

DIREITO
PÚBLICO

Considerações sobre a jurisprudencialização do Direito

Caio Leal¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama histórico. 3. Considerações Gerais. 3.a) A Jurisprudência no sistema romano-germânico. 3.b) A jurisprudência e o Direito Público 4. Jurisprudência: fonte do Direito. 5. Análise de caso. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A jurisprudência não surge meramente como consequência da prestação jurisdicional oferecida pelo Estado-juíz. Dada a imprevisibilidade e as falhas da lei, esta precisa ser trabalhada, lapidada e recriada. Não é forçoso deduzir que ao longo desse trabalho será constantemente reiterado que, diante da imperfeição da lei, surge a necessária construção jurisprudencial para revelar o direito, no qual o juiz intervém como uma espécie de legislador supletivo, e o faz por assim dizer à força, pois lhe é impossível não intervir conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A jurisprudencialização do direito, diante disso, é uma constatação trivial dada a insuficiência da lei original de abarcar todas as situações das relações sociais futuras. E nem é este seu objetivo. Uma lei deve ser geral e de conteúdo aberto para incluir a maior parte das relações jurídicas advindas das hipóteses nela elencadas. A construção feita pela jurisprudência é ato criativo do direito, haja vista que o processo judicial é um processo de produção jurídica pelo qual é criada a norma individual, uma situação concreta, deduzida de uma norma geral.

Indubitavelmente, o tempo tem um efeito perverso sobre a legislação: enferruja algumas engrenagens que não mais se encaixam para a solução eficaz de inúmeras demandas judiciais produzidas pela incompatibilidade entre evolução social e estagnação dos comandos legais. Noutros casos, o ímpeto legiferante pode esbarrar no ideal de justiça, quando, por exemplo, leis criminais são discutidas fora do plano da razão, mas no plano das

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, cursando o 5º período. E-mail para contato: caio-leal@hotmail.com

emoções, o que será devidamente discutido na análise de caso quanto à aprovação da nova Lei nº 12015/09, deixando no ar uma incerteza angustiante que há de ser resolvida pela jurisprudência. O certo é que jurisprudência evolui com o tempo e lapida a lei, ou melhor, como diria Antônio Carlos da Fonseca:

“A jurisprudência, pelas sucessivas interpretações, opera numa contínua valoração da norma, fazendo-a respeitada enquanto conquista confiança e respeito para si própria, por parte de todos que seguem a sua orientação. A dimensão da esfera criadora da jurisprudência determina-se não só pela falta de clareza ou da previsão da norma, mas também por compatibilizá-la com a ordem fundamental de direitos (...) a função da jurisprudência é ajustar as normas e harmonizar inclinações, para imprimir-lhes a feição de sistema, no âmbito positivo”.²

Em tempo, cabe apenas entregar a distinção entre norma, enunciado normativo e lei, antes de avançar neste artigo e para não me alongar em demasia nesse intróito.

Grosso modo, a norma pode ser produto do Judiciário, resultante da interpretação e aplicação dos enunciados normativos no exame do caso concreto, que são veiculados pelos diplomas legais, e, portanto, são os enunciados produtos do Legislativo. Enquanto os enunciados normativos prescrevem o direito, normas descrevem o direito. Dentro de uma lei pode haver inúmeros enunciados normativos, aliás, dentro de um único artigo podem existir diversos enunciados normativos.

Nada obstante, a lei tende a criar o direito, e o juiz, por sua vez, tem a incumbência de recriá-la, conferindo-lhe, sobretudo, vida. Sendo certo que é uma ilusão do legislador pretender dar todo o direito através de leis, da mesma forma que é uma ilusão do juiz querer extrair do ordenamento jurídico todo o direito.

Eis a importância crescente que a jurisprudência vem adquirindo academicamente, passando de uma fonte secundária do direito a um papel central. Primeiramente, em um cenário em que não raro a lei depende das construções jurisprudenciais para se tornar efetiva, o que será doravante corroborado em algumas considerações acerca da jurisprudencialização do direito, suas causas e conseqüências, neste singelo texto. No mais, far-se-á um exame da superação do jusnaturalismo e do juspositivismo para se constatar que eles abriram caminho para a ascensão dos princípios ao centro do ordenamento, e que estes,

² FONSECA, Antonio Carlos. **Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência.** *Revista de Informação Legislativa*, n.75, p.159, jul./set. 1982.

“com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto”³, emergindo outra importância da jurisprudência.

2. Panorama Histórico

Relegada a função judicial a um mero processo mecanicista de interpretação, o direito resumia-se na lei positivada, submetido a uma lógica formal que olvidava a realidade humana, conquanto o sentimento de justiça era repetidamente vilipendiado pelo excessivo apego ao dogmatismo. Os primeiros tratadistas medievais já discutiam amplamente sobre a natureza da jurisprudência⁴. A discussão girava em torno das indagações se a jurisprudência era ciência ou arte. Ela era considerada por aquele aspecto em sentido teórico, e sobre este por sua função prática. Depois do século XVII, para os jusnaturalistas, a jurisprudência havia de ser fundada numa base científica, ou ainda, que se adequasse o método à concepção racionalista que o saber cartesiano difundia.

No início século XX, porém, inicia-se uma grande discussão metodológica de duas notáveis escolas jurídicas: a normativista – cuja maior referência foi Hans Kelsen – e a sociológica – cujo maior expoente residia no realismo norte-americano. Contemporaneamente, entram no debate os seguidores da filosofia da linguagem e da análise do discurso, dando azo à discussão que transcendeu séculos novos rumos. Isso porque, tendo em vista o fato de que a jurisprudência trata do sentido normativo a que as expressões lingüísticas correspondem, faz-se a ilação de que não há nada mais razoável que conceder novo *status* metodológico aos processos analíticos e interpretativos da linguagem⁵.

A tendência de mecanização da atividade jurisprudencial foi acentuada pelo trabalho de codificação levado a cabo pelos positivistas jurídicos, “cujo modelo principal – o Código

³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** *Interesse Público*, n. 19, mai./jun. 2003, p. 58.

⁴ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito** (Trad. de José Lamego). 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

⁵ Interpretar uma norma jurídica nada mais é que uma atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe apresenta problemático. As leis, no *lato* sentido, derivam da natureza das coisas; conceito certo em se tratando de leis físicas, submetidas ao império da causalidade. As leis que disciplinam a conduta humana, todavia, definem-se não pela causalidade, mas pelo valor, conforme encimado, o que dá ensejo a pontos divergentes de interpretação. Como é através da norma que o fato adquire conotação jurídica. Nada substitui o prazer de fugir das citações de praxe em se tratando de interpretação e hermenêutica jurídica. Por todos, ver FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis.** Coimbra: Armênio Amado, 1987.

de Napoleão – converteu-se na sùmula indiscutível da sabedoria jurídica, a ponto de Bugnet – ícone da ciência jurídica francesa do século XIX – afirmar, categoricamente, numa tradução fiel do espírito da Escola da Exegese: ‘Eu não conheço o direito civil, só ensino o Código de Napoleão’. O intérprete ficava preso ao texto da lei, que era tida como a única autoridade dentro deste contexto de positivismo legal extremado e avalorativo. A Ciência do Direito não ia além de um processo mecânico de aplicação. A jurisprudência engessada era o seu resultado mais esperado.

O clima em que as idéias jurídicas foram elaboradas tornara-se propício ao isolamento do jurista. O racionalismo dominara a feitura dos Códigos com seu perfeccionismo, pela sua prioridade à construção lógica impecável, quase que geométrica. Ora, nenhuma das manifestações do Direito poderia apresentar em tão elevado grau essas “virtudes” como a lei, especialmente se codificada. Então, essa busca pela forma perfeita herdada do racionalismo típico do Século das Luzes levou os juristas franceses do século XIX a uma idolatria do Código Napoleônico, como era de se esperar. O individualismo jurídico era o valor em que se assentavam os seus postulados doutrinários... O terreno em que pisava o jurista não apresentava saliências. Era a rota batida das soluções apriorísticas. A lei era o modelo ideal para definir esse equilíbrio nascido da natureza e da razão.⁶

Para uma maior jurisprudencialização do direito, Kelsen colaborou no sentido de valorizar o conteúdo da decisão judicial, pois a lei e a sentença integrariam o conceito de “norma”, simbolizando momentos diferentes de um mesmo processo. Se recebermos a proposição de Kelsen, no sentido de que a sentença é uma norma individual criadora de direito, mesmo que com limites de eficácia bem mais restritos que a norma geral, não há que se hesitar do poder de criação do juízes e da jurisprudência.

A ponte que une a sentença e a lei coloca-se em graus diferentes – a lei caracterizada pela generalidade e sentença pela individualidade casuística ou reproduzida a um número limitado de situações. Tendo em mente as três dimensões básicas da teoria normativista kelseniana, quais sejam: a estrutura escalonada da ordem jurídica, o caráter positivista do direito e a sua concreção, é que a jurisprudencialização do direito toma certa clareza e importância, vinculada a um sistema de hierarquização de normas em que a decisão judicial é o estágio intermediário do processo inerente a esse mesmo sistema, em que o problema da concreção do direito vislumbra o caráter constitutivo da decisão judicial. O ordenamento é um

⁶ COELHO, Celso Barros. **Jurisprudência como norma jurídica: controvérsias**. Revista Forense, n.281, p.185, jan./mar. 1983. Texto levemente editado.

sistema de normas gerais e individuais que se inter-relacionam num processo de concreção, que vai da norma fundamental hipotética à execução da sentença. A sentença vista sob a ótica normativista é o resultado desse processo de concreção do direito, onde o juiz tem o dever de individualizar a norma geral ante a necessidade de responder à *quaestio juris*.

Para Kelsen⁷, e a partir dele, pelo fato de a Constituição ocupar o topo da pirâmide jurídica, dada a característica aberta de seus comandos normativos – recheados de cláusulas gerais – foi possível incluir a jurisprudência numa categoria de fonte formal estatal. Ali foi lançada a semente do binômio interpretação/aplicação, máxima da jurisprudencialização do direito, ou seja, a partir do entendimento de que a Constituição com suas cláusulas abertas detém a supremacia do ordenamento jurídico foi possível aos tribunais e aos intérpretes corporificar o direito.

“No campo da jurisprudência, a problematização é possível, justamente porque os *textos jurídicos são redigidos* em linguagem corrente ou, então, *numa linguagem especializada que apresenta razoável margem de variabilidade de significação*. Hart se refere a isso como ‘textura aberta’ do direito”⁸.

Feita essa digressão histórica nos limites do espaço deste artigo, intuitivamente, vê-se que na mesma medida em que as concepções do direito como um sistema hermeticamente fechado e acabado tornaram-se irrisórias para explicar a complexidade da realidade contemporânea, a jurisprudência tornou-se essencial para o próprio desenvolvimento do pensamento jurídico, para o melhoramento do ideal de justiça.

Insta objetivar que a função judicante era, de fato, a legítima criadora do direito nos primórdios do direito grego; a verdadeira criadora do preceito jurídico aplicável, nascido da prática do Direito e da necessidade social de resolver dissensões. Claro, não existiam nem as primeiras tintas do que hoje podemos chamar de Poder Judiciário.

É conhecida por todos a passagem da Bíblia em que Salomão, diante da dúvida de saber de quem era a verdadeira mãe de uma criança, ordena que se divida o bebê ao meio. E Salomão não era juiz. Grosseiramente, podemos dizer que o Direito na História Antiga era criado caso a caso. Mas, com o aparecimento do Poder Legislativo, foi retirado do julgador a

⁷ Diante do exposto, não é complicado aduzir que, em Kelsen, a jurisprudência se libertou das amarras da estreita concepção legalista dominante no século XIX e até no início do século XX. A partir daí, a jurisprudência se firmara como fonte (in)formadora do Direito.

⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Da jurisprudência como ciência compreensiva: a dialética do compreender mediante o interpretar**. *Revista de Informação Legislativa*, n.126, abr./jun. 1995, p. 272 (grifo meu).

função de criador de norma jurídica. Como intuitivo, com a divisão dos poderes do Estado, em que as funções dos órgãos estatais ficaram mais bem delimitadas, através de um processo de racionalização que até hoje perdura, negou-se, num primeiro momento, ao Judiciário a função criadora do Direito – o que será esmiuçado mais a frente – reservada privativamente ao Legislativo.

Atualmente, a criação jurisprudencial do Direito defluiu não apenas de autorização legal, da imprevisão e da ilogicidade do legislador, mas à busca da proporção habilitada a superar o conflito entre a norma e a realidade, respeitados certos parâmetros para que não se confunda a posição do juiz com a do legislador.

3. Considerações Gerais⁹

Qualquer apontamento que se faça a fim de mostrar a jurisprudencialização do direito, será inteligente uma leve incursão no Direito Comparado e no Direito Público, pois, nessas disciplinas, a jurisprudencialização do direito assume as suas conotações mais expressivas. Bom frisar, ainda, as palavras de Martinho G. Neto, *verbis*:

“A função criadora da jurisprudência é uma conquista dos tempos modernos e um postulado indestrutível do progresso jurídico. Durante muito tempo, entretanto, vigorou o feiticismo legal, o culto exagerado da norma concreta, em sua mera exterioridade verbal, como se o seu frágil invólucro encerrasse todo o direito. Empolgados pela sistematização da escola exegética, os juristas do século XIX consideravam o direito como uma ciência meramente dedutiva e interpretativa da vontade do legislador – *voluntas legislatoris*, não *voluntas legis*. A norma legal, sob a égide desse romantismo jurídico, era tudo ou quase tudo para os teóricos do método interpretativo. Não vacilaram os vexilários de tão estranha religião em comparar o jurista ao geômetra (...) viveu-se, assim, longo e sombrio período, de trevas e cegueira, em que todos alimentassem a ilusão de que o legislador é o criador de todo o direito, para de onde derivou outro erro ou ilusão ainda maior, qual a de que o juiz deve tirar todo o direito compreendido na lei, em cega obediência ao seu mandamento (...) os turiferários da visão exegética do direito, receosos de verem o aplicador da regra jurídica invadir a competência do legislador e esbulhá-lo de suas atribuições, negando a lei, sob a desculpa de lhe dar fiel cumprimento, não se mostravam ainda muito distanciados dos profetas da

⁹ Inspiraram-me: NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e criação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989; ALBERTON, Genaceia da Silva. **Tribunalização e Jurisprudencialização no Estado Contemporâneo: Perspectiva para o Mercosul**. *Revista dos Tribunais*, n. 800, jun. 2002, p. 11-35.

Revolução¹⁰ (...) repelindo, mesmo, qualquer contribuição do juiz, por menor que fosse, para que não vingasse a idéia subversiva de um *legislador suplente* (...) esquecidos de que o direito se renova constantemente, num movimento de sinergia com a evolução dos tempos (...) Natural é que vissem no juiz como aconteceu com Montesquieu, apenas e simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei (...) a lei não pode tudo prever e contenta-se em estabelecer um princípio geral, sem pretender aplicá-lo à infinita variedade dos casos particulares, que é tarefa de interpretação e, pois, dos Tribunais; como ainda, porque a lei não acompanha a evolução dos fatos e torna-se incapaz de atender as novas necessidades, surgem com as incessantes evoluções sociais, econômicas e morais, e que somente o trabalho engenhoso de acomodação da norma jurisprudência é capaz de atender”¹¹.

Nestes termos, o juiz é o instrumento de realização do direito novo, o artífice laborioso de sua construção contra a caducidade das fórmulas tradicionais de hermenêutica jurídica¹². A título de ilustração, a própria “interpretação evolutiva” do direito justifica a obra inovadora da jurisprudência, uma vez que a redação legislativa é permeável¹³.

Faz-se mister dar novo conteúdo à fórmula caduca. A aplicação geométrica dos critérios não corresponde à dúctil flexibilidade da adaptação da norma abstrata às concretas

¹⁰ Os mentores da Revolução Francesa sempre viram o Judiciário com uma desconfiança sem-igual. No período de 1793 a 1799 foram redigidas três Constituições. Não é difícil perceber que os detentores do poder moldavam a lei ao seu bel-prazer simplesmente para se legitimarem no poder. Barroso anota: “O Judiciário recebe pouco destaque na Constituição Francesa, que se refere à *l'autorité judiciaire* mais como um departamento especializado do que como um verdadeiro Poder. Ali se estabelece, singularmente, que cabe ao Presidente da República garantir a ‘independência da autoridade judicial’, com aparente indiferença ao fato de que é a própria supremacia presidencial que pode ensejar a ingerência indevida. Na França, desde a Revolução levou-se às últimas conseqüências a idéia de separação dos Poderes no tocante ao Judiciário, objeto de desconfianças históricas (...) Essa desconfiança pode ser exemplificada por uma das leis aprovadas no contexto da Revolução Francesa, a Lei 16-24 de 1790, de acordo com a qual apenas o Legislativo poderia explicitar o sentido das suas próprias prescrições.”. V. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30. Texto sensivelmente editado.

¹¹ GARCEZ NETO, Martinho. **Função criadora da jurisprudência**. *Revista da EMERJ*, n.19, jul./set. 2002, p. 46-47. Grifos originais.

¹² V., por todos, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Nesta obra, a autora investiga a mudança de paradigma na Teoria do Direito, procurando estabelecer os novos parâmetros de uma nova hermenêutica jurídica. Nessa sua tese de doutorado publicada em edição comercial, Lacombe nos mostra que a dogmática clássica encontrou nas codificações do século XIX um campo fértil para desenvolver um modo de aplicação do direito marcado por um modelo de interpretação calcado na concepção abstrata do direito, e no fundo ideal da sociedade e do Estado.

¹³ Permeabilidade no seguinte sentido: “O *Direito pressuposto* brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram (...) o *Direito pressuposto condiciona a elaboração do Direito posto (Direito Positivo)*” V.. **Direito Pressuposto e Direito Posto**. *Revista dos Tribunais*, n. 673, nov. 1991, p. 24.

exigências da realidade das relações. Como não poderia deixar de ser, jurisprudência e interpretação são conceitos intrinsecamente ligados – tanto que, se na contextura do jusnaturalismo, tínhamos a figura do intérprete-escravo, hoje, no “pós-positivismo”, não raro temos o intérprete-legislador. Ao julgar, o tribunal aplica o direito. Para aplicá-lo, necessita-se interpretá-lo. Pode-se dizer que a jurisprudencialização do direito é o movimento de valoração da interpretação judiciária do direito vigente. A jurisprudência capta as exigências que surgem paulatinamente nos diversos momentos históricos. É a própria sociedade quem dispõe, em plebiscitos diários, acerca do seu modo de viver, isto é, sob que princípios, regras e valores quer se organizar¹⁴. Com isso, as decisões têm de ser elaboradas em conformidade com a consciência social, efetivando, como diria Welzel, uma “justiça substancial”.

A lei não acompanha a marcha evolutiva do Direito, de sorte que o conjunto das decisões que promanam dos tribunais, adequando a lei ao caso concreto. A jurisprudência representa a forma viva do direito, por evidenciar a maneira pela qual vem o direito a ser aplicado às relações humanas. Estudá-la equivale a conhecer o direito em sua realidade quotidiana, investigando como são os casos isolados concretamente disciplinados pelas normas jurídicas. Eis a finalidade imediata da jurisprudencialização: apresentar o direito em sua aplicação, em suas vestes vivenciais.

Finalmente, compreendeu-se “a vantagem de se salvarem os velhos Códigos, com as modificações ou suplementações introduzidas pelas chamadas Leis Extravagentes, reservando-se à jurisprudência, esclarecida pela doutrina, e, por vezes, nela inspirada, a tarefa de considerar o conteúdo dos textos, e reparar as brechas do edifício, até que a obra revisionista se imponha inadiavelmente”¹⁵. Como a jurisprudencialização do direito adapta as leis antigas aos novos fatos sociais – e submete as novas leis promulgadas pelo Estado a princípios gerais, sem os quais o Direito não pode ser constituído nem subsistir – natural que ela se adapte ao longo do tempo às novas condições sociais mudando de orientação o entendimento dominante em diversos temas.

No entanto, a jurisprudencialização do direito pode gerar alguns inconvenientes. Oportuna é a colocação a seguir:

“É de se ter claro que a figura do precedente, numa ponta, pode contribuir para o avanço do Direito numa diretiva emancipatório-democrática e, noutra

¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional**. *Direito Público*, n. 12, abr./jun. 2006, p. 49.

¹⁵ GARCEZ NETO, Martinho. *Op. Cit.*, p.50.

ponta, pode ser instrumento de entorpecimento do jurídico, com seu dogmatismo-esclerosamento(...) a missão da jurisprudência é a de fazer avançar o direito(...) O perigo, na verdade, é que ocorra, consciente ou inconscientemente, uma troca de dogma: da lei pelo pensamento dos juízes, ambas formas cruéis de inibir a criatividade do operador jurídico, tornando-o incapaz de ver o direito como proposição do ainda não, mas que pode vir a ser, como possibilidade de renovação do Judiciário(...) Ou seja, a lógica perversa dogmática continua a mesma, apenas muda-se a premissa maior: em vez da lei, aparece a jurisprudência”¹⁶.

Com o mesmo pensamento, Pietro Perlingieri autorizadamente admoesta:

“O princípio da legalidade exige que o juiz seja submetido ‘somente à lei’, e a decisão do juiz, a sentença, não é ‘lei’. Daí a crítica às tendências que acentuam o especial papel das decisões jurisprudenciais. É preciso considerar o papel da jurisprudência, o valor do precedente judiciário (...) que nem sempre é vinculante (...) É impossível dar ao precedente judiciário um determinado e autônomo grau na hierarquia das fontes. Antes da lei? Antes dos regulamentos comunitários? Antes das normas constitucionais? (...) Na realidade, a eficácia normativa do precedente reside na eficácia normativa das regras e dos princípios de direito positivo interpretados e aplicados pela jurisprudência. Por conseguinte, no sistema jurisprudencial os precedentes têm um papel relevante; o seu fundamento está na aplicação e na interpretação de normas e princípios (...) O juiz mais dotado de cultura jurídica será menos propenso a seguir uma regra consolidada e, por vezes, esclerotizada. Daí a antinomia entre regra do precedente e cultura jurídica inovadora”¹⁷.

Atualmente, sobretudo, dada a enorme facilidade de se encontrarem arestos pela internet¹⁸, acomoda-se o operador do direito – com posições ditas por pessoas com boa bagagem jurídica e respeitável diploma – em um servilismo acrítico dos julgados dos tribunais superiores. Melancolicamente, vejo uma perda do senso crítico em um considerável grupo de operadores do direito, notadamente os mais jovens, alijados do prazer de contrapor a jurisprudência à doutrina e vice-versa; de folhear os melhores periódicos de Direito, de degustar os melhores livros – é a lei do menor esforço. Ou, ainda, para se demonstrar uma tese, um farto material colhido dos tribunais pode soar como verdade absoluta e inconteste.

¹⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. **O juiz e a jurisprudência – um desabafo crítico**. *Revista de Estudos Criminais*, n. 7, abr./jun. 2007, p. 13-14.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional** (Trad. de Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20-21.

¹⁸ Cf. PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **A utilização de decisões judiciais extraídas da Internet**. *Doutrina Adcoas*, n. 3, mar. 2003, p. 81-82, onde o autor critica uma decisão da Suprema Corte Venezuelana em rejeitar a validade judicial dos pronunciamentos judiciais veiculados em seus próprios sites, e cita, surpreendentemente, que no Brasil já houve entendimento semelhante (STJ, DJ 9 out. 2000, Ag. 299396/GO, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Demais disso, a fúria legiferante poderia ao menos prezar por leis bem feitas, a fim de se evitar o descrédito da sociedade na autoridade legislativa. Mas não é o que se passa no Brasil. Vemos leis que “não pegam” por todos os lados; leis que são promulgadas a torto e a direito, inescrupulosamente. Diga-se de passagem, um comparatista já afirmou que procurar uma lei vigente no Brasil é tão complicado quanto decifrar as leis dos tempos de Caio Julio Cesar Augusto Germânico:

“Recorrer ao sistema formal, mesmo nos setores urbanos modernos, é problemático, em função da dificuldade de verificar seus dispositivos. Calígula, o tirânico imperador romano, ficou conhecido por haver fixado suas leis e decretos a uma altura tão grande e em letras tão pequenas que ninguém da população as alcançava para poder ler. Os métodos brasileiros não são tão óbvios, mas são frequentemente mais eficazes. Descobrir a lei vigente no Brasil hoje é uma tarefa quase tão difícil e desconcertante quanto (...) Ninguém sabe, na realidade, quantas leis estão em vigor no Brasil. Em vez de revogar especificamente as leis obsoletas, o estilo brasileiro é de terminar nova legislação com um artigo determinando que todas as disposições em contrário ficam revogadas. A explicação desse ‘*modus operandi*’ legislativo é simples: ninguém sabe quais as leis que conflitam com aquela recém promulgada”¹⁹.

Essa crise da lei determina, diretamente, o prestígio da jurisprudência no exame de questões jurídicas mais complexas. Em virtude do descrédito da lei e do Legislativo, a jurisprudência passa a ser o próprio direito positivo, cuja elaboração democrática resta prejudicada, dado que o direito será produto do trabalho de técnicos que, de sua parte, não têm contas a prestar a ninguém. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pelo batismo da vontade do povo, o que não ocorre com os membros do Judiciário, cuja investidura se dá, via de regra, por critérios puramente técnicos, sem escrutínio popular. Talvez estajamos diante da maior barreira à legitimação democrática do Judiciário, a chamada “dificuldade contramajoritária”, frente à falta de provisão democrática do Poder Judiciário.

Dessa forma, a jurisprudencialização do direito pode desembocar na utilização desmensurada da jurisprudência, sem que se proceda, minudentemente, uma crítica ao conteúdo dos julgados que a compõem, cotejando suas proposições de direito com os princípios jurídicos e com a boa doutrina, a despeito do valor científico especial da jurisprudência, que é impedir o congelamento do direito. Mais do que interpretar enunciados,

¹⁹ ROSENN, Keith. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 81-82.

a jurisprudência há de criar novos fatos e novos eventos, estabelecendo noções que não se aprisionem nas já constituídas para que cumpra utilmente o seu papel. Logicamente, o operador do direito não pode cingir-se ao precedente de maneira absoluta, mas não pode repeli-lo a um plano subalterno ou acessório; não pode jogar ao mais completo oblívio a autoridade da jurisprudência devidamente assentada.

Em suma, a jurisprudencialização do direito será continuamente indispensável à elaboração e ao progresso do Direito, mas deve ser vista com ressalvas no sentido de que sua palição reiterada provoque a morte da noção de justiça.

3.b) A jurisprudência do sistema romano-germânico

Em que pese o fato de diferenciarmos três grandes sistemas de direito no mundo contemporâneo, a jurisprudencialização do direito é notória no sistema da *Common Law* – forjada na tradição de os juízes se conformarem à regra do precedente judiciário compulsório (*binding case*) – e no sistema romano-germânico (*Civil Law*) – cuja característica básica da jurisprudência nestes países é a da adscrição à lei, mas não como uma irrestrita vinculação do julgador aos precedentes como ocorre no direito anglo-saxão.

Nos países de família romano-germânica – e nesse grupo se inclui o Brasil – os juízes, na apreciação dos fatos, movem-se nos espaços diretivos existentes nos textos codificados guiados pelo legislador²⁰, mas não se restringindo às regras por ele estabelecidas. Na verdade:

“Embora não tenha a mesma função e importância observadas no sistema da *common law*, é inegável o prestígio da jurisprudência (...) na família romano-germânica, na medida em que exerce o papel de interpretação do texto legal. Já não se cogita que as decisões jurisprudenciais sejam, como tradicionalmente se fala, reiteradamente em um único sentido, pois, não raro, sempre haverá, sobre a mesma questão, decisões em um e outro sentido.

O certo é que a jurisprudência no sistema romano germânico, ao contrário do que ocorre no sistema da *common law*, não cria regras de direito, estas contidas na lei, seguindo o

²⁰ “O normal das decisões judiciais é volverem para o passado...” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Segurança jurídica e mudança de jurisprudência**. *Revista de Direito do Estado*, n. 6, abr./jun. 2007, p. 334.

juiz, diante do caso concreto, as diretrizes e os comandos traçados pelo legislador. Por não haver o vínculo ao precedente judicial a jurisprudência está (...) sempre sujeita a “viragens”, apesar de ocorrer, é bom frisar, a influência controladora e de uniformização jurisprudencial desenvolvida por Tribunais Superiores” (DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A posição da jurisprudência no sistema jurídico romano-germânico. *Revista Forense*, n. 297, jan./mar. 1987, p. 149).

Ora, no sistema romano-germânico os comandos legislativos tão-só pincelam os quadros da ordem jurídica, enquanto no tronco da *common law* o precedente possui força obrigatória²¹, diminuindo o campo de ponderação do aplicador e de deliberação do intérprete. Por isso, a jurisprudencialização do direito no grupo romano-germânico assume uma forma mais bela, imbuída do espírito das novas tendências da interpretação jurídica, precipuamente no que tange à interpretação constitucional, em face das contradições inerentes à lei e o fato social – em franca oposição às construções apriorísticas dos legisladores originário e derivado desprovidas de realidade.

Mormente, nesse grupo, na medida em que se compreende o problema social e se deseja fazer justiça social proclama-se a maior liberdade do juiz e afirma-se a sua capacidade criadora do direito. Nesse ponto, levando-se em conta o paradigma do caso brasileiro como típico representante da família romano-germânica, a jurisprudência e a doutrina atuam como fontes convergentes numa co-implicação tão necessária que não se pode conhecer a ciência jurídica de um país sem se ter presente a produção jurisprudencial, nem esta ser bem compreendida sem se levar em conta os acréscimos doutrinários dela integrantes.

Um outro aspecto caracteriza a diferença entre a jurisprudência na *common law* e na *civil law*: na primeira família, apesar da regra de direito aplicada pelo juiz não precisar ser reiterada para ser obrigatória, quanto mais antiga ela for, mais autoridade terá, mesmo porque, um julgamento posterior não poderá sob pena de censura, violar a regra do precedente. Lá, o precedente é a própria fonte do direito por excelência. A regra jurídica enunciada numa decisão judicial – *binding precedent* – se impõe para o futuro o seu próprio grau de jurisdição

²¹ “a doutrina do *stare decisis* é firmemente estabelecida no sistema legal norte-americano. Tal doutrina, também conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que um tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subseqüentes que apresentarem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior” (FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano.** *Revista dos Tribunais*, n.782, dez. 2000, p. 90.)

e as instâncias inferiores, obrigando os tribunais ao que foi anteriormente decidido, o dito *stare decisis*.

Enquanto na família romano-germânica a jurisprudência simplesmente impõe-se pela tradição, representa um princípio de segurança e rigidez sociais, pois ela é a fonte mais geral e extensa da exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais, impede que uma questão doutrinária fique eternamente aberta e possibilita margem a novas demandas – e nesse ponto é no que mais se distancia da jurisprudência da *common law* –, logo, diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do direito, prevendo-se de antemão os possíveis resultados da controvérsia. Aqui, isso tudo realça trabalho normativo da jurisprudência ou, no mínimo, quase-normativo. A jurisprudência tem a nobre missão de humanizar o sentido frio da lei, para ver o homem não no apertado espaço das abstrações e dos conceitos, mas na sua dramática realidade, ou melhor, “os arestos são a revelação da vida dramática do direito”²².

O sistema adotado pelos norte-americanos estipula que os juízes devem se sentir vinculados pela jurisprudência ao determinarem o peso dado às decisões judiciais anteriores. Excepcionalmente, claro, os juízes da Common Law podem afastar uma jurisprudência consolidada na intenção de se fazer justiça a um caso restrito, o chamado “*overruling*”.

“No correspondente à América Latina os magistrados possuem certo poder discricionário para que dentro de suas convicções não apliquem a jurisprudência, se assim entenderem, ainda que formada pelo mais alto tribunal (...) no sistema latino, o papel da jurisprudência é menos significativo, tendo em vista a falta de discricionariedade em que o juiz se encontra na hora de decidir um caso concreto de acordo com o posicionamento dos tribunais”²³.

Conforme assevera Niklas Luhmann, a posição dos tribunais no sistema jurídico²⁴ é determinada pela distinção entre legislação e jurisdição. Os tribunais figuram de um lado; a legislação, de outro, notadamente no sistema romano-germânico. Para o autor, século XVIII é o marco cronológico do fim do modelo ordem/obediência existente entre a legislação e a jurisprudência. Isso se manifesta no fato de se desistir da reserva de interpretação (*Interpretationsvorbehalt*) do legislador, considerado até então necessário. A partir de agora,

²² MONTEIRO, Washington de Barros *apud* COELHO, Celso Barros. *Op. Cit.*, p.190.

²³ ROSSI, Fernando F. **Jurisprudência**. *Revista dos Tribunais*, n.793, nov. 2001, p. 746.

²⁴ LUHMANN, Niklas. **A posição dos Tribunais no sistema jurídico**. *AJURIS*, n.49, jul. 1990, p. 149-168.

não só a função da aplicação, mas também a da interpretação das leis é delegada aos tribunais²⁵.

Nesse sentido, não há mais hierarquia entre legislação e jurisprudência sobretudo na vigência do constitucionalismo contemporâneo (pós-positivista). Por ora, penetrando no Direito Constitucional, vale a pergunta: onde se opera a chamada “mutação constitucional”²⁶? Obviamente, pela atuação jurisprudencial que fixa novas normas a regras velhas. Com isso, como as normas jurídicas em geral, as normas constitucionais libertam-se das amarras da vontade subjetiva que as originou. Passam a ter uma existência objetiva, que permite o diálogo com os novos tempos. Nestes termos, Konrad Hesse adverte:

“Uma teoria jurídica da mutação constitucional e seus limites só teria sido possível através do sacrifício de um dos métodos básicos da doutrina positivista: a estrita separação entre ‘Direito’ e ‘realidade’”²⁷.

Pois bem, a mutação constitucional²⁸ se confirma pela interpretação realizada pelos órgãos estatais – e os tribunais o são – tendo por premissa as práticas políticas socialmente aceitas e os costumes. A tensão existente entre programa normativo e âmbito normativo redefiniu o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional. No direito norte-americano, inúmeras teses que não continham conteúdo explícito foram fornecidas pela jurisprudencialização do direito, dado o caráter sintético da Constituição daquele país. No Brasil, mesmo com o caráter analítico da Constituição²⁹ [de

²⁵ LUHMANN... *Op. Cit.*, p. 152-153.

²⁶ À via formal de mudança da Constituição chama-se “reforma constitucional”. Já a alteração pela via informal, levada a cabo pela transformação do sentido e do alcance das normas da Constituição chama-se “mutação constitucional”. Coube à teoria constitucional alemã e à própria jurisprudência lavrada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão a comprovação e o desenvolvimento do axioma da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem operar qualquer mudança no corpo do texto formal. O impacto da passagem do tempo e das transformações sociais, políticas e históricas levou ao reconhecimento dessa nova categoria teórica que é a “mutação constitucional”. Resumidamente, consiste na alteração do significado de determinada norma da Constituição sem a observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, ademais, sem que tenha havida qualquer alteração de seu texto.

²⁷ HESSE, KONRAD. *Limites de La mutación constitucional. In Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 97. (Livre tradução)

²⁸ O professor Canotilho prefere a expressão “transição constitucional”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1228.

²⁹ “Sem embargo de suas virtudes reais e simbólicas, é – mais do que analítica – casuística no tratamento de diversos temas, regulando-os em pormenor”. (BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 82)

1988], operou-se uma verdadeira mutação constitucional no conceito de família: antes negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código de 1916. Após, com a Constituição de 88, o próprio legislador recepcionou o fato já sedimentado pelos tribunais de que não há nem mesmo hierarquia ente as uniões civis estáveis e o casamento. Da negativa radical, passou-se ao reconhecimento de direitos patrimoniais e previdenciários.

Hoje, encontra-se superada a idéia de que as leis gozam de solução preestabelecida e unívoca para todos os problemas a que se destinam resolver. A co-participação da jurisprudência na fixação da norma é um fato irrefragável mesmo nas constituições rígidas – quicá, inclusive, até mais que nas Constituições flexíveis – pois os tribunais não podem ficar inertes diante da petrificação do direito! Não importa, na verdade, o sistema jurídico. Fato é que ninguém desconhece a importância da jurisprudência na experiência jurídica em geral. A jurisprudência pertence ao grupo de forças que participa da direção moral da sociedade, pois seu conhecimento, facilitado pelos inúmeros repertórios em todo o mundo, é necessário ao operador do direito pelo fornecimento de matéria viva para sua construção e evolução³⁰.

No sistema romano-germânico, há muito o Legislativo não detém mais o monopólio da produção e aplicação do direito, concorrendo diferentes fontes normativas: a jurisprudência e o Poder Executivo – no caso brasileiro, por meio de portarias, resoluções... – também o fazem.

3.b) A jurisprudência e o Direito Público

Pelo exposto, não é difícil imaginar que a jurisprudencialização do direito é mais bem sentida no âmbito do Direito Público: na Teoria Geral do Direito, no Direito Comparado, no Direito Constitucional, e na Hermenêutica Jurídica, e em outros campos do Direito Público não abordados por este trabalho. Aliás, já nos idos da década de 1960, Afonso Arinos objetivava:

“Tema dos mais debatidos na bibliografia jurídica moderna é a contínua expansão do campo do Direito Público (...) em virtude da ampliação também constante das tarefas políticas, sociais, econômicas, administrativas e outras, que se atribui o Estado contemporâneo. Há assim, se se permite o neologismo já usado por outros autores, uma espécie de *publicização* de todo o Direito (...) o

³⁰ FERRO, Marcelo Roberto. **A jurisprudência como forma de expressão do direito.** *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 51, jan./mar. 1990, p. 89.

poder público acresce ao seu domínio novos e cada vez mais dilatados territórios da vida jurídica”³¹.

Hoje, porém, fala-se em constitucionalização do direito: as cartas políticas dos países de tradição romanista irradiaram-se por todo o sistema jurídico intentando ir muito além de uma dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, mas instituindo uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico tem de proteger certos direitos e valores na possibilidade do interesse geral da sociedade na sua satisfação, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou algumas pessoas.

O Brasil foi retardatário nesse ponto. Enquanto a constitucionalização do direito se fez sentir na década de 1950 no direito alemão, e na década de 60 no direito italiano, o Brasil só pôde ter condições de discutir o tema depois da restauração democrática de 1988. A influência da constitucionalização do direito manifesta-se nas decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas infraconstitucionais vigentes. O Direito vai parar nos tribunais não por acaso, pois, ao passo que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante³².

Não negarei que a presença na Constituição de normas cujo conteúdo seja de outros ramos do direito que não o constitucional influencie a interpretação do direito infraconstitucional correspondente, mas isso não é característica apontável da constitucionalização do direito, ou melhor, a constitucionalização do direito não tem como marca precípua a inclusão no Texto Fundamental de normas próprias de outros domínios, todavia, a reinterpretação de seus institutos sob o lume constitucional. O juiz-intérprete, ao fazer uma operação de realização do Direito, necessariamente aplica a constituição ao fazer uma interpretação jurídica, seja de maneira direta ou indireta, porque o juiz no momento da aplicação da norma orienta o seu sentido para concretizar a realização dos fins constitucionais. Com efeito, a jurisprudência

³¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 1968, p. 22.

³² “Subordinante”, pois, uma das premissas à constitucionalização do direito é a noção de supremacia da Constituição. Mas, como esse não é um traço exclusivo nem ao menos distintivo das Constituições dos países do direito de matriz romano-germânica, a expressão padece de especificidade. A noção de constitucionalização associa-se a um efeito expansivo das normas constitucionais, cuja transição foi norteada pela “aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 353)

comporta o sentido da constitucionalização do direito³³ diante da polissemia das normas exaradas da Constituição, que estende seus tentáculos, – não no sentido pejorativo – por exemplo, ao direito administrativo, ao direito civil e ao direito penal.

Renunciarei à tentação de aprofundar os inúmeros apontamentos que o fenômeno da constitucionalização do direito reclama. Entretanto, em razão da sua acentuada carga axiológica e proximidade do conceito de justiça, os princípios constitucionais chamam para si a função de função de fundamento da legitimidade da ordem jurídico-positiva, afinal realizam o derradeiro valor em torno dos quais gravitam os direitos. Assim, como já foi dito que os princípios são hoje a base do ordenamento jurídico (v. *infra* tópico “I. Introdução”), há que apontá-los, agora, como a nova parte permanente e eterna do direito, porém cambiante e mutável, determinando a evolução do próprio Direito e desempenhando um papel hermenêutico especial, aparecendo como vetores exegéticos a fim de guiar a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

É dever da jurisprudência unir a integração de sentido entre os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios com base nos valores éticos mais elevados da sociedade. Muitas das vezes a jurisprudência confere particularidade à enorme significância dos princípios constitucionais que se espraiam pelo ordenamento. Posteriormente, analisarei uma atribuição de significado ao princípio do *non bis in idem*, que embora não expressamente consagrado no ordenamento jurídico nacional, guarda íntima relação com os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, pois preconiza a proibição de um exercício reiterado do *jus puniendi* estatal impedindo dupla punição pelo mesmo fato, ou seja, incontestado direito fundamental do cidadão (art. 5º, §2º, CF).

Se a jurisprudência se presta a ser um ato de produção do direito, tal como a lei, só que sita no escalão da individualização da norma geral, deve ela direcionar o sentido dos princípios extensivamente compartilhados pela Constituição e pelos Códigos. Nos questionamentos de Canotilho:

³³ Sobre a importância do Judiciário no processo de constitucionalização do Direito, v. SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44. Com uma visão ampla do tema, temos também: ANDRADE, André Gustavo Correa de (Org.). **A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

“A crítica mais direta às anteriores sugestões de uma abertura principial do direito será provavelmente esta: não implicará a tendência principialista uma fuga da terra para as nuvens? (...) A pretexto de uma maior abertura não se correrá o risco de derivações abstratas a partir de princípios – *ex principio derivationes*?”³⁴

Então, cabe à jurisprudência deter essa “fuga da terra para as nuvens”. E essa encetada função da jurisprudência diante da preponderância dos princípios no Estado Democrático de Direito se eternizará. Ouso dizer que o próprio conceito de jurisprudência há de ser modificado, deixando de ser um mero conjunto de decisões mais ou menos homogêneas para se transfigurar na atividade desenvolvida em prol de adequar os princípios que atuam no ordenamento jurídico ao caso concreto. Sendo o sistema jurídico nos dias correntes um sistema aberto – aberto no sentido de incompletude; de evolução –, vê-se uma ordem teleológica de princípios de direito que tendem a informar à jurisprudencialização do direito. José Ricardo Cunha³⁵ esclarece que a quase totalidade dos autores que postulam por um sistema jurídico aberto apresentam uma atenção especial à categoria dos princípios. No próprio plano da teoria geral do direito, para que as valorações sejam adequadas de maneira razoável, deve haver elementos que funcionem no sistema como condutores de sentido e aglutinadores da multiplicidade de valores singulares presentes a interior do próprio sistema. Os princípios são, pois, estes concentradores dos múltiplos valores do mesmo sistema. Aduz ainda que os princípios são de grande valia para a atualização da normatividade jurídica de maneira que esta não perca seu contato com a normalidade social, visto que, se os princípios não deixam de ser normas jurídicas de caráter geral, mas que dão unidade de sentido e sustentação à ordem jurídica, são o “alfa” e o “ômega” do direito: servem de critério e inspiração no momento inicial de produção do direito e no momento final de aplicação deste.

4. Jurisprudência: Fonte do Direito

A idéia de que a jurisprudência nos tempos atuais exerce uma função integradora e, por conseguinte, criadora é pacífica. A jurisprudência tem o papel de ser o contrapeso do

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “**principialização**” da jurisprudência através da **Constituição**. *Revista de Processo*, n. 98, abr./jun. 2000, p. 86.

³⁵ *in* PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 32-35.

envelhecimento das leis positivadas. Antes de mostrar a qualidade criadora da jurisprudência, não é tarde para qualificá-la em poucas linhas. José Raimundo Gomes da Cruz averbou algumas funções da mesma: i) interpretar a lei, preceito geral, sujeita à revisão de significado dos seus termos, opiniões divergentes da doutrina, etc.; ii) vivificar a lei, dinamizando-a e tornando-a viva, atuante; iii) humanizar a lei, cuja finalidade não é ser dura, mas *justa Lex*; iv) rejuvenescer a lei, cabendo ao julgador analisá-la, adaptá-la à realidade social e ao cotidiano e, principalmente o cientista, concorrer para o aperfeiçoamento do sistema jurídico.³⁶ Etimologicamente, a palavra “jurisprudência” vem do latim *jurisprudencia*, de *jus* (Direito, ciência do Direito) e *prudencia* (sabedoria). Leia-se que é a ciência do Direito vista com sabedoria.

Havemos de ter sempre no horizonte o mandamento do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil referente à missão de um julgamento teleológico por parte do juiz, *in verbis*: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Ora, se as leis não esgotam todo o direito, e, se cabe ao juiz – com o peso da sua caneta – fazer um julgamento que atenda à finalidade social da lei, não há motivos para não creditar à jurisprudência o *status* de fonte do direito³⁷. Se falamos já em um “pluralismo

³⁶ **A jurisprudência ante a Constituição de 1988.** *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 54, out./dez. 1990, p. 94 e ss.

³⁷ Não é o que professava uma corrente minoritária da doutrina. Vide TENÓRIO, Oscar Accyoli. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: Decreto-lei n. 4657, de 4.9.42.** Rio de Janeiro: A noite, 1944, p. 140, para quem: “A doutrina e a jurisprudência não podem ser consideradas fontes subsidiárias da lei. A lei não recorre ao aplicador para extrair preceitos legais, nem para suprir omissões ou lacunas. De maneira mais clara, a doutrina e a jurisprudência não têm caráter normativo”. Esse pensamento retrógrado é ofuscado mesmo por seus contemporâneos, v. g., Miguel Reale, que já na 1ª edição do seu clássico “Filosofia do Direito”, isso em 1958, nos ensinava: “um juiz ou um advogado, que tem diante de si um sistema de direito, não o pode conceber apenas como uma concatenação lógica de proposições. Deve sentir que nesse sistema existe algo de subjacente, que são os fatos sociais aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta de valores, em um processo de integração dialética, que implica ir do fato à norma e da norma ao fato” (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1958, p. 516). No mesmo entendimento que Reale: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura.** *Revista dos Tribunais*, n. 553, nov. 1981, p. 18-26.

Concentrando certo esforço na delimitação dos que se colocam a favor e contra a inclusão da jurisprudência no rol das fontes do direito, notei que os últimos normalmente caem em argumentos primitivos ou contraditórios. Não gostaria de saturar o leitor com bibliografia de ambas as correntes, mas encontrei um autor que se utilizou, ao mesmo tempo, de argumentos primitivos e contraditórios em um só texto: SOUZA, Gelson Amaral de. **A jurisprudência como interpretação do direito.** *Revista Forense*, n. 290, abr./jun. 1985, p. 462-477. O autor chega a afirmar que “a lei nunca é exaustiva. Podemos dizer que o direito o seja, mas não a lei” (p. 469) para poucos parágrafo depois contradizer-se: “O Direito extravasa do conteúdo limitado da lei. Se assim não fosse, bastaria ser

normogenético”³⁸, em um sentido amplíssimo da acepção da expressão “fontes do direito”, contando como válido o acervo de resoluções de casos concretos para a resolução de diversos problemas jurídicos, não vejo por que obstar a inclusão da jurisprudência no rol das fontes do direito. Em outros respositos, Maria Helena Diniz averbou:

“É a fonte formal que dá forma ao direito, fazendo referência aos modos de manifestação das normas jurídicas, demonstrando quais os meios empregados pelo jurista para conhecer o direito ao indicar os documentos que revelam o direito vigente, possibilitando a sua aplicação a casos concretos, apresentando-se, portanto, como fonte de cognição. A fonte formal é o modo de manifestação do direito que permite ao jurista conhecer e descrever o fenômeno jurídico. Logo, quem quiser conhecer o direito deverá buscar a informação desejada nas suas fontes formais, ou seja, na lei, nos arquivos de jurisprudência, nos tratados doutrinários. O órgão aplicador, por sua vez, também recorre a elas invocando-as como justificação de sua norma individual”³⁹ (grifei).

Trilhando a mesma senda, Pestana de Aguiar constata que:

“Não se trata de função legislativa análoga àquela dos representantes do povo. Bem longe disso, a função criadora do direito aqui se prende ao inarredável dever conferido ao juiz de julgar a controvérsia a si levada.

alfabetizado, ler a lei e aplicar o direito. Mas não é tão simples assim. O intérprete há de ser versado em ciências jurídicas para afastar-se da letra da lei e, com base nesta, alcançar o direito que não transparece à primeira vista”(grifei). Ora, os ícones do jusnaturalismo não eram meros alfabetizados e mesmo assim liam a lei e apenas aplicavam o direito nela contido. O próprio autor coloca como opostos juspositivistas e jusnaturalistas no debate sobre a jurisprudência ser ou não fonte formal do direito. “Digladiam-se, de um lado, os seguidores da corrente positivista do direito, afirmado com todas as forças ser a jurisprudência fonte do direito. Por outro lado, os admiradores da corrente jusnaturalista relutam em aceitar o caráter de fonte do direito à jurisprudência” (p. 468). O autor chama estes de negativistas e aqueles de positivistas: “Isto é, uma que nega a condição de fonte do direito, e outra que a afirma” (p. 469) para depois se declarar como um daqueles “admiradores da corrente jusnaturalista”, ou melhor, como um negativista, dizendo: “entendemos que a razão está com a corrente negativista”. Sem embargo de suas contradições, é primitivo ao não reconhecer as diversas categorias de interpretação reduzindo-as, todas, apenas na interpretação sistemática, quando se presta a declarar que: “A jurisprudência é uma fonte de interpretação deste direito, eis que, maleável, tem condições de acompanhar de perto todas as alterações havidas no contexto social e tomar conhecimento e aplicar o direito, mesmo antes de este ganhar forma expressa. A jurisprudência não cria o direito, apenas o interpreta, buscando-o no ordenamento que rege a sociedade, aplicando sempre a interpretação sistemática.” O autor ignora as outras técnicas tradicionais de interpretação jurídica: gramatical, histórica e teleológica já difundida mesmo por seus contemporâneos, v.g., MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 e FERRARA, Francesco. *Ob. Cit.*, 1987.

³⁸ Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do primado da Constituição ao tratado de Lisboa – Ensaio sobre as Fontes do Direito**. *Interesse Público*, n. 52, nov./dez. 2008, p. 118.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2º volume. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 660.

Sendo-lhe vedado o *non liquet* do magistrado romano, cria o direito atado às próprias diretrizes legais, como dispõe o art. 4º da Lei de Introdução, ao recomendar as fontes subsidiárias em caso de lacunas da lei (...) se a doutrina presta inestimável auxílio na criação do direito, através da interpretação da lei, quando pulsa por sua ideal aplicação, a jurisprudência a ela se alia nessa incessante pesquisa (...) A tendência que se manifesta com proeminência progressiva é no sentido de ser a jurisprudência fonte do direito, podendo inclusive o juiz deixar de aplicar a lei que já não corresponde às necessidades sociais (...) alcançada que hoje está universalmente a função criadora da jurisprudência, vivificada irradiantemente por força de imensa *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*”⁴⁰.

De acordo com a citação, infere-se que se o legislador admite a omissão da lei pelo art. 4º da LICC⁴¹, ou seja, a sua falta de dispositividade em certas hipóteses, e manda que o juiz decida assim mesmo, lógico, está acometendo ao magistrado um poder equivalente ao do legislador, qual seja o de deduzir um preceito particular que comporá o fundamento de sua sentença ante o pedido concreto. Por assim dizer, é a própria lei que, prevendo a sua própria omissão, delega ao julgador um certo poder legiferante consoante a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

De fato, a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes não constituem senão simples modos através dos quais o direito, latente e amorfo na natureza das coisas, desponta das relações jurídicas positivas para integrar o que se denomina “sistema jurídico”, esmiuçando regras de agir.

Não obstante, quando se fala em jurisprudência, uma das primeiras coisas que se vêm à mente é a súmula vinculante. Esta certamente não é uma forma de se criar o direito e não se pode confundir aquela com esta. Embora discorrer sobre súmula vinculante saia ao largo dos objetivos traçados neste trabalho, há quem sustente que elas representam uma certa aproximação do sentido vinculante da jurisprudência na *common law* com a *civil law* – esse argumento, mesmo que embrionário, não é de todo desarrazoado –, e cabe lembrar que aquelas traduzem o resumo da jurisprudência sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do Brasil, visando à celeridade de causas no poder Judiciário.

⁴⁰ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **Jurisprudência: fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?)**. *Revista Forense*, n. 270, abr./jun. 1980, p. 101-102.

⁴¹ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”

Há quem diga que a atividade jurisdicional ocupa uma fonte autônoma na criação do direito⁴². Além disso, há quem proclame até mesmo um Direito jurisprudencial⁴³ que discute a norma jurídica de acordo com regras hermenêuticas, de forma a explicitar o sentido oculto da lei, esclarecendo-a para que se aplique com exatidão aos direitos subjetivos inquinados de duvidosos.

Em uma pesquisa tendo como objeto o estudo das relações entre o Direito e os processos de mudança social na sociedade brasileira, e tendo como uma das linhas de investigação científica o fato de ser a jurisprudencialização do(s) direito(s) um “indicador” de mudança social, Miranda Rosa, um dos responsáveis pelo florescimento da sociologia jurídica no Brasil, escreveu em magistral artigo:

“A chamada ‘formação pretoriana’ do Direito, aparentemente, longe de se encaminhar para a extinção para a extinção que imaginaram alguns adeptos de uma rígida divisão das funções dos poderes do Estado, estaria em pleno reflorescimento, precisamente quando mais complexa se torna a ordem jurídica. Uma cogitação cabível é a de que a própria complexidade do Direito positivo favorece também a complexidade e a multiplicidade de instrumentos institucionais com ‘capacidade normativa’. Isso já vem sendo observado em face da crescente formação legiferante do Poder Executivo e de órgãos reguladores da economia. É bem provável que tal fato não corresponda apenas a uma expansão de poderes do Executivo, mas principalmente (ou também) de uma dispersão da função legislativa nos vários poderes do Estado, o judiciário inclusive, em um processo de ‘desformalização’ e de interação”⁴⁴.

Destarte, a jurisprudencialização do direito tem importância para o operador do direito no sentido de que este, com mais facilidade, detecte qual a orientação que recebeu o maior número de aplausos dos órgãos judiciários em caso de obscuridade, vaguidade ou incompletude da lei. A jurisprudência que cria o direito no julgamento de “casos difíceis” (*hard cases*) requer uma hermenêutica própria assentada na ponderação, dificilmente reconduzível aos métodos subsuntivos ou a induções de precedentes judiciais mascarados – contrariamente aos “casos fáceis”, nos quais a problemática é solucionável pelos métodos clássicos de hermenêutica envolvendo a aplicação de regras jurídicas mediante subsunção – pois a lei é imperfeita, e, diante da relevância de se atribuir significado aos textos que

⁴² CAMPOS, Ronaldo Cunha. **O Direito Processual na atualidade**. Uberaba: Vitória, 1978, p. 21.

⁴³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito judicial, jurisprudencial e sumular**. *Revista de Processo*, n. 80, out./dez. 1995, p. 208-214.

⁴⁴ ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Os tribunais e os tempos**. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 50, 1984, p. 20.

ultrapassam sua dicção expressa, a necessidade de construção jurisprudencial para fazer nascer o direito é gritante. A jurisprudência é fonte do direito, que faz o ordenamento respirar, crescer e renovar-se.

8. Análise de caso

Uma análise de caso dentro do Direito Penal tem uma razão pessoal: entendo que comumente há uma falta de univocidade e imprecisão de linguagem decorrente da relação da lei com o fato concreto, subsistindo precária a adequação típica. O Direito Penal não se encapsula no território do princípio da legalidade irrestritamente, mas estabelece barreiras à contenção do arbítrio. As dificuldades procedimentais do princípio da legalidade derivadas da necessidade de se fazer um direito justo inquietam. Impõe-se a necessidade de superar a estática das normas por meio da realização judicial da lei, mediando à concretização dos fatos com o nascimento do direito. A jurisprudência tornou-se o próprio direito materializado, e a jurisprudencialização do direito é o reflexo do crescente prestígio dos ementários e das resenhas das decisões dos tribunais.

É devidamente pacificado na doutrina que a decisão isolada não é, na verdade, jurisprudência, mas esta só se configura a partir de um conjunto de decisões uniformes e reiteradas sobre certo tema jurídico. Ocorre que, no Brasil – cuja família de direito é a romano-germânica – a jurisprudência pode ser – e efetivamente é – dissonante em inúmeros aspectos jurídicos, pois não há a vinculação tão arraigada do juiz ao caso pretérito como na *common law*, gerando, por vezes, entendimentos diversos sobre um mesmo tema.

O próprio amadorismo com que alguns temas são tratados no Legislativo, gerando leis confusas, improvisadas e obscuras, é responsável por algum desalinhamento jurisprudencial. Senão, vejamos: após o advento da Lei Federal 8072/90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos, um forte debate foi deflagrado na doutrina e na jurisprudência a fim de esclarecer se o seu art. 9º, prevendo um aumento de metade da pena nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor com violência presumida, implicaria em um indesejado *bis in idem*. No entanto, com o advento da novíssima Lei 12015, aprovada em 7 de agosto de 2009, um novo debate certamente aumentará a discussão em torno da majorante supracitada, haja vista que a nova lei revogou o art. 224 do CP sem ater-se às implicações previstas no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos:

“As penas fixadas (...) para os crimes capitulados nos artigos (...) 213⁴⁵, caput, e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, 214⁴⁶ e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitados os limites de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224⁴⁷ também do Código Penal”.

O “racha” na jurisprudência se dava porque alguns aplicadores entendiam que a majoração imposta pelo art. 9º da LCH incorria em um típico *bis in idem*. Nesse sentido, vale a transcrição de alguns julgados representativos dessa corrente:

“EMENTA:

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. NÃO-INCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. ORDEM CONCEDIDA.

I – A causa especial de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90 só incide nos delitos sexuais (atentado violento ao pudor e estupro) cometidos com violência presumida, quando o ocorrer o resultado lesão corporal ou morte, sob pena de se incorrer em *bis in idem*. Precedentes.

II – Irresignação que merece ser provida, para cassar tanto o acórdão *a quo* quanto a sentença monocrática, no tocante à dosimetria da pena, determinando-se que outra seja proferida, excluindo-se a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90 e mantendo-se os demais termos da condenação.

⁴⁵ Tipificava o crime de estupro: “*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:*

Pena – reclusão, de seis a dez anos.”

Eis a nova redação do art. 213 do Código Penal:

“*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.*

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§1º: *Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:*

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2º: *Se da conduta resulta morte:*

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”

⁴⁶ Tipificava o crime de atentado violento ao pudor: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

Pena – reclusão, de seis a dez anos.”

Hoje, o art. 224 foi revogado pelo art. 3º da Lei 12015, como será discutido adiante.

⁴⁷ Trata dos casos em que há presunção de violência: “*Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.*”

III – Ordem concedida”⁴⁸

“EMENTA:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO FORMAL E DE COMPROVAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CAUSA DO AUMENTO DE PENA DO ART. 9º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. A aplicação da causa especial do aumento do art. 9º da Lei nº 8.072/90, no reiterado entendimento desta Corte Superior, só é aplicável se ocorrer também lesão corporal grave ou morte, ante a expressa remissão da lei ao art. 223, *caput* e parágrafo, do Código Penal.

5. Writ denegado. Ordem concedida de ofício para afastar a causa especial de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072/90”⁴⁹

“EMENTA:

PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LEI Nº 8072/90. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ACRÉSCIMO DE PENA DO ART. 9º DA LEI Nº 8072/90. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE.

1. O crime de estupro, ainda que na forma simples ou mesmo com violência presumida, tem natureza hedionda, devendo a respectiva pena ser cumprida em regime prisional integralmente fechado. Precedentes do Pretório Excelso.

2. Incabível o aumento de pena previsto pelo art. 9º da Lei nº 8.072/90 nos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor sem lesão corporal de natureza grave ou morte, pois sua ocorrência implicaria violação ao princípio do *non bis in idem*. Precedentes do STJ.

3. Writ parcialmente concedido”⁵⁰

Acima está o entendimento majoritário também nos tribunais estaduais. Antes de transcrever o pensamento dominante no STF, diferentemente do colendo Superior Tribunal de Justiça, neste ponto, farei menção à opção adotada por Lopes Monteiro⁵¹ por ser também o entendimento da mais alta corte judiciária do Brasil:

⁴⁸ STJ, DJ 02 ago. 2004, REsp 596853, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca.

⁴⁹ STJ, DJ 04 abr. 2005, HC 36911/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz.

⁵⁰ STJ, DJ 16 fev. 2004, HC 31356/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz.

⁵¹ Com a mesma exegese, temos: BUSSADA, Wilson. **Crimes hediondos interpretados pelos tribunais**. Bauru: Edipro, 1993, p. 254-259; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 86.

Contra: DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2000, p. 412-413; TOVIAL, Joel. **A (nova) Lei dos Crimes Hediondos Comentada: Aspectos Penais, Processuais e Jurisprudenciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 111-115; OLIVEIRA, Jádriel

“Nossa posição é outra. Não há que se falar em *bis in idem*. Com efeito, para os crimes dos arts. 213 e 214 do Código Penal, estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente, a previsão do art. 224, num primeiro momento, cognoscitivo, funciona como elemento de tipo, ou seja, substitui a violência. Tipificado o crime, independentemente de ser a violência real ou presumida, adquire o mesmo art. 224 outra função, a de uma causa de aumento de pena. Outro fosse o entendimento, teríamos, para o estupro praticado contra criança com violência real, uma pena de 9 (nove) a 15 (quinze) anos. Já com violência presumida a pena seria de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Ora, isso seria ilógico, pois, de um lado, a pena seria a mesma para o crime praticado contra o adulto, e por outro, porque o legislador quis, com a presunção do art. 224, igualar os tipos penais, inclusive no que tange à cominação da pena... O Supremo Tribunal Federal, contrariando o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente vem adotando posição oposta àqueles tribunais, entendendo não haver *bis in idem*”⁵²

A coexistência do velho art. 224, *a*, CP, e do art. 9º LCH, não era conflitante porque a causa de aumento obrigatório na referida lei é de estrutura, efeitos e incidências diferentes da norma do Código e, por isso, de possível aplicação conjunta. Inexistia duplicidade apenativa, pois quis o legislador, e isso se defende com indisfarçável precisão terminológica, proteger os incapazes de consentir. Ou pela apequenada idade, ou por insuficiência mental específica, ou por impossibilidade situacional. Este é, certamente, um dos aspectos apanhados pelo legislador especial. E não é preciso, incrivelmente, fazer grande esforço de raciocínio para se chegar a esta conclusão.

O fato de alguma dessas circunstâncias ter atuado para a formação da violência (dita ficta) pode significar que o sujeito ativo atuou duas vezes. Uma, no complexo do próprio crime. Outra, como agravante acrescido. Por certo, inexiste ofensa ao princípio do *non bis in idem* que, *prima facie*, a nossa consciência jurídico-penal repele. São, sim, duas ingerências

João Batista de. **Código Penal Comentado – Parte Especial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 387-388; COSTA, Álvaro José Ferreira Mayrink da. **Jurisprudência Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 37-38; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial, arts. 121 a 249**. v. 2. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 684; GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Impetus, 2008, p. 949; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v. 2. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 443; BITTENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. **Código Penal Anotado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 726; PRUDENTE, Neemias Moretti. **Considerações críticas acerca das disposições gerais relativas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor**. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 52, out./nov. 2008, p. 91; MARTINS, Sílvia Helena Furtado. **Fixação da pena mínima nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, praticados mediante violência ficta, em razão da idade da vítima**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 3, jul./set. 1993, p. 195.

⁵² MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 174. As penas do excerto são referentes à redação anterior a Lei 12015.

distintas; mas apenas uma com capacidade gravosa específica. No mais, com a devida vênia, os partidários da opção não-cumulativa do art.9º da Lei 8072 de 1990 me parecem que omitiam a significância do art. 224 – agora revogado – dentro do próprio Código Penal brasileiro. Nos ensinamentos de Nucci:

“O art. 224 serviu **apenas** de referência para o legislador indicar quando a reprovação ao ato deve ser mais seriamente considerada, agravando-se a pena... Surgiu então, o posicionamento daqueles que viram nessa disposição do art. 9º um *bis in idem*... Assim não deve ser considerado. Houve **somente** a utilização de um mecanismo remissivo para tratar de causa de aumento de pena. O fato de a pessoa não poder consentir validamente, permitindo a tipificação do delito de estupro ou de atentado violento ao pudor, não elimina outra conseqüência distinta, que é o crime sexual ter-se consumado... Assim, cremos **perfeitamente possível a consideração da idade para considerar o delito sexual violento, como para aumentar a pena**. Nessa linha é o que vem prevalecendo no STF”⁵³ [destaquei].

Oportuno, pois, o entendimento sufragado no Pretório Excelso, no julgamento do HC 74780⁵⁴, que é ilustrativo:

“EMENTA:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA: VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ACRÉSCIMO DA METADE DA PENA. (ART. 9º DA LEI 8072-90). INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*.

(...)

2. A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento de pena prevista na lei extravagante (art. 9º da LCH)

3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não ocorrência de *bis in idem*. Precedentes.

3. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido”

Ainda nesse HC (74780/RJ), brilhante é a manifestação do Ministério Público Federal, por meio do sub-procurador geral da República, à época, Cláudio Lemos Fonteles, assim fundamentando seu parecer:

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 842.

⁵⁴ STF, DJ 06 fev. 1998, Rel. Min. Maurício Corrêa.

“Toda a questão gira, então, em saber-se se a violência, presumida *ope legis*, pode ser tomada como causa especial de aumento de pena ou se isto configura *bis in idem* porque a violência é requisito necessário à caracterização do tipo penal...

Não há o *bis in idem*.

Com efeito, tanto o estupro quanto o atentado violento ao pudor tipificam-se, em componente necessário, que se traduz na violência real, ou na grave ameaça. Vale dizer: o autor comete ação comissivamente contudente contra a vítima.

Muito bem. Mas situações outras há em que o autor, prevalecendo-se da situação de cabal enfraquecimento da vítima – ou porque é menor; ou porque é débil mental; ou porque por outra causa não pode resistir (...)

Tais situações confundem-se com a definição típica de estupro, ou do atentado violento ao pudor?

Estamos em que não!

Nelas, presume-se o componente necessário violência, embora não se possa estabelecer qualquer situação de constrangimento, como no estupro real.

É justamente por isso, porque as situações fáticas não se confundem, que em relação à violência presumida, dada a sua maior gravidade, que se reconhece na posição sobejamente enfraquecida da vítima por certo a revelar muito maior insensibilidade do autor, não se pode cogitar de *bis in idem*, se nesta particular situação da vítima fundamenta-se o acréscimo da sanção (...)

Numa das pouquíssimas vezes em que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que é legítima a pena agravada pela metade prevista no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos com relação ao atentado violento ao pudor na forma presumida, assentou-se no voto do relator que:

“*data venia* de entendimento contrário, não cabe mais o surrado sofisma de *bis in idem* quando se recepciona o art. 9º da Lei nº 8072/90, pois a lei não estabelece nos crimes sexuais considerados hediondos, como pressuposto da incidência obrigatória da causa especial de aumento da pena, o resultado lesão corporal grave ou morte, cabendo aqui o brocardo ‘*ubi lex non distinguit, nec interpres distinguit*’⁵⁵”

⁵⁵ “Quando a lei não distingue, tampouco o intérprete deve distinguir”. Particularmente, não concordo que caiba este falido brocardo, que vai de encontro ao que esbocei neste trabalho. Pior: o próprio juiz nega a sua utilidade com este primitivo pensamento já que há sempre um antagonismo entre o *dever-ser* da norma e o *ser* da realidade social. Do contrário, seria desnecessária a própria regra – fruto da criação judicial do direito ancorada na jurisprudência – pois não existiria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que invariável e ordinariamente já acontece. E se aquele antagonismo entre norma e realidade é onipresente, “é de se reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável. O difícil equilíbrio entre o fatalismo e o idealismo jurídicos tem-se rompido no Brasil, em favor da crença desenganada de que no receituário legislativo existem remédios para todos os males. Aí começa a inflação jurídica, da Constituição às portarias, criando uma dualidade irremovível entre o Direito e a realidade.” (BARROSO, Luís

(...)

a particular situação da vítima, de não ser maior de quatorze anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade, isto porque, na primeira hipótese é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214 do Cód. Penal), ao passo que na segunda hipótese é causa especial de aumento de pena prevista na lei extravagante, *ex-vi* do referido art. 9º, da Lei 8072/90, afigurando-se absurda, *data venia*, a tese esposada no r. voto vencido, que defende a incidência da causa especial aqui em análise, exclusivamente nas formas qualificadas dos crimes sexuais considerados hediondos”⁵⁶

Ora, se desde o raiar da década de 1990 até meados desta década até bem recentemente, a questão de se elucidar o caráter dúbio do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos já provocava eruditas divergências – de maneira resumida: uma corrente discursava pela inadmissibilidade da circunstância agravadora e outra pelo total cabimento do aumento em ½ da dosimetria penal na hipótese dos três tipos elencados no revogado art. 224 – agora, com a nova Lei nº 12.015/2009, só o tempo se encarregará de formar a opinião dos operadores do direito depois de se alinharem posições jurisprudenciais a respeito. Insta ressaltar alguns aspectos da Lei que interessam ao tema versado neste estudo.

Dentre os poucos méritos da nova Lei, um deles foi o de alterar o título VI da Parte Especial do Código Penal, que era: “Dos crimes contra os costumes”, para uma versão mais compatível com os novos tempos. Virou: “Dos crimes contra a dignidade sexual” (art. 2º da Nova Lei), nos mesmos moldes do Anteprojeto de Lei elaborado por vários penalistas sob a Presidência do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, publicado pela Portaria 232, de 24 de março de 1998, do Ministério da Justiça. Caiu o antiquado termo “costumes” para designar àquele Título. Outra inovação, digna de nota, é a de que a nova redação do art. 213 do CP, pelo qual o sujeito passivo pode ser tanto do sexo feminino quanto do masculino, significa que o legislador finalmente compreendeu um fato há muito contemplado nos tribunais de todo o país.

Antes da indigitada reforma legislativa supramencionada, separava-se o estupro do atentado violento ao pudor, em dois artigos distintos do Código Penal, embora ambos os crimes fossem tratados com a mesma pena – outrora de seis a dez anos de reclusão. O renovado art. 213 do Código Penal aumentou a repressão aos criminosos que ali se

Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 49)

⁵⁶ *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 51, p. 313. Trata-se da Ap. Criminal n. 1524/99, Rel. Des. Paulo Roberto Leite Ventura, vencidos os Desembargadores Silvio Teixeira Alberto Craveiro e Luiz Leite Araujo, que excluíam a causa especial de aumento da pena.

enquadrem, mas manteve a mesma dosimetria para ambos os crimes. A lei ordinária nº 12015 também perdeu a chance de diferenciar estes delitos que são “estruturalmente diferentes, a exigir sanções qualitativamente diversas”⁵⁷. Se bem que, antes, figurava como sujeito do pólo passivo somente a mulher, tendo-se agora considerado os homens como possíveis sujeitos passivos, respeitando o princípio da isonomia (art. 5, I, Constituição federal).

Todos têm direito à liberdade sexual, que se afigura como uma parcela da liberdade pessoal, sendo, ainda assim, tutelada de forma autônoma. Certo que o fundamento de tal especificação se encontra em três planos diversos: a especial vinculação com a auto-realização o pessoal; a diferenciação de suas formas comissivas e os significativos condicionamentos normativos presentes nesses delitos, buscando-se proteger a “indenidade sexual”⁵⁸ da vítima. A capacidade de auto-determinação sexual se exerce com liberdade de escolha e de vontade⁵⁹.

De certa maneira, a reforma levada a efeito pela Lei nº 12015 adequou às novas perspectivas principiológicas o Direito Penal, um dos pressupostos da constitucionalização do direito em matéria criminal, ou, ainda, o modo de se interpretar um dispositivo de um diploma legal de acordo com os princípios insculpidos no Texto Fundamental. A lei tem algumas outras inovações que merecem homenagem, mas o trato destas excede o espaço deste trabalho.

Infelizmente, como foi dito, a citada lei nova não cominou penas diferenciadas para o atentado violento ao pudor e para o estupro, tão-somente deu conta do fogo repressivo do legislador. O crime de estupro é um crime sexual de malefícios mais significativos que o de atentado violento ao pudor. A manutenção da equiparação punitiva não expurgou do ordenamento o estrito paralelismo entre estupro e atentado violento ao pudor, constituindo um verdadeiro “absurdo jurídico”.

Mesmo tendo boa intenção, o legislador, ao formular a nova redação do art. 213 – pois o conceito de “ato libidinoso” é bem mais elástico que o de estupro, sendo “toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancie numa manifestação de sua

⁵⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Novas Questões Criminais**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 102.

⁵⁸ Expressão encontrada em: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 3. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 549-550.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial, arts. 184 a 288**. v. 2. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 194-195.

concupiscência”⁶⁰, facilitou o enquadramento do criminoso – desconsiderou que a abrangência da conjunção carnal em um só tipo penal descaracteriza a gravidade das situações – mas misturou dois crimes bem diferentes, se bem que a doutrina já sugeria a inclusão de todos os tipos de cópula no delito de estupro, qualificando o atentado violento ao pudor como um delito menos grave⁶¹. Ademais, curiosamente

“a dicotomia entre estupro e atentado violento ao pudor tem origens religiosas. A sodomia e as manobras sexuais não destinadas diretamente à procriação foram por muito tempo classificadas como pecado contra a Natureza. Daí a sua maior gravidade em relação a um simples coito vaginal. Nas Ordenações Filipinas a punição para a sodomia consistia na morte pelo fogo (Livro V, Título XIII)... No regime do religioso Código de Manu (1300 a.C.) a mulher que atentasse contra o pudor de uma rapariga, através do contato com o seu dedo, teria a cabeça imediatamente raspada, os dedos cortados e, conforme as circunstâncias, seria levada pelas ruas montada em um burro (art. 367)”⁶².

Evidentemente, a conjunção carnal é elemento constitutivo (objetivo) do crime de estupro. Acrescente-se, que apesar da antiga nomenclatura, o atentado violento ao pudor era cometido mesmo com grave ameaça, desde que contivesse poder intimidativo suficiente. Ainda assim, foi acrescentado pelo art 3º da Lei nº 12015 de 2009 seis artigos ao Código Penal, são eles: 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C. Para a ocasião, ater-nos-emos somente ao novo art. 217-A do Código Penal:

“Art. 217- A

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º: Incorre na mesma quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.”

O dito “estupro de vulnerável” foi tipificado pelo novo artigo.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 707.

⁶¹ Cf. ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 25.

⁶² ERNESTO FÜHRER, Roberto Maximiliano; AMÉRICO FÜHRER, Maximilianus Cláudio. **Código Penal Comentado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 596.

Poder-se-ia objetivar que as situações previstas no revogado art. 224 do Código Penal foram substituídas no art. 9º da LCH pelo art. 217-A, *caput* e §1º. Resta saber se a violência presumida continua no novo dispositivo legal. Opino que sim. E imagino que a revogação do art. 224 pode aumentar as fileiras dos adeptos da causa não-aditiva de metade da pena prevista pelo art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, alegando a perda de sua eficácia.

E o pior: os que se encontrem cumprindo pena que foi acrescida pela metade em função do art. 9º da LCH obtiveram, quiçá, um indulto, e suas penas podem ser reduzidas na mesma proporção em que foram acrescidas pelo fator “violência presumida” do art. 224 revogado – conforme o parágrafo único do art. 2º do Código Penal⁶³, o art. 5º, inciso XL, da Carta Magna⁶⁴, e do art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁵, que consagram o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica – ou, pelo menos, um sem-número de *habeas corpus* impetrados com aquela finalidade obstruirá o funcionamento das diversas varas de execuções penais no Brasil.

Poder-se-ia argumentar, também, que com a revogação do art. 214 do CP com a inclusão do antigo crime de atentado violento ao pudor no bojo do renovado art. 213 do CP, não haveria mais que se falar em continuidade delitiva. Argumento defeituoso. Pois há continuidade delitiva quando ocorre a prática de dois crimes contemplados como da mesma espécie, mas que não integram o mesmo tipo penal, embora com tipicidade semelhante e mesmo objeto jurídico tutelado: pode-se mudar a roupagem, e, permito-me o jargão informal, atentado violento ao pudor sempre será atentado violento ao pudor, e nunca foi – nem será – idêntico ao estupro. Não obstante, para que se caracterize a continuidade delitiva, deve haver entre os crimes uma conexão de unidade jurídica formada pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução, sendo uma única vítima.

Cabe à jurisprudência, numa *vexata quaestio*, adequar à revogação do art. 224 pelo art. 3º da Lei 12015 com o disposto no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos. A lei não possui o exclusivismo das fórmulas feitas, e cabe à fonte subsidiária do direito que é a jurisprudência, canalizar os questionamentos encimados para o campo da previsibilidade e da segurança das relações jurídicas, mesmo que destoantes, mais uma vez, os dois lados da interpretação da

⁶³ “A lei posterior, que de qualquer modo favoreça o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

⁶⁴ “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

⁶⁵“(…) Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.”

agravante do art. 9º da Lei nº 8072 – pois “a jurisprudência, quando se afirma por certo sentido e se revela por modo constante, atua de fato, como se fora um direito normativo”⁶⁶.

Saliente-se que o julgador, diante de um caso particularizado deve, sim, moderar o exacerbado rigorismo do legislador infraconstitucional, contendo os excessos de uma opinião pública predileta por um sentimento de justiça que muitas vezes soa como vingança em certos delitos, em geral quando nacionalmente divulgados pela imprensa – típico cenário para que o legislador tome alguma posição contundente, ignorando os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da lesividade do bem jurídico e abandonando todo critério que pudesse orientar a primeira fase de individualização da pena, a legislativa, renunciando, inclusive, o dever constitucional de adotar uma política criminal adequada aos postulados de um Estado Social e Democrático de Direito⁶⁷.

Aí mora outro perigo da jurisprudencialização do direito: o risco de o julgador partir sempre da premissa de que o legislador ordinário equivoca-se na dosimetria penal – o rigor é visto como insensatez do legislador e há a crença de que o legislador pune com mais severidade certos crimes porque assim entende que pode reduzi-los. Chega, então, a jurisprudência colocando indevidamente um peso no outro prato da balança de Themis, na frustrada tentativa de realizar a justiça, a *contrario sensu* da vontade do legislador por considerá-lo sempre enganado, equivocado, leigo que é.

Nesse caso, a jurisprudência pode perpetuar um grande injusto: a derrocada do princípio da individualização da pena. Isso eu já conjeturava antes de me jogar nessa empreitada intelectual da análise de caso a partir da jurisprudência. A preocupação de não afrontar o princípio do *non bis in idem* supostamente contido no art. 9º da LCH no que diz respeito aos antigos arts. 213 e 214 do CP, conduziu o julgador, na maior parte das vezes, atentando-se para a jurisprudência dominante, a fixar as penas no *quantum* mínimo.

A jurisprudencialização do direito pode tornar isso uma tendência, que, de fato, encerra uma injustiça para com a própria sociedade, pois a sentença deve refletir na punição o senso de justiça das pessoas de bem. Assim, acompanho a constatação de Guilherme de Souza Nucci:

⁶⁶ RÁO, Vicente Paulo Francisco. **O Direito e a Vida dos Direitos**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 234.

⁶⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v.4. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

“Nos últimos anos, verifica-se a tendência de muitos magistrados, de primeiro grau ou de instância superior, na adoção da denominada ‘política de pena mínima’. Assim procedendo, são ignorados ou mesmo menosprezados riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha, entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta a cada réu (...) A padronização da pena é contrária à individualização da pena (...) de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante”⁶⁸.

Mira-se o *caput* e o inc. II do art. 59 do Código Penal:

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...)

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos”

Ora, as “conseqüências do crime” de estupro ou atentado violento ao pudor naqueles que se incluíam no antigo art. 224 (“atual” art. 217-A, *caput* e §1º) são muito mais funestas, o que foi merecedor de uma punição ainda maior pelo art. 9º da LCH. Os partidários do afastamento da presunção de violência, supostamente pela preocupação com a incidência de *bis in idem*, olvidam-se que o estupro ou o atentado violento ao pudor cometido sem agressão real pode não deixar marcas visíveis de violência, e que as lesões físicas constituem um fator de menor importância em face das cicatrizes psicológicas – estas, sim, incuráveis.

Os traumas da mente exigem tratamentos que muitas vezes não apagam os dramas psicológicos. As seqüelas, tão graves, nunca desaparecem, sendo um tanto quanto considerável que a dor de outrora não se esvai com o passado trágico, tornando-se uma constante na vida da vítima. Estou convicto que a majoração poderia ser até maior que a metade da pena fixada só pelos efeitos da conduta do delinqüente e pela inexistência de motivos da conduta delituosa.

Acontece que uma jurisprudência alojada no comodismo não só considera aquela agravante como um delírio do legislador, como para um dos oito elementos do art. 59 do Código Penal, a conseqüência do delito que por certo marcará toda uma vida da vítima.

⁶⁸ **Individualização da Pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 336. Essa obra foi baseada em uma riquíssima pesquisa realizada na Vara de Execução Penal de São Paulo, constante no apêndice do livro. O penalista faz duras críticas à confusão de pena-base com pena-mínima, à inépcia dos magistrados em considerar as particulares circunstâncias do caso na fundamentação da sentença, dentre outras.

Quando muito, há uma fundamentação estapafúrdia da desconsideração do supramencionado *bis in idem*, mas quase nunca uma explicação para a aplicação da pena mínima. Domina na jurisprudência a inexigibilidade da fundamentação da pena quando esta for firmada no patamar mínimo, o mesmo ocorrendo com relação ao regime prisional, quando optado pelo mais brando possível. Alega-se que se a pena foi assentada no grau mínimo porque todos os requisitos do *caput* do art. 59 favorecem o réu.

Assim como Nucci, não prego aqui também a “tolerância zero”, muito menos o “abolicionismo” – utopia tão profícua em estudos acadêmicos limitados a averiguar o excesso do *jus puniendi* do estado. Até porque, como já dizia Fernando Pessoa: “Assim como falham as palavras quando querem exprimir qualquer pensamento, assim falham os pensamentos quando querem exprimir qualquer realidade”. Apenas entendo que é de bom alvitre distinguir uma jurisprudência firme de uma idéia de justiça absoluta, irrefragavelmente vencedora ou correta.

A jurisprudência – dominante ou não – deve ser encarada como um alicerce, não podendo deixar o operador do direito se levar pela lógica do estéril ou do aprisionamento. E, mesmo que o Supremo Tribunal Federal entendesse pela inaplicabilidade do art 9º da Lei n. 8072 no tocante à violência presumida nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor contra os incapazes de consentir, não poderia o operador do direito abrir mão da formar uma opinião própria, uma adesão pessoal ao que se crê bom ou verdadeiro.

Corre-se o risco de que a jurisprudencialização do direito possa perpetuar uma injustiça em nome da própria justiça, por paradoxal que isto soe. O equilíbrio deve ser alcançado e não é quimérico. Se os critérios legislativos não são corretos, o operador do direito não pode prescindir de discutir a jurisprudência, sob pena de se configurar também incorretos os critérios judiciais, só que no extremo oposto. Quer seja o intérprete, quer seja o aplicador do direito, ou um simples estudante de direito, todos, indistintamente, devem se debruçar diuturnamente sobre a jurisprudência para que esta sirva de estro no arremate de suas convicções.

6. Conclusão

A jurisprudência interpreta a lei procurando corrigir-lhe as falhas e chega a “revogar de fato” os dispositivos legais que não atendem ao melhor direito, pois o Direito é a ciência do justo. A sua tendência modernizadora, ou de vanguarda, às vezes revela um avanço e uma

antecipação do que vem a ser depois a orientação seguida pelos legisladores, como no caso epígrafado da alteração do título VI da Parte Especial do Código Penal por uma nomenclatura há muito utilizada pelos tribunais, mais adequada à nova realidade dos crimes nele versados. E o operador do direito não pode ficar cego à dinâmica social refletida na jurisprudência, sabendo-se que ganhou terreno a aplicação finalística das normas jurídicas; as considerações referentes aos fins sociais da lei cresceram na jurisprudência em detrimento dos aspectos formalísticos.

O debate sobre o agravamento da dosimetria da pena prevista no art. 9º da LCH não deixa de ser um debate entre finalismo *versus* formalismo, na medida em que o aumento da pena nos crimes de estupro e do antigo atentado violento ao pudor com presunção de violência atende aos anseios populares de justiça, não tendo que se cogitar *bis in idem*. O justo e o jurídico, complementares sob a maioria dos aspectos, estariam em certas situações em pólos opostos. O juridicamente formal poderia levar à negação do justo. No caso do suposto ataque ao princípio do *non bis in idem* do art. 9º da LCH em relação ao revogado art. 224 do CP, o Supremo optou, porém, nessa peleja intelectual, em considerar justo o jurídico, afastando, em entendimento já pacificado, que não há *bis in idem* naqueles termos.

Com particulares funções dentro de cada família de direito, a jurisprudencialização do direito cumpre, em uma palavra, a sua missão: preenchimento; da abertura da lei, da “principalização” do direito refletida na constitucionalização deste, do embaraço das normas emanadas do Legislativo, etc.

Contudo, a jurisprudencialização do direito pode trazer justamente o problema a qual ela se propõe debelar, que é a fossilização do direito. Não se pode atribuir à jurisprudência, mesmo que dominante, ares de infalibilidade total. O intérprete – que por vezes é o próprio aplicador do direito – não se pode deixar levar pelas trilhas cômodas da jurisprudência, ainda que esta possa acometer a certeza de suas próprias razões. Lastimavelmente, a tendência da reprodução automática da jurisprudência pelos operadores do direito é uma realidade da vida repleta de automatismos do século XXI.

Enfim, restou provado que a jurisprudência passou de coadjuvante à protagonista no Direito. Protagonismo este que não pode aspirar ao incondicional e, se bem manuseado, é capaz de infundir nova vida ao Direito.

7. Referências Bibliográficas

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Tribunalização e Jurisprudencialização no Estado Contemporâneo: Perspectiva para o Mercosul.** *Revista dos Tribunais*, n. 800, jun. 2002.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e criação judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** *Interesse Público*, n. 19, mai./jun. 2003.

BUSSADA, Wilson. **Crimes hediondos interpretados pelos tribunais.** Bauru: Edipro, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A “principalização” da jurisprudência através da Constituição.** *Revista de Processo*, n. 98, abr./jun. 2000.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Celso Barros. **Jurisprudência como norma jurídica: controvérsias.** *Revista Forense*, n.281, p.185, jan./mar. 1983.

COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional.** *Direito Público*, n. 12, abr./jun. 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do primado da Constituição ao tratado de Lisboa – Ensaios sobre as Fontes do Direito.** *Interesse Público*, n. 52, nov./dez. 2008.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis.** Coimbra: Armênio Amado, 1987.

FERRO, Marcelo Roberto. **A jurisprudência como forma de expressão do direito.** *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 51, jan./mar. 1990.

FINE, Toni. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano.** *Revista dos Tribunais*, n.782, dez. 2000.

FONSECA, Antonio Carlos. **Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência.** *Revista de Informação Legislativa*, n.75, p.159, jul./set. 1982.

GARCEZ NETO, Martinho. **Função criadora da jurisprudência.** *Revista da EMERJ*, n.19, jul./set. 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Pressuposto e Direito Posto.** *Revista dos Tribunais*, n. 673, nov. 1991.

- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Da jurisprudência como ciência compreensiva: a dialética do compreender mediante o interpretar.** *Revista de Informação Legislativa*, n.126, abr./jun. 1995.
- LUHMANN, Niklas. **A posição dos Tribunais no sistema jurídico.** *AJURIS*, n.49, jul. 1990.
- MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Individualização da Pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional** (Trad. de Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ROSENN, Keith. **O jeito na cultura jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ROSSI, Fernando F. **Jurisprudência.** *Revista dos Tribunais*, n.793, nov. 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SANTIAGO, Marcus Firmino. **Dos códigos para as constituições: breve discussão sobre os princípios gerais de direito e a nova hermenêutica jurídica.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 64, jul./set. 2008.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito judicial, jurisprudencial e sumular.** *Revista de Processo*, n. 80, out./dez. 1995.
- SOUZA, Gelson Amaral de. **A jurisprudência como interpretação do direito.** *Revista Forense*, n. 290, abr./jun. 1985.
- STF, DJ 06 fev. 1998, HC 74780, Rel. Min. Maurício Corrêa.
- STJ, DJ 02 ago. 2004, REsp 596853, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca.
- STJ, DJ 04 abr. 2005, HC 36911/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz.
- STJ, DJ 16 fev. 2004, HC 31356/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz.

