

A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos *common law crimes*

JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA

Resumo: A possibilidade de criação de tipos penais pelo Poder Judiciário é uma polêmica ressurgida no Brasil com as decisões judiciais que criminalizaram a homofobia e a transfobia. Considerando que os Estados Unidos se filiam à tradição jurídica do *common law*, este artigo objetiva investigar como o princípio da legalidade penal tem sido tratado pela Suprema Corte daquele país, em face de afirmações de autores brasileiros de que sua missão estaria voltada à produção de normas para o futuro. Depois de estudar o assunto, confirmamos que ela cria o Direito Penal, mas de forma limitada, vedando os *common law crimes*. O Poder Judiciário não pode condenar alguém por uma conduta não prescrita em lei como crime.

Palavras-chave: Legalidade penal. Criação judicial do Direito. Suprema Corte. Estados Unidos da América.

The Supreme Court of the United States, the judicial law-making in criminal law, and the proscription of common law crimes

Abstract: The judicial law-making possibility in criminal law is a controversy risen in Brazil due to recent judicial decisions which made homophobia and transphobia a crime. Since the United States is a common law country, this article intends to research how the principle of criminal legality has been applied by their Supreme Court, which we do based on statements made by Brazilian law-writers that its role would be focused on producing law for the future. After studying the subject, we confirm that it creates criminal law, but in a limited way, forbidding common law crimes. The Judiciary branch cannot convict someone because of a conduct which is not proscribed by the statutory law as a crime.

Recebido em 10/6/20

Aprovado em 4/8/20

Keywords: Criminal Legality. Judicial law-making. Supreme Court. United States of America.

1 Introdução

No início de 2019, uma grande polêmica jurídica foi instalada no Brasil em virtude da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, bem como do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, ações por meio das quais seus autores pretenderam que atos de homofobia e transfobia passassem a constituir crime (BRASIL, 2019b, 2019c).

A ação foi criticada, entre outros, por Pereira Júnior e Morau (2019), os quais, além de dizerem não ter havido omissão do Congresso Nacional, lembraram o princípio da legalidade penal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, na forma do art. 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2020]). Apesar da crítica de alguns e da defesa de outros, o fato é que rapidamente, em 13/6/2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento dessas ações¹: por maioria de oito a três, após reconhecer a omissão inconstitucional do Poder Legislativo em criminalizar a homofobia e a transfobia, o STF enquadrando as condutas correspondentes, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/1989 (BRASIL, [2012]), até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, o que fez com eficácia geral e efeito vinculante.

Diante desse recente problema brasileiro, questionamo-nos sobre como o tema é tratado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA).² A opção por analisar o direito norte-americano decorre, em primeiro lugar, da sua tradição jurídica inserida na família do *common law*, de modo que podemos imaginar uma maior flexibilidade na criação judicial do Direito, em face de um sistema de precedentes mais solidificado. Em segundo lugar, a opção também decorre da crescente afirmação, no território nacional, embora geralmente ligada à Justiça Cível, de que o seu órgão jurisdicional de vértice funciona como uma Corte de precedentes, adotando uma prática proativa e voltada para o futuro, orientando a comunidade jurídica e a sociedade civil (MITIDIERO, 2014,

¹Noticiado no Informativo STF (2019).

²A maioria dos casos e a doutrina citadas indiretamente neste artigo foram escritas em língua inglesa; em todas as oportunidades, o próprio autor fez a tradução.

p. 131).³ Dessa afirmação surge a importância de saber se essa alegada missão abrange a produção de normas penais incriminadoras. Por essas duas razões, uma “razoável” hipótese inicial é que ela não apenas confere o devido alcance aos textos elaborados pelo legislador, como até mesmo cria tipos penais e respectivas sanções por meio de suas decisões judiciais. Contudo, essa hipótese se confirma?

Começaremos a investigação pela questão da taxatividade da norma penal incriminadora naquele país (lei certa), quando abordaremos a possibilidade de construção de sentido do texto legal, de criação judicial do Direito Penal, estudando ainda o alcance das normas correspondentes relacionadas a dois casos concretos. Em seguida, passaremos à questão tanto da lei escrita quanto da lei estrita e enfocaremos o *nullum crimen sine lege*, chegando finalmente ao *nulla poena sine lege*, sempre de forma relacionada à teoria dos precedentes. Deixamos de fora, todavia, o estudo sobre a anterioridade penal (lei prévia), a despeito da sua relação com o princípio da legalidade, tanto diante da necessidade de uma delimitação espacial desta pesquisa, como também por ser a vertente um pouco mais distante do seu objeto específico.

2 A construção de sentido do texto

O Brasil de hoje, ao menos na teoria, está voltando a ter consciência do estado de falibilidade humana, que impossibilita a redação de textos perfeitos, absolutamente claros e objetivos, e percebendo também a impossibilidade de vetar leituras diferentes, decorrentes de visões de mundo diversas entre aqueles que os leem.

Essa percepção, evidentemente, não é diferente no mundo anglo-saxão. Lá também se reconhece que os textos constroem posições de leitura para os leitores, mas sem que eles sejam meros recipientes passivos de significados fixos. Pelo contrário, os leitores já estão discursivamente equipados quando interagem com o texto e o reconstróem com um significado que talvez seja menos ou mais congruente com a ideologia que lhe subjaz (FOWLER, 2004, p. 212).

Isso não poderia ser diferente no plano jurídico. Embora os adeptos da teoria originalista norte-americana entendam que a interpretação constitucional e legal deva partir de um sentido fixo, considerando o mo-

³ Em linha semelhante, já fora do Brasil, Taruffo (2016, p. 236-249) defende que, embora a Suprema Corte dos EUA decida sobre casos concretos, estabelecendo se o Direito (lei ou precedente) foi ou não interpretado e aplicado corretamente pela Corte inferior, seu aspecto decisivo, como uma “Corte suprema”, é relacionado a uma segunda função, proativa, de desenvolvimento da legalidade em sentido dinâmico e orientado para o futuro, ou seja, participando ativamente no mais geral movimento de evolução do Direito.

mento de entrada em vigor do texto respectivo, a descoberta desse sentido não é objetiva. Aliás, na Inglaterra do século XVIII já se falava que os juízes deveriam decidir inclusive em todos os casos de dúvida (BLACKSTONE, 1771, p. 69), de onde se deduz a inexistência de um Direito claro, certo, que leve a um único resultado possível.

É de conhecimento também dos estudiosos do Direito que a linguagem é cheia de textura aberta, ambiguidade e imprecisão, razão pela qual a sua interpretação, mesmo por contemporâneos, está fadada a produzir leituras diferentes. Além do mais, tem sido ensinado que o significado do texto é afetado por mudanças da própria tradição, o que acontece continuamente ao longo do tempo, de maneira que o intérprete é confrontado por muito mais do que um simples texto a interpretar (KRYGIER, 1986, p. 252-253).

Ainda que para o Brasil o máximo de clareza devesse ser buscado quando da elaboração de normas jurídicas pelo Poder Legislativo, quando pensamos na criação de normas penais incriminadoras, não podemos negar a frequente necessidade de construção de sentido dos textos legais respectivos, o que, com maior razão, não é diferente nos EUA, diante da sua tradição jurídica no *common law*.

O Direito feudal na Inglaterra também forneceu o contexto para o desenvolvimento de um sistema costumeiro, o qual, porém, diferentemente do que acontecera no *civil law*, resistiu aos efeitos da romanização e subsequente “humanização”, com instituições desenvolvidas no período medieval que sobreviveram até quase o final do século XIX (SAMUEL, 2006, p. 145). Nesse período, se um novo e imprevisível problema surgisse em um país do *civil law*, a solução *grasso modo* deveria ser buscada nas regras existentes, diante de um sistema concebido como completo e sem lacunas, com legislação que parecia estabelecer normas para resolver todos os casos futuros; se a mesma coisa acontecesse em

um país do *common law*, eles deveriam prever como o juiz lidaria com a situação, com base em decisões pretéritas, reconhecendo seu caminho como gradual, de caso a caso, passo a passo, procedendo cautelosamente (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 69-70). A despeito de não ser tão absoluto e objetivo, esse traço distintivo pode ser percebido na diferença entre o marco normativo norte-americano, a Constituição, que entrou em vigor com sete artigos em 1789, e o marco normativo francês, o Código Civil de 1804, com seus 2.281 artigos, grande influenciador de outros países integrantes da mesma família jurídica.

O fato é que o Direito não pode ser visto como um sistema fechado, como se fosse um jogo de xadrez, no qual todos os movimentos podem ser previstos nas suas regras. Pelo contrário, é especialmente sujeito a imprevisíveis complexidades da condição humana (SCHAUER, 2009, p. 5-6). Não é por outra razão que MacCormick (2005) diz sempre ter uma inclinação a lembrar que certeza é inatingível, razão pela qual o máximo que se pode fazer é diminuir a incerteza para um nível razoável. Embora os juízes não devam decidir-se por qualquer caminho que apreciem, mas de acordo com as opções que o Direito lhes permite, dentro dos limites de sua competência, no *common law* é natural reconhecer que em algumas vezes ele terá de usar o seu arbítrio, a discricionariedade, como acontece na interpretação de duas leis contraditórias (DUXBURY, 2008, p. 120-121).

Mesmo o controverso “originalista e textualista” Scalia (1997) dizia que textualismo não poderia ser confundido com construcionismo estrito, com literalismo, embora entendendo que as palavras têm significados de alcance limitado, discordando de interpretações que vão além daquele alcance. Até para ele, uma norma não deveria ser sempre construída estritamente, ainda que isso fosse melhor que concebê-la de

maneira não textualista. E, ao tratar especificamente da Constituição, acrescentava que o seu contexto determina não se pegar em detalhes, devendo ser dada interpretação expansiva às palavras e frases, em vez de uma interpretação limitada – embora não seja admissível uma interpretação que a linguagem não possa suportar (SCALIA, 1997, p. 23-37).

Na verdade, parece-nos que a atribuição de interpretação ampliativa ou restritiva depende de uma opção do julgador, dentro dos espaços deixados pelo legislador, ainda que existam alguns critérios para a escolha. De toda forma, como não poderia deixar de ser, o que aqui importa é que não é possível, ao menos no estágio atual de desenvolvimento da humanidade, seja nos EUA, no Brasil, ou em qualquer lugar do mundo, criar normas penais incriminadoras que sejam certas e precisas ao ponto de sabermos previamente qual o seu âmbito exato, sem necessidade de valoração ou interpretação.

Talvez a questão do alcance de tais normas no sistema jurídico norte-americano seja até mais problemática do que no Brasil. Segundo Abrams, Beale e Klein (2015), as proibições penais naquele país geralmente apresentam duas abordagens básicas: a adoção de uma descrição do tipo de forma muito geral pelo legislador e a opção pela descrição de uma série de condutas criminais bem específicas. Porém, ao tratarem dos crimes de obstrução de justiça, previstos no 18 U.S.C., §§ 1.503 a 1.519, dizem que no caso de tais espécies delituosas houve opção legislativa por ambos os critérios, resultando no grande número de diferentes previsões legais sobre o assunto, inclusive coincidindo com outras categorias de ilícitos penais (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.203).

Na teoria pode ser fácil imaginar que basta haver a opção legislativa pela descrição das condutas criminais de forma bem específica. O problema é que são muitos os tipos penais

que, talvez tentando seguir essa orientação, têm uma redação muito densa, com longa previsão incriminadora que termina sem conseguir a desejada precisão total. O crime de *mail fraud*, previsto no 18 U.S.C., § 1.341, é outro exemplo, entre inúmeros, do que parece ser a intenção do legislador de detalhar a conduta de forma específica, mas sem êxito, acabando por proibir, em tese, qualquer tipo de fraude cometida por meio de correio físico, ainda incluindo o meio eletrônico mais atual no *wire fraud* do 18 U.S.C., § 1.343 (UNITED STATES, [201-]).

Aliás, para os membros do órgão acusatório federal que atuam contra os crimes de colarinho branco, a lei relativa ao *mail fraud* tem sido seu verdadeiro amor. Eles podem flertar com outros tipos penais também amplos, mas sempre voltando para as “virtudes” do 18 U.S.C., § 1.341, diante não só de sua simplicidade e familiaridade confortável como também justamente da sua “adaptabilidade” (RAKOFF, 1980, p. 771), o que é uma característica típica dos tipos penais abertos.

Por isso, é difícil imaginar que a Suprema Corte norte-americana, no julgamento dos seus processos, deixe de dar sentido ao texto da norma oriunda do Poder Legislativo, analisando a sua constitucionalidade, interpretando-a, como também efetuando o fechamento daqueles seus pontos que sejam abertos. Em outras palavras, ela também construirá o exato sentido do texto legal, o que é facilmente compreendido naquele país, sem falar na possibilidade de influência de fatores externos sobre essa construção, o que será trabalhado mais à frente.

3 A criação judicial do Direito

Mesmo em países do *civil law*, como ainda é o caso do Brasil, não é fácil sustentar a absoluta ausência de papel criativo do juiz na formação

do Direito, sendo a opinião contrária questionável, inclusive durante o período imediatamente posterior à Revolução Francesa. Ainda que na teoria se defendesse o contrário, especialmente no âmbito do sistema de justiça penal, na prática já não era possível prever legalmente tudo de forma clara e precisa, situação que não seria diferente justamente nos EUA.

No *common law* do passado também já se pensava no tema da criação judicial do Direito. Os costumes, como também as regras e máximas estabelecidas,⁴ ganhavam autoridade pela recepção e uso geral, mas mediante prova de que sua observância realmente existia. De acordo com Blackstone (1771, p. 68-71), no século XVIII a sua demonstração deveria ser feita perante os juízes, que tomariam decisões que já eram naquela época a principal e maior prova do reconhecimento oficial dos costumes válidos. As decisões judiciais no *common law*, então, seriam o guia para o futuro.

Segundo o mesmo autor, é verdade que, ao observar os costumes conhecidos em determinado tempo e lugar, e não o seu próprio julgamento privado, o magistrado não pronunciava um novo Direito, apenas mantendo e interpretando o antigo. Explicado de outro modo, o juiz seria somente o seu depositário e oráculo vivo (BLACKSTONE, 1771, p. 69). Contudo, se na teoria não se falava em atividade criativa do juiz, fica difícil imaginar que ela não existisse na prática, até em face da maior imprecisão dos usos e costumes, que dificilmente impediriam pelo menos a complementação judicial daquele direito costumeiro.

Talvez na própria infância da lei anglo-saxã se pudesse ter pensado que os tribunais eram meros expositores da prática social geralmente aceita; e certamente, mesmo na plena maturidade do *common law*, uma prática social bem estabelecida poderia servir de base para a decisão de um tribunal. Entretanto, desde cedo – desde os primeiros registros de decisões judiciais inglesas entre o fim do século XIII e o início do século XVI –, qualquer equivalência entre o Direito costumeiro e o *common law* deixara de existir, exceto se pensarmos num sentido de decisões judiciais prévias formando o “costume”. Os assuntos que chegavam aos tribunais envolviam, cada vez mais, questões refinadas, às quais a prática costumeira não dava resposta (SCALIA, 1997, p. 4).

Mesmo assim, na teoria, até a segunda metade do século XIX, a maioria dos advogados, juízes e comentaristas entendia que a mudança do *common law* era um processo de descoberta, e não de criação. Para eles, o desenvolvimento do Direito não envolvia apenas localizar aquele que já existia o tempo todo, mas também seria caracterizado como uma marcha lógica

⁴ A exemplo daquela segundo a qual nenhum homem era obrigado a se acusar.

e dedutiva de um caso para outro. No início do século XX, quando ainda se concordava que um “modelo positivista” determinava o resultado das causas, acreditando-se que somente as categorias jurídicas eram importantes na previsão de consequências legais, surgiu a ideia de que os juízes faziam escolhas políticas não ditadas pela lógica, nem pelo Direito preexistente. No entanto, hoje em dia seria difícil encontrar muitos dissidentes do ponto de vista de que os juízes, quando mudam o Direito, baseiam suas decisões em uma mistura de política e princípio que dificilmente pode ser pensada como um exercício dedutivo ou lógico (SCHAUER, 2009, p. 125).

O *common law* não é mais um Direito consuetudinário, nem reflexo da prática do povo, mas sim um direito desenvolvido pelos juízes (SCALIA, 1997, p. 4). No entanto, o Direito que eles criam, bem como o caminho seguido para o seu cumprimento, corresponde a atos deliberativos, da mesma forma que as decisões negociais e as decisões feitas pelo Legislativo também o são. Eles não se limitam a aplicar claras regras de Direito criadas pelos legisladores, pela administração, pelos constituintes ou por outra fonte extrajudicial. Mesmo aqueles que pensam que os juízes deveriam ser simples aplicadores de regras não acreditam que é dessa forma que os magistrados norte-americanos se comportam, porque na verdade eles têm e exercem discricionariedade, atuando como legisladores ocasionais (POSNER, 2010, p. 5). Na família jurídica do *common law*, os juízes abertamente declaram que criam o Direito, não apenas o descobrindo, havendo pouca dificuldade teórica em dizer que as Cortes, como os legisladores, em princípio têm o poder de estabelecer novas regras oriundas do *case law* (MATTEI; RUSKOLA; GIDI, 2009, p. 621).

Eisenberg (1991) lembra que a capacidade de o Legislativo gerar regras legais é limitada. Menciona ainda que grande parte dessa capa-

cidade deve ser alocada para algumas áreas específicas, como para a produção de regras consideradas fora da competência dos tribunais, a exemplo do que acontece com a definição de crimes – situação que, mesmo assim, não impede a construção de sentido do texto legal, e que ainda permitirá alguma margem de liberdade, conforme veremos a seguir. Por isso, ao tratar de um modelo de Corte não limitado à solução das lides postas em exame, ele explica que o estabelecimento de normas jurídicas para reger a conduta social é tratado como desejável em si mesmo, fazendo os tribunais assumirem conscientemente a função de desenvolver o Direito em certas matérias. Nessa linha de raciocínio, chega até a sustentar que deveríamos esperar que as decisões frequentemente anunciassem mais regras que as estritamente necessárias à resposta ao conflito do qual ela surgiu (EISENBERG, 1991, p. 5-6).

Durante a época do crescimento acadêmico da doutrina norte-americana dos precedentes obrigatórios, críticos apontaram prontamente que os julgamentos não eram objetivos, mas necessariamente baseados nos valores e crenças pessoais dos juízes sobre o que era certo. E, então, questionaram por que regras derivadas de tal fonte do Direito deveriam ser respeitadas. Para eles, ninguém acreditaria que as regras que refletiam as pressuposições morais e políticas de homens, anglo-saxões, brancos, de religião protestante e proprietários, que constituíam o Judiciário, a maioria já morta, eram justas ou adequadas às condições de mudança rápida da vida moderna no início do século XX. Passou-se a trabalhar não apenas com precedentes, mas também com argumentos de política pública, de valores sociais e de justiça, numa atividade judicial mais criativa do Direito (HASNAS, 2004, p. 94-96), de forma que até hoje talvez ainda influencie os julgamentos da Suprema Corte dos EUA.

Mesmo que se pense de forma diferente, uma consequência indireta da atenção ao precedente também entra em jogo quando um juiz conclui que nenhuma regra existente se aplica ao caso. Agora, diante dessa situação, o juiz assume o papel de “legislador”: mesmo que sua decisão não anuncie uma regra para casos futuros, as razões que oferece serão tratadas pelo público como sendo o Direito (SHERWIN, 2005).

Aliás, é importante não perder de vista que, nos EUA, resultados ditados por uma regra ou precedente são improváveis de serem litigados ou, se litigados, dificilmente serão objeto de recurso. Assim, a população de casos, especialmente no nível da sua Suprema Corte, é fortemente direcionada para disputas cujos resultados não são previamente determinados ou guiados pelos precedentes existentes (SCHAUER, 2009, p. 89-90), o que parece dar razão ao forte posicionamento dos que admitem a possibilidade de seu papel criativo.

Como suas decisões determinam a “legalidade” em assuntos que são judicialmente contestados, debatidos, disputados, as Cortes norte-americanas necessariamente criam o Direito. Todos não totalmente desconectados da realidade reconhecem esse papel criativo. Embora para alguns a ausência de discricionariedade judicial ainda sobreviva, esse pensamento não passa de conto de fadas (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 8-10).

4 O alcance da norma penal e os casos *Durland* e *Skilling*

Já apresentamos a nossa posição de que o legislador deve elaborar as normas da forma mais clara possível, permitindo que os seus destinatários saibam as consequências de suas condutas, ainda mais no âmbito do sistema penal. Também vimos que, apesar disso, uma precisão absoluta não é factível, o que se repete no mundo inteiro,

não sendo diferente com os EUA; é possível que o Judiciário venha a construir o sentido do texto escrito pelo legislador, criando o próprio Direito, não estando limitado a uma atividade de mera aplicação de uma norma preexistente.

Essa realidade é um grande problema prático, com maiores consequências no âmbito criminal, sendo, por isso, estudado já há algum tempo naquele país, geralmente por meio do que eles chamam de doutrina do *void for vagueness*, cuja tradução literal leva à expressão portuguesa “vazio por imprecisão”. O seu sentido é relacionado à grande preocupação ali existente com a capacidade de regras legais controlarem as condutas, mais especificamente com a “clareza” da distinção da lei entre comportamento aceitável e proibido, tanto para orientar as condutas dos cidadãos quanto para restringir a discricionariedade dos funcionários do governo (POST, 1994, p. 491).

O problema também é evidente para a Suprema Corte dos EUA, o que é perceptível no estudo de dois casos, cujos julgamentos distam mais de cem anos, sobre os já mencionados tipos de *mail fraud* e *wire fraud*. Embora com opções diferentes, as decisões demonstram a continuidade da imprecisão do texto legislativo, mesmo com o legislador inovando, justamente para tentar ser mais claro, mas sem conseguir o êxito desejado.

A primeira das decisões foi proferida no julgamento do caso *Durland v. United States*, em 1896 (UNITED STATES, 1896), correspondendo à oportunidade inicial na qual a Suprema Corte interpretou o *Mail Fraud Act*. Antes dela, no âmbito estadual as pessoas não eram condenadas pela aquisição fraudulenta de propriedade quando tivessem afirmado que efetuariam o pagamento no futuro, ainda que já não existisse essa intenção prévia de pagar (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 312). No caso, o réu tentou enganar os menos cautelosos, conse-

guindo dinheiro deles para uma aplicação que seria atraente, mas que na verdade era enganosa e irreal. Sua alegação foi de que a lei alcançava apenas as situações nas quais a deturpação da realidade se relacionava a um fato já existente, não a uma mera promessa para o futuro, alegação que não foi acolhida pelo órgão julgador máximo daquele país.

Segundo a Suprema Corte, a lei era mais ampla do que a defesa alegou. Disse que sua literalidade demonstrava que bastava “qualquer esquema ou artifício para fraudar”, devendo sua leitura abranger tudo que fosse arquitetado para isso, tanto para o passado como para o futuro. Se alguém fizesse uma compra, sabendo que não teria condições de pagá-la, e com o intento de enganar o vendedor, a conduta configurava uma clara fraude punível, diante da importância do objetivo do autor, da sua intenção (UNITED STATES, 1896).

Em *Durland* a decisão foi radical, ao estabelecer que o *mail fraud* não estava limitado ao objetivo da fraude punível com base nas leis estaduais, podendo ter uma cobertura mais ampla no âmbito federal. Ademais, ao aceitar este amplo alcance da lei penal incriminadora, a Corte acabou afastando-se do conceito de “esquema para fraudar” que vinha sendo aplicado pelos antecedentes no *common law* (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 314-320).

Embora não vejamos problema na disposição legal, tal como redigida no ponto questionado, diante da impossibilidade humana de prevê-la de forma detalhada o suficiente,⁵ é fato que ela é aberta. A própria utilização da palavra “qualquer”, antes da expressão “esquema ou artifício para fraudar”, evidencia a amplitude normativa, que acabou aceita pelo julgado, o qual inclusive foi expresso em reconhecê-la.

Quase cem anos depois, o Congresso norte-americano decidiu inovar, trazendo uma definição de “esquema ou artifício para fraudar”, no âmbito dos mencionados tipos de *mail fraud* e *wire fraud*, o que fez por meio do 18 U.S.C., § 1.346, em 1988.⁶ A partir de então, ficou estabelecido que a expressão incluía o esquema ou artifício para privar outrem de direito até mesmo “intangível” a serviços honestos. O mesmo raciocínio efetuado no julgamento do caso *Durland* poderia levar à rápida conclusão de que qualquer conduta praticada para fraudar, nela incluídas as ofensas até mesmo ao direito da vítima de receber um mero serviço honesto de terceiro em que confiou, já corresponderia ao crime prescrito legalmente, não fosse mais uma vez o problema da abertura normativa.

⁵ O art. 171 do Código Penal brasileiro (BRASIL, [2019a]) também se utiliza de expressão ampla (“qualquer outro meio fraudulento”), sem questionamentos específicos.

⁶ Segundo a letra da lei, para fins do capítulo, o termo “esquema ou artifício para fraudar” inclui um esquema ou artifício para privar outro do direito intangível a serviços honestos (UNITED STATES, [201-]).

Realmente, como o Congresso não definira o conceito de “serviços honestos” no § 1.346, os tribunais chegaram a conclusões variadas sobre o que constitui a sua violação, lutando para definir o seu alcance, uns divergindo dos outros (PITTMAN, 2010, p. 813-814), justamente diante dessa amplitude. Em razão disso, a questão terminou chegando novamente à mais alta Corte dos EUA, que a resolveu no julgamento do caso *Skilling v. United States* (UNITED STATES, 2010).

Ao “interpretar” o texto legal no julgamento da causa, a Corte terminou reduzindo o alcance da lei penal incriminadora, dizendo não bastar uma fraude a direitos intangíveis para a configuração do delito, sendo necessário pelo menos que a conduta tenha sido praticada de forma relacionada a subornos e propinas. Disse a Corte que, ao proibir privações fraudulentas do “direito intangível a serviços honestos”, o Congresso pretendeu alcançar os esquemas de forma limitada a tais situações, até porque a criação de lei para além disso seria excessivamente aberta (UNITED STATES, 2010). Assim, para que a traição da confiança da vítima fosse criminosa, a prática do serviço desonesto não era suficiente por si só, sendo preciso que ela estivesse ligada a subornos e propinas.

Skilling tinha sido executivo e presidente da empresa Eron, uma das líderes mundiais em energia, estando entre as setenta maiores receitas do país naquela época, mas que terminou falindo pouco depois de seu pedido de demissão. Ele empregou uma variedade de práticas contábeis para disfarçar suas perdas, ocultando a realidade de empreendimentos sem sucesso, numa “conspiração” elaborada para sustentar os preços das ações de curto prazo da corporação, exagerando o seu bem-estar financeiro. Entretanto, como a sua conduta não implicava suborno ou propina, ela não se enquadrava na proibição do § 1.346, segundo decidiu a maioria (UNITED STATES, 2010). Em outras palavras, “o direito intangível a serviços honestos” significava o direito da vítima de não ter a pessoa em quem confiou aceitando subornos e propinas.

Embora à primeira vista o texto legal pudesse parecer claro, preciso, delimitado, sem deixar margem a dúvidas, sua comparação com o mundo real mostrou o contrário. Tanto que, em vez de optar por uma interpretação meramente literal, a Corte disse estar fazendo uma interpretação teleológica e histórica para chegar a sua conclusão restritiva; e o fez sob o fundamento de que, antes de declarar inconstitucional uma lei vagamente inadmissível, deve-se considerar se a prescrição legal é passível de uma construção restritiva, podendo ser utilizada qualquer interpretação que seja razoável nesse sentido (UNITED STATES, 2010).

A posição adotada pela Corte não foi unânime, mas a divergência também afirmou que a previsão textual da norma penal incriminadora era vaga (UNITED STATES, 2010) – portanto, com uma ampla moldura apta

a aceitar inúmeras “pinturas” diversas. De fato, a expressão “serviços honestos” configura o que no Brasil chamaríamos de elemento normativo do tipo, exigindo um juízo de valor do “intérprete”. Não há dúvida de que a prática de conduta para fraudar, traindo a confiança da vítima mediante a simples prática de serviços desonestos, tem aptidão para incluir uma série de condutas, algumas até leves, o que para a Suprema Corte dos EUA foi um grande problema.

Aqui surge ainda outra questão muito importante: ao formar precedentes, a Suprema Corte deverá produzir normas penais mais fechadas e claras, para o seu destinatário poder saber com mais precisão ainda o que é proibido sob pena de aplicação de uma sanção penal? Ou poderá agir também de forma inversa, ampliando mais o alcance e a vagueza da norma penal?

Parece-nos que, na sua atuação criativa, a Suprema Corte devesse ao menos tentar fechar, não abrir ainda mais, sempre que possível, o âmbito dos textos legais, já que o *stare decisis* foi pensado para reduzir a incerteza e a insegurança do *common law*, então baseado nos costumes, da mesma forma como servia a lei para o *civil law*.

Todavia, como o desejável não é humanamente possível, um fechamento normativo total das normas penais incriminadoras, ou mesmo das normas processuais, procedimentais ou não, também não será alcançado. Além do problema dos limites da lide, da mesma forma que o legislador, o juiz, mesmo aquele integrante da Corte de vértice, não será capaz de prever todas as específicas situações que surgirão nas complexas sociedades atuais, não conseguindo conferir uma certeza absoluta sobre aquilo que seja exatamente proibido sob ameaça de uma sanção na área da justiça penal.

Isso não é diferente no Brasil ou nos EUA. No caso destes, basta ver que foram inúmeras as oportunidades nas quais a sua Suprema Corte julgou recursos relativos a acusações de *mail*

fraud e wire fraud. Além de *Durland* (1896) e *Skilling* (2010), outras abordagens foram efetuadas sobre os mesmos crimes nos julgamentos, pelo menos, nos casos *McNally v. United States* (UNITED STATES, 1987), *Neder v. United States* (UNITED STATES, 1999), *Cleveland v. United States* (UNITED STATES, 2000) e *Pasquantino v. United States* (UNITED STATES, 2005a), sem falar em inúmeros outros julgamentos ao longo do tempo realizados pelos tribunais federais de segunda instância. Se fosse possível aos *justices* produzir normas perfeitamente claras e fechadas para o futuro, aptas a alcançar todos os casos a surgir, praticamente não teria havido mais necessidade de novas decisões após o caso *Durland*, sobretudo diante da não superação expressa daquele precedente.

De qualquer forma, a dificuldade maior no momento está na linguagem imprecisa da lei, o que, ao lado de criar problemas de discricionariedade na sua aplicação, impede os cidadãos de saberem o que podem fazer para cumpri-la. As Cortes respondem à vagueza legal mediante a atividade interpretativa, ainda que com as já mencionadas limitações, abastecendo a necessidade de redução do arbítrio e de direcionamento dos indivíduos. Todavia, se algumas vezes elas externam o significado da norma, em outras podem optar por invalidar a lei aberta, em vez de interpretá-la (COOTER, 1994, p. 487-488), numa opção que, a nosso ver, tem sido extremamente subjetiva. No geral, porém, ao menos em face dos casos estudados, a Suprema Corte dos EUA tem construído o sentido das normas também no âmbito do sistema de justiça penal. E, ao assim agir, ela acaba criando o Direito, numa atividade produtora inevitável, ainda que algumas vezes possa ser excessiva. Esse papel criativo, contudo, não chega ao ponto de permitir a criação judicial de tipos penais, ainda que a questão seja mais aberta quanto ao preceito secundário das normas penais incriminadoras, como veremos a seguir.

5 O *nullum crimen sine lege* e o caso *Hudson and Goodwin*

Pelo menos na teoria, o princípio da legalidade penal não é um grande problema para os países do *civil law*. Freitas (2009, p. 363-364), por exemplo, embora debatendo sua relação com o Estado Democrático de Direito, afirma desconhecer a existência de estudiosos que se recusem a apontá-lo como uma espécie de base, que se encontra praticamente imune a questionamentos acerca de sua legitimidade, sendo provável não existir na doutrina do Direito Penal outro princípio tão unanimemente festejado.

Na história do *common law* a situação era diferente. Mesmo poucos anos depois da impressão, na Itália, do livro intitulado *Dos delitos e das penas*, de Beccaria (2009, p. 36-40), durante o Iluminismo, Blackstone (1771) enfatizava na Inglaterra os costumes gerais que guiavam e direcionavam as cortes de justiça naquele país, inclusive no sistema de justiça penal e, ao que parece, de forma bastante aberta. Segundo ele, a quebra da paz pública, por exemplo, era ofensa punível não apenas com multa, mas também com o aprisionamento, o que não era estabelecido em nenhuma regra legal, dependendo apenas dos usos passados para o seu sustento (BLACKSTONE, 1771, p. 68).

Talvez diante da realidade daquele tempo e lugar, tem-se sustentado que para nós, do *civil law*, Cortes do *common law* parecem violar o *nullum crimen nulla poena sine lege* todos os dias, não só quando aplicam punições por danos em ações cíveis, ou quando sumariamente punem indivíduos por desobediência ou desrespeito à Corte, mas também ao condenarem pessoas por “*common law crimes*” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 126). Entretanto, essa situação não acontece há muito tempo nos EUA, ao menos não com o alcance mencionado.

Ao contrário do que alguns brasileiros ainda podem pensar, não é de agora que os EUA afastam a possibilidade de condenação criminal baseada no reconhecimento de ofensa aos costumes, ou mesmo a precedentes. A sua Suprema Corte federal, no julgamento do caso *United States v. Hudson and Goodwin* (UNITED STATES, 1812), decidiu que apenas o Congresso pode criar um crime federal, o que aconteceu em fevereiro de 1812, apenas quarenta e um anos depois do ensinamento de Blackstone quanto à situação contrária na Inglaterra, e vinte e dois anos depois de o art. 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ([1789]) prescrever o princípio da legalidade penal na França revolucionária.

Segundo o precedente, ainda válido nos dias de hoje, multar por desacato, prender por recusa a obediência à autoridade da Corte, impor o cumprimento de suas ordens etc. são poderes que não podem ser retirados do órgão jurisdicional, porque são necessários ao exercício de

todos os outros. Para a Corte, esses são poderes implícitos, não imediatamente derivados da lei, devendo necessariamente ser concedidos ao Judiciário em razão da própria natureza da instituição (UNITED STATES, 1812).

Contudo, afirma a decisão, a jurisdição criminal não está entre esses poderes não expressos, ou seja, todo o exercício da jurisdição penal em *common law cases* está fora do alcance dos poderes implícitos. As Cortes não são investidas de jurisdição sobre qualquer ato particular praticado por um indivíduo em suposta violação da paz e dignidade do poder soberano, exigindo-se que a autoridade legislativa da União primeiro torne um ato crime, fixe para ele uma punição, além de declarar o Tribunal que terá a competência sobre a ofensa criminalizada (UNITED STATES, 1812).

Com esse precedente do início de 1812, a Suprema Corte foi de encontro a pelo menos oito decisões de Cortes inferiores de segundo grau, além de desconsiderar o entendimento de todos os *justices* que a compunham antes de 1804, à exceção de um. A divergência decorria da tensão entre o *common law* e a Constituição, pois esta criara integralmente outra estrutura de governo, mas tinha sido escrita por homens cuja cultura era oriunda de conceitos daquela tradição jurídica. A posição ao final vencedora, ao abolir os *common law crimes*, representou um momento que cristalizou a orientação, sugerida pela primeira vez em 1798, de que a Constituição não poderia com eles coexistir, já que ela teria fixado um sistema de governo norte-americano que havia se separado de seus antecedentes ingleses mais nitidamente do que qualquer um tinha percebido. Ao decidir assim, a Suprema Corte deu definição formal à noção de que o *common law* só operaria dentro da estrutura constitucional (ROWE, 1992, p. 920-923).

Desse modo, o modelo norte-americano parece caminhar em sentido semelhante ao

brasileiro quando estudamos o princípio da legalidade penal sob as vertentes da exigência de lei escrita oriunda do legislador, como também de lei estrita. Ou melhor, em sentido similar na teoria, considerando que na prática o STF criou os crimes de homofobia e transfobia por meio da ADO nº 26/DF e do MI nº 4.733/DF, em 13/6/2019. Naquele país, a vedação da criminalização de conduta por precedentes, ou decorrente dos costumes, acaba igualmente por impedir o uso da analogia *in malam partem*. Conquanto tenhamos como certa a distinção feita por Schauer (2009, p. 88-90) de que o uso da analogia ocorre apenas para dar suporte a um argumento atual, mas com possibilidade de escolha, ao passo que o uso de precedentes obrigatórios impõe um resultado diverso do preferido, sem margem de liberdade, nosso raciocínio não fica invalidado. A despeito da diferença, o certo é que alguém que realize um fato não previsto em lei penal incriminadora não será processado, mesmo que se verifique omissão do legislador, que o fato praticado seja muito semelhante a outro proibido criminalmente ou, ainda, que ele seja contrário àquilo que o *common law* entenda como penalmente reprovável.

O processo penal norte-americano, por sua vez, é regido acima de tudo por várias normas constitucionais, havendo ainda a aplicação não só de leis federais, mas também estaduais. Sobre esse ramo do Direito também incidem, além de códigos de ética, normas oriundas das próprias Cortes (CHEMERINSKY; LEVENSON, 2013, p. 1) – inclusive da Corte de vértice, claro, na forma do 28 U.S.C., § 2.071 –, o que sugere a possibilidade de criação de regras processuais por meio do Judiciário, situação que a nosso ver não se afasta tanto do modelo brasileiro, a não ser pela viabilidade de leis estaduais. Por outro lado, quando se fala na criação judicial do Direito Processual por precedentes, não tem

como ser evitado esse tema, normalmente relacionado ao reconhecimento de “direitos” pela Suprema Corte, o que também é plenamente viável, tendo acontecido inúmeras vezes, assunto que, porém, tem maiores consequências sobre a sua aplicação no tempo, conforme será visto adiante.

Na verdade, é muito importante ter em mente que, também ao contrário do que muito se imagina no Brasil, foram poucos os países ocidentais que escaparam do fenômeno de codificação do século XIX, situação que não foi tão diferente com os EUA, mesmo tendo sido colônia inglesa no passado. A ideia surgiu da cultura jurídica do *civil law*, mas foi transmitida ao mundo novo, até mesmo àquela nação. A edição de Códigos Civis, por exemplo, teve sucesso em alguns Estados norte-americanos, embora tenha fracassado em Nova Iorque. E, mesmo neste Estado, em 1848-1849 o Poder Legislativo editou um Código de Processo Civil, quando substituiu a distinção entre ações de Direito costumeiro e de equidade por um tipo único, com um sucesso que terminou servindo de modelo para outros países da mesma família jurídica. Além disso, o que nos interessa mais neste estudo é que lá um Código de Processo Penal entrou em vigor em 1881, um ano antes de o seu Código Penal também se tornar lei, o que nem sequer foi alvo de muita resistência (REIMANN, 1989, p. 97-101). Assim, embora se possa pensar que as codificações representem uma das maiores diferenças entre as famílias jurídicas estudadas, parece-nos que essa diferença não é tão grande assim, ao menos quando temos em mente os norte-americanos.

6 O *nulla poena sine lege* e o caso *Booker*

A questão relacionada ao princípio da legalidade penal nos EUA começa a complicar-se quando a analisamos sob o aspecto do *nulla poena sine lege*, isto é, em face do preceito secundário da norma penal incriminadora, embora o precedente no caso *United States v. Hudson and Goodwin* tenha abrangido esse aspecto em tese, ao dizer que a autoridade legislativa deve primeiro não apenas prescrever qual a conduta criminosa, mas também fixar uma punição para ela (UNITED STATES, 1812).

Até o final do século XX, a despeito da fixação legal da pena abstrata para os crimes federais, sua aplicação em concreto ocorria de forma incontrolada, com base na discricionariedade do julgador, diante da existência de um amplo alcance estabelecido para a maioria das condutas ilícitas,⁷

⁷ O delito chamado de *mail fraud* (18 U.S.C., § 1.341), por exemplo, tem pena em abstrato prevista legalmente que varia entre zero e vinte anos, ou entre zero e trinta anos, a depender da situação específica (UNITED STATES, [201-]).

não havendo sequer direito de recurso quanto ao ponto, o que terminava gerando muita disparidade para condutas idênticas. Procurando uma solução, em 1984 o Congresso editou o *Sentencing Reform Act (SRA)*, criando uma comissão – uma agência federal independente localizada dentro do Poder Judiciário com competência para criar diretrizes (as *Guidelines*) que deveriam ser seguidas pelo juiz nessa fase da sentença, as quais terminaram sendo fixadas por meio de um longo, detalhado e complexo conjunto de normas (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.377-1.378).

A intenção do legislador pareceu-nos clara: ele visou estabelecer critérios menos subjetivos que resolvessem o problema da ampla distância entre a pena mínima e a máxima cominada, estabelecida abstratamente por ele próprio. Mas o fez mediante delegação desse trabalho para a “comissão”, até porque as *Guidelines*, como dito, correspondem a um grande e complexo conjunto de regras (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.382), com mais de seiscentas páginas (UNITED STATES, 2018), difícil de ser transportado para a lei em sentido formal.

Mesmo assim, a adoção de solução parecida no *civil law* dificilmente superaria as exigências do princípio da legalidade penal, na parte que veda a aplicação de pena sem cominação “legal”. E o debate desse assunto tampouco passou despercebido nos EUA, uma vez que a alegação de inconstitucionalidade do SRA já se encontrava perante a Suprema Corte mais ou menos cinco anos depois da sua promulgação. Apesar disso, no julgamento do caso *Mistretta v. United States*, a Corte formou o precedente no sentido de que a criação da Comissão de Sentença não constituía uma delegação legislativa inconstitucional, nem uma violação da separação dos Poderes (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.380).

De fato, naquela oportunidade o órgão decidiu por maioria que, ao criar a Comissão de Penas, o Congresso não delegara poder legislativo excessivo, nem perturbara constitucionalmente o equilíbrio de Poderes. Entendeu que as proteções estruturais da Constituição não proíbem o Congresso de delegar a um órgão especialista, localizado no Poder Judiciário, a tarefa intrincada de formular diretrizes para a aplicação da pena, consistentes com os parâmetros legais. Segundo a decisão, o sistema de autoridade controlada e equilibrada também não proíbe o Congresso de recorrer à sabedoria e à experiência acumuladas do Poder Judiciário na criação de políticas sobre um assunto exclusivamente da competência dos juízes, concluindo que a lei é constitucional (UNITED STATES, 1989).

Em 2005, no julgamento do caso *United States v. Booker* pela Suprema Corte dos EUA, a validade e o alcance das *Guidelines* norte-americanas foram novamente postos em discussão. Booker tinha sido acusado de portar, com intenção de distribuir, pelo menos 50 gramas de base de cocaína (*crack*). Entendendo haver prova de que ele possuía 92,5 gra-

mas, o júri condenou-o pela violação do 21 U.S.C., § 841 (a) (1), cuja pena variava de dez anos à prisão perpétua, na forma do § 841 (b) (1) (A) (iii) (UNITED STATES, [201-]). Com base na sua história criminal e na quantidade de drogas reconhecida pelos jurados, a sentença deveria fixar a pena entre 210 e 262 meses, de acordo com as *Guidelines*. O juiz, no entanto, concluiu haver evidência de que Booker possuía, na verdade, mais de 566 gramas de *crack*, e que ele também era responsável por obstrução da justiça, o que o fez considerar uma variação mais alta, entre 360 meses e prisão perpétua, fixando a pena em definitivo naquele mínimo. Assim, em vez de ser condenado no “máximo” de 21 anos e 10 meses (262 meses), o réu foi condenado à pena “mínima” de 30 anos. A sentença, todavia, foi anulada no segundo grau pelo Tribunal Federal do 7º Circuito, com determinação de nova decisão dentro dos parâmetros reconhecidos pelos jurados, ou para que fosse realizado outro julgamento perante o júri (UNITED STATES, 2005b).

Dessa decisão a acusação recorreu à Suprema Corte, perante a qual vários assuntos interessantes foram apresentados. Num deles, foi rejeitada mais uma vez a alegação, embora dessa vez formulada pela acusação, de haver vício das *Guidelines* em razão de não terem sido promulgadas pelo Congresso, mas pela Comissão de Sentença, o que aconteceu sob o fundamento de que isso não tinha significância constitucional. Em outro, também se afastou novamente a afirmação de ofensa à separação dos Poderes, quando a Corte disse que o Legislativo pode delegar ao Judiciário funções que lhes sejam apropriadas e que não ofendam as prerrogativas de outro Poder, concluindo que tal delegação não excedia os poderes do Congresso. Embora tais afirmações agora tenham sido proferidas como *obiter dictum*, servem para ratificar nossa afirmação sobre a diferente visão norte-ame-

ricana quanto à ideia de *nulla poena sine lege*. Poderia uma agência independente, vinculada ao Poder Judiciário brasileiro, mas sem função jurisdicional, editar normas obrigatórias para a fixação da pena de forma mais específica em casos futuros? Importante notar, ainda quanto a esse ponto, que no mesmo julgamento foi esclarecido justamente que a comissão tinha função legislativa e não judicial, não podendo esta ser por ela exercida, diante da existência de membros que não eram juízes, sob pena de afronta ao art. 3º da Constituição (UNITED STATES, 2007).

Além disso, com a decisão tomada em *Booker*, a aplicação judicial da pena entrou numa nova fase nos EUA, diante de dois votos majoritários proferidos no mesmo caso, o que aconteceu de maneira incomum, senão única (ABRAMS; BEALE; KLEIN, 2015, p. 1.377-1.396). Visando responder a uma primeira pergunta formulada pelo recorrente, a Suprema Corte por maioria decidiu que a Sexta Emenda, instituidora da garantia do julgamento pelo tribunal do júri, se aplica às *Guidelines*. Em consequência, formou o precedente no sentido de que, afora uma condenação prévia ou uma admissão de culpa, qualquer fato utilizado pela sentença que aumente a pena máxima prevista nas *Guidelines* exige o seu reconhecimento pelo júri.

Porém, para responder a uma segunda pergunta formulada pelo recorrente, sobre em qual medida as *Guidelines* permaneciam válidas, a Corte – agora por uma maioria ligeiramente diferente – apresentou um segundo e “estranho” *holding*, invalidando duas previsões legais, formando o precedente de que as diretrizes eram apenas consultivas, não obrigatórias, cabendo recurso para a revisão das penas somente em caso de alegação de falta de razoabilidade, não de inobservância das diretrizes normativas. Em conclusão, manteve a anulação da sentença de-

terminada pelo órgão de segundo grau, mas dizendo que o rejuízoamento deveria ocorrer de acordo com os novos padrões estabelecidos pela Suprema Corte, não de acordo com os critérios das decisões recorridas.

Apesar de a decisão em *Booker* ter ido talvez de encontro ao *nulla poena sine lege* do *civil law*, além de ter sido confusa, a Suprema Corte produziu norma futura naquela oportunidade? A princípio, podemos dizer que sim, o que é visto em ambos os votos vencedores, de forma ainda mais clara no segundo.

Com efeito, naquele voto foi afirmado que a exigência constitucional do júri afetaria todos os casos. Além disso, mais adiante sustentou-se que a responsabilidade seria agora do Congresso, dizendo que a legislação nacional estava preparada para elaborar e instalar, a longo prazo, o sistema de sentenças compatível com a Constituição, que o Congresso julgasse melhor para o sistema federal de justiça. Ou seja, em outras palavras, a Suprema Corte normatizou daquela forma para todos os casos, até que o Poder Legislativo quisesse atuar. E, já no final, ela deixou claro que ambos os *holdings* deveriam ser aplicados a todos os casos objeto de recursos (UNITED STATES, 2005b).

Porém, mais uma vez estamos diante do problema de saber, no caso de normas legais abertas estabelecidas para o sistema de justiça penal, se a formação de precedente pelo Judiciário, especialmente pela Suprema Corte, deve fechá-las ou abri-las ainda mais. Como já dissemos, ao que nos parece, a filosofia do *stare decisis* – e, portanto, de uma Corte de precedentes – coincide com a base principal do princípio da legalidade penal: a intenção de reduzir a incerteza e insegurança jurídica, trazendo maior previsibilidade e uniformidade de tratamento para os destinatários da decisão judicial. No caso *Booker*, contudo, depois de o legislador norte-americano fechar a abertura da cominação legal por meio da criação da Comissão responsável pela elaboração das *Guidelines*, a Suprema Corte transformou-o em meramente consultivo, estabelecendo critérios subjetivos de razoabilidade para a decisão dos casos concretos, voltando, ainda que em menor proporção, ao estado anterior de maior incerteza jurídica. De toda forma, ela não chegou a autorizar, ao menos nesse caso, que os limites legais da cominação em abstrato sejam desobedecidos pelos juizes. Se de um lado lhes deu muita discricionariedade, com consequente poder criativo pela grande abertura legal, de outro não lhe permitiu que a criação saia dos limites legais.

Afora a preocupação com a reserva legal que possivelmente nós teríamos, haveria o problema relacionado com a possibilidade de aplicação retroativa da norma oriunda do caso *Booker* a fatos praticados antes da decisão, o que não é fácil de conciliar com o trabalho de uma Corte cujo objetivo predominante seja julgar de acordo com os fundamentos

da teoria dos precedentes. Dito de outra maneira, os problemas de uma suposta Corte de precedentes com o princípio da legalidade penal não param por aí.

7 Conclusão

Por mais que desejemos que as normas penais incriminadoras sejam fechadas, com enunciados claros, a fim de que os seus destinatários possam saber exatamente o que é proibido sob ameaça de imposição de uma sanção penal, não chegamos ao nível de perfeição que permita um fechamento absoluto dos textos legais. Por isso, gostemos ou não, ao Judiciário continua sendo possível construir o sentido desses textos, não sendo diferente o que acontece no âmbito do Direito norte-americano, inclusive por meio da sua Suprema Corte.

A tarefa de construir o sentido dos textos legais, inclusive “esclarecendo” o âmbito dos tipos penais e sanções correspondentes, conduz à convicção de que o Judiciário também cria o Direito, inclusive no específico ramo do Direito Penal, sendo uma utopia imaginar que ele apenas aplique normas preexistentes.

Essa constatação é exemplificada no julgamento dos casos *Durland* e *Skilling* pela Suprema Corte dos EUA. Diante da imprecisão do texto legislativo relativo aos crimes federais de *mail fraud* e *wire fraud*, o órgão deu-lhe interpretação extensiva no julgamento do primeiro dos casos mencionados, efetuando, por outro lado, interpretação que restringiu o seu alcance no segundo deles, o que parece demonstrar a possibilidade de escolhas subjetivas, ainda que na teoria, sob alguns aspectos, isso seja questionável.

Porém, o verdadeiro problema do Judiciário brasileiro atual, inclusive da sua Suprema Corte, parece estar no ativismo judicial *contra legem*. O fato de haver espaços abertos deixados pelo legislador não permite a conclusão de não haver limites à atividade jurisdicional, que deveria se limitar a escolhas possíveis ditadas previamente pelo poder competente. No campo criminal, um dos maiores limites certamente deveria estar no princípio da legalidade, ainda mais no âmbito de um país do *civil law* como o Brasil. Nos EUA, integrantes da tradição jurídica do *common law*, embora a aplicação prática do princípio seja questionável no âmbito do *nulla poena sine lege*, o mesmo não acontece com o *nullum crimen sine lege*, que incide naquele país desde o julgamento do caso *Hudson and Goodwin*, em 1812. Aqui, pelo contrário, no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, tivemos um exemplo no qual fomos “mais *common law* do que o *common law*”.

É importante também ter em mente, por fim, a importância de um maior cuidado com a afirmação de que a Suprema Corte dos EUA tem a missão principal de produzir normas para o futuro. A despeito de a inevitável abertura dos textos legais realmente poder sugerir que isso aconteça, o princípio da legalidade penal, de maior ou menor aplicação naquele país, impõe alguns limites ao raciocínio, ao menos no âmbito do sistema de justiça criminal, raciocínio igualmente questionável por alguns outros fatores, os quais, porém, fogem ao âmbito principal deste artigo.

Sobre o autor

Jorge André de Carvalho Mendonça é doutor em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz federal, Recife, PE, Brasil. E-mail: jandrecm@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos *common law crimes*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 37-58, out./dez. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p37

(APA)

Mendonça, J. A. de C. (2020). A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos *common law crimes*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(228), 37-58. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p37

Referências

ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal criminal law and its enforcement*. 6th ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2015. (American Casebook Series).

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (RT Textos Fundamentais, 1).

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: of the rights of persons*. Philadelphia: Union Library, 1771. v. 1.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção 4.733/DF*. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Interessada: União. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 3 set. 2020.

CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal procedure*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. (Aspen Casebook Series).

COOTER, Robert D. Void for vagueness: introduction to a symposium. *California Law Review*, [s. l.], v. 82, n. 3, p. 487-490, May 1994. Disponível em: https://works.bepress.com/robert_cooter/111/. Acesso em: 3 set. 2020.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. [S. l.: s. n., 1789]. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 4 set. 2020.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

FOWLER, Roger. Sobre a linguística crítica. Tradução de Débora de Carvalho Figueiredo e Delcimeris Schlottfeldt de Oliveira. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, Tubarão, v. 4, n. especial, p. 207-222, 2004. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/Linguagem_Discurso/article/view/296/310. Acesso em: 4 set. 2020.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. Princípio da legalidade penal e Estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 363-393.

HASNAS, John. Hayek, the common law, and fluid drive. *NYU Journal of Law & Liberty*, [s. l.], v. 1, p. 79-110, 2004. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060886.pdf. Acesso em: 4 set. 2020.

INFORMATIVO STF. Brasília, DF: STF, n. 944, 10-14 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>. Acesso em: 4 set. 2020.

KRYGIER, Martin. Law as tradition. *Law and Philosophy*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 237-262, Aug. 1986. DOI: 10.2307/3504690. Disponível em: <https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/Law%20as%20Tradition.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2005.

MATTEI, Ugo A.; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's comparative law: cases, text, materials*. 7th ed. New York: Foundation Press: Thomson Reuters, 2009. (University Casebook Series).

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; MORAU, Caio. O despótico STF e a desarmonia na República. *Estadão*, [São Paulo], 21 fev. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-despotico-stf-e-a-desarmonia-na-republica/>. Acesso em: 4 set. 2020.

PITTMAN, Elizabeth Wagner. Mail and wire fraud. *American Criminal Law Review*, [s. l.], v. 47, n. 2, p. 797-820, 2010.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

POST, Robert C. Reconceptualizing vagueness: legal rules and social orders. *California Law Review*, [s. l.], v. 82, n. 3, p. 491-507, May 1994. DOI: <https://doi.org/10.2307/3480970>.

RAKOFF, Jed S. The Federal Mail Fraud Statute (part I). *Duquesne Law Review*, [s. l.], v. 18, n. 4, p. 771-822, 1980.

REIMANN, Mathias. The historical school against codification: Savigny, Carter, and the defeat of the New York Civil Code. *The American Journal of Comparative Law*, [s. l.], v. 37, n. 1, p. 95-119, 1989. DOI: <https://doi.org/10.2307/840443>.

ROWE, Gary D. The sound of silence: United States v. Hudson & Goodwin, the Jeffersonian ascendancy, and the abolition of federal common law crimes. *The Yale Law Journal*, [s. l.], v. 101, n. 4, p. 919-948, Jan. 1992. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjl/vol101/iss4/6/>. Acesso em: 4 set. 2020.

SAMUEL, Geoffrey. Common law. In: SMITS, Jan M. (ed.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. 145-160. (Elgar Original Reference).

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. 5th ed. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997. (The University Center for Human Values Series).

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

SHERWIN, Emily. Judges as rulemakers. *Cornell Legal Studies*, [s. l.], n. 05-023, Aug. 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=790666>. Acesso em: 4 set. 2020.

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas: aspectos generales. In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coord.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 231-251.

UNITED STATES. Sentencing Commission. *Guidelines manual, 2018*. [Washington, DC]: USSC, 2018. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *Cleveland v. United States*, 531 U.S. 12 (2000). First party: Cleveland. Second party: United States. November 7, 2000. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/12/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *Durland v. United States*, 161 U.S. 306 (1896). A conviction for federal mail fraud may be sustained even if the intended victim did not actually rely on the defrauder's false statements. March 2, 1896. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/161/306/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *McNally v. United States*, 483 U.S. 350 (1987). First party: McNally. Second party: United States. June 24, 1987. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/350/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989). First party: John Mistretta. Second party: United States. January 18, 1989. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/361/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *Neder v. United States*, 527 U.S. 1 (1999). First party: Neder. Second party: United States. June 10, 1999. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/1/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *Pasquantino v. United States*, 544 U.S. 349 (2005). First party: David B. Pasquantino, Carl J. Pasquantino, and Arthur Hilts. Second party: United States. April 26, 2005a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/544/349/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *Skilling v. United States*, 561 U.S. 358 (2010). Bribes or kickbacks are the only situations in which the honest services doctrine may apply to prohibit the use of mails or wire to further fraudulent schemes. The doctrine should not arise in situations when a public official or private employee engages in undisclosed self-dealing. First party: Jeffrey Skilling. Second party: United States. June 24, 2010. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/358/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). First party: United States. Second party: Freddie J. Booker. January 12, 2005b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/220/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supreme Court. *United States v. Hudson*, 11 U.S. 32 (1812). The federal circuit courts do not have an implied authority to take criminal jurisdiction over common-law cases. 1812. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/32/>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. [Constitution (1787)]. *The Constitution of the United States of America*: as amended. Washington, DC: Government Printing Office, 2007. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. *U.S. Code*: table of contents. [Ithaca, NY]: Legal Information Institute, [201-]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18>. Acesso em: 4 set. 2020.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Translated by Tony Weir. 3rd ed. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1996.