

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL:
UMA RELEITURA INEVITÁVEL QUANTO
À SUA VERTENTE DA LEI CERTA**
*THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW:
AN UNAVOIDABLE RE-READING REGARDING ITS
ASPECT OF CERTAINTY*

Jorge André de Carvalho Mendonça¹
Faculdade Damas da Instrução Cristã

Resumo

No Brasil geralmente nós somos ensinados que a lei penal deve ser certa, porque isso é uma das exigências do princípio da legalidade. Mas nos perguntamos se o legislador é realmente capaz de prever regras precisas, suficientes para resolver de forma clara todos os problemas que surjam no futuro. Para responder à questão, apresentamos uma forma particular de ver a relação entre o *civil law* a lei, afirmamos que a certeza do texto penal é um mito a ser reestudado e sustentamos não ser possível que os magistrados criminais se limitem a aplicar o direito, possuindo função criativa mesmo no sistema de justiça criminal. Finalmente, concluímos que a imprecisão inerente à linguagem deve ser reduzida pela teoria dos precedentes obrigatórios, não pela cobrança ao legislador por algo que ele não é capaz de oferecer.

Palavras-chave

Legalidade penal. Criação judicial do direito. Certeza do texto legal.

Abstract

¹ Doutor em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisador Visitante na Universidade de Duke nos Estados Unidos 2018/2019, com Doutorado Sanduíche no exterior reconhecido no Brasil. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense. Juiz Federal. Contendista e Tutor da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Professor do mestrado da Faculdade Damas. Lattes disponível em <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4453366A6>
E-mail: jandrecm@hotmail.com, telefone 81 99973-1463, endereço: Av. Cais de Santa Rita, 675, ap. 1101, Ed. Píer Duarte Coelho, B. São José, Recife/PE

In Brazil we are usually taught that criminal statutory law must be certain, because that is one of the requirements of the principle of legality. But we wonder if legislator is really able to predict precise rules, good enough to clearly solve all problems which will arise in the future. In order to reply the research question, we present a particular way of studying the link between civil law tradition and statutory law, we affirm that the certainty of criminal statutory law is a myth to be re-studied, and we support that it is not possible for criminal judges to limit themselves only to applying the statutory law, because they also have to create rules even in the criminal system. Finally, we conclude that the vagueness in language must be reduced by binding precedents, not by requiring the legislator for something he is not able to reach.

Keywords

Criminal Legality. Judicial law-making. Certainty in the statutory law.

INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade penal, ao menos na teoria e sob o ponto de vista geral, normalmente não tem sido um grande problema para os países do *civil law*. Ricardo de Brito, por exemplo, embora debatendo sua relação com o Estado democrático de direito, afirma desconhecer a existência de estudiosos que se recusem a apontá-lo como uma espécie de base, que se encontra praticamente imune a questionamentos acerca de sua legitimidade, sendo provável não existir na doutrina do direito penal outro princípio tão unanimemente festejado.²

Para o Brasil o princípio é tão importante que não foi estabelecido apenas no Código Penal, mas também como cláusula pétrea na Constituição Federal. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, da CF); a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF); não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal (art. 1º, do CP); ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime,

² FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. O Princípio da Legalidade Penal e o Estado Democrático de Direito: Do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 363 e 364.

cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória (art. 2º, *caput*, do CP).

Interpretando tais dispositivos, a doutrina tem explicado, *grasso modo*, que o princípio da legalidade pode ser decomposto em quatro funções que exigem o seguinte: 1) lei escrita, com a vedação de crimes e penas pelo costume; 2) lei estrita, sendo proibido o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; 3) lei certa, impedindo-se incriminações vagas e indeterminadas; 4) lei prévia, não se aceitando a retroatividade da lei penal mais gravosa.³ Embora várias questões relevantes girem em torno, sobretudo, das três últimas vertentes, para os fins desta pesquisa nos restringiremos apenas à terceira, concernente à lei certa, e mesmo assim de forma limitada alguns aspectos.

Não obstante saibamos ser contraindicada a citação de manuais gerais para fundamentar pesquisa específicas como esta, aqui abriremos uma exceção, porque nosso objetivo é justamente questionar como o terceiro corolário da legalidade penal ainda vem sendo geralmente ensinado no Brasil.

Para Nucci, a imposição de lei certa, também conhecida como princípio da taxatividade, exige que as condutas típicas, merecedoras de punição, sejam suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida em relação ao seu cumprimento por parte do destinatário da norma. A construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos vagos, diz ele, pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos.⁴

Na mesma linha, Estefam e Gonçalves explicam que a lei penal deve ser concreta e determinada em seu conteúdo, sob pena de gerar incertezas quanto à sua aplicação e, conseqüentemente, provocar indesejável insegurança jurídica. Sustentam a necessi-

³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 68, 70, 74 e 77.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, n.p.

dade de que a lei penal seja taxativa, no sentido de descrever claramente o ato criminoso, de nada servindo se não estiver dotada da clareza e certeza necessárias e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.⁵

Sanches Cunha parece admitir o que ele chama de lei incompleta, mas o faz ligando-a à norma penal que dependa de complemento valorativo ou normativo, não destoando, portanto, da aceitação geral quanto aos elementos normativos do tipo e às normas penais em branco. Por outro lado, ao dar a sua explicação genérica sobre a princípio da legalidade penal, não deixa de enfatizar que a taxatividade e determinação exigem dos tipos penais clareza que não deixe margem a dúvidas, permitindo à população em geral o pleno entendimento do tipo criado,⁶ o que não destoa do entendimento tradicional.

Poderíamos citar vários outros manuais no mesmo sentido, mas vamos ficar por aqui para não cansar o leitor. Acrescentamos apenas, agora já na linha de estudos mais específicos, idêntica posição de Nilo Batista, ao menos até 2007, tratando do princípio da legalidade de forma relacionada a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria penal sem contornos difusos, exigindo o emprego de elementos com precisão semântica.⁷

A questão parece simples se imaginarmos o direito penal isoladamente, como uma área do conhecimento autossuficiente. Se pensarmos apenas na sua teoria não será difícil concordarmos com a exigência de certeza e clareza dos textos legais incriminadores, para que os seus destinatários possam saber exatamente o que é proibido ou não. Em contraste, se o pensarmos na prática, ou mesmo no seu estudo interdisciplinar, parece surgir um grave problema decorrente das limitações humanas, também

⁵ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal esquematizado: parte geral*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016, n.p.

⁶ CUNHA, Rogerio Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*, 7ª edição, Salvador: Juspodivm, 2019, p. 99 e 101.

⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 80 e 81.

inerentes ao legislador, incapaz de previamente regular todos os problemas sociais de forma precisa. Surge, então, o foco da nossa pesquisa: investigar se há ou não necessidade de alguma releitura do princípio da legalidade penal, especificamente no que toca à sua vertente da taxatividade da lei. Para tanto, após apresentarmos uma relação entre a lei e o desenvolvimento histórico do *civil law*, trabalharemos sobre dois supostos pilares dos países desta tradição jurídica: a certeza do texto legal; e a aplicação judicial do direito.

1. A RELAÇÃO ENTRE A FAMÍLIA JURÍDICA DO *CIVIL LAW* E A LEI

Existem muitos critérios para a distinção entre as variadas tradições jurídicas mundiais. Zweigert e Kötz apresentam cinco deles: o desenvolvimento histórico; os modos de pensamento sobre o direito; a existência de certas instituições jurídicas; as fontes do direito; e a concepção religiosa ou política de como a vida econômica e social deveria ser organizada, o último irrelevante para a distinção entre as famílias ocidentais.⁸ Outros critérios poderiam levar em conta o papel do juiz no processo, a maior ou menor possibilidade de exercício do *judicial review*, etc., nem todos, obviamente, relevantes para o nosso tema.

Quando falamos no desenvolvimento histórico das duas principais famílias jurídicas ocidentais, o *civil law* e o *common law*, de forma relacionada à existência de normas abstratas ou concretas, ainda é comum o pensamento de que a tradição de edição de textos legais é exclusiva do primeiro, e em decorrência do direito romano que o originou. Mas não é exatamente isso.

O estudo do *civil law*, desde o século XII, tem sido essencialmente o estudo do *corpus juris civilis* romano, o qual apresentou três componentes principais. O maior foi o Digesto, que era o escrito de juristas do clássico período do direito romano;

⁸ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, HEIN. *Introduction to Comparative Law*. Tradutor Tony Weir. 3a ed. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 68 a 72.

o segundo, o Código, era considerado legislação em nome do imperador, mas não correspondia à edição de normas gerais, e sim a respostas apresentadas para uma questão jurídica surgida no bojo de um conjunto de fatos; por fim, as Institutas equivalia a um manual para os estudantes, com a intenção de fornecer uma introdução ao estudo do direito, ainda que tenha recebido a mesma autoridade legislativa.⁹ A obrigatoriedade deles naturalmente decorria da simples promulgação pelo imperador, mas a diferença para o que hoje entendemos como lei em sentido formal nos parece demonstrar que, ao menos no seu começo, o *civil law* não tinha relação próxima com textos legais abstratos, até porque o direito romano era, no máximo, uma mistura entre respostas concretas, raciocínio jurídico prático e opinião de juristas.

Além disso, o direito romano não foi o único encontrado na Europa Medieval, sendo o direito feudal e costumeiro, na verdade, o direito vivo daquela época. Apenas com a influência dos glosadores, na interpretação e exposição sistemática dos textos romanos, esse direito costumeiro foi paulatinamente reduzido para escritos, os quais, por sua vez, foram submetidos a análises e comentários nas universidades.¹⁰ Todo esse trabalho sobre o direito romano demonstra não só a ausência da ideia de existência de clareza nos respectivos textos, ou mesmo de clareza da interpretação que lhe foi dada, não se podendo falar, já naquela época, em certeza de textos legais.

Na Itália, país do *civil law*, no mínimo até o século XVIII a autoridade das normas era oriunda, em primeiro lugar, dos textos romanos, dos “estatutos” e dos costumes legais, que tinham caráter obrigatório, o que, contudo, somente aconteceria quando a previsão fosse precisa e clara. Depois, vinham os precedentes das Supremas Cortes dos Estados, que também possuíam caráter obrigatório, seguindo-se os precedentes das Supremas Cortes de

⁹ STEIN, Peter G. *The Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law*. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 75.

¹⁰ SAMUEL, Geoffrey. Common Law, In: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006, p. 145.

outros Estados italianos ou europeus, além dos comentários e tratados escritos pelos juristas, os dois últimos sem natureza obrigatória.¹¹ Essa própria forma de hierarquização das normas mais uma vez refletia a noção que se tinha sobre a ausência de certeza de textos “legais”.

Muito interessante notar, igualmente, que naquela época as cortes da região da Toscana, assim como muitas outras cortes italianas, tinham a obrigação de dar os motivos para a conclusão das decisões. E entre os séculos XVI e XVIII elas costumavam usar o mesmo método de argumentação por temas semelhantes para desenvolver ou criar o direito, sendo esse método igualmente utilizado por cortes de outros Estados europeus pertencentes ao mundo do *civil law*.¹²

Foi somente no século XIX que o pensamento foi modificado, com a cultura jurídica do *civil law* passando a identificar o direito com o texto da legislação, partindo da sinonímia entre texto, norma e regra. Interpretar, agora, era o mesmo que descobrir o significado intrínseco ao texto normativo, incorporado e preexistente à atividade hermenêutica, surgindo a afirmação de completude do ordenamento jurídico, quando o direito passou a ser compreendido com um sistema coerentemente completo.¹³

O julgamento com base em precedentes, de acordo com esta nova forma de ver o direito, não seria mais permitido. Exemplo interessante disso está na decisão tomada em 1894, na

¹¹ GORLA, Gino. A decision of the rota Fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “Ball Game”. In: *Tulane Law Review*, 1974-1975, p. 348. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr49&i=388>, acesso no dia 17/12/2018. O autor usou, na parte que deixamos entre aspas, o termo *statutes*, mas não nos parecendo que o fez no sentido de ato oriundo do Poder Legislativo.

¹² GORLA, Gino. A decision of the rota Fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “Ball Game”. In: *Tulane Law Review*, 1974-1975, p. 347 e 349. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr49&i=388>, acesso no dia 17/12/2018.

¹³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36 e 37.

França, no caso *Bossoul v. Laffeuille et comp.*, quando o pronunciamento de uma instância inferior foi invalidado, sob o argumento de não se poder legalmente encontrar bases para a referência do juiz a princípios mencionados em decisão anterior, proferida para outras partes. A decisão invalidada ofenderia o art. 7º, do Código Civil francês,¹⁴ segundo o qual as regras antigas não teriam mais força obrigatória.

Portalis, no seu discurso preliminar ao primeiro esboço do Código Civil francês, em 1801, seguindo os ideais daquele tempo e lugar, dizia que em todos os estados despóticos havia mais juízes e executores do que leis, enquanto estas, em número necessário para lidar com tudo, seriam a marca dos locais onde os indivíduos tinham direitos. Ele entendia, então, ser desnecessário simplificar as leis, para não deixar as pessoas sem regras e garantias.¹⁵

Pouco antes, mas no mesmo ambiente, surgiu o princípio da legalidade penal, como uma garantia jurídico-política do indivíduo contra as eventuais arbitrariedades punitivas, não só por parte dos governos como também por parte dos tribunais,¹⁶ inclusive com maior intensidade do que a sua aplicação em outras áreas do direito, certamente diante das suas consequências mais graves. Mas a grande questão é saber se ele é realmente apto a tudo aquilo que se propôs.

¹⁴ Disponível em

<https://books.google.com/books?id=MUcMAQAAMAAJ&pg=PA392&lpg=PA392&dq=Bossoul+v.+Laffeuille&source=bl&ots=DpsV-ruL4k&sig=llG-zTOdm8pfg-z8Jfi7wqsvgl0&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi149irv6ffAhUEmeAKHb8xCIMQ6AEwBHoECAQQAQ#v=onepage&q=Bossoul%20v.%20Laffeuille&f=false>, acesso no dia 17/12/2018.

¹⁵ Disponível em http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, acesso no dia 18/12/2018, p. 15 e 16.

¹⁶ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 165.

2. O MITO DA CERTEZA DO TEXTO LEGAL

Ao que tudo indica, a ideia da Revolução era ainda mais rigorosa quanto ao sistema de justiça penal. Um dos maiores nomes do iluminismo “criminal”, influenciado por autores franceses como Montesquieu e Rousseau, foi Cesare Beccaria,¹⁷ para quem a autoridade de interpretar leis penais não poderia ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores, tendo igualmente criticado a obscuridade das leis.¹⁸

Mesmo assim, ao contrário do que poderia se pensar, naquele tempo os juízes ainda poderiam interpretar a lei, inclusive fazendo uso da analogia como método de integração da norma jurídica. Isso era até uma necessidade, já que o art. 4º, do citado Código Civil francês, passou a vedar a recusa ao julgamento, proibindo a alegação de ausência, obscuridade ou insuficiência de lei sobre a questão apresentada, inclusive sob pena de condenação do magistrado por denegação de justiça.

Além disso, insta salientar que Portalis não chegava ao ponto de querer consertar e prever tudo. Mesmo naquele tempo, ele já perguntava sobre quem ousaria prescrever imperativamente ao legislador a terrível tarefa de não deixar nada à decisão do juiz. Afirmava, outrossim, que as leis positivas nunca poderiam substituir inteiramente o uso da “razão natural” nos assuntos da vida, diante das necessidades tão variadas da sociedade, da comunicação tão ativa dos homens, de seus interesses tão numerosos e de suas relações tão extensas, o que tornava

¹⁷ Ricardo de Brito A. P. Freitas traça um excelente panorama sobre a formação do conceito de legalidade penal (FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. O Princípio da Legalidade Penal e o Estado Democrático de Direito: Do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 366 a 378).

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradutores J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36 e 40.

impossível ao legislador prever tudo. A função da lei, então, para ele, na verdade, era de estabelecer máximas gerais, não entrando nos detalhes das questões que pudessem surgir em cada assunto, cabendo ao magistrado e ao jurista, penetrado pelo espírito geral das leis, dirigir sua aplicação.¹⁹

Mesmo pouco depois da Revolução Francesa, então, já se sabia da impossibilidade de fechamento total e certeza absoluta do texto legal. A noção geral de ausência de liberdade do juiz, bem como de um direito inflexível ao longo do tempo, não passa de um mito a ser reestudado. Ainda que, sob um ponto de vista formal, não fosse uma época em que se pudesse falar em poder do juiz para criar o direito, era absolutamente impossível ao julgador encontrar na lei todas as respostas prontas, o que não poderia ser diferente no campo criminal, que necessariamente também tinha que trabalhar com linguagem.

Mas não é só. Os países de tradição jurídica do *civil law*, dentre os quais o Brasil, ao longo do tempo, saíram do “Estado Legislativo”, passando ao Estado Constitucional, o que, para Mitidiero, acarretou uma tríplice alteração no que concerne à aplicação do direito: primeiro, a norma deixaria de ser sinônimo de regra, passando a abranger, além dela, também os princípios e os postulados, estes definidores da forma de aplicação de outras normas; segundo, teríamos saído de uma legislação redigida de forma casuística para outra que misturaria a tal técnica casuística com uma técnica aberta; terceiro, deixaríamos de pressupor uma unidade entre texto e norma, sendo reconhecida a sua separação.²⁰ Na prática, porém, não se pode imaginar que a lei, antes do Estado Constitucional, fosse ditada de forma casuística, o que não poderia ter acontecido de forma absoluta nem mesmo no campo criminal.

¹⁹ Disponível em http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, acesso no dia 18/12/2018, p. 16 e 17.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15 a 17.

Aliás, é importante voltar, igualmente, às boas observações de Portalis, que nunca imaginou que o legislador pudesse prever tudo.

Ainda ensina Mitidiero que a teoria cognitivista deu lugar à teoria lógico-argumentativa da interpretação, surgindo uma dissociação entre texto e norma, diante da potencial equívocidade de todos os enunciados linguísticos. Os enunciados são ambíguos, porque apresentam duas ou mais opções de significado, e complexos, porque podem exprimir duas ou mais normas ao mesmo tempo. O texto pode revelar-se equívoco, exigindo individualização, valoração e escolha entre duas ou mais opções de significado. Norma, agora, é o texto interpretado. Segundo ele, a interpretação acarreta sempre uma escolha do intérprete dentre significados alternativos concomitantes e possíveis, havendo maior confiança na concretização judicial do texto legal quanto maior for sua abertura semântica.²¹

Fora do Brasil, Taipa de Carvalho, embora reclamando uma determinabilidade da conduta punível e recusando a utilização de cláusulas gerais na definição de condutas proibidas, termina admitindo, na realidade, ser inevitável, em muitos tipos legais, a utilização de elementos indeterminados, asseverando que basta folhear o CP (Código Penal) para vermos não só como são relativamente frequentes tais elementos, mas também para percebermos, e isso é mais importante para a nossa abordagem, a indispensabilidade da sua utilização.²² Do mesmo pensamento é Zaffaroni, para quem o princípio da legalidade não requer casuismo legislativo, senão apenas a determinação, a mais precisa possível, do relevante penalmente como delito. É uma questão de grau quanto à certeza da punição, porque jamais a lei poderá surgir de forma totalmente acabada, uma vez que sua previsão é sempre abstrata, o que dá lugar a uma certa margem de relativização na concretização

²¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56, 57, 60, 128, 129 e 130.

²² CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 172 e 173.

da aplicação ao caso *sub judice*. A abstração é inerente à previsão legislativa, de modo que, por isso mesmo, não é violadora do princípio da legalidade.²³ Se é assim em Portugal e na Argentina, não seria diferente no Brasil, ou em qualquer lugar do mundo, porque a questão não é jurídica, mas linguística.²⁴

Esta realidade, a exigir uma adaptação da compreensão desta dimensão do princípio da legalidade penal – a que exige lei certa, tampouco pode ser esquecida na leitura da lei processual penal, seja ela simplesmente ritual ou relativa a direitos e garantias individuais. Embora geralmente a exigência de certeza do texto legal esteja mais relacionada à proibição de condutas criminosas, essa certeza não será totalmente alcançável nos textos processuais, como mostraremos adiante, da mesma forma que não será no direito penal. Para Zaffaroni, aliás, não obstante o princípio da legalidade cumpra sua função de primordial importância no plano da tipicidade, não é menos certo que ele se estende a todo limite de punição, abarcando inclusive a lei processual,²⁵ embora para nós nem todos os seus quatro aspectos alcancem os textos que tratam apenas de questões meramente procedimentais.

Em suma, se texto e norma não se confundem, parece-nos claro que é insuficiente garantir a legalidade perante a lei, pressupondo que ela tenha em si uma única norma intrínseca.²⁶ É aí

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general*: Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 140 e 141.

²⁴ Além de possíveis problemas até mesmo com a exigência de lei escrita e prévia, o princípio da legalidade penal, no plano internacional, não impede a atividade interpretativa do tribunal, no âmbito dos artigos cuja redação não seja das mais precisas, tampouco impedindo a sua atividade integrativa, quando houver lacuna do texto normativo (CANTARELLI, Margarida. O Princípio da Legalidade e o Tribunal Penal Internacional, *In*: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 355 e 360).

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general*: Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 140.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77.

que surge a importância dos precedentes, mormente no campo criminal, a despeito de este sistema não ser perfeito, claro. A possibilidade de variadas interpretações sobre o mesmo texto legal termina ofendendo não apenas a confiança das pessoas, como também a igualdade entre elas e a segurança jurídica, ainda mais relevante nesta área do direito.

3. MERA APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO?

Para os formalistas, ou legalistas, os casos são supostamente decididos mediante a aplicação de regras, sem criatividade, sem exercício de discricionariedade, desvinculados de aspectos políticos e sem que se olhe para fora de textos legais convencionais como guia. Para eles, o direito está em um domínio autônomo de conhecimento e técnica, havendo a desconfiança de alguns até com o sistema de precedentes como fonte do direito, por estar ele infectado pela criatividade judicial.²⁷

Embora não se declare integrante dessa categoria formalista, no Brasil ainda existe uma corrente que não concorda com a existência de criatividade judicial, ou, mais precisamente, com a existência de decisão judicial discricionária. Nery e Abboud, por exemplo, sustentam que não existe discricionariedade judicial, argumentando que em um Estado Constitucional a legislação vincula a atuação dos juízes, somente lhes sendo permitido desaplicar a legislação quando reconhecerem a inconstitucionalidade da lei respectiva.²⁸ No mesmo sentido, Costa defende a existência de limites na realização do trabalho do juiz,

²⁷ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 7 e 8.

²⁸ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento de casos concretos, *In: Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n. 93. Belo Horizonte: RBDPro, jan./mar. 2016, p. 243.

com maior prestígio ao método gramatical de interpretação, sob pena de o produto apresentado ser discricionário.²⁹

Ao negarem a discricionariedade eles esquecem, no entanto, de relacioná-la com os espaços abertos deixados pela legislação e com a ausência de certeza do texto normativo. Aceitá-la não significa concordar com a prolação de decisão por critérios de mera oportunidade e conveniência, arbitrariamente *contra-legem*, o que concordamos que deva ser combatido, embora infelizmente seja muito presente na realidade nacional. Significa apenas admitir a inafastável limitação humana, que nos impede, no momento atual, de formular regras claras e suficientes para a solução de todos os conflitos mundo. Tenhamos, apenas como exemplo, o art. 59, do CP. Se pegarmos dez juízes, ou mesmo dez professores de direito penal, para que apliquem somente a pena-base em determinado caso real e concreto, sem que nenhum conheça previamente a conclusão do outro, dificilmente teremos dez respostas exatamente iguais. Ainda que todos expliquem os motivos pelos quais estariam seguindo o referido dispositivo legal, a aplicação da mesma pena-base não seria possível simplesmente porque o texto legal não é claro o suficiente para isso. Basta perceber que nos EUA, onde, de forma muito mais consentânea com a realidade, se reconhece naturalmente a existência de discricionariedade judicial, foi criado um guia para orientar a aplicação da pena, como tentativa de redução dessa discricionariedade, o qual contém em torno de incríveis seiscentas páginas.³⁰ Não seria o *caput* do nosso art. 59, do CP, escrito em um parágrafo, que a retiraria, nem mesmo conjugado com alguns poucos artigos relativos à aplicação da pena.

Na América Latina,³¹ não surpreende a imagem tradicional do juiz relacionada a uma limitação do seu poder, com

²⁹ COSTA, Gerson Godinho da. A presunção de inocência e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Direito Federal*, ano 30, n. 96, São Paulo: Letras Jurídicas, 1º semestre 2017, p. 327.

³⁰ Disponível em <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso no dia 04/11/2019.

³¹ Na América Latina os países ainda integram a família jurídica do *civil law*, salvo quanto às Ilhas Malvinas, a Guiana, além de Trindade e Tobago, Belize e algumas

um serviço burocrático, com uma função estreita, mecânica e não criativa, tal como seria a regra do *civil law*. Apesar disso, também já é reconhecido que há uma tendência atual de aumento desse poder.³²

Se mesmo os países do *civil law*, inclusive na época napoleônica, hoje evidentemente acentuada, não chegavam à ingenuidade de achar que as “leis” seriam claras e suficientes para a solução de todas as complexidades humanas, como solucionar os “casos difíceis”? A criação judicial do direito é absolutamente inevitável, mesmo do direito penal brasileiro, seja diante das variadas possibilidades interpretativas, seja em face do necessário fechamento de normas abertas, ou mesmo do preenchimento de espaços não legislados.³³

A obsessão pela lei e a desconfiança em relação à magistratura resultaram no exacerbamento do princípio da legalidade e na alegação de limitação da interpretação pelos juízes, impossibilitando a aplicação dos precedentes judiciais. Todavia, as críticas ao modelo de precedentes pressupõem que dele resulte um maior ativismo judicial no sentido negativo,³⁴ *contra-legem*. Os problemas do positivismo levaram a uma dimensão posterior muito falha no Brasil, que idealizou juízes super-homens, capazes de resolver todos os problemas da humanidade por meio de julgamentos “justos”, mas que na verdade refletem suas variáveis convicções morais. No momento, porém, defender um retorno ao

ilhas da região do Caribe (Disponível em <http://www.juiglobe.ca/eng/>, acesso no dia 09/01/2018).

³² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 38.

³³ Se não há lei, ou se a lei precisa de interpretação, as decisões judiciais terão um importante papel (ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: GOODHART, Arthur L; MACCOR-MICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.), *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016, n.p).

³⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 22, 68 e 69.

positivismo clássico do *civil law* é uma ilusão, porque o sistema legislativo, em muitas situações, é naturalmente aberto, o que exige o seu fechamento pelo Judiciário, o qual, no entanto, não deveria ficar alterando o conteúdo normativo das decisões ao seu bel-prazer.

Nem mesmo os tradicionais métodos de interpretação da norma jurídica podem ser concebidos como um sistema fechado de dados preexistentes, inexistindo uma ordem hierárquica ou qualquer outra relação metodologicamente fixa entre eles. Carecem de universalidade formal e dignidade lógica pelo simples fato de que lhes subjazem em cada caso pressupostos materiais, com maior ou menor nitidez. Por isso, servem apenas como elementos de um processo interpretativo unitário, como atividades distintas que devem operar unificadas, configurando aspectos auxiliares de alcance limitado.³⁵

Embora em diversas passagens Friedrich Müller não deixe de posicionar-se contrariamente a conclusões que sejam evidentemente opostas ao texto literal,³⁶ no que concordamos, esclarece que o método gramatical, aparentemente unívoco, muitas vezes se vê obrigado a diferenciar e decidir entre vários modos de utilização dos conceitos usados, entre significados cotidianos e jurídicos e em parte também entre diferentes significados jurídicos.³⁷

Os textos normativos com versões mais genéricas, como acontece com as cláusulas gerais, desenvolvem um valor de regulamentação passível de ser concretizado ou, no mínimo, aplicável para a concretização de outras disposições. Elas, as cláusulas gerais, permitem apenas programas normativos vagos, aos

³⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 52 e 53.

³⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 192, 193, 197, 198, 199, 201, etc.

³⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 54. Na mesma página o autor também apresenta críticas à interpretação histórica, teleológica e sistemática.

quais precisam ser acrescentados, no caso particular, os âmbitos normativos das normas a serem então estabelecidas pelo juiz.³⁸

Neste campo, o *civil law* não tem como ser diferente do *common law*. Realmente, a incerteza legal cria uma área aberta na qual o método ortodoxo formalista produz conclusões insatisfatórias e, por vezes, não as produz, permitindo que emoção, personalidade, ideologia, política e experiência determinem a decisão judicial. Como o material utilizado para a simples “aplicação” judicial do direito falha na missão de gerar respostas para todas as questões legais, os juízes necessariamente recorrem para outras fontes, de forma muito frequente, incluindo suas próprias opiniões.³⁹

O Direito Penal, da mesma forma, não pode se libertar da política judicial, relacionando-se com o cotidiano, com a experiência e a mudança social, falando a linguagem viva, mutável e equívoca do sistema jurídico em geral. Por isso, ele também necessita de conceitos vagos.⁴⁰ Ainda que seja importante deixá-lo claro e objetivo, o mais fechado possível, isso nem sempre poderá acontecer, já que as relações sociais não são tão objetivas assim.

Por isso, existem inúmeras normas penais incriminadoras que apresentam preceitos vagos e variáveis, além de seus naturais elementos objetivos e subjetivos. São os chamados elementos normativos do tipo,⁴¹ que dependem de um juízo de

³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 198 e 211.

³⁹ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 9 e 11.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad.: Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 268.

⁴¹ As leis penais em branco são igualmente compostas por conteúdo vago, mas a sua complementação deverá ocorrer primeiramente por outra disposição legal ou por atos do Poder Executivo. Neste caso, a tarefa do juiz ainda poderá ser criativa, mas ele não deve inovar naquilo não estabelecido pelos atos normativos infralegais, tampouco podendo fugir das possibilidades legais.

valor a ser exercido pelo magistrado diante de uma situação individual concreta.⁴²

É verdade que o direito penal deve ser mais rigoroso com a permissão da criação judicial do direito, devendo o respectivo legislador tentar ser o mais preciso possível. Mesmo assim, não há como vedar totalmente a atividade judicial criativa nem mesmo em ordenamentos baseados no princípio da legalidade estrita, ao contrário do que chegou a afirmar Zaneti. Da mesma forma que acontece em outros ramos do direito, o legislador penal será absolutamente incapaz de regular todos os comportamentos, simplesmente porque isso ainda está longe de ser humanamente possível, ao menos até os dias de hoje. Aliás, o mesmo autor não deixa de admitir a possibilidade de interpretações, tampouco de integração de tipos contidos em normas penais em branco ou em conceitos jurídicos indeterminados, acrescentando, agora com precisão, que a tarefa deve ser exercida com cautela e restringida ao mínimo, diante do dever do legislador de atuar em matéria penal da forma mais clara possível.⁴³

Quanto mais precisa e amplamente o texto normativo abranger tanto o âmbito normativo como a ideia normativa fundamental da disposição, mais fortemente a concretização metódica poderá apoiar-se no texto. Se essa não é a situação do direito constitucional,⁴⁴ até diante dos seus temas gerais de estruturação do Estado, é imprescindível que seja exatamente o caso do direito penal, a fim de que os indivíduos possam saber,

⁴² O art. 64 da Lei 9.605/98, por exemplo, prevê como crime a conduta de quem promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. A consideração da relevância paisagística, ecológica, etc., exige juízo de valor a ser feito pelo magistrado no julgamento do caso concreto.

⁴³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 375.

⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194-195.

dentro do possível, exatamente aquilo que estão proibidos de fazer ou deixar de fazer sob ameaça de sanção penal.

Mesmo assim, como clareza e precisão total não é atualmente possível nem mesmo na lei penal, a elevação do grau de certeza, segurança e previsibilidade das decisões judiciais será alcançada justamente através do reconhecimento da atividade criativa do juiz, por mais contraditório que possa parecer, não podendo se falar mais em mera aplicação do direito, nem mesmo no âmbito criminal. Em outras palavras, ao enunciar a norma, fechando mais as possibilidades de sua aplicação, o juiz também deverá segui-la no futuro, principalmente no direito penal, evitando julgamentos aleatórios, diante da gravidade das suas consequências. Se de um lado isso confere mais poderes ao Judiciário, de igual forma limita sua liberdade, porque, uma vez fixada a norma decorrente da decisão judicial, os próprios juízes deverão segui-la, ainda que entendam que a solução não foi a melhor, ou mesmo que tenha sido equivocada.⁴⁵ Esta é uma das razões da existência de um sistema de precedentes obrigatórios.

Finalmente, a despeito de os precedentes penais serem importantes para apontar com mais precisão os comportamentos proibidos, aumentando os níveis de previsibilidade e segurança jurídica dos indivíduos, as próprias normas deles oriundas muitas vezes não serão completamente fechadas, ainda deixando margem a interpretações, haja vista que a imperfeição é inerente à natureza humana, insta repetir. Por isso, assim como nos países do *common law* e no Brasil, na Alemanha também já se mencionou a preocupação com problemas decorrentes da interpretação de precedentes, ainda que tais questões sejam menos discutidas pelas cortes inferiores e mais detalhadas em decisões das cortes

⁴⁵ Os precedentes vinculantes em matéria penal tendem a ser mais garantistas do que a aplicação isolada de cada juiz, porque a “racionalidade” das decisões, com a previsibilidade que dela decorre, é essencial para o ordenamento jurídico. A adoção dos precedentes formalmente vinculantes visa a garantir mais vinculatividade dos juízes ao direito e menos arbítrio (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 113).

superiores.⁴⁶ Mas, ao contrário de prejudicar, isso reforça a importância do instituto, como uma consequência da criação judicial do direito, não havendo mais espaço para imaginar o julgador como mero aplicador de um texto preexistente. Ademais, sua importância decorre da sua missão de, dentro do possível, reduzir a discricionariedade judicial, ainda que não seja capaz de impedi-la totalmente.

CONCLUSÃO

Na teoria da clássica doutrina do *civil law*, pode até se pensar, *grosso modo*, que as cortes apenas aplicam e interpretam a lei escrita e pensada para fornecer o necessário elemento de certeza. Não obstante, na prática essa teoria fracassou, fato que já é reconhecido por muitos, embora os autores tenham encontrado dificuldade para se adaptar à atual existência de *case law* na estrutura da mesma família jurídica.⁴⁷

Apesar do incômodo, alguns *civil lawyers* chegam a reconhecer que o resultado do processo de declínio da autoridade legislativa atual pode ser comparado à situação da Europa ocidental anterior à revolução intelectual ocorrida no fim do século XVIII. O direito teria voltado a ser incerto, complexo e particular, em desacordo com a necessidade de certeza, simplicidade e uniformidade. Outros dizem que isso é até normal, um resultado do movimento direcionado a uma sociedade mais complexa, plural e policêntrica.⁴⁸ O fato, de qualquer forma, é que a certeza absoluta

⁴⁶ ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: GOODHART, Arthur L; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.), *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016, n.p..

⁴⁷ MATTEI, Ugo A et al. *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 613 e 615.

⁴⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 156 e 157.

do texto normativo, capaz de conferir uma única resposta correta à sua leitura, não existe e, na verdade, nunca existiu no mundo real.

Assim, pensamos ser necessária uma releitura do princípio da legalidade penal no que toca à exigência de taxatividade da descrição, ou seja, de clareza absoluta, porque isso ainda não pode ser alcançado. A segurança jurídica, previsibilidade e isonomia buscada por Beccaria, atualmente deve ser procurada de outra forma, por meio do complemento da legislação com os mais diversos aspectos da teoria dos precedentes.

Não chegamos ao extremo de Mitidiero. Não acreditamos que os textos legais “sempre” permitam uma escolha do intérprete, ainda que isso aconteça muitas vezes, talvez na maioria delas. É verdade que retiramos da linguística a noção, por exemplo, de inferência, fundamental para quem quer entender o fenômeno da compreensão. Ela corresponde às informações que o leitor adiciona a um texto, de diversas formas, e em variados momentos da leitura, contando com elementos do seu conhecimento prévio, bem como da situação comunicativa, o que lhe permite fazer deduções, generalizações, dentre outras operações mentais necessárias à atividade de interpretação. Todavia, o leitor também conta com dados do próprio texto, devendo respeitar as suas indicações, sem que lhe seja permitido seguir cegamente a sua vontade.⁴⁹ Explicando de outra forma, concordamos que o leitor (o juiz, o ministro, etc.) realmente acrescenta informação não explícita num texto (legal, judicial, etc.), mas esse acréscimo deve ser feito dentro de limites indicados na redação utilizada.

Trazendo o entendimento para a área jurídica, pensamos, assim como Taipa de Carvalho, que a despeito dos fatores de interpretação, o texto legal (e acrescentamos o texto judicial) seja não apenas o ponto de partida, mas também o ponto de chegada, sendo vedada uma hermenêutica que não tenha na sua

⁴⁹ COSCARELLI, Carla Viana. Reflexões sobre as inferências. Em: CONGRESSO BRASILEIRO DE LINGUÍSTICA APLICADA, n. 6, 2002, Belo Horizonte. *Anais do VI CBLA - Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada*. ALAB. Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, 2002, p. 1 e 3.

letra um mínimo de correspondência verbal,⁵⁰ o que tem maior razão de ser no sistema de justiça penal.

Também divergimos de Mitidero, *data venia*, quanto à sua defesa sobre uma vantagem na maior abertura dos textos legais. Se não concordamos com a afirmação no âmbito cível, por ele estudado, com muito mais razão o seu raciocínio não deve se aplicar ao sistema de justiça penal. Quanto maior a abertura do texto normativo, maior a possibilidade de divergências em sua interpretação, gerando insegurança e incerteza para os destinatários da norma. O *nullum crimen nulla poena sine lege* ainda exige que a conduta seja objetivamente determinável pelos destinatários da norma penal, de modo a não haver muitas dúvidas sobre a matéria de proibição, o que não aconteceria, por exemplo, no caso de um texto legal que estabelecesse uma determinada pena prescrevendo o crime excessivamente aberto de praticar uma ação gravemente lesiva à economia nacional, diante da sua equivocidade.⁵¹

Todavia, não esqueçamos: a imprecisão inerente à linguagem não pode ser evitada pelo Congresso Nacional. Por isso, ela deve ser reduzida, especialmente na área criminal, pela teoria dos precedentes obrigatórios, não pela cobrança ao legislador por algo que ele não é capaz de oferecer. Apesar de ser óbvio que o *stare decisis* também não é apto a um fechamento absoluto do sistema jurídico, ele pode ter mais aptidão para diminuir a combatida vagueza, já que trata com problemas concretos, verificados no mundo real. Ou, pelo menos, pode trabalhar ao lado da árdua missão do legislador de buscar a maior clareza possível para as normas penais incriminadoras, ainda que ambos devam estar cientes que não eliminarão totalmente a sua indeterminação.

⁵⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 172.

⁵¹ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 175.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *In: GOODHART, Arthur L; MAC-CORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.), Interpreting precedents: a comparative study.* Routledge: Londres e Nova York, 2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Tradutores J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANTARELLI, Margarida. O Princípio da Legalidade e o Tribunal Penal Internacional, *In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral.* 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 165.

COSCARELLI, Carla Viana. Reflexões sobre as inferências. Em: CONGRESSO BRASILEIRO DE LINGUÍSTICA APLICADA, n. 6, 2002, Belo Horizonte. *Anais do VI CBLA - Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada.* ALAB. Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, 2002.

COSTA, Gerson Godinho da. A presunção de inocência e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista Direito Federal*, ano 30, n. 96, São Paulo: Letras Jurídicas, 1º semestre 2017.

CUNHA, Rogerio Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral,* 7ª edição, Salvador: Juspodivm, 2019.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal esquematizado: parte geral*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. O Princípio da Legalidade Penal e o Estado Democrático de Direito: Do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. *In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GORLA, Gino. A decision of the rota Fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “Ball Game”. *In: Tulane Law Review*, 1974-1975, p. 348. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr49&i=388>, acesso no dia 17/12/2018.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento de casos concretos, *In: Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n. 93. Belo Horizonte: RBDPro, jan./mar. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

SAMUEL, Geoffrey. Common Law, *In: SMITS, Jan M. (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006.

STEIN, Peter G. *The Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law*. New York: Cambridge University Press, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general*. Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, HEIN. *Introduction to Comparative Law*. Tradutor Tony Weir. 3a ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.