidem a vida social, sem nunca se esquecer de desenvolver o direito segundo as expectativas da evolução social.

Damásio E. de Jesus (2011, p.75) preleciona que a interpretação deve estar direcionada à realidade vivenciada:

A interpretação consiste em extrair o significado e a extensão da norma em relação à realidade. É uma operação lógico-jurídica que se dirige a descobrir a vontade da lei, em função de todo o ordenamento jurídico e das normas superiores de cultura, a fim de aplica-las aos concretos da vida real.

Prossegue o raciocínio o referido autor (2011, 79):

Modernamente, a função do magistrado não é simplesmente repetir as palavras da lei, mas imprimir um sentido mais prático à interpretação elaborada em função dos casos verificados *hic et nunc*. Com isso, juízes e tribunais vão modelando a lei, através do diuturno contato com os fatos, ensejando a formação de preceitos novos em que seu significado e sua extensão vêm perfeitamente cunhados em regras de maior aproximação com a vida social.

A atualização do Direito decorrente da utilização da jurisprudência não só contribui para a ciência jurídica brasileira como também auxilia nos avanços do processo social no país. Quanto mais próximo o Direito permanecer da realidade histórica-social de um determinado Estado, mais benefícios certamente colherão os cidadãos que o compõem.

## **2.8. Consequências Jurídicas da Aplicação de Jurisprudência Padronizada**

A adoção da jurisprudência padronizada tem causado críticas nada agradáveis por boa parte do povo brasileiro, tanto no âmbito jurídico como no social, principalmente quando houver a atribuição de eficácia vinculante.

Isso se deve ao fato de muitos entenderem que a produção jurisprudencial provoca o engessamento da atividade judiciária, pois o juiz singular, por vezes, é obrigado a seguir o posicionamento dos órgãos superiores do Judiciário, obstando-o de julgar conforme a sua consciência e o seu livre convencimento.

Existem aqueles que vão mais além, ao alegarem que a atribuição de tal obrigatoriedade causa o estancamento da evolução do Direito.

Como visto anteriormente, quando se estudou sobre as súmulas vinculantes, muitos balizados autores entendem que há uma gama de princípios que são lesados quando o juiz é impedido de julgar conforme seu entendimento, dentre os quais cita-se o princípio do livre convencimento motivado, o devido processo legal, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição.

Por outro lado, tem-se a corrente favorável à instituição do sistema de jurisprudências no arcabouço jurídico brasileiro, ao defender a ideia de que a uniformização de interpretações judiciais proporciona a efetivação de princípios indissociáveis de um Estado democrático de Direito, como o da igualdade, ao dispensar tratamento igualitário para os destinatários; da segurança jurídica, em razão da previsibilidade do resultado da decisão; da celeridade e duração razoável do processo, por já haver solução para determinada indagação; etc.

Mais que isso, entende-se que a jurisprudência uniforme e contínua desempenha papel crucial para a concretização e fortalecimento do princípio fundante e nuclear da atual Constituição Federal, qual seja, dignidade da pessoa humana. A realização desse postulado intangível do Direito contemporâneo decorre da interpretação jurisprudencial sob o viés dos preceitos e valores da própria Carta de 1988.

### 3. A JURISPRUDÊNCIA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO ATUAL

O Direito Penal brasileiro vive um momento delicado: o sistema persecutório penal tem falhado, a sensação de impunidade paira sobre a sociedade, a seletividade e a desigualdade de tratamento são estigmas que ele ainda carrega, há desproporcionalidade entre os crimes previstos e as penas aplicáveis... Tudo isso tem depreciado demasiadamente o ramo mais repressor do Direito brasileiro.

Os seus dois principais diplomas legais - Código Penal e Código de Processo Penal - têm sido severamente alvos de maledicências de estudiosos do Direito e de grande parte da população nacional.

Há que se convir que, apesar das grandes reformas sofridas, os referidos anosos códigos tornaram-se colchas de retalhos, carecendo de harmonia, clareza e coerência.

Todavia, nada está perdido: existem meios capazes de transformar o cenário do Direito Penal atual, nomeadamente o da justiça repressiva, como é o caso da aplicação da jurisprudência uniformizada e duradoura.

Exemplificativamente, o célebre escândalo denominado “Mensalão” - Ação Penal 470 -, tem colocado sob os holofotes midiáticos o Direito Penal, desde a sua etapa investigatória até a fase de cumprimento de pena. Em que se pese qualquer discurso penal sempre agradar à sociedade, o referido caso, no entanto, foi um ponto fora da curva da história do Judiciário nacional.

Obviamente que o descomunal arrombo financeiro deixado pelos malfeitores nos cofres públicos causou, e tem causado, grande estarrecimento e revolta ao povo brasileiro. Deveras, pois, como alerta Rogério Greco (2011, p. 164), o ato de subtrair ilicitamente dinheiro público têm consequências nefastas:

O comportamento do funcionário corrupto, geralmente intocável, é infinitamente superior em termos de gravidade ao do homicida, visto que aquele pode ser comparado a um genocida, pois que, com o seu prejuízo ao erário, causa a morte de milhares, e não de uma só pessoa.

Entretanto, não obstante o povo ter assistido a esse triste e indelével episódio da história recente do país, pode-se vislumbrar que a atuação do Supremo

Tribunal Federal num caso dessa envergadura, ao tratar - pioneiramente - pessoas de elevado poder político e econômico como outra qualquer, traduz num valioso legado para o Direito, num marco zero para a justiça criminal brasileira.

Isso serve de paradigma para todos os demais órgãos administradores da justiça, e, conseqüentemente, abre precedente para futuros casos. Frise-se que o elogio não se direciona ao resultado do julgamento, mas à postura corajosa tomada pela aquela Casa ao implementar a isonomia no processo.

Com isso, o julgamento da Ação Penal 470 realizado pelo Pretório Excelso pode ocasionar o surgimento de uma nova jurisprudência edificante, baseada num discurso voltado à realização da igualdade, sem levar em conta a posição social do acusado, fazendo valer os preceitos e valores da Carta Maior.

Nesse horizonte de tantas descrenças e incertezas, em que a máquina persecutória penal tem demonstrado deficiências de funcionamento que impossibilitam a proteção eficiente dos bens jurídicos mais caros do homem, a jurisprudência deve ser tida como um instrumento capaz de conduzir o Direito Penal para a direção dos caminhos traçados pela Constituição da República de 1988, tendo em mente o substancial conjunto de benefícios decorrentes da sua aplicação.

### **3.1. Alteração Jurisprudencial *in malam parte* e *in bonam parte***

Insculpido no art. 5.º, XL, da Constituição Federal de 1988, mas já com raízes no Direito Romano, o princípio da irretroatividade penal preconiza que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. É dizer, aplica-se, em regra, a lei vigente no momento do fato punível.

Cuida-se, em verdade, de um dos precípuos corolários da segurança jurídica, que visa assegurar a incolumidade de todos os cidadãos perante o arbítrio e abuso do Estado.

Como exceção à regra da irretroatividade, admite-se, porém, a retroatividade *in melius*, como se depreende da própria redação do art. 5.º, XL, parte final, da referida Carta e do art. 2.º do Código Penal brasileiro. Isto quer dizer que, quando houver a criação de lei nova favorável ao réu, admite-se que a sua aplicação a fatos pretéritos, mesmo que haja sentença condenatória transitada em julgado.

De acordo com Paulo Nader (2011, pp. 252 e 253), há outras duas hipóteses em que é possível a retroação da lei, quais sejam: “no tocante às leis interpretativas” e “quanto às leis abolitivas, que extinguem instituições sociais ou jurídicas, incompatíveis com o novo sentimento ético da sociedade, como ocorreu com a abolição da escravatura”.

Portanto, é possível que, no campo criminal, uma lei nova tenha efeitos retroativos quando for mais benigna para o réu. No entanto, a questão que deve ser considerada é se a retroação poderá ser realizada quando se tratar de mudança de jurisprudência consolidada para favorecer o réu.

Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina<sup>5</sup> entendem que “se a lei nova é retroativa, por analogia (*in bonam partem*) a jurisprudência nova (consolidada) também o é”.

Por sua vez, Francisco Dirceu Barros (2012, pp. 13 e 14) tem entendimento diverso. Explica ele, através de exemplos, que quando houver o enfraquecimento de jurisprudência dominante ou revogação de súmula, e que, dessa forma, favoreça o réu num processo em curso, ainda assim o juiz não será obrigado a aplicá-la, inexistindo assim o efeito retroativo. Prosseguindo o raciocínio, o promotor criminal entende, no entanto, que, em se tratando de súmula de natureza vinculante, o juiz então será obrigado a segui-la, retroagindo os efeitos em favor do réu.

Apesar de louvável a justificativa do promotor e professor Francisco Dirceu Barros, *permissa venia*, depreende-se que a primeira corrente é o mais adequado, pois tem se demonstrado que a jurisprudência nos dias atuais representa

---

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de (2008, p.96) apud BARROS, Francisco Dirceu, *As 200 Maiores Controvérsias do Direito Penal*, Niterói: Impetus, 2012, p. 13.

fonte do Direito com força normativo-criadora, não podendo, dessa forma, ser desprezada pelo intérprete num caso específico. O fundamento, nesse caso, também se dá com base na analogia *in bonam partem*, conforme ocorre com a *novatio legis in mellius*.

Quanto à possibilidade da aplicação de jurisprudência *in bonam parte*, compreende-se que não há problema algum em fazê-la. Esse também é o entendimento da professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2008, p. 154):

Assim como se dá quando uma nova norma penal mais benéfica revoga a anterior, também é possível sustentar a possibilidade de se aplicar a nova interpretação legal mais favorável ao réu aos fatos a serem julgados, mesmo tendo ocorrido antes da mudança de entendimento.

A emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime para condenados em crimes hediondos revela cabalmente a possibilidade da aplicação da jurisprudência *in bonam parte*.

### **3.2. Aplicação da Jurisprudência versus Violação de Princípio da Legalidade Penal**

É valor fundamental e característico de um Estado democrático de Direito e de enorme relevância para o Direito Penal o postulado da legalidade. Sem dúvida alguma, cuida-se do principal corolário da segurança jurídica, pois constitui uma garantia para conter arbitrariedades do Estado frente ao povo.

O princípio da legalidade, como sabido, encontra-se petrificado no art. 5.º, II, da Constituição da República, com a seguinte dicção: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Também se extrai do art. 5.º, XXIX, do mesmo Documento Constitucional, e no art. 1.º do Código Penal, o princípio em voga: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A garantia da legalidade tem lugar de destaque no decreto n.º 678 de 1.992 - Convenção Americana Sobre Direitos Humanos -, no seu art. 9.º, ao dispor que:

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

No século das luzes, Cesare Beccaria (2000, p. 20) já levantava a bandeira do postulado da legalidade:

Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

Ao seu turno, Néelson Hungria (1949, pp. 9 e 10) brindou a comunidade jurídica com suas explicações a respeito do princípio da legalidade:

Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: êsse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, *a parte objecti* e *a parte subjecti*, a uma das *figuras delituosas* anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da *licitude jurídico-penal*.

Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 41) também tece palavras a respeito. São os seus ensinamentos:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Como se depreende dos ensinamentos do autor, incumbe ao Estado legislador o trabalho de criar leis suficientemente claras e precisas, de forma a torná-

las acessíveis ao público as condutas a serem evitadas pelos cidadãos, caso contrário estar-se-ia dando azo à insegurança jurídica, à arbitrariedade, às injustiças, e a outras pesadas consequências.

Dessa forma, não se admite que o legislador faça uso de linguagens mortas, estranhas ou inteligíveis ao povo, de modo a excluí-lo do debate público, quando da criação de leis, tampouco deve deixar de publicizá-las.

Para tanto, Nilo Batista<sup>6</sup> traz uma concepção material da legalidade que deverá ser seguido pelo legislador quando da elaboração de uma lei. Tal concepção se subdivide em quatro vertentes, a saber: a) não há crime nem pena sem lei; b) não há crime nem pena sem lei escrita; c) não há crime nem pena sem lei estrita; e d) não há crime nem pena sem lei certa.

A primeira vertente (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) preconiza que ninguém poderá ser condenado por crime que, ao tempo da conduta ou omissão, não esteja previamente tipificado em lei. Por seu turno, a segunda vertente (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*) estabelece que não se admite a criação de tipos penais incriminadores decorrentes dos costumes. Pela terceira vertente do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), proíbe-se a utilização da aplicação da analogia *in malam partem*, ou seja, vedada é a adoção de lei prejudicial reguladora de casos semelhantes ao réu por conta de lacuna normativa,. Por fim, tem-se a quarta e última vertente (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) que traduz na proibição de leis obscuras, ambíguas, imprecisas, já que acarretam injustiças e arbitrariedades irremediáveis, não devendo deixar de ser taxativa.

É indiscutível a relevância do princípio da legalidade ao Direito Penal para a concretização das garantias fundamentais dos cidadãos impostas pela Carta Maior, visto que derivam dele, conforme a doutrina de Luiz Regis Prado (2014, pp. 42 e 43), “as garantias criminal e penal, jurisdicional e penitenciária ou de execução, irretroatividade da lei penal e sua exceção e o princípio da taxatividade ou da determinação”.

---

<sup>6</sup> BATISTA, Nilo (1996, p.66) apud GRECO, Rogério, Direito Penal do Equilíbrio, 6ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.142.

Muito se questiona se a aplicação da jurisprudência estaria ofendendo ou não o princípio da legalidade. Para responder a essa indagação, deve-se levar em consideração se há ou não uma lei vigente quando do emprego da jurisprudência<sup>7</sup>.

Não há falar em ofensa ao princípio da legalidade penal quando houver a utilização de entendimento jurisprudencial no sentido de dar interpretação aos textos poucos claros da lei em um determinado caso concreto. Entre outras palavras, por ser a jurisprudência o resultado da interpretação de dispositivos legais ensejadores de incertezas ou ambiguidades, não se pode cogitar em eventual violação.

No entanto, se a jurisprudência está no sentido de solucionar questões não previstas em lei decorrentes da omissão do legislador, ou no sentido de buscar atender demandas sociais que ficam paralisadas no Congresso Nacional, resta evidente que, nesses casos, estar-se-ia criando direito, o que viola não só o primado da legalidade como o da reserva legal.

Malgrado a existência de transgressão ao princípio constitucional da legalidade, insta rememorar que a aplicação da jurisprudência, ao mesmo tempo, privilegia outros princípios magnos do Estado democrático de Direito, como sabido, a igualdade, a segurança jurídica, a dignidade humana, entre outros.

---

<sup>7</sup> Convém assinalar, a título de reforço, que o art. 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é peremptório ao dizer que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, deixando de citar a jurisprudência.

#### **4. ALGUMAS JURISPRUDÊNCIAS MARCANTES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Nessas últimas décadas, principalmente após a promulgação da Constituição Federal vigente, o Poder Judiciário tem sido acionado constantemente para resolver conflitos ou atender demandas que não foram contempladas pelo processo político majoritário, culminando assim naquilo que se tem denominado de “fenômeno da judicialização das relações sociais e políticas no Brasil”.

Atualmente, os pronunciamentos judiciais, mormente os dos Tribunais Superiores, têm papel bastante importante na aplicação do Direito, haja vista a força persuasiva e normativa que deles dimanam. Dessa forma, para qualquer um que venha a transitar no mundo jurídico, a elucubração acerca dos institutos, conceitos e métodos deve ser realizada, muitas vezes, sob a perspectiva da interpretação jurisprudencial dos tribunais.

Com isso, tendo em mente a relevância dos estudos de precedentes jurisprudenciais para a operacionalização do Direito contemporâneo no Brasil, a título ilustrativo, foram selecionadas três paradigmáticas jurisprudências penais das Cortes Superiores que têm contribuído, de certa forma, para o processo de transformação do Direito Penal.

##### **4.1. A Progressão de Regime nos Crimes Hediondos**

Em 1984, a República brasileira atravessava por mudanças políticas importantes: foi o início da transição democrática que significou a destituição dos militares do poder após 21 anos de ditadura e, ao mesmo tempo, a inauguração de grandes movimentos sociais organizados, inclusive com forte participação do povo nos processos decisórios do Legislativo, o que culminou na elaboração da atual Constituição Federal em 1988.

Para o Direito Penal, aquele ano também foi de grande relevância, pois foram editadas as afamadas leis da reforma da Parte Geral do Código Penal

brasileiro (Lei n.º 7.209) e de Execução Penal (Lei nº 7.210), com vistas a atender às novas exigências da sociedade que se encontrava numa situação de vulnerabilidade criminal.

Ao ganhar o Direito Repressivo uma nova roupagem, veio a lume o instituto da progressão de regime nas penas privativas de liberdade (Código Penal, art. 33, § 2º e Lei de Execução Penal, art. 112). Segundo a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, a finalidade desse sistema consistia no seguinte:

A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

O legislador, portanto, inseriu o sistema de cumprimento de penas privativas de liberdade de forma progressiva no arcabouço jurídico-penal com o escopo de buscar um alinhamento mais humanitário e ressocializador, tendo em consideração a adequação do Direito Penal Brasileiro à sistemática internacional. Cumpre salientar, no entanto, que essa escolha do legislador também foi, inegavelmente, impulsionada pela patente superlotação e falência do sistema penitenciário naquela época.

Tempos depois, o país testemunhou a ocorrência de uma onda de crimes de cunho patrimoniais, em especial a extorsão mediante sequestro, praticados por incipientes facções criminais que buscavam levantar capitais para se fortalecerem. Tais atos obviamente causaram grande repercussão nacional, e o povo começou a clamar por medidas mais eficazes.

A questão foi levada e discutida em Assembleia Constituinte quando da elaboração da Constituição Federal de 1998. Sob a pressão da mídia e da população, o constituinte então inseriu o inciso XLIII no art. 5.º do referido Documento Constitucional, com a seguinte dicção:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]

**XLIII** - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;  
[...]

Em 25 de julho de 1990, foi promulgada a lei que cuida dos crimes hediondos - Lei n.º 8.072 -, dispondo, no § 1º do art. 2.º, que a pena dos crimes hediondos e dos crimes equiparados a hediondo serão cumpridos em regime integralmente fechado, proibindo, nessas hipóteses, a progressão do regime que até então vigente.

Logo, vozes dos mais variados setores da sociedade, mormente da comunidade jurídica, ecoaram na defesa de eventual inconstitucionalidade do dispositivo supracitado. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o § 1º do art. 2.º da Lei n.º 8.072 estava em consonância com discurso jurídico-constitucional e declarou a sua constitucionalidade quando julgou o Habeas Corpus n.º 69.657, em 1992. O assunto então foi pacificado.

Mais tarde, em abril de 1997, foi criada a Lei n.º 9.455, que trata do crime de tortura, prevendo, no § 7.º do art. 1.º, a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena. Por conta disso, veio à tona novamente o assunto da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da lei de crimes hediondos por violação do princípio da igualdade, posto que o crime de tortura era tido como crime equiparado a hediondo. A questão mais uma vez foi judicializada.

Ao receber novamente a indagação, a Corte Constitucional permaneceu com entendimento contrário à tese que defendia a progressão de regime de cumprimento de pena aos crimes hediondos. Eis alguns fundamentos da referida Corte:

**Habeas Corpus n.º 76543** - Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Concurso de Agentes. Pena-Base. Majoração da Pena (artigos 12,14 e 18, III, da Lei n. 6.368/76). Regime de cumprimento de pena: integralmente fechado (Leis n. S 8.072/90, art. 1º, e 9.455/97, art. 1º, § 7º). Artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo. Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave. A Constituição Federal, no art. 5º,

inc., XLIII, ao considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos. Nada impedia, pois, que a Lei n. 9.455/97, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado. (STF, HC 76543/SC, DJ de 17/4/1998)

O órgão cimeiro do Poder Judiciário manteve seu posicionamento em outro julgado de Habeas Corpus:

**Habeas Corpus n.º 76543/SC** - Direito constitucional, penal e processual penal. Tráfico de Entorpecentes. Concurso de agentes. Pena-base. Majoração da pena (artigos 12,14 e 18, III, da lei nº 6.368/76). Regime de cumprimento de pena: Integralmente fechado (leis nºs. 8.072/90, art. 1º, e 9.455, de 07.04.1997, art. 1º, § 7º). Art. 5º, XLIII, da C. F. (...) 3. Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado. A Constituição Federal, no inc. XLIII do art. 5º, estabeleceu: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena. A Lei nº 8.072, de 26.07.1990, aponta, no art. 1º, os crimes que considera hediondos (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e genocídio; tentados ou consumados). No art. 2º acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória. E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos. 4. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º, esclarece:"o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado". Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início. Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo. Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas. 5. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo. Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como

intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave. 6. A Constituição Federal, no art. 5º, inc. XLIII, ao considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos. Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado. Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade. (HC 76543/SC, Habeas Corpus, Relator (a): Min. Sydney Sanches, Julgamento: 3/3/1998, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 17/4/1998.)

Cada vez mais foi se consolidando o entendimento daquela Casa acerca do assunto:

**Habeas Corpus n.º 76371/SP** - "Direito Constitucional, Penal E Processual Penal. Crime de latrocínio. Regime de cumprimento de pena: Integralmente fechado. Inaplicabilidade da lei nº 9.455, de 07.04.1997, à hipótese. 1. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, no parágrafo 7º do art. 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. 2. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei nº 8.072, de 26.7.1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, parágrafo 1º), inclusive o de latrocínio, como é o caso dos autos. 3. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política. 4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do STF, no julgamento do "H. C." nº 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos. 5. "H. C." indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator. (HC 76371/SP, Habeas Corpus, Relator: Min. Marco Aurélio, Rel. Acórdão, Min. Sydney Sanches, Revisor Min. Julgamento: 25/03/1998, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Posteriormente, diante das discussões sobre o tema e com objetivo de pacificar o assunto, a Suprema Corte editou a súmula n.º 698, *in verbis*: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura".

O veredito sobre a manutenção do regime integralmente fechado para os crimes hediondos e aos equiparados a hediondos dado pelo pleno do Tribunal

Constitucional não foi enxergado com bons olhos pelo Executivo, ao alegar que esse sistema só trazia prejuízos para os interesses públicos, tais como superlotação carcerária, gastos exorbitantes com os presidiários, insuficiência de recursos para investir noutras áreas da administração pública etc. Notadamente, isso causou mal-estar entre os dois poderes.

Em 26 de fevereiro de 2006, submete-se o Supremo Tribunal Federal à apreciação do Habeas Corpus n.º 82.959-7/SP, tendo o paciente e impetrante sido acusado pela prática do delito previsto no art. 214, cc. arts. 224, § 1º, I, 226, III, e 71, todos do Código Penal.

Surpreendentemente, após 15 anos defendendo a constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, o órgão de cúpula do Judiciário, mudando o seu entendimento, declarou a inconstitucionalidade do referido artigo. Eis os fundamentos do então relator do emblemático julgamento:

Esta matéria conduziu-me a afetar, na forma prevista no artigo 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se a o cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

[...]

Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do "mal pelo mal causado" e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

[...]

Assentar-se a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena e passo demasiadamente largo implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei e da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado

sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja muito menos a sociedade que um dia mediante o livramento condicional ou, o mais provável o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir mas para atuar como um participante do contrato social observados os valores mais elevados que o respaldam.

E finaliza da seguinte forma:

Por ultimo, ha de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas aqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8 072/90 e dentre elas não e dado encontrar a relativa a progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente a fiança a graça e a anistia para em inciso posterior (XLVI) assegurar de forma abrangente sem excepcionar esta ou aquela pratica delituosa a individualização da pena Como então entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou as ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI) Indaga-se e possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional esta contida no elenco das garantias constitucionais conduzindo, por isso mesmo a ilação no sentido de que a contrario sensu, as demais ações ficam sujeitas a regra geral da prescrição O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne a extensão pela Lei em comento do dispositivo atinente a clemência ao indulto quando a Carta em norma de exceção apenas rechaçou a anistia e a graça - inciso XLIII do artigo 5º.

Destarte tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei 8072/90, no que dispõe que a pena imposta pela pratica de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida integralmente no regime fechado. (HC 82.959/SP, Habeas Corpus, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Julgamento: 23/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Cabe registrar que o controle de constitucionalidade, no vertente caso, foi exercido de forma difusa e em caráter incidental, não tendo, portanto, eficácia *erga omnes*. Todavia, tendo em vista a enxurrada de *writs* que chegavam àquele tribunal, o ministro Gilmar Ferreira Mendes requereu a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, ou seja, que os efeitos do julgamento do Habeas Corpus n.º 82.959/SP fossem estendidos aos demais casos.

Obviamente que isso causou um desconforto entre os poderes Legislativo e Judiciário, bem como na área doutrinária, pois até então somente se poderia fazer a transposição dos efeitos por meio do o art. 52, X, da Constituição Federal.

Além de ter atendido ao pedido do referido ministro, a Corte estabeleceu que, para que fosse agraciado com a progressão de regime, o condenado deveria respeitar os critérios subjetivos e objetivos da Lei de Execução Penal, que eram, no momento, o merecimento do condenado e o cumprimento inicial de 1/6 (um sexto) da pena no regime fechado.

No ano seguinte, em 28 de março de 2007, de forma a situar a norma em consonância com os preceitos da Constituição da República, foi editada às pressas a Lei n.º 11.464, dispondo como requisito objetivo da progressão de regime 2/5 (dois quinto) de cumprimento de pena para réus primários e 2/3 (dois terço) para reincidentes.

Por se tratar de lei que piorava a situação do condenado - *novatio legis in pejus* - em detrimento da autorização dada pelo Supremo Tribunal Federal, após a declaração de inconstitucionalidade, de possibilitar a progressão de regime com 1/6 (um sexto) de cumprimento de pena, é imperioso que se proceda conforme o art. 5.º, XL, da Constituição Federal, isto é, que se aplique o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Em sessão plenária de 16 de dezembro de 2009, foi editada a súmula vinculante n.º 26 pela Suprema Corte, que dispõe sobre a inconstitucionalidade do art. 2.º da lei de crimes hediondos para fins de progressão de regime, contendo a seguinte redação:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Ao positivar esse novo entendimento jurisprudencial, o Supremo Tribunal da República sinalizava pela possibilidade da progressão de regime a toda e qualquer espécie de crime, ainda que revestido de hediondez, com intuito de privilegiar princípios corolários da dignidade humana, tais como o da individualização da pena, individualização da execução e proporcionalidade.

## 4.2. O Uso de Algemas à Luz da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Fundamentais

Dentre as súmulas vinculantes de natureza criminal editadas pelo Supremo Tribunal Federal até a presente data, o enunciado n.º 11, que versa sobre o emprego de algema de forma excepcional pelo Estado, talvez seja a que mais tem causado polêmica.

A referida súmula de eficácia obrigatória, que foi editada por unanimidade no dia 13 de outubro de 2008, integrando a ata da 20.<sup>a</sup> sessão ordinária do plenário, teve os seguintes debates e fundamentos, a começar com o então ministro relator Marco Aurélio Mello:

Mencionei, Presidente, como referências, em primeiro lugar, o diploma primário, o diploma básico - a Constituição Federal -, aludindo ao artigo 1º, que versa os fundamentos da República e revela, entre esses, o respeito à dignidade humana. Também fiz alusão, sob o ângulo constitucional, a outra garantia: a garantia dos cidadãos em geral, dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil com respeito à integridade física e moral. Em última análise, mencionei o inciso XLIX do artigo 5º a revelar que há de se respeitar a integridade física e moral do preso. Lastimavelmente, no Brasil, considerados os danos, a responsabilidade civil, administrativa e até a penal ainda engatinham. Remeti, também, a preceito que torna claro que consubstancia tipo penal o abuso de autoridade. Mais do que isso: o Tribunal, tendo em conta o precedente a que me referi, assentou que o próprio Código de Processo Penal contém dispositivo que, interpretado, sob o ângulo teleológico, do objetivo da norma, conduz ao afastamento do uso abusivo das algemas.

Nessa linha de pensamento, o então ministro Carlos Ayres Britto:

O que a redação consagra é a tese da excepcionalidade do emprego de algemas. Essa tese que arranca diretamente da Constituição está explicitada, está consagrada na proposta de redação, porque a Constituição é que diz com todas as letras, art. 5º:

“III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” Esse tratamento degradante significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial.

[...] Depois, a Constituição, não satisfeita com essa determinação em prol da dignidade da pessoa humana, diz no inciso XLIX do mesmo art. 5º:

“XLXI - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”

E não há dúvida de que o uso das algemas exacerba o estado de privação da liberdade com conseqüências de ordem física e de ordem moral.

Não podemos, porém, perder de vista, sobretudo quando a prisão se dá em flagrante, que num contexto de segurança pública os agentes policiais não podem perder jamais o que se poderia chamar de prudente arbítrio para

saber se a situação é exigente ou não da quebra dessa excepcionalidade, mas sempre no pressuposto de que o uso das algemas é excepcional.

Convém trazer à baila, no tange à matéria abordada, alguns precedentes que corroboraram o entendimento para edição do enunciado da súmula n.º 11 pelo Pretório Excelso.

Dentre os principais precedentes, cabe mencionar a apreciação do Habeas Corpus n.º 71.195-2/SP, da 2.ª turma do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 25 de outubro de 1994, que foi impetrado com fim de impugnar o indeferimento de protesto por novo júri. Ainda que tenha havido decisão unanimemente denegatória de ordem de Habeas Corpus, o caso serviu para assentar o entendimento naquela Corte de que o uso de algemas só se justifica quando não há outro meio menos gravoso para alcançar a finalidade visada.

Outro emblemático julgamento ocorreu no Habeas Corpus n.º 89.429-1, de 22 de agosto de 2006, em que o impetrante visava não ser algemado durante sua locomoção desde a superintendência da Polícia Federal em Brasília até ao prédio do Superior Tribunal de Justiça. Eis alguns trechos da fundamentação que concedeu ao paciente o salvo-conduto:

O que não se admite, no Estado democrático, é que elas passem a ser símbolo do poder arbitrário de um sobre outro ser humano, que elas sejam forma de humilhação, que elas se tornem instrumento de submissão juridicamente indevida de alguém sobre o seu semelhante. Nem, ao menos, então, seria uma pena, mas uma forma de punição sem lei que a fundamente e, o que é mais e pior, sem causa específica e sem reparação moral possível para os danos que a imagem do preso teria arcado.

Vivemos, nos tempos atuais, o Estado espetáculo. Porque muitos velozes e passáveis, as imagens têm de ser fortes. A prisão tornou-se, nesta nossa sociedade doente, de mídias e formas sem conteúdo, um ato deste grande teatro que se põe como se fosse bastante a apresentação dos criminosos e não a apuração e a punição na forma da lei. Mata-se e esquece-se. Extinguiu-se a pena de morte física. Mas instituiu-se a pena de morte social. [...]

As algemas, em prisões que causam grande estardalhaço e comoção pública, cumprem, hoje, exatamente o papel da infâmia social. E esta é uma pena que se impõe antes mesmo de se finalizar a apuração e o processo penal para que se fixe a punição necessária para que sociedade imponha o direito a que se deve submeter o criminoso.

Se a prisão é uma situação pública - e é certo que a sociedade tem direito de saber quem a ela submete - é de se acolher como válida juridicamente que se o preso se oferece às providências policiais sem qualquer reação que coloque em risco a sua segurança, a de terceiros e a ordem pública não há necessidade de uso superior ou desnecessário de força ou constrangimento. Nesse caso, as providências para coagir não são uso,

mas abuso de medidas e instrumentos. E abuso, qualquer que seja ele e contra quem quer que seja, é indevido no Estado democrático.

A Constituição da República, em seu art. 5º, inc. III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto de garantias fundamentais. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos que se encontrem em iguais condições, na forma da lei.

[...]

Não tenho, pois, como sendo possível de ser arbitrário o uso de algemas no Brasil; menos ainda considero essa uma providência aleatória ou possível de ser adotada sem motivação expressa e clara e, menos ainda, sem observância dos princípios que regem as instituições democráticas que se hão de cumprir. (HC 89.429-1/RO, Habeas Corpus, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 22/08/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma)

Também merece destaque o julgamento do Habeas Corpus n.º 91.952-9/SP, no dia 07 de agosto de 2008, sob relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, no qual o paciente alegava nulidade processual em razão de ter permanecido algemado durante a sessão do júri. São os fundamentos da decisão, que anulou, de forma unânime, o julgamento do tribunal do júri:

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais - artigo 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral - inciso XLIX. Versa o inciso LXI, como regra, que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

[...]

Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta HC 91.952/SP periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados suggestionados.

A ausência de norma expressa prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e as mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera. Não bastasse a clareza vernacular do artigo 284, a afastar o emprego de força, tomada esta no sentido abrangente - ante abusos de toda sorte, vendo-se, nos veículos de

comunicação, algemadas pessoas sem o menor traço agressivo, até mesmo outrora detentoras de cargos da maior importância na República, em verdadeira imposição de castigo humilhante, vexaminoso -, veio à balha norma simplesmente interpretativa, e, portanto, pedagógica, específica quanto à postura a ser adotada em relação ao acusado na sessão de julgamento pelos populares, pelos iguais, alfim, pelo Júri. A recente Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, ao implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, tornou estreme de dúvidas a excepcionalidade do uso de algemas. (HC 91.952-9/SP, Habeas Corpus, Relator (a): Min. Marco Aurélio Mello, Julgamento: 07/08/2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Foi exatamente neste último julgamento que sucedeu a deliberação para a criação do enunciado da súmula vinculante n.º 11. Eis a sua redação que tem causado tanto celeuma no meio jurídico:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Há membros do Congresso Nacional que entendem que a súmula vinculante n.º 11 padece de inconstitucionalidade por haver vício de natureza formal quando da sua elaboração. Segundo eles, nesse caso, o vício é caracterizado pela não observância de número mínimo de precedentes que autorizam a formulação de enunciados sumulares vinculantes.

Outros acreditam que a sua criação foi motivada pelos diversos delitos - “colarinho branco” - praticados por políticos, advogados e funcionários públicos de alto escalão, durante o interregno de três ou quatro anos anteriores à deliberação que aprovou o texto sumular pelo pleito da Suprema Corte, com o fim de impedir a exibição e a divulgação, pela mídia, do aprisionamento desses réus com as temíveis pulseiras de ferro.

Não obstante as discussões em apreço, pode-se deduzir que o uso de algema não constitui abuso de autoridade. Ademais, se o ordenamento jurídico brasileiro permite a prisão provisória, que é medida mais gravosa, não há porque desautorizar a utilização desse mecanismo que significativamente auxilia na prevenção do uso da força policial.

Há de se convir, entretanto, que o seu uso indiscriminado e arbitrário pode configurar procedimento vexatório, violando dessa forma a dignidade humana, a imagem e a presunção da inocência do agente, além de ocasionar nulidades dos atos.

#### **4.3. Princípio da Insignificância nos Crimes contra a Administração Pública**

O Direito Penal somente deve ser acionado quando houver relevante ofensa ou perigo de lesão aos bens jurídicos mais valiosos do homem, tendo em consideração os princípios que o norteiam, a saber, intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade.

Dessa forma, não pode o sistema jurídico-penal se ocupar de bagatelas, justamente pela irrelevante lesão jurídica ao bem tutelado. Em se tratando de crimes de bagatela, os magistrados têm aplicado como fundamento para excluir ou afastar a tipicidade penal o princípio da insignificância.

Criado por Claus Roxin, em 1964, o princípio da insignificância, ou criminalidade de bagatela, tem sido aplicado corriqueiramente pela jurisprudência nacional, principalmente no que se refere às infrações de cunho patrimonial de pouca monta, quando não há violência ou grave ameaça, e de lesão corporal de pouquíssima gravidade.

Por conta da ausência de previsibilidade e pela aplicação em larga escala, o Pretório Excelso, a partir de uma paradigmática decisão proferida no Habeas Corpus n.º 84.412/SP, criou requisitos a serem demonstrados quando da utilização do princípio da insignificância, cuja ementa segue transcrita logo abaixo:

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal

reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412, Habeas Corpus, Relator (a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 19/10/2004, Órgão Julgador: Segunda Turma)

Em que se pese o reconhecimento da aplicação do princípio da insignificância nas infrações cometidas contra particulares, a grande questão hoje repousa na possibilidade ou não do seu emprego quando se tratar de crimes cometidos contra a Administração Pública (Código Penal, art. 312 e seguintes).

O assunto tem causado divergência entre os Tribunais Superiores: atualmente, o Superior Tribunal de Justiça entende não ser possível a aplicação do referido princípio, ao passo que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a sua utilização.

Os motivos que levam a jurisprudência da Excelsa Corte a permitir a aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública podem ser observados nos seus acórdãos decorrentes dos vários recursos extraordinários interpostos. Dentre eles, convém citar o Habeas Corpus n.º 87.478/PA:

HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQÜÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE.

1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar.
2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinqüenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário.
3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela

decorrentes. Ordem concedida. (HC 87.478/PA, Habeas Corpus, Relator (a): Min. Eros Grau, Julgamento: 29/08/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma)

Também, merece destaque os fundamentos do Habeas Corpus n.º 89.624/RS de 2006 que indeferiram, por ausência de justa causa, a ação penal militar, tendo em vista a inexistência de lesão ao bem juridicamente tutelado, transcritas a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL MILITAR.

1. Os bens subtraídos pelo Paciente não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado.

É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

2. Recurso provido. (RHC 89.624/RS, Habeas Corpus, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 10/10/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem se posicionado contrário à possibilidade da incidência do princípio em voga quando se tratar de crimes contra a Administração Pública. Conforme se verifica da doutrina de Cleber Masson (2011, p. 576), o entendimento do Tribunal da Cidadania é a de que a moralidade administrativa nesse caso fica comprometida:

O Superior Tribunal de Justiça não admite a incidência do princípio da insignificância, ou da criminalidade de bagatela, nos crimes contra a Administração Pública, incluindo-se o peculato. Esta posição encontra seu nascedouro na violação da moralidade administrativa, que é violada mesmo quando a lesão patrimonial apresenta ínfima dimensão.

O supracitado autor (2011, p. 576) ainda menciona o recurso especial 655.946/DF, que foi julgado do seguinte modo por aquele tribunal:

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido de sua efetiva lesividade ao bem jurídico pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

Hipótese em que o recorrente, valendo-se da condição de funcionário público, subtraiu produtos médicos da Secretaria Municipal da Saúde de Cachoeirinhas-RS, avaliados em R\$ 13,00.

“É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável afirmação do desinteresse estatal à sua repressão” (REsp 655.946/DF, Relator (a): Min. Laurita Vaz, Julgamento: 26/03/2007, Órgão Julgador: 5.ª Turma)

Mais tarde, em 2011, o Superior Tribunal de Justiça voltou a se manifestar contrariamente à aplicação do princípio da insignificância no Habeas Corpus n.º 165.725/SP, com pedido liminar, sendo o paciente um funcionário público que fora acusado de ter subtraído um farol de milha de um veículo do Poder Público. Eis o teor do referido acórdão, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM O INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A nulidade pela ausência de abertura de prazo para oferecimento da defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal tem natureza relativa, devendo ser arguida tempestivamente e com demonstração do prejuízo, sob pena de preclusão.

2. Se a denúncia se fez acompanhar do inquérito policial, também fica afastada a existência de nulidade pela falta de defesa prévia, conforme a dicção da Súmula n.º 330 do Superior Tribunal de Justiça.

3. No caso concreto, a Defesa silenciou acerca do tema durante todo o iter processual, vindo a alegar a mácula tão somente por ocasião da impetração do presente habeas corpus, dirigido contra o acórdão - já transitado em julgado - proferido na apelação.

4. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

5. Ordem denegada. Pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado. (HC n.º 165.725/SP, Habeas Corpus, Relator (a): Min. Laurita Vaz, Julgamento: 16/6/2011)

No ano subsequente, no julgamento do recurso especial n.º 1275835/SC, a 5.ª turma do Superior Tribunal Justiça negou provimento ao agravo regimental, ao priorizar a moralidade da Administração Pública em detrimento do valor do bem tutelado. Eis a decisão, *in verbis*:

STJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O entendimento firmado nas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1275835/SC, Relator (a): Min. Adilson Vieira Macabu, Julgamento: 11/10/2011, Órgão Julgador: Quinta Turma)

Certo é que a polêmica em apreço decorre da peculiaridade do bem jurídico protegido. Nesse embate, como se sabe, não estão em jogo apenas aspectos patrimoniais, mas também morais e probos que permeiam a Administração Pública, bem como o decoro do funcionário público no desenvolvimento de suas atividades.

Embora ainda esteja em construção a teoria da insignificância, deve-se haver a consonância entre os entendimentos dos órgãos cimeiros do Judiciário nacional. As divergências exacerbadas dos Tribunais Superiores a respeito da possibilidade, ou não, da utilização do princípio da criminalidade de bagatela nos delitos cometidos contra a Administração Pública colocam em risco à dignidade humana dos jurisdicionados, ao valor intangível da segurança jurídica, ao tratamento igualitário devido, dentre outras odiosas consequências.

## 5. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A destacável atuação institucional do Judiciário durante as últimas décadas, estimulado principalmente pelas ações do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, dispensando o conservadorismo que sempre estivera presente, tem estado em voga nos diversos setores da sociedade civil brasileira.

Com isso, tem-se indagado veementemente se o papel muito ativo desempenhado pelo Poder Judiciário não estaria usurpando funções do Poder Legislativo, atentando deste modo contra o princípio republicano da divisão harmônica de poderes, previsto no art. 2.º da Constituição Federal.

A discussão evidentemente é tormentosa. Todavia, entende-se que a resposta para essa indagação deve ser negativa. No Direito contemporâneo, diante da complexidade e da dinamicidade da vida em sociedade, torna-se desmitificada a ideia de haverem poderes totalmente independentes, como ocorria no século XVIII, quando os juízes apenas legitimava a produção legislativa. A postura de onipresença do Judiciário na atual cena nacional decorre da omissão ou da inércia do próprio Legislativo, ao deixar de criar leis ou regras para determinada situação.

Num Estado no qual vigora uma Constituição demasiadamente analítica como a atual Carta Magna brasileira de 1998, a vida em sociedade tornou-se inevitavelmente judicializada. O fato de o texto constitucional descer a minúcias provoca aumento de demandas da sociedade, as quais, muitas vezes, não são supridas pelo Poder Legislativo, fazendo com que o Poder Judiciário tenha um comportamento proativo no cotidiano político e social do Brasil.

Parafraseando Kazuo Watanabe, Luiz Flávio Gomes (1997, p. 470) afirma que o Judiciário:

[...] passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do Direito, como o contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais e protegem o meio ambiente, o consumidor e outros interesses difusos e coletivos.

Como não poderia ser de outra forma, o Direito Penal também tem sido pano de fundo para a ascensão do Poder Judiciário. Por exercer o atual Documento Constitucional um forte papel garantista, inúmeras causas criminais são levadas diuturnamente à apreciação do Judiciário, principalmente ao Superior Tribunal de Justiça, vez que é, por atribuição constitucional, responsável pela uniformização da interpretação da lei penal brasileira.

Igualmente, por estarem intimamente relacionadas com os direitos fundamentais, muitas questões de natureza criminal também têm sido levadas ao Supremo Tribunal Federal, já que este foi constitucionalmente designado como guardião da Constituição.

A título exemplificativo, no passado recente, em 2012, o plenário do Pretório Excelso debateu se a interrupção de fetos anencefalos configuraria ou não crime de aborto. Atualmente, os ministros da Suprema Corte discutem sobre a constitucionalidade ou não do art. 28 da Lei n.º 11.343 de 2006 - Lei de Drogas -, que classifica como crime a posse de drogas para consumo pessoal. E, em algum lugar de um futuro próximo, esse mesmo tribunal provavelmente se pronunciará sobre a possibilidade ou não de redução da maioria penal.

Num país onde o índice de criminalidade têm níveis acima da média mundial, fica fácil perceber por que a ingerência do Judiciário no Direito Penal brasileiro ocorre com acentuada frequência, fazendo com que a sua atuação seja destacada e decisiva. O raio de ação na seara penal se expande ainda mais por conta de ainda estar o Direito Penal tutelando bens que não deveriam ser de sua alçada, notadamente aqueles previstos na Lei de Contravenções Penais.

Muito embora entendam ser o Judiciário o fator de equilíbrio institucional, o seu protagonismo no atual desenho democrático da República brasileira deve ser enxergado com certa prudência, posto que a autonomia dos juízes togados não é um direito absoluto. A atitude proativa do Judiciário deve ser limitada, não podendo extrapolar as estritas fronteiras delimitadas pela Constituição Federal em vigor.

A preservação da função precípua do Legislativo, consistente na elaboração de leis que visem regular o Estado, a conduta dos cidadãos e das

organizações públicas e privadas, é de crucial importância para a efetivação do discurso constitucional de 1988.

Não se pode admitir que o Judiciário, órgão que não é composto por representantes do povo, venha a ditar as regras do jogo político. Deve ele, portanto, atuar com respeito diante dos demais poderes, podendo somente ter legitimidade na criação do Direito quando for impreterivelmente necessário para resguardar o regime democrático e os direitos fundamentais.

## 6. CONCLUSÃO

Não precisa ser militante da área criminal para saber que o Direito Penal brasileiro hoje está, filosófica e normativamente, desordenado. A coerência que se espera de um sistema jurídico penal não se faz presente. Há também déficit de eficiência para suprir as novas realidades delitivas frente às transformações contemporânea da sociedade.

O Código Penal de 1940, principal diploma legal que trata a matéria de Direito Penal, é abusivamente patrimonialista, de modo que os bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade restam relegados a segundo plano.

Neste recorte, verificam-se, ainda, inúmeras brechas na legislação que possibilitam o retardamento desarrazoado do feito por parte dos litigantes, propiciando a prescrição da pretensão punitiva e executiva do Estado.

Ademais, os crimes de menor relevância, como aqueles previstos na Lei de Contravenções Penais, não deveriam merecer a atenção do Direito Penal, tendo em vista o princípio norteador da intervenção mínima.

Nomeadamente a justiça criminal, da mesma forma, se encontra fora dos trilhos definidos pela Constituição Federal de 1988: há flagrante desigualdade no tratamento para com os jurisdicionados; a impunidade salta aos olhos da sociedade; a narrativa constitucional da duração razoável do processo não sai do papel; a imprevisibilidade nas decisões judiciais tem causado insegurança jurídica; etc. Enfim, a crise do sistema de justiça repressiva é patente, e aqueles que estão sob as suas garras não tem outra opção senão entregar-se à própria sorte.

Por outro lado, conforme tem se notado no painel do Direito contemporâneo do Brasil, o sistema de precedentes uniformizados se tornou a menina dos olhos do legislador processual, haja vista a ampla gama de benefícios que dele emanam.

Consoante assentado nos estudos ora feitos, a jurisprudência uniforme e contínua proporciona a realização do tratamento isonômico aos jurisdicionados, a concretização do princípio da segurança jurídica, a diminuição das ações pendentes e, conseqüentemente, a duração razoável do processo, dentre outros benefícios.

Sobretudo, não se pode olvidar que a jurisprudência existe no sentido de privilegiar o princípio nuclear da dignidade da pessoa humana, a julgar pela aceitação e a consolidação da eficácia vertical dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, é de se concluir que a aplicação massiva de jurisprudências convergentes e duradouras na seara criminal possibilitará a edificação de um Direito Penal mais justo e eficaz, voltado para a concretização dos sagrados valores e ideais contidos na vigente Constituição Federal.

Evidentemente que a adoção da jurisprudência não resolverá todos os problemas enfrentados pelo sistema penal, em particular pela justiça criminal. Também, o Direito Penal não pode ser, e não será, tido como panaceia do Estado para resolver todos os males que assolam a sociedade brasileira.

Há de se reconhecer, no entanto, que todos os proveitos resultantes da implantação efetiva de um sistema unificado de jurisprudência no âmbito criminal conduzirão o Direito Penal brasileiro rumo ao valor supremo do Direito, o qual é a justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David Araujo; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 15.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

BARROS, Francisco Dirceu. **As 200 Maiores Controvérsias do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2012.

BARROSO, Luís Barroso. **Curso de Direito Contemporâneo**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2000.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 15.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALDEIRA, Felipe. **Comentários à Jurisprudência do STF e do STJ Noticiadas nos Informativos Jurisprudenciais**. Salvador: JusPODIVM, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES Livia; NICOLETTI Juliana. **Vade Mecum Saraiva**. 17.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc](http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc)>. Acesso em 10 Ago. 2015.

DICIONÁRIO de português online. **Michaelis**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=jurisprud%EAncia>>. Acesso em 23 abr. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 22.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 28.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Nagib Slaibi. **Reforma da Justiça**. Niterói: Impetus, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, Direito do Povo**. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Thex, 2000.

IRELAND, Timothy D. **Educação em Prisões no Brasil: Direito, Contradições e Desafios**. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/viewFile/2576/1765>>. Acesso em 13 Mar. 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial: Do Princípio da Legalidade às Súmulas Vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luis Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 6.<sup>a</sup> ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 15.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Rideel, 2012.

JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2**. 6.<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2010.

\_\_\_\_\_. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado parte geral vol. 1**. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Esquematizado parte especial vol. 3**. São Paulo: Método, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Vol. 1**. 8.ª ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2014.

REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos; LENZA Pedro; ALARCÓN Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

VILLELA, Cristiano Pedras; VELLOSO, Leandro. **Jurisprudência Sistematizada do STF e STJ**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2011.