

**LEGALIDADE PENAL E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL:  
O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DO  
DIREITO**

***CRIMINAL LEGALITY AND JUDICIAL DISCRETION: THE ROLE OF  
THE JUSTICE SYSTEM IN THE APPLICATION OF THE LAW***

*Allan Endry Veras Ferreira*  
Mestre pela Faculdade Damas  
Juiz federal

**RESUMO:** O princípio da legalidade se desdobra em diversos sentidos e, especialmente quanto à dimensão lei certa, a proteção do indivíduo afasta a possibilidade de leis penais indefinidas ou obscuras. Nessa hipótese, a imprecisão das normas confere certo grau de liberdade ao juiz, porém, sempre observando os limites traçados pelo fundamento democrático do princípio da legalidade. Sob essa perspectiva, o presente artigo tem por fim examinar se a imprecisão ou a utilização de termos vagos na lei viola a estrita legalidade e qual o papel do sistema de Justiça na aplicação do direito no sentido de evitar o arbítrio e de conferir segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Direito penal. Teoria da norma. Legalidade. Discricionariedade judicial.

**ABSTRACT:** *The principle of legality unfolds in several directions and, especially regarding the aspect of legal certainty, the protection of the individual restrain the possibility of indefinite or obscure criminal laws. In these hypotheses, the vagueness of the rules grants a certain degree of discretion to the judge, although always observing the limits drawn by the democratic foundation of the principle of legality. From this perspective, this article aims to examine whether the discretion or the use of vague terms in the law violates strict legality, and what is the role of*

*the justice system in the application of statutory law in order to avoid arbitrary act and provide legal certainty.*

## **INTRODUÇÃO**

Propõe-se, neste artigo, examinar se há espaço para a discricionariedade judicial no que se refere aos termos abertos existentes na legislação, além de sua compatibilidade com o princípio da legalidade penal.

Buscar-se-á apresentar o princípio da legalidade, com suas quatro funções, mas com especial enfoque na vertente “lei certa”, e sua importância para a dogmática penal e para o sistema de garantias do cidadão.

O objetivo geral do presente estudo é compreender se a imprecisão ou a utilização de termos vagos na lei viola a estrita legalidade penal e qual o papel do Sistema de Justiça Criminal na aplicação judicial do direito no sentido de evitar o arbítrio e de conferir um mínimo de segurança jurídica às relações sociais.

Inicialmente, expor-se-á o significado do princípio da legalidade, sob a perspectiva histórica e dogmática, com suas principais características, com relevo na esfera penal. Serão apresentadas também as quatro vertentes do princípio da legalidade. Logo em seguida, buscar-se-á delinear a existência e em que medida é conferida a discricionariedade judicial, bem assim sua compatibilidade com a legalidade estrita na esfera penal. Expor-se-á, ainda, o papel do Sistema de Justiça Criminal na formação da unidade do direito. Por fim, em uma análise qualitativa e de modo a conferir a atuação da corte quanto à coerência no enfrentamento dos casos, serão examinados julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito do conceito de ação no contexto de concurso de crimes. Esses serão os objetivos específicos.

É por meio do método dedutivo, partindo do geral para o particular, que se pretende testar a hipótese. A principal técnica a ser utilizada é a revisão da literatura penal e a pesquisa de julgados da Corte Suprema de Justiça.

### **1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

De acordo com o princípio da legalidade consagrado pela Constituição do Brasil, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

lei” (CF, art. 5º, II), possuindo esse princípio, inclusive, vários desdobramentos em campos específicos (penal, tributário etc.)<sup>1</sup>.

Como ensina Canotilho, as normas de um sistema jurídico podem revelar-se tanto sob a forma de regras como sob a forma de princípios, por ele considerados “normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos” (2003, p. 1.161). Ainda que não haja consenso sobre o seu real significado, pode-se dizer que os princípios são extremamente relevantes na interpretação e aplicação do direito<sup>2</sup>. Muitos deles foram incorporados à Constituição, a exemplo do princípio da legalidade, uma das conquistas dos movimentos liberais contra o arbítrio do Estado<sup>3</sup>.

Naquele momento, a lei passou a ser o referencial de norma jurídica por excelência<sup>4</sup>.

A ideia de legalidade, de regras elaboradas por representantes do povo, em contraposição à tradição absolutista, traz consigo a noção de um governo das leis e não de pessoas.

Com base na separação dos poderes do Estado, a supremacia da lei decorreria da ideia de que o Poder Legislativo, formado por representantes eleitos, asseguraria a liberdade e a igualdade. Anote-se, por relevante, que não se considerava uma efetiva igualdade entre os poderes, mas, ao contrário, concebia-se a supremacia ao Parlamento, justamente por sua legitimidade popular.

---

1 Não se deve confundir o princípio da legalidade com o princípio da reserva de lei. A reserva de lei funciona como uma especificação do princípio da legalidade, atribuindo-se determinada matéria a regramento exclusivamente por lei formal, afastando, em consequência, a possibilidade de regulação por norma decorrente de fonte inferior.

2 Existem três possibilidades de uso do conceito de princípio: a) princípios gerais do direito (com intencionalidade aplicativa, com vista à completude do sistema); princípios jurídicos-epistemológicos (direção e organização do estudo de uma disciplina jurídica); e c) princípios constitucionais (preceitos materiais fundantes da própria juridicidade (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019, p. 388)

3 Os princípios constitucionais são entendidos como normas de natureza estruturante de toda a ordem jurídica e legitimam o próprio sistema.

4 Em artigo sobre a relação entre legalidade e cristianismo, os professores Cláudio Brandão e Pedro Rubens Ferreira Oliveira fazem uma observação interessante a partir da elevação do cristianismo à religião oficial do Império Romano: “deixa de ser o Direito uma construção do julgador no caso concreto, visando à decisão boa e justa, e passa a ser um caminho a ser seguido, embasado em normas gerais, que regulam as condutas e orientam as decisões” (BRANDÃO; OLIVEIRA, 2009, p. 47).

Essa ideia resultou em um movimento de codificação das normas, tudo feito em nome do princípio da legalidade e de se buscar clareza, simplicidade, objetividade e unidade.

O juiz deveria apenas aplicar a lei, não possuindo discricionariedade. A lei, impessoal e abstrata, deveria prevalecer, e não mais julgamentos arbitrários. Esse método, preconizado pela Escola da Exegese, de cunho lógico-formal, pregava a supremacia do legislador e a completude do ordenamento jurídico, o que implica dizer, por essa concepção, que a legalidade é vista como “um princípio que institui a lei formal como instrumento de criação do direito” (GALINDO, 2009, p. 177).

Se, em um primeiro momento, o positivismo<sup>5</sup> reduzia o direito à lei, como pregava o positivismo legalista, em um momento posterior, o direito passa a ser visto de forma mais ampla, como um conjunto de normas válidas, contudo operando uma análise semântico-sintática do direito, em busca da determinação do sentido da norma (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019, p. 336).

Porém, especialmente com a ascensão da ideia de Estado constitucional e democrático no lugar do Estado liberal, é adotada uma nova compreensão positivista da norma.

A configuração desse nosso modelo, de assento constitucional, permitiu uma nova compreensão do princípio da legalidade, agora relacionando a legalidade ao direito e à constituição.

Mais, o pós-positivismo coloca as questões sobre interpretação no centro das atenções. A norma passa a ser concreta e fruto da linguagem, deixando a decisão judicial de representar um mero silogismo<sup>6</sup>.

Sob essa nova perspectiva, de cuidado com a linguagem e atenção ao caso concreto, revela-se imprescindível a interpretação e aplicação do direito de acordo com a Constituição, mas nos limites da lei.

Como já assentou o ministro Eros Grau, no julgamento da ADPF 153 pelo STF, a interpretação do direito “tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo

---

5 Para Norberto Bobbio, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo, o direito posto e aprovado pelo Estado (BOBBIO, 1995, p. 26)

6 A decisão judicial é produzida de modo estruturante. Não existe um descobrir a norma, como se ela correspondesse à vontade da lei ou do intérprete. O que de fato existe é uma atribuição de sentido à norma diante de um caso concreto ((ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019, p. 458)

intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão”.

Contudo, a vagueza ou clareza do enunciado não confere poderes ilimitados ao intérprete. Se o direito não cabe na lei, não se pode perder de vista os limites que ela impõe ao operador do direito, especialmente no campo penal.

Cesare Beccaria, em protesto contra as injustiças dos processos criminais e contra as prisões arbitrárias de sua época, já defendia que

“só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinqüente cidadão” (BECCARIA, 1999, p. 30).

A lei é alçada à condição de garantia contra o arbítrio do Estado e contra privilégios odiosos das castas sociais mais elevadas, estando justificada em nome da liberdade, da igualdade e da segurança.

Como refere Juarez Cirino dos Santos, as Constituições dos Estados americanos de Virgínia e Maryland (1776) instituíram pela primeira vez o princípio da legalidade, reproduzido na Constituição americana (1787), e, mais tarde, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), princípio esse que foi sendo incorporado à legislação penal de vários países, consagrando a fórmula idealizada por Feuerbach na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege* (SANTOS, 2020, p. 44).

Essa garantia consta expressamente da Constituição Federal em vigor (art. 5º, XXXIX).

Todos os códigos penais brasileiros acolheram o princípio da legalidade penal, inserto no artigo 1º do atual diploma legal.

O princípio da legalidade penal é considerado princípio fundamental no direito penal, por seu papel de expressão do direito, de garantia do cidadão e como definidor de limites ao poder de punir do Estado.

Nesse aspecto, somente a lei, produzida pelo legislador, pode definir crimes e impor penas, sendo considerada a fonte formal imediata do direito penal. Com efeito, apenas o Estado, pelos representantes eleitos, único titular do *jus puniendi*, está autorizado a legislar sobre o direito penal. No Brasil, particularmente, por força da distribuição de competências entre os entes federativos, a produção do direito penal objetivo é reservada à União (CF, art. 22, I).

Consoante Ricardo de Brito A. P. de Freitas, “a recusa do princípio da legalidade penal abala todo o edifício no qual está estruturado o direito penal do Estado de direito”, com a observação de que, tratando-se de princípio constitucional positivado, em razão da hierarquia das normas, possui supremacia sobre as normas penais de posição inferior (FREITAS, 2009, p. 365).

Vale lembrar que, no âmbito do direito penal incriminador, de modo mais incisivo, o que vale é o princípio da reserva de lei, haja vista que a matéria deve estar inteiramente regulada na lei aprovada pelo corpo legislativo<sup>7</sup>.

É certo que não basta a pura e simples incorporação de uma norma escrita ao sistema penal, bastando lembrar dos regimes nazista e da União Soviética, que cometeram arbitrariedades sob a autoridade da lei.

Como ensina José Afonso da Silva, é da essência do Estado Democrático de Direito subordinar-se à Constituição e à legalidade democrática, sujeitando-se ao império da lei, por ele considerada como realização do princípio da igualdade e da justiça. Toda a atividade estatal fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral e produzida formalmente pelos órgãos de representação popular segundo o processo legislativo previsto na Constituição (2007, p. 82).

O princípio da legalidade estrita, para Ferrajoli, assegura a verificabilidade ou falseabilidade jurídica, que tem como pressuposto necessário a exigência de que as definições legais que estabelecem as conotações das figuras abstratas de delito,

---

<sup>7</sup> O STF reconheceu vício de inconstitucionalidade no art. 11, parágrafo único, da Lei n.º 9639/98, que ampliava anistia concedida a agentes políticos em crimes previdenciários, justamente pelo fato de a lei não ter sido aprovada pelo Parlamento: “*Insubsistência do parágrafo único do artigo 11 da citada Lei, no que estranho ao texto aprovado pelo Congresso Nacional*” (HC 77.724-SP)

e mais em geral, dos conceitos penais, sejam suficientemente precisas, de modo a permitir a subsunção judicial de fatos empíricos determinados (FERRAJOLI, 2002, p. 98).

Enfim, o direito penal justo, nos aspectos formal e material, apenas pode ser alcançado pela observância do princípio da legalidade ligado a uma concepção de Estado Democrático de Direito.

## 2. AS VERTENTES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Como consignado, o princípio da legalidade penal possui previsão constitucional e está inserto no art. 5º, XXXIX, da CF, com a seguinte redação:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

Instrumento de proteção individual, de envergadura constitucional e corolário de um verdadeiro Estado de Direito, dentre outras conotações, o princípio da legalidade se desdobra em diversos sentidos, proibindo a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, o costume como fundamento ou agravamento de crimes ou penas, a analogia como técnica de integração para fins de criminalização ou a punição de condutas, e veda também o uso de expressões indeterminadas na construção de tipos e sanções penais.

Essas quatro abordagens podem ser consideradas as principais vertentes de garantia do princípio da legalidade, que adiante serão examinadas de modo mais particular.

A exigência de lei prévia (*lex praevia*) espelha o princípio da anterioridade, que se complementa com o da irretroatividade da lei penal nova incriminadora ou mais severa. A lei penal apenas vale para fatos ocorridos a partir de sua vigência. Daí dizer que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CP, art. 1º). Há, inclusive, norma constitucional expressa quanto a esse aspecto da legalidade: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (CF, art. 5º, XL). A irretroatividade apenas alcança as normas de direito penal material – normas incriminadoras (que criam delitos e definem penas) – que agravem a situação jurídico-penal do agente.

No que tange à exigência de lei escrita (*lex scripta*), estão proscritas fontes diversas da lei para caracterização de crimes e definição de penas. Assim, o costume ou a tradição, ainda que válidos como elementos de interpretação, não podem criar crimes. Ricardo Freitas, em artigo sobre a dogmática penal e a formulação dos critérios da conduta socialmente adequada, ressalta a importância “dos valores éticos sociais e dos costumes como parâmetros de interpretação teleológica e restritiva dos tipos de injusto” (2020, p. 111)<sup>8</sup>. Com efeito, da mesma forma que a analogia e a retroatividade da lei penal mais favorável, o costume pode ser admitido *in bonam partem* para excluir ou reduzir a pena ou descriminalizar o fato.

A vertente lei estrita (*lex stricta*) impõe uma interpretação restritiva da lei penal. De modo a evitar o arbítrio judicial, é vedado o uso da analogia em desfavor do réu<sup>9</sup>.<sup>10</sup> Atente-se que a proibição da analogia é direcionada tanto ao aplicador do direito quanto ao legislador, que deve evitar criminalizar condutas admitindo a analogia, que não se confunde com a interpretação analógica e que é plenamente admitida.

Por fim, em razão da dimensão lei certa (*lex certa*), é vedado também o uso de expressões indeterminadas na construção de tipos e sanções penais.

Com efeito, a proteção do indivíduo afasta a possibilidade de leis penais indefinidas ou obscuras, especialmente porque normas demasiadamente abertas, além de dificultar o conhecimento da regra de proibição pelo seu destinatário, conduzem a interpretações arbitrárias.

Então, a garantia da lei certa, expressão do princípio da taxatividade, deve presidir a elaboração das leis penais, de modo a conferir a necessária segurança acerca dos limites da intervenção do Estado na esfera da liberdade individual.

---

8 Para o autor, “comportamentos socialmente adequados são condutas consideradas como indiferentes penais pela sociedade mesmo quando formalmente típicas e moralmente condenáveis” (FREITAS, 2020, p. 116)

9 O STF, em discussão sobre a tipicidade de “cola eletrônica” (utilização de aparato eletrônico em prova vestibular) entendeu que a conduta não encontrava adequação típica formal, decidindo que “o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal.” (Inq 1145)

10 Em controvertida decisão, não obstante rotular de “interpretação conforme à Constituição” a técnica utilizada, em flagrante uso de analogia, o STF promoveu o enquadramento das práticas de homofobia e de transfobia no conceito de racismo previsto na Lei n.º 7716/89 (ADO 26)



Sobre esse aspecto, Cesare Beccaria já destacava que “quando a regra do justo e do injusto, que deve dirigir as ações tanto do cidadão ignorante como do cidadão filósofo, é assunto de fato e não de controvérsia, então os súditos não estão sujeitos às pequenas tiranias de muitos” (1999, p. 34).

Deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de conceitos extremamente vagos que não possibilitem estabelecer uma interpretação segura.

Bacigalupo defende ser compatível com o princípio da legalidade, na vertente lei certa, elementos implícitos aos tipos penais, como, por exemplo, os elementos do dolo. Da mesma forma, admite-se um certo grau de generalização da norma, justamente pela impossibilidade de se ater a todas as situações da vida (1999, p. 126-127)

No âmbito da exigência da certeza ou taxatividade, as chamadas cláusulas gerais, os tipos abertos, a comissão por omissão e os delitos culposos e as técnicas de reenvio, como nas normas penais em branco, são aquelas que mais provocam tensão com o princípio da legalidade.

O sistema de cláusulas gerais, por seu alto grau de abstração e que termina por delegar ao aplicador da lei a tarefa de delimitar o lícito e o punível, conflita diretamente com o postulado da legalidade<sup>11</sup>.

Os tipos abertos, por sua vez, são compatíveis com o princípio da legalidade sempre que manejados com limites concretos, de modo que sua concreção seja factível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência. Exigem um complemento valorativo pelo juiz, aos quais o legislador recorre com frequência, como nas referências aos bons costumes, ao ato obsceno etc.

A comissão por omissão, e também os delitos culposos, seriam espécies de tipos abertos, já que a posição deles garante, no primeiro caso, a inobservância do dever

---

11 As cláusulas gerais não deixam de ser normas abertas, mas delas se diferenciam pela completa abstração, ao recorrer a termos como “sentimento do povo” ou “infração a princípios da ordem democrática”. Enrique Bacigalupo, citando decisão do Tribunal Constitucional espanhol, refere que a descrição típica da norma penal deve cumprir as exigências do princípio da segurança jurídica, o que impede de considerar “los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, em ele stricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales” (1999, p. 128)

de cuidado, e, no segundo, os delitos culposos são previstos e resolvidos na instância judicial e não na esfera da previsibilidade legislativa<sup>12</sup>.

Em ambos os casos, enfim, é exigida forte carga valorativa pelo julgador, que é justificada em razão da impossibilidade de se prever, casuisticamente, todas as situações de vida; contudo, para ser válido, esse juízo de valor deve estar ancorado em um critério geral fixado pela lei.

Por fim, as técnicas de reenvio, em especial as leis penais em branco<sup>13</sup>, por vezes conflitam com o princípio da legalidade. Para a validade desse tipo de norma, é primordial que a definição essencial do crime, pelos verbos núcleos do tipo, deve ficar reservada ao legislador, e não estar por conta da autoridade administrativa.

Daí a importância da interpretação e aplicação das normas pelo juiz, que, mesmo diante de imprecisão e ou mesmo de tipos abertos, deve atuar com liberdade nos casos concretos, porém sempre observando os limites traçados pelo fundamento democrático do princípio da legalidade, de que apenas o Poder Legislativo pode criar delitos e penas.

### 3. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A discricionariedade pode ser entendida como um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso.

Ao enfrentar o problema de aplicação da regra jurídica, Herbert Hart, na obra *O conceito de direito*, defende que no direito existe uma “textura aberta”<sup>14</sup>.

Com efeito, qualquer que seja a forma de transmissão de padrões de comportamento, seja por meio de legislação ou de precedentes, esses padrões sempre

---

12 Como ensina Hans Welzel, “nos delitos culposos, a ação típica não ‘está definida em lei’. Seus tipos são, por isso, tipos ‘abertos’ ou que ‘necessitam ser complementados’, pois o juiz deve completá-los no caso concreto, com base em um critério geral.” (2015, p. 97).

13 <sup>12</sup> Diferentemente dos tipos penais abertos, que demandam um complemento valorativo pelo juiz, as leis penais em branco dependem de um complemento normativo para sua perfeita compreensão.

14 Ronald Dworkin, entre outros, rejeita a tese da discricionariedade judicial, segundo a qual os juízes, nos casos difíceis, teriam liberdade na escolha da decisão a ser tomada. Para ele, nessas hipóteses, há uma única resposta correta, e não apenas respostas diferentes, alcançada através de uma atividade interpretativa e não criadora do direito, na perspectiva do direito como integridade (DWORKIN, 2014, p. 306).

se mostrarão imprecisos em algum ponto. Para Hart, esse é o preço a se pagar pelo uso de termos classificatórios gerais referentes a questões factuais (2009, p. 166).

Recorrendo a essa expressão para os “casos discutíveis”, no âmbito das hipóteses de delito, Ferrajoli fala em graus de taxatividade e, em consequência, de verificabilidade jurídica. A certeza jurídica pode ser maior ou menor segundo a linguagem das leis seja precisa ou vaga, denote fatos ou expresse valores e esteja livre ou não de antinomias semânticas (2002, p. 100).

De fato, o legislador não pode prever todas as situações de vida que o futuro pode trazer. Essa imprevisibilidade acarreta a imprecisão de nossos objetivos. Hart afirma que, quando nos atrevemos a formular alguma norma geral de conduta (o exemplo é da norma segundo a qual nenhum veículo pode entrar no parque), a linguagem usada nesse contexto é que fixa as condições necessárias a que qualquer coisa deve atender para estar incluída nessa norma (2009, p. 167).

No exemplo citado, situações evidentes logo aparecem na nossa mente que atendem a essa condição (automóveis, caminhões etc.). Trata-se de casos claros, que atendem ao objetivo do legislador de fazer determinada escolha para a manutenção da paz e da tranquilidade no parque ao custo da exclusão daquelas coisas.

Somente quando um caso imprevisto (por exemplo, um carrinho elétrico infantil) surgir, decidiremos qual interesse deve prevalecer, se a tranquilidade do parque deve ser sacrificada ou se deve ser defendida contra as crianças que desejem usar o brinquedo, para, assim, tornar o objetivo inicial mais preciso.

Hart lembra que todos os sistemas buscam conciliar, de modos diferentes, duas necessidades sociais: a necessidade de certas normas que os indivíduos possam aplicar a si próprios, sem nova orientação social e sem considerar outras questões; e a de deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos por meio de uma escolha oficial e bem informada problemas que só podem ser adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrerem em um caso concreto (2009, p. 169).

Nas suas palavras:

Sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente

indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido (HART, 2009, p. 351).

Nesses casos não regulamentados, o juiz, ao mesmo tempo, cria direito novo e aplica o direito estabelecido, que simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder.

Para Hart, contudo, esse poder de criar o direito atribuído aos juízes é diferente daquele produzido pelo poder legislativo, haja vista que eles estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha e também porque, como é usado apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-lo para introduzir reformas amplas (2009, p. 352).

De outro modo, haverá aspectos para os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta, e, nessas hipóteses, o juiz poderá exercer o seu poder de criar o direito.

Porém, essa liberdade não pode ser exercida arbitrariamente, isto é, o juiz “deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções” (HART, 2009, p. 352).

Com efeito, revelando-se impossível o legislador prever todas as situações de vida, costuma-se recorrer a termos amplos ou abertos na construção das normas penais, apenas concretizados pelos juízes em sua atividade interpretativa posteriormente, nos casos concretos.

Francisco Conde e Mercedes Arán assim exemplificam:

Así, em el delito de robo (art. 242 Cp), el legislador se refiere a la utilización de ‘violencia o intimidación em las personas’, porque la ley no puede prever todas las múltiples formas violentas posibles. En cambio, para establecer cuándo um delito puede cometerse mediante uma omisión porque ésta equivalga a la

causación del resultado, el art. 11 Cp establece tres situaciones de equiparación entre acción y omisión (obligación legal o contractual de actuar y actuación precedente) que probablemente resulten insuficientes para incluir otros supuestos en los que la omisión ‘equivalga’ a la acción (2010, p. 106).

O fechamento das normas penais abertas é feito, dessa forma, pela atuação dos juízes, contudo, a interpretação judicial não pode ser fruto de valoração pessoal do julgador, o que poderia conduzir a arbítrio, impondo-se a fixação de limites cognoscíveis na atribuição de significado ao termo.

Vale a advertência de Ferrajoli, de que, se as escolhas são inevitáveis, e tanto mais discricionárias quanto mais amplo o poder de disposição dos juízes, ao menos que sejam conscientes, explícitas e informadas em princípios, antes que acríticas, mascaradas ou, em todo caso, arbitrárias (2002, p. 139).

De fato, o déficit da lei só é compatível com as exigências do princípio da legalidade se o juiz o supre da forma mais objetiva possível, fornecendo de maneira expressa as razões que determinam a tipicidade da conduta.

A respeito da discricionariedade judicial, Mir Puig ressalta que algumas correntes político-criminais abonavam um maior arbítrio judicial por necessidade de justiça, que impõe o tratamento desigual dos casos desiguais, e por razões de prevenção especial, princípio que tende a se impor na esfera da aplicação judicial da pena, mas apenas na medida em que se compatibilize com a prevenção geral e seus dois limites fundamentais, os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade (2003, p. 131).

Essa constante tensão entre os limites traçados na lei e a atuação valorativa do juiz permeia o âmbito do direito incriminador, sendo fundamental compreender que apenas em um Estado verdadeiramente de direito se pode conceber um direito penal em sua dimensão garantidora de direitos e liberdades, evitando-se transformá-lo em mero instrumento de poder.

#### 4. O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA FORMAÇÃO DA UNIDADE DO DIREITO

A crença de que o juiz, de acordo com o seu livre convencimento motivado, poderia decidir a partir de um marco zero interpretativo, desprezando a integridade<sup>15</sup> e tudo o que já foi construído no passado, em muito contribui para as deficiências do Sistema de Justiça.

Nesse aspecto, a ausência de respeito aos precedentes no *civil law* está fundada na falsa percepção de que a subordinação do juiz à lei serviria para garantir a certeza e a segurança jurídicas: “*no entanto, essa segurança adquiriu feições opostas no civil law e no common law, uma vez que neste fundamentou a doutrina do stare decisis, enquanto no civil law foi utilizada para negar a importância dos tribunais e de suas decisões*” (KREBS, 2015, p. 122).

Na tradição jurídica de nosso País, desde sempre os juristas, magistrados e advogados recorrem a casos passados para demonstrar a viabilidade das posições que defendem. Contudo, tornou-se praxe o uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos de situações concretas e descolados posteriormente dos casos que lhes deram origem.

Os próprios tribunais, diante de uma torrente crescente de novas demandas, passaram a objetivar a interpretação jurídica, elaborando o que se chama de jurisprudência defensiva, ao formatar uma súmula ou enunciado com o intuito de se encerrar o debate sobre o tema, a fim de que, no futuro, o novo caso tenha pinçado um tema que seja similar ao enunciado, e então a questão possa ser resolvida quase automaticamente.

Diferentemente, em países do *common law*, os precedentes não terminam a discussão; eles são um ponto de partida, um dado do passado para a discussão do presente.

Sobre jurisprudência e precedentes, é relevante dizer que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é omissa, tanto em relação aos precedentes quanto à

---

15 A integridade volta-se para a unidade do ordenamento jurídico, e possui uma nota de consciência histórica, constituindo-se uma das principais virtudes que caracterizam uma sociedade democrática. Para Dworkin, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (2014, p. 272).

jurisprudência como meios integrativos do direito, o que causa estranheza, à vista de sua crescente importância na experiência brasileira.

Pode-se dizer que precedente não é sinônimo de jurisprudência. A jurisprudência representa uma repetição razoável de julgados interpretando o direito positivo de determinado modo, sem caráter de imposição. Em verdade, a jurisprudência opera no plano da influência e persuasão e possui uma dimensão quantitativa.

Já o precedente é formado a partir de uma decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para sua previsibilidade.

Consoante Daniel Mitidiero, “a fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha unidade, tornando-se um ambiente seguro, livre e isonômico” (2017, p. 87).

A autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta.

Precedente vincula. Jurisprudência persuasiva não.

O precedente é construído a partir das razões generalizáveis do julgamento, significando, portanto, a *ratio decidendi*, ou seja, as razões necessárias e suficientes constantes da justificação judicial.

Alguns estudiosos, como Luiz Guilherme Marinoni (2013) e Daniel Mitidiero (2017), defendem que apenas as cortes supremas formariam precedentes, em caráter vinculante e obrigatório, uma vez que esses órgãos judiciários é que teriam a função de conferir unidade ao direito e de guiar as futuras decisões das demais cortes de justiça e dos juízes.

Assim, na experiência brasileira, apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, cuja missão é de conferir unidade ao direito, formariam precedentes.

A partir dos precedentes constitucionais e dos precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, como cortes de justiça que são, teriam o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes.

Para se entender a força vinculativa ou persuasiva das decisões judiciais, mostra-se relevante também fazer algumas considerações sobre a perspectiva de como o direito é visto, criado, aplicado, ensinado e aprimorado.

Tradicionalmente, os sistemas jurídicos ocidentais podem ser considerados pertencentes à tradição do *common law* ou do *civil law*.

O termo *common law* refere-se ao histórico sistema jurídico inglês, e aos países que o adotaram, como os Estados Unidos da América, que põem em especial destaque a força do precedente.

A denominação *civil law* agrega países da Europa continental, da família romano-germânica, que centralizou o processo de produção do direito na lei.

É importante destacar que a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre esses sistemas. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos códigos e pela completude da legislação, enquanto o *common law* seria o inverso, pois o *common law* possui intensa produção legislativa e vários códigos.

Anote-se que a vinculação aos precedentes, no *common law*, acabou acontecendo imperceptivelmente ao longo dos séculos.

A característica peculiar da doutrina inglesa do precedente, como defende Hélio Ricardo Diniz Krebs, “*é a sua forte natureza coercitiva, de modo que os juízes ingleses são, por vezes, obrigados a seguir uma decisão anterior, apesar de terem boas razões para não o fazer, não fosse essa acentuada coercibilidade*” (2015, p. 95).

Isso é explicado porque, no *common law*, entende-se que os juízes não podem desapontar os cidadãos, o que aconteceria se fossem surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes. A estabilidade, a uniformidade e a solidez trazem previsibilidade ao direito, e a igualdade, um dos principais fundamentos do sistema de precedentes, acaba sendo respeitada naturalmente.

De outro lado, o *civil law*, como já esclarecido, não possui um vínculo de autoridade com o passado, sendo marcado por reviravoltas, muitas vezes capazes de provocar o rompimento do sistema.

Mas a experiência jurídica mostra que o ordenamento possui lacunas, sendo em muitas ocasiões insuficiente para solucionar litígios não contemplados pelo legislador, de modo que a atuação do intérprete passou a desempenhar uma importante função integrativa.

Na atualidade, observa-se um movimento invertido. Se no *common law* almeja-se cada vez mais técnicas para flexibilizar a densa estabilidade do uso dos



precedentes (*stare decisis*), os países que adotam o *civil law* procuram estabilizar sua jurisprudência.

Rafael Tomaz de Oliveira explica que

nossa tradição jurídica produziu um tipo de mecanismo vinculatório de decisões do poder judiciário que não estão legitimados por uma dimensão de historicidade (pelo contrário, são imposições legislativas) e, ao mesmo tempo, produzem um efeito muito mais parecido com a lei (nalguns casos, como nos das súmulas vinculantes, existe a produção de verdadeira força de lei) do que com os precedentes do *common law* (2018, p. 56).

Nesse contexto, a inserção da exigência de integridade e coerência no CPC, com eficácia expansiva para o processo penal, pode ser considerada um esforço do legislador no intuito de trazer mais segurança e previsibilidade às decisões judiciais.

Isso porque, ao delimitar os elementos de uma fundamentação válida, e, sobretudo, ao exigir que os tribunais mantenham a jurisprudência estável, íntegra e coerente, o legislador alterou de forma substancial o modo de produção das decisões judiciais, tudo sob uma concepção dinâmica do contraditório e com a garantia de não surpresa.

Para além, se é certo que o fechamento das normas penais abertas é feito pela atuação dos juízes, a interpretação judicial, contudo, não pode ser fruto de valoração pessoal do julgador, o que poderia conduzir a arbítrio, impondo-se a fixação de limites cognoscíveis na atribuição de significado ao termo.

Nesse aspecto de imposição de limites ao intérprete, lúcidas as palavras da ministra Rosa Weber por ocasião do julgamento da ADC 43 pelo STF<sup>16</sup>:

O texto normativo traduz enunciados que, até pela natural equívocidade das palavras, descortinam diferentes caminhos, com atalhos e bifurcações passíveis de levar ao mesmo ou a diferente destino. E a releitura atualizada a mais das vezes é imperativo da dinâmica da vida, da impermanência do tempo

---

16 A ministra Rosa Weber, na conclusão de seu voto, afastou qualquer espaço de discricionariedade judicial no âmbito da norma prevista no art. 5º, LVII, da CF, decidindo pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011. .

e das próprias alterações semânticas e sociais, no avanço do processo civilizatório. Consabido também que textos há que, por albergarem as chamadas cláusulas abertas e conceitos indeterminados, dão uma maior margem de interpretação ao hermeneuta, enquanto outros apresentam marcos e balizas que atuam como amarras, insuscetíveis de afastamento pela atividade interpretativa, ainda que corretamente iluminada pela principiologia constitucional e prestada reverência à força normativa da Constituição. Ao intérprete permite-se, nessa linha, em voos interpretativos, escolher fundamentadamente entre um ou outro destino, mas nunca, na minha visão, com o abandono das amarras acaso presentes.

Daí porque, mesmo em situações em que exista espaço para interpretação, especialmente no campo penal, o juiz deve ter a preocupação de manter a integridade e coerência do sistema, evitando decisões casuísticas, mormente porque a segurança jurídica é um valor inerente ao regime democrático.

Como anotado pelo ministro Eros Grau no julgamento da ADPF 153 pelo STF, “as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem”.

De fato, interpretar é um processo que não equivale apenas a descobrir, mas sim a atribuir sentido ao objeto da interpretação, sendo possível que, diante de uma mesma realidade, diferentes intérpretes alcancem diferentes conclusões.

Mas isso não implica ampla permissão para o juiz na análise do caso e na interpretação da norma jurídica, uma vez que a linguagem que o juiz utiliza é aquela compartilhada por sua cultura e nos limites da ordem jurídica vigente.

Lênio Streck ressalta que a norma está imbrincada com o seu conteúdo e “a participação do intérprete na prática social é que permite a compreensão das alterações de sentido e o seu confronto com falsos pré-juízos”. Ele insiste que não é da subjetividade do intérprete que deve advir o sentido a ser atribuído à lei (2017, p. 351).

De seu turno, Bianor Arruda Bezerra Neto revela que uma decisão judicial é construída através de duas grandes travessias: da narrativa dos fatos pelas partes para

a narrativa do juiz, e do enunciado jurídico para a norma, e ambas são realizadas no plano da linguagem por intermédio da hermenêutica. Toda compreensão e atribuição de sentido submete o intérprete a escolhas, as quais requerem decisão, e estas apenas podem ser levadas a termo mediante critérios de qualificação da opção escolhida (2018, p. 333).

Em suas palavras, a identificação do critério de valoração é que permite o exame de sua justificação,

proporcionando aos destinatários da decisão ‘distinguirem’ entre precedentes e casos atuais, e aos magistrados, utilizá-los em decisões futuras, mesmo sob o preço, por vezes, de ficarem manietados quando deles discordarem e não tiverem condições de fazerem a ‘distinguishing’, nem o ‘overruling’. O preço, contudo, é bem pago, em nome da estabilidade, da coerência e da integridade do sistema, cujas decisões, bem ou mal, devem ser construídas mediante o compromisso da fundamentação e da justificação (BEZERRA NETO, 2018, p. 335).

Nesse contexto, especialmente quando diante de normas penais, evitando subjetivismos e ancorado nos limites da lei e do uso da linguagem permitidos no caso concreto, o juiz deve ter a preocupação de expor os critérios de valoração adotados para fundamentar a decisão, de maneira a permitir que todos os interessados possam debatê-la e questioná-la.

Promovendo uma releitura do princípio da legalidade penal quanto à vertente lei certa, Jorge André de Carvalho Mendonça, ainda que reconheça a impossibilidade de se evitar imprecisões inerentes à linguagem, especialmente no campo penal, defende que elas podem ser reduzidas pela teoria dos precedentes obrigatórios (2020, p. 236).

De fato, sendo certo que a discricionariedade judicial em relação a normas penais abertas não pode ser eliminada por completo, as cortes de justiça podem atuar de modo a diminuir o espaço de vagueza da norma e evitar interpretações diversas para casos semelhantes, assegurando segurança jurídica e isonomia.

Não basta lembrar que a ofensa à isonomia ou mesmo a insegurança jurídica não convivem com o direito. A igualdade é corolário de uma sociedade que se diz democrática. E igualdade implica tratar casos semelhantes de modo igual.

Mas isso não basta, é fundamental que os tribunais tratem o direito segundo a integridade, e isso apenas é alcançado com a construção dos argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, observada a história institucional e a abstenção de comportamentos subjetivistas e puramente discricionários.

Evita-se, com isso, de uma parte ser surpreendida por decisões puramente subjetivas, haja vista a necessidade de estar presente uma justificação histórica e socialmente adequada à comunidade, tudo em prol de garantir segurança jurídica para os cidadãos.

No tópico a seguir, examinar-se-á a atuação do Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação do direito no que se refere ao conceito de ação no contexto do concurso de crimes.

## **5. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A compreensão de determinada norma, muitas vezes, é vista de forma diversa pelos intérpretes. A depender do ponto de vista e da abertura da norma, o espaço de atuação judicial é amplo.

Isso ocorre com mais frequência, como visto, em face de normas com conteúdo valorativo ou mesmo diante de normas gerais cujo significado não é delimitado na própria norma. Não raras vezes, o resultado é a obtenção de conclusões diversas para situações semelhantes.

Tomemos como exemplo o conceito de ação.

Não há consenso no uso das expressões conduta, ação, ato e fato. De acordo com o art. 70 do Código Penal, o concurso formal de crimes, também chamado concurso ideal de crimes, é caracterizado pela prática de mais de um crime por meio de uma única ação ou omissão.

Conforme consignado em sua própria exposição de motivos, o nosso Código Penal adotou um conceito objetivo de concurso formal, de modo que a natureza do elemento subjetivo seria irrelevante para a caracterização dessa forma de concurso, o que seria levado em conta apenas na aplicação da pena, a depender de se tratar de concurso formal próprio ou impróprio.

Em razão disso, a definição do conceito de unidade de ação pode ser entendida como a pedra de toque para o tema do concurso de crimes.

O assunto é importante porque o número de ações se relaciona diretamente com o número de crimes, com repercussões graves na punibilidade do agente.

Com efeito, uma atividade criminosa pode se esgotar na violação de uma norma jurídica mediante uma só ação. Assim, apurada a unidade da ação e do resultado, o que nem sempre é fácil, ninguém tem dúvida sobre a unicidade da conduta.

Pode ocorrer que tenham lugar várias violações legais, causadas por ações independentes. Aqui também ninguém duvida de que estamos diante de uma pluralidade de infrações, de um concurso material de crimes, na dicção do art. 69 do Código Penal.

No entanto, nem sempre os casos se apresentam dessa maneira. Bem ao contrário. É possível que uma só ação cause várias lesões jurídicas, como no exemplo de que A, com apenas um disparo de arma de fogo, mate B e lesione C. É a situação do concurso formal de crimes, previsto no art. 70 do Código Penal. O agente, com uma única ação, pratica dois ou mais delitos.

E não basta, para efeito de considerar o concurso ideal ou formal de crimes, a existência de várias violações da lei. É necessário que a pluralidade de tipos legais seja efetiva e não aparente, cuja solução, em último caso, é encontrada nos princípios da subsidiariedade, especialidade e consunção.

Importante lembrar que muitas vezes a lei prevê como um só crime figuras criminosas cuja realização se desdobra em uma pluralidade de infrações, como no crime complexo (ex. roubo).

Ocorre que, em não raras oportunidades, os intérpretes conferem tratamento distinto para fatos similares, evidenciando a falta de critérios seguros para o exame de determinada atividade criminosa, no aspecto da unidade ou pluralidade de conduta, para efeito de incidência ou não das regras do concurso de crimes.

Nesse aspecto, uma mera consulta a julgados do Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup>, por exemplo, possibilita a compreensão de que, mesmo no órgão de cúpula do

---

17 À falta de precedente vinculante específico, na forma do art. 927 do CPC, o objeto de estudo foi a jurisprudência do STF sobre o tema.

sistema judiciário brasileiro, inexistem critérios consolidados para o reconhecimento da unidade de conduta.

Por exemplo, não obstante consolidado na Corte Suprema o entendimento de que o desdobramento da ação em vários atos não afasta o reconhecimento da unidade de conduta para efeito de caracterização de concurso formal (HC 64401, RE 94941, RE 114182, RE 103308), no julgamento da AP 470, o STF assim entendeu:

Há institutos diversos quanto à prática de vários crimes, e tem-se o concurso formal, o material e a continuidade delitiva. Afastamos de início o concurso formal, já que houve a prática de vários atos – e ele exige prática de ato comissivo ou omissivo único – com a consequência, que é o surgimento de vários crimes. (AP 470, Julgamento 17/12/2012)

Ou seja, afastou-se o concurso formal em razão da equiparação de ato a ação, contrariando a própria jurisprudência do STF.

Na hipótese de roubo com vítimas diferentes, a jurisprudência do STF é no sentido de reconhecer ação única, ainda que praticados diversos atos, servindo o número de vítimas para caracterizar o concurso formal (HC 91615, RE 94941, RE 114182, HC 96787).

Nesse caso, o STF reconhece a unidade de conduta, ainda que desdobrada em atos plurais, em razão da unidade de desígnio:

Com o mesmo desígnio, em uma só ação, mas através de vários atos, praticou o acusado seguidos delitos de roubos contra várias vítimas. A cronologia desses roubos pode ter-se verificado em curto espaço de tempo, com intervalo de minutos ou mesmo de segundos, pouco importa. (HC 68728, Julgamento 28/04/1992)

Além disso, percebe-se que o STF, a par de considerar a unidade de desígnio para efeito de considerar a ação única, leva em conta também a análise do tipo e dos bens jurídicos violados, aqui em atenção ao número de vítimas atingidas, para considerar a existência de vários crimes decorrentes da mesma ação (concurso formal).

Na hipótese de latrocínio com resultado de morte dupla, a jurisprudência do STF entende a ocorrência de crime único:

O crime de latrocínio é um delito complexo, cuja unidade não se altera mesmo diante da pluralidade de mortes, cuja multiplicidade, como na espécie dos autos, é relevante para a fixação da pena base mas não desfigura o delito como crime único (HC 71267, Julgamento 14/02/1995).

Da mesma forma, no roubo com vítimas diferentes, o STF considera a unidade de fim e o tipo penal violado para alcançar a conclusão de crime único no latrocínio. Assim, tratando-se de crime contra o patrimônio, se houver apenas um patrimônio atingido, haverá apenas um crime, ainda que mais de uma morte tenha ocorrido.

Atingindo-se mais de um patrimônio, o STF reconhece a prática de mais de um crime no latrocínio:

Desde que a conduta do agente esteja conscientemente dirigida a atingir mais de um patrimônio, considerado de forma objetiva, como requer o fim de proteção de bens jurídicos do Direito Penal, haverá concurso de crimes. Essa conclusão, todavia, somente pode ser alcançada mediante a análise das circunstâncias que envolvem a prática do ato delitivo (HC 96736, Julgamento 17/09/2013).

No entanto, em sentido contrário, nessa mesma hipótese de latrocínio, o STF conferiu especial valor ao fim do agente e não ao número de vítimas lesionadas:

Neste sentido, a par do tipo objetivo referir-se à “coisa alheia móvel” e não a patrimônio, malfere o princípio da legalidade agravar o apenamento do fato com base em conceito jurídico civil, que não é elementar do tipo.

Inegavelmente, o caso é emblemático e causa assombro a violência praticada contra duas pessoas de idade bastante avançada que dormiam em leito matrimonial.

Contudo, na seara do Direito Penal, há de se conferir relevância ao elemento volitivo, em suma, ao dolo do agente. Há de se considerar qual a empreitada criminosa, se o iter criminis se desenvolveu para roubar o patrimônio encontrado dentro da residência alvejada ou se a ação foi orientada para roubar, especificamente, instrumento profissional, a aposentadoria, o montepio, o soldo, as alianças individualmente consideradas de cada uma das vítimas.

Em resumo, a leitura dos autos revela que o ora paciente objetivou roubar os bens que guarneciam a residência do casal, entretanto o acórdão impugnado pauta-se no Código Civil, distanciando-se do elemento subjetivo do tipo (HC 109539, Julgamento 07/05/2013).

Ressalte-se que essa decisão contraria até mesmo a jurisprudência do STF quanto ao crime de roubo com vítimas diferentes, que é no sentido de configuração do concurso formal em razão do número de patrimônios atingidos.

É possível identificar, também, decisões do STF em sentido oposto para a mesma situação fática quanto aos crimes de roubo e extorsão.

No julgamento do HC 98960, o STF reconheceu tratar-se de uma ação única, diante do mesmo contexto, e aplicou a regra do concurso formal. O caso foi assim descrito:

Os ora denunciados, livre e conscientemente, constrangeram Rodrigo Kelly Amim, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a que se dirigisse a um Caixa Eletrônico onde, utilizando um cartão de crédito da vítima, lograram arrecadar a quantia de R\$ 260,00 em espécie. Naquele contexto, os denunciados também se apoderaram de um relógio, um cordão de ouro, um talonário de cheque e a carteira de identidade da vítima (HC 98960, Julgamento 25/10/2011).

Já no julgamento do HC 121395, decidiu-se pelo concurso material de crimes, ao se considerar a prática de duas condutas distintas, com desígnios autônomos. Confira-se a situação fática:



A vítima foi abordada amigavelmente por volta de uma hora da madrugada, nas proximidades do semáforo existente na plataforma superior da Estação Rodoviária do Plano Piloto, pelo réu e um comparsa, enquanto aguardava em seu carro o sinal verde, sendo-lhe ofertado um programa sexual. Depois que adentraram o automóvel, o réu assumiu a direção do veículo e seu comparsa aplicou uma gravata na vítima, ordenando-lhe que passasse para o banco traseiro. Ameaçando-a de morte e encostando um canivete nas costas, dela subtraíram os documentos pessoais, uma maleta, um estetoscópio, um micro system e um celular Nokia. Em seguida, lhe exigiram que fornecesse a senha do cartão eletrônico bancário, com o qual tentaram debalde sacar dinheiro em dois terminais na Asa Norte e na Asa Sul (HC 121395, Julgamento 21/10/2014).

Em que pese a similitude dos casos, o STF tratou de modo diverso cada um deles. No primeiro, considerou a ação única, aplicando a regra do concurso formal para os dois crimes, e, no segundo, reconheceu a prática de dois crimes em concurso material, por considerá-los realizados em contextos diferentes, com desígnios autônomos.

Se não é possível generalizar o comportamento do STF a partir da análise dos casos citados, haja vista que o foco do exame foi apenas qualitativo, esses julgados, não obstante a identidade de parâmetro (ação), revelam a dificuldade na interpretação e aplicação do direito, nem sempre uniforme, que só aumenta na medida em que as normas possuem um conceito vago e aberto, e indicam que a atuação da corte se volta diretamente para a justiça de cada caso e não com a coerência do tema do concurso de crimes.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O princípio da legalidade penal, princípio fundamental no direito penal, por seu papel de expressão do direito, representa garantia do cidadão e é definidor de limites ao poder de punir do Estado.

O princípio da legalidade se desdobra em diversos sentidos, proibindo a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, o costume

como fundamento ou agravamento de crimes ou penas, a analogia como técnica de integração para fins de criminalização ou punição de condutas e veda também o uso de expressões indeterminadas na construção de tipos e sanções penais.

Especialmente quanto à dimensão lei certa (*lex certa*), a proteção do indivíduo afasta a possibilidade de leis penais indefinidas ou obscuras, especialmente porque normas demasiadamente abertas, além de dificultar o conhecimento da regra de proibição pelo seu destinatário, conduzem a interpretações arbitrárias.

A imprecisão ou mesmo a abertura das normas penais confere certo grau de liberdade ao juiz nos casos concretos, porém sempre observando os limites traçados pelo fundamento democrático do princípio da legalidade, no sentido de que apenas o Poder Legislativo pode criar delitos e penas.

Essa constante tensão entre os limites traçados na lei e a atuação valorativa do juiz permeia o âmbito do direito incriminador, sendo fundamental compreender que apenas em um Estado verdadeiramente de direito se pode conceber um direito penal em sua dimensão garantidora de direitos e liberdades, evitando-se transformá-lo em mero instrumento de poder.

Os julgados do STF citados, não obstante a identidade de parâmetro (ação), revelam a dificuldade na interpretação e na aplicação do direito, nem sempre uniforme, que só aumenta na medida em que as normas possuem um conceito vago e aberto.

Daí porque, mesmo em situações em que exista espaço para interpretação, especialmente no campo penal, o juiz deve ter a preocupação em manter a integridade e coerência do sistema, evitando decisões casuísticas, mormente porque a segurança jurídica é um valor inerente ao regime democrático.

Enfim, sendo certo que a discricionariedade judicial em relação a normas penais abertas não pode ser eliminada por completo, as cortes de justiça podem atuar de modo a diminuir o espaço de vagueza da norma e evitar interpretações diversas para casos semelhantes, assegurando segurança jurídica e isonomia.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomas. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz**. São Paulo: Editora Noeses, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea (vol. 1). Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Cláudio; OLIVEIRA, Pedro Rubens Ferreira. **Legalidade e cristianismo: aproximação hermenêutica**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Ação Direta de Constitucionalidade n.º 43**. Relator(a) Marco Aurélio. Brasília, 07/11/2019. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=43&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=43&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153**. Relator(a) Eros Grau. Brasília, 29/10/2010. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=153&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=153&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Ação Penal n.º 470**. Relator(a) Joaquim Barbosa. Brasília, 17/12/2012. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AP%20470%22&base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=3&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AP%20470%22&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=3&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true) Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 68728**. Relator(a) Sepúlveda Pertence. Brasília, 28/04/1992. Disponível em <https://jurisprudencia.stf>

[jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2068728%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2068728%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true) Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 71267**. Relator(a) Maurício Corrêa. Brasília, 14/02/1995. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=71267&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=71267&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 96736**. Relator(a) Teori Zavascki. Brasília, 17/09/2013. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=96736&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=96736&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 109539**. Relator(a) Gilmar Mendes. Brasília, 07/05/2013. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=109539&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=109539&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 98960**. Relator(a) Marco Aurélio. Brasília, 25/10/2011. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=98960&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=98960&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em 05/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus n.º 121395**. Relator(a) Dias Toffoli. Brasília, 21/10/2014. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=121395&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=121395&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em 05/07/2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal: parte general**. 8ª edição. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. **Teoria da adequação social: a dogmática do direito penal e a formulação dos critérios da conduta socialmente adequada**. Ciências Criminais em Perspectiva (Faculdade Damas), Recife, v. 1, n.º 1, p. 109-150, jul/dez. 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. Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

GALINDO, Bruno. **Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 anos da constituição de 1988**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KREBS, Hélio Ricardo Dinis. **Sistema de Precedentes e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **O princípio da legalidade penal: uma releitura inevitável quanto à sua vertente da lei certa**. Ciências Criminais em Perspectiva (Faculdade Damas), Recife, vol. 1, n.º 1, p. 215-239, jul/dez. 2020.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito**. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil, São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Tratado de derecho penal (parte geral)**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas de Luiz Régis Prado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.