

# O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

*THE JUDICIAL ACTIVISM IN CRIMINAL LAW AND ITS LINK WITH THE  
BRAZILIAN BINDING PRECEDENT DOCTRINE*

**Jorge André de Carvalho Mendonça<sup>1</sup>**

Doutorando em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco  
(UNICAP, Recife/PE, Brasil)

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito público; direito penal.

**RESUMO:** Este artigo apresenta a histórica controvérsia entre o direito natural e o direito positivo, mas de forma especificamente voltada para o Direito Penal, diante das suas consequências mais graves na vida das pessoas. Depois, pesquisa, embora sob o aspecto meramente teórico, sobre uma possível solução para a redução do problema nos dias de hoje. Como conclusão, não propõe um retorno ao positivismo, tampouco um fortalecimento do pós-positivismo penal. Reconhece a inevitável abertura até mesmo da lei penal, mas defende sua limitação por meio de um fechamento normativo decorrente da observância de um rígido sistema de precedentes.

**ABSTRACT:** *This article presents the historical controversy between natural law and positive law, but specifically focused on criminal law, because of its most serious consequences in people's lives. Then, it researches, although only theoretically, for a possible solution to reduce the problem these days. As a conclusion, it does not propose a return to positivism, nor a strengthening of a post-positivism in criminal area. It recognizes that even the statutory criminal law may not be totally clear, but defends its limitation by a normative closure resulting from the observance of a rigid system of precedents.*

**PALAVRAS-CHAVE:** jusnaturalismo penal; positivismo penal; ativismo judicial; criação judicial do Direito Penal; precedentes penais.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense. Juiz Federal em Recife/PE, na 5ª Região. E-mail: jandrecm@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/4373993866526566>>.

**KEYWORDS:** *jusnaturalism in criminal area; positivism in criminal field; judicial activism; judicial making in criminal law; criminal precedents.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Jusnaturalismo e positivismo no Direito em geral; 2 A base política do Direito Penal; 3 O ativismo e a criação judicial do Direito Penal; 4 Por um sistema penal de precedentes; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Jusnaturalism and positivism in general law; 2 The political basis of criminal law; 3 The activism and the judicial making in criminal law; 4 In favor of a criminal system of precedents; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**T**alvez o principal problema que atormenta a Filosofia do Direito nos últimos séculos seja a divergência entre o direito natural e o direito positivo, ainda que cada uma dessas facetas não tenha chegado a total acordo interno, e mesmo que elas tenham variado ao longo do tempo até os dias atuais.

O problema, inerente ao Direito em geral, não deixou de ter reflexos no específico ramo do Direito Penal. Nesta área, também tem sido grande a divergência sobre a melhor daquelas duas correntes de pensamento, mas com consequências mais graves na vida das pessoas, não só diante da possibilidade de ofensa a um dos bens mais caros à sociedade – a liberdade –, mas também por ser esta a área responsável pela proteção dos bens jurídicos mais importantes.

Se, de um lado, há um sentido lato de justiça, como valor superior às normas jurídicas, de outro, há também o seu sentido estrito, que defende a prevalência de um valor jurídico-político<sup>2</sup>. No entanto, a questão é: ainda que sob o ponto de vista meramente teórico, qual é a melhor dessas correntes para o Direito Penal (e Processual Penal)?

Ambas possuem suas imperfeições. Se o positivismo jurídico-penal tem várias falhas – entre elas, a incapacidade de regular toda a complexidade humana de forma objetiva e clara –, o jusnaturalismo penal gera excessiva insegurança, capaz de fortalecer um ativismo “moral” extremamente prejudicial à sociedade. A nossa hipótese, então, é de que uma possível forma de minimizar o problema seja por meio do reconhecimento da inevitável abertura normativa do sistema,

<sup>2</sup> A importância do tema é tão grande para a atividade judicial que ele foi incluído na Resolução nº 75 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 12 de maio de 2009, no seu anexo VI, *d*.

incapaz de impedir um certo ativismo, o qual, porém, deve ser limitado por um rigoroso sistema de precedentes.

## 1 JUSNATURALISMO E POSITIVISMO NO DIREITO EM GERAL

De forma bastante resumida, podemos dizer que, a partir do século XVI, a Filosofia do Direito era de cunho jusnaturalista, quando se acreditava no sentido de justiça fundamentado em leis da natureza humana, as quais corresponderiam ao bom senso, ao razoável, independentemente da existência de regras concretas, ou até acima delas. Contudo, mesmo tendo a “justiça” como critério de validade, esta fase correspondeu, na história, ao modelo de Estado Absolutista<sup>3</sup>, no qual a justiça era feita de acordo com os critérios pessoais e absolutos do monarca. Com efeito, o argumento da defesa do absolutismo se prendeu a um direito natural supremo, por meio do qual o rei teria a responsabilidade de efetivar a paz, mas, para isso, só encontraria limites em Deus<sup>4</sup>.

Posteriormente, no século XIX, como decorrência da Revolução Francesa, surgiu o positivismo. Quase todos os juízes na França pré-revolucionária eram membros da aristocracia. Com o sucesso da Revolução, o poder revolucionário preferiu simplesmente substituir os magistrados por outros que tivessem herança e simpatia menos aristocrática. Isso, porém, simplesmente não era possível, porque inexistiam juízes não aristocráticos para a tarefa, o que dava duas possibilidades: a de não ter juízes por um período ou a de manter os juízes anteriores. Como a última opção era considerada menos problemática, o próximo passo seria controlar os maus juízes (sob a perspectiva revolucionária), o que resultou no que, agora, consideraríamos formalismo. Então, os juízes aristocráticos de um regime não aristocrático foram mantidos sob firme domínio, limitados a acanhadas interpretações, comprometidos com literalidades que seriam consideradas estreitas até para os padrões do *civil law*<sup>5</sup>.

O positivismo defendeu que as leis deveriam ser invariáveis no tempo e no espaço, para se tornarem científicas, de maneira similar ao que acontecia na

<sup>3</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 70.

<sup>4</sup> MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Forense: Rio de Janeiro, 2009. p. 5.

<sup>5</sup> SCHAUER, Frederick. *Legal Development and the Problem of Systemic Transition*, p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=427223>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

física, na matemática e nas demais ciências exatas. Assim, afastava-se tudo o que se baseasse em valores, inclusive no valor “justiça”, exigindo-se comprovação das afirmações<sup>6</sup>.

Kelsen, embora adepto de um positivismo mais amplo, o normativo, não ficando limitado ao positivismo legalista, elaborou a sua teoria pura do Direito também se afastando do direito natural e de suas regras metafísicas oriundas de autoridades sobre-humanas. Orientou-se apenas em direção ao conhecimento do Direito, desejando excluir tudo o que não pertencesse a esse exato objeto jurídico. Por isso, renomado jusfilósofo defendeu que a ciência do Direito não deveria se tornar uma ciência da natureza<sup>7</sup>.

Mas o positivismo também não resistiu. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a justificativa da proteção da legalidade<sup>8</sup>. Mas talvez o principal problema tenha sido aquele apontado por Yacobucci, para quem o seu grande erro foi desconsiderar as diferenças da natureza e da cultura, desconhecendo que o Direito não é neutro a valores. Realmente, hoje, é indiscutível a impossibilidade de aplicação do Direito sem valoração. Se sua realidade é fundamentalmente valorativa, não pode o conhecimento jurídico se afastar desses elementos, devendo deixar de se apoiar em paradigmas científicos de presumida neutralidade<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> No Brasil, um dos maiores adeptos do positivismo foi Tobias Barreto. Para ele, embora a metafísica tivesse um domínio próprio, do qual não poderia ser expelida, nada produzia de positivo, limitando-se a deliciar-se à discussão de problemas insolúveis. Afirmou que o espírito científico moderno tinha como princípio regulador a ideia de desenvolvimento concebida como lei, que domina seres de todas as espécies, raças, povos, estados e indivíduos. (BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 163, 164 e 181)

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: versão condensada pelo próprio autor. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52-53.

<sup>8</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10 fev. 2017. Apesar da relação entre o positivismo e os referidos regimes, evidentemente existente, seria mesmo correto atribuir-lhe a culpa pelo ocorrido? É claro que atrocidades foram cometidas sob a justificação de se cumprir a lei, mas elas seriam evitadas apenas seguindo-se uma filosofia de “justiça”? Ou, naquele momento histórico, seria aplicada a “justiça” do ditador?

<sup>9</sup> YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. p. 90.

Visando superar esses problemas, posteriormente, surgiu o sistema jurídico do constitucionalismo, equivalente a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, impostos a todas as fontes normativas pelas normas superordenadas. O conteúdo das leis, agora, deveria ser coerente com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos<sup>10</sup>.

Essa forma de pensar o Direito corresponde ao chamado constitucionalismo argumentativo ou principialista, defendido por pensadores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza. Seria a configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras<sup>11</sup>.

No Brasil, em 2004, Douglas Cesar Lucas argumentou que a consagração de novos direitos e de novos atores fez com que o conflito social se transmutasse da zona política para a seara judicial, que seria um campo legítimo para responder às demandas sociais que, de agora em diante, também passariam a ser questões jurídicas. Por isso, disse ele, o Estado intervencionista reformula a atuação do Direito e dos juristas, tendendo a deixar de ser meramente vigilante para assumir uma função ativa diretiva<sup>12</sup>.

Outra não foi a visão de Spengler, para quem novos direitos produziram novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional, fazendo com que as demandas sociais se tornassem jurídicas, consagrando novos direitos. Seria algo equivalente ao papel de legislador atribuído ao Judiciário, por meio de um processo que, atualmente, é chamado de judicialização da política, fazendo parte, para outros, de um ativismo judicial, cuja causa é a expansão do poder judicial tanto em países centrais quanto em periféricos. Diante das falhas estatais, a esperança se volta para a Justiça, na qual se passa a buscar a consagração política. Enquanto, na concepção clássica, o juiz é sujeito da lei e só exerce seu direito de julgar por meio dela, ele tende,

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 1/65, primeira parte.

<sup>11</sup> Idem, p. 4 e 6/65, primeira parte. Fugiria ao âmbito do nosso trabalho abordar o pensamento específico de cada desses renomados autores, razão pela qual, apenas para situar a posição, fizemos nossas as resumidas palavras de Ferrajoli.

<sup>12</sup> LUCAS, Douglas César. A jurisdição entre crises e desafios, p. 13 e 19. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/721/443>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do Direito<sup>13</sup>.

Mas a adesão a essa forma de pensar não é tão tranquila como poderia parecer. Frederick Schauer, por exemplo, mesmo sendo professor nos Estados Unidos, país do *common law* onde o juiz sempre teve mais “liberdade”, defende um ponto de vista menos flexível. Depois de ressaltar a importância do Congresso, diz que o parlamento é uma instituição reconhecida como tendo ao menos uma presumível autoridade criadora do Direito. E enaltece a importância de identificarmos o que chama de “instituições legais”, aptas a fazerem com que os juízes saibam quais proposições utilizar para determinar os direitos daqueles que chegam perante ele<sup>14</sup>.

Então, apresentada a controvérsia no Direito em geral, bem como a variação do pensamento ao longo do tempo, passemos, agora, à sua relação especificamente com a área criminal, objeto do nosso estudo, o que exige uma apreciação da sua base política.

## 2 A BASE POLÍTICA DO DIREITO PENAL

A dicotomia entre direito natural e direito positivo no âmbito criminal tem relação muito próxima com a distinção entre dogmática jurídico-penal e política criminal – esta, unida ao jusnaturalismo; aquela, ligada ao positivismo, possuindo, também, íntima conexão com os momentos históricos do estado liberal, do estado social e de um “estado de direito material”.

A dogmática jurídico-penal corresponde a um sistema de lógica meramente formal, ocupando-se, fundamentalmente, do conhecimento do Direito Penal positivo por meio de preceitos legais considerados dogmas<sup>15</sup>. Por seu intermédio, termina prevalecendo sempre a vontade do legislador.

<sup>13</sup> SPENGLER, Fabiana. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social, p. 12, 26, 30 e 33. Disponível em: <<http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/1020-revistadedireito/v07n01/9615-a-crise-do-estado-e-a-crise-da-jurisdicao-in-eficiencia-face-a-conflituosidade-social.html>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

<sup>14</sup> SCHAUER, Frederick. Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (With Some Help From Neil MacCormick), p. 8 e 10. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract\\_id=1403311](https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1403311)>. Acesso em: 8 fev. 2017.

<sup>15</sup> MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2001. p. 187.

Até o final do século XIX, era a dogmática jurídica a única ciência que servia para a aplicação do Direito Penal, a única que poderia ser utilizada legitimamente pelo jurista. A política criminal não tinha competência para influenciar a compreensão, a sistematização e a aplicação das normas jurídicas. Embora Liszt tivesse lançado, ainda no fim daquele período, o pensamento sobre o que chamou de “ciência conjunta do Direito Penal”, a partir da qual, não só a dogmática, mas também a criminologia e a política criminal seriam globalmente relevantes para a tarefa de aplicação do Direito Penal, não deixou de colocar a primeira em campo hierárquico superior, mesmo que para se defender de fortes críticas<sup>16</sup>.

A oposição que se fez àquele período foi de que o significado político do positivismo jurídico-penal atendia perfeitamente às exigências ideológicas do momento. A despeito da sua referência a uma posição de neutralidade valorativa, não era politicamente indiferente. Se o Código alemão de 1871, por exemplo, correspondia às convicções penais de filosofia liberal, do liberalismo clássico da época, nada melhor que limitar o seu estudo, excluindo valorações a outros dados empíricos alheios à lei<sup>17</sup>, o que favoreceria as classes mais poderosas. Por isso, com a virada do século, cresceu uma nova ideologia política, a do Estado Social.

O Estado de Direito Liberal foi, então, substituído por um novo Estado, que pretendia atenuar as exigências de legalidade formal em favor de uma alegada promoção e realização das condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social. Mas, se, no paradigma anterior, havia o domínio absoluto da legalidade formal sobre o social, agora, acontecia justamente o contrário, o da prevalência total do social, com um menosprezo pelo jurídico, o que chegou a pôr em risco a salvaguarda dos direitos das pessoas. Além disso, o desejável diálogo entre a dogmática e a política criminal transformou-se em um diálogo de surdos. Se a última cresceu, não chegou ao ponto de cooperar com a primeira, tendo havido, na realidade, uma ignorância mútua. E isso teve uma grave consequência: quando as proposições político-criminais tinham sentido diferente do considerado legal pelo jurista, a solução não poderia ser outra que não a de abandonar as conclusões corretas do ponto de vista político-criminal.

<sup>16</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, tomo I. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 19-22.

<sup>17</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 187-191.

Assim, apesar de toda modificação de concepções, a política criminal não deixava de ser uma ciência auxiliar somente competente para a reforma penal<sup>18</sup>. Continuávamos, na verdade, na era do pensamento positivista no âmbito da Filosofia do Direito.

A evolução do estatuto da política criminal perante a dogmática jurídico-penal somente foi alcançada quando as concepções próprias do Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado Social, despreocupado com as regras de Direito, cederam espaço à ideia do chamado “Estado de Direito material contemporâneo”. Este, mesmo conservando um sistema rígido de legalidade, se deixa mover por considerações de “justiça”. A solução do caso concreto, agora, primeiro tem que ser “justa”, ainda que simultaneamente adequada ao sistema jurídico-penal<sup>19</sup>.

Seria uma fase equivalente à do novo constitucionalismo, mencionada no item 1 *supra*, do período pós-guerra. O grande problema é saber quando a decisão do caso concreto é justa e para quem ela é justa, especialmente diante das suas implicações mais graves na área penal.

Talvez preocupado com isso, Zaneti Jr. chega a tratar o Direito Penal de forma diversa dos outros ramos do Direito. Defende que não seria possível abandonar a codificação penal com a mesma tranquilidade que se abandona o modelo fechado do Código Civil, porque os fenômenos da descodificação nas matérias cíveis *lato sensu* e penais obedeceriam a lógicas totalmente diversas. Sugere que, no Direito Civil, quanto menos lei – no sentido de menos taxativa –, mais liberdade; no Direito Penal, quanto menos lei – no sentido de menos taxativa –, menos liberdade. Além disso, haveria uma diferenciação entre a independência do juiz civil e do juiz penal. Enquanto a independência do primeiro estaria caracterizada por sua imparcialidade, à luz da primazia das vontades autônomas, da igualdade entre o cidadão e o Estado, e dos fins públicos determinados na lei e na Constituição, no Direito Penal, tal independência estaria garantida na sujeição somente à lei, assegurada, por sua vez, pela estrita legalidade ou taxatividade das figuras delitivas e, portanto, pelo caráter o mais cognoscitivo possível do juízo. Assim, no caso do Direito Penal,

---

<sup>18</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 23-26.

<sup>19</sup> Idem, p. 26-28.



o desaparecimento do princípio da legalidade, da certeza, da taxatividade e do caráter cognitivo abriria espaços ilimitados à discricionariedade dos juízos<sup>20</sup>.

Embora igualmente questionável a abertura sugerida a áreas outras que não o Direito Penal<sup>21</sup>, uma discricionariedade no âmbito criminal pode conduzir a arbítrios muito nocivos às pessoas. De outro lado, seria realmente possível um fechamento normativo perfeito no estágio atual da história? É sobre isso o próximo foco da nossa abordagem.

### 3 O ATIVISMO E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL

Na atualidade, de um lado estão aqueles que criticam o ativismo judicial, no sentido de criação do Direito pelo Judiciário. Este grupo afirma que o ativismo ofende a separação dos poderes, cabendo ao magistrado apenas a missão de aplicar as normas jurídicas estabelecidas pelo Legislativo. Seguindo esta linha de pensamento, Berman sustenta que não se poderia admitir valores considerados fundamentais pelos próprios juízes, que sequer possuem uma legitimação representativa indireta, tampouco aceitando a procura de valores fundamentais no direito natural, ante a absoluta indeterminação do seu conteúdo. Diz, ainda, que não poderia haver uso da razão como fonte dos valores constitucionais, por não serem os juristas os especialistas indicados para a realização de julgamentos morais<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 107-109 e 112. Com fundamentação não exatamente idêntica, que não cabem aqui detalhar, Ferrajoli também entende que o fenômeno de descodificação penal não se assemelha ao civil, apresentando formas, razões e justificações diferentes, não se podendo reconhecer em ambos a mesma lógica e o mesmo tipo de racionalidade. Conclui que não podemos nos despedir do Código Penal com a mesma tranquilidade com que podemos nos despedir do Código Civil. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 220-221)

<sup>21</sup> É certo que as consequências de decisões “equivocadas” são mais drásticas na área penal. Contudo, pensamos não haver justificativa plausível para um tratamento diferenciado entre a legalidade civil e penal. Se o principal fundamento do neoconstitucionalismo é a ideia de obtenção de justiça, uma redução do Direito Penal ao âmbito legal o confrontaria da mesma forma que aconteceria no Direito Civil. Ademais, se outras áreas do Direito não podem ser reduzidas a certezas matemáticas pretendidas por uma teoria pura, o Direito Penal tampouco teria essa capacidade. Além disso, leis cívicas menos taxativas realmente conferem mais liberdade às pessoas? Elementos como, por exemplo, a imparcialidade e a igualdade também não seriam inerentes ao Direito Penal, da mesma forma que a legalidade e a certeza seriam cabíveis aos outros ramos? Pensamos que os fundamentos filosóficos da constitucionalização do Direito, assim como os estudos sobre a teoria da norma jurídica, possuem aplicação a todos os ramos do Direito, razão pela qual a abertura legislativa excessiva seria ruim inclusive fora do Direito Penal.

<sup>22</sup> BERMAN, José Guilherme. *Ativismo judicial, judicialização da política e democracia*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, v. 36, n. 116, p. 215-216, dez. 2009.

De outro lado, todavia, há os que defendem que os atos legislativos devem estar subordinados não apenas formal e procedimental, mas também substancialmente à Lei Maior. E, para tanto, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deveria se fazer não só de acordo com as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também levando em consideração princípios não escritos. Nesta perspectiva, teriam que ser respeitados os princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global<sup>23</sup>.

Permitimo-nos discordar de ambas as posições. De um lado, embora seja evidente que as normas constitucionais devam prevalecer, princípios fluidos e implícitos não podem ter a força de afastar regras objetivas, salvo se declaradas inconstitucionais sem complexas divagações ideológicas, sob pena de se permitir a aplicação de qualquer ponto de vista sob a desculpa de uma devida fundamentação. Afinal, os defensores de uma concepção antijuspositivista do constitucionalismo nem sempre se consideram jusnaturalistas, se declarando, sobretudo, não positivistas ou pós-positivistas. O problema é que ela exprime, sim, uma concepção tendencialmente jusnaturalista, incluindo, na verdade, a moral em um ponto de vista interno ao Direito<sup>24</sup>.

Por outro lado, a criação judicial do Direito é absolutamente inevitável, mesmo do Direito Penal<sup>25</sup>, seja diante das variadas possibilidades interpretativas, seja em face do necessário fechamento de normas abertas, ou mesmo do preenchimento de espaços não legislados<sup>26</sup>.

Realmente, nem mesmo os tradicionais métodos de interpretação da norma jurídica podem ser concebidos como um sistema fechado de dados

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). Op. cit., p. 4 e 6/65, primeira parte.

<sup>25</sup> Obviamente, o Direito Penal brasileiro não permitirá a criação de tipos penais por meio do Poder Judiciário, diante do princípio da legalidade estabelecido no art. 1º do CP e no art. 5º, XXXIX, da CF.

<sup>26</sup> Quando os juízes utilizam seu arbítrio, eles estão decidindo não em qualquer caminho que gostem, mas de acordo com as opções que a lei lhes permite, dentro dos limites de sua competência. Mesmo assim, algumas vezes, ele terá que usar o seu arbítrio, como acontece, por exemplo, na interpretação de duas leis contraditórias (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 120-121). Além disso, se não há lei, ou se a lei precisa de interpretação, as decisões judiciais terão um importante papel (ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: GOODHART, Arthur L.; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London; New York: Routledge, 2016. p. 14/90, cap. 2).

preexistentes, inexistindo uma ordem hierárquica ou qualquer outra relação metodologicamente fixa entre eles. Carecem de universalidade formal e dignidade lógica pelo simples fato de que lhes subjazem em cada caso pressupostos materiais, com maior ou menor nitidez. Por isso, servem apenas como elementos de um processo interpretativo unitário, como atividades distintas que devem operar unificadas, configurando-se aspectos auxiliares de alcance limitado<sup>27</sup>.

Embora, em diversas passagens, Friedrich Müller não deixe de se posicionar contrariamente a conclusões que sejam evidentemente opostas ao texto literal<sup>28</sup>, no que concordamos, esclarece que o método gramatical, aparentemente unívoco, muitas vezes, se vê obrigado a diferenciar e decidir entre vários modos de utilização dos conceitos usados, entre significados cotidianos e jurídicos e, em parte também, entre diferentes significados jurídicos<sup>29</sup>.

Ademais, a atividade legislativa na atualidade é bem diferente da historicamente pensada após a Revolução Francesa. Naquela época, os legisladores tinham a pretensão de elaborar normas claras e diretas, que regulamentariam todos os setores da atividade humana, e que seriam facilmente aplicáveis pelos magistrados. Entretanto, além de isso não ser factível no mundo real, o legislador atual tem se utilizado de regras de textura aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo aos juízes uma maior liberdade criativa na prospecção da efetividade da tutela jurisdicional<sup>30</sup>.

Os textos normativos com versões mais genéricas - como acontece com as cláusulas gerais - desenvolvem um valor de regulamentação passível de ser concretizado ou, no mínimo, aplicável para a concretização de outras disposições<sup>31</sup>. Elas, as cláusulas gerais, permitem apenas programas normativos vagos, aos quais precisam ser acrescentados, no caso particular, os âmbitos normativos das normas a serem então estabelecidas pelo juiz<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52-53.

<sup>28</sup> Idem, p. 192, 193, 197, 198, 199, 201 etc.

<sup>29</sup> Idem, p. 54. Na mesma página, o autor também apresenta críticas à interpretação histórica, teleológica e sistemática.

<sup>30</sup> CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. A utilização dos institutos uniformizadores do *common law* na efetivação dos princípios da isonomia e segurança jurídica no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 100, p. 213-252, p. 226-227, nov./dez. 2012.

<sup>31</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 198.

<sup>32</sup> Idem, p. 211.

O “positivismo” de Frederick Schauer não deixa de perceber isso. O Direito não pode ser visto como um sistema fechado, como se fosse um jogo de xadrez, no qual todos os movimentos podem ser encontrados nas suas regras. Pelo contrário, é, inevitável e especialmente, sujeito a imprevisíveis complexidades da condição humana<sup>33</sup>.

O Direito Penal, da mesma forma, não pode se libertar da política judicial, relacionando-se com o cotidiano, com a experiência e a mudança social, falando a linguagem viva, mutável e equívoca do sistema jurídico em geral. Por isso, ele também necessita de conceitos vagos<sup>34</sup>. Ainda que seja importante deixá-lo claro e objetivo, o mais fechado possível como regra geral, isso nem sempre poderá acontecer, já que as relações sociais não são tão objetivas assim.

Por isso, existem inúmeras normas penais incriminadoras que apresentam preceitos vagos e variáveis, além de seus naturais elementos objetivos e subjetivos. São os chamados elementos normativos do tipo<sup>35</sup>, que dependem de um juízo de valor a ser exercido pelo magistrado diante de uma situação individual concreta<sup>36</sup>.

É verdade que o Direito Penal deve ser mais rigoroso com a permissão da criação judicial do Direito, devendo o respectivo legislador tentar ser o mais preciso possível. Mesmo assim, não há como vedar totalmente a atividade judicial criativa nem mesmo em ordenamentos baseados no princípio da legalidade estrita, ao contrário do que chegou a afirmar Zaneti. Da mesma forma que acontece em outros ramos do Direito, o legislador penal será absolutamente incapaz de regular todos os comportamentos, simplesmente porque isso ainda

---

<sup>33</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009. p. 5-6/7, cap. 1.

<sup>34</sup> HASSEMER, Winfried. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 268.

<sup>35</sup> As leis penais em branco são igualmente compostas por conteúdo vago, mas a sua complementação deverá ocorrer, primeiramente, por outra disposição legal ou por atos do Poder Executivo. Neste caso, a tarefa do juiz ainda poderá ser criativa, mas ele não deve inovar naquilo não estabelecido pelos atos normativos infralegais, tampouco podendo fugir das possibilidades legais.

<sup>36</sup> O art. 64 da Lei nº 9.605/1998, por exemplo, prevê como crime a conduta de quem promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Não só o valor paisagístico, ecológico etc., como também a ausência de autorização da autoridade competente, ou a contrariedade à concedida, exigem juízo de valor a ser feito pelo juiz no julgamento do caso concreto.

está longe de ser humanamente possível. Por isso, aliás, o mesmo autor não deixa de admitir a possibilidade de interpretações, tampouco de integração de tipos contidos em normas penais em branco ou em conceitos jurídicos indeterminados, acrescentando, agora com precisão, que a tarefa deve ser exercida com cautela e restringida ao mínimo, diante do dever do legislador de atuar em matéria penal da forma mais clara possível<sup>37</sup>.

Quanto mais precisa e amplamente o texto normativo abranger, tanto o âmbito normativo como a ideia normativa fundamental da disposição, mais fortemente a concretização metódica poderá apoiar-se no texto. Se essa não é a situação do Direito Constitucional<sup>38</sup>, até diante dos seus temas gerais de estruturação do Estado, é imprescindível que seja exatamente o caso do Direito Penal, a fim de que os indivíduos possam saber, dentro do possível, exatamente aquilo que estão proibidos de fazer ou deixar de fazer sob ameaça de sanção penal.

Mesmo assim, como clareza e precisão total não serão possíveis nem mesmo na lei penal, a elevação do grau de certeza, segurança e previsibilidade<sup>39</sup> das decisões judiciais será alcançada justamente por meio do reconhecimento da atividade criativa do juiz, por mais contraditório que possa parecer. Em outras palavras, ao enunciar a norma, fechando mais as possibilidades de sua aplicação, o juiz também deverá segui-la no futuro, principalmente no Direito Penal, evitando julgamentos aleatórios, diante da gravidade das suas consequências. Se, de um lado, isso confere mais poderes ao Judiciário, de igual forma, limita sua liberdade, porque, uma vez fixada a norma decorrente da decisão judicial, os próprios juízes deverão segui-la, ainda que entendam que a solução não foi a melhor, ou mesmo que tenha sido equivocada<sup>40</sup>. Essa é uma das razões da existência de um sistema de precedentes obrigatórios.

<sup>37</sup> ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 375.

<sup>38</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 194-195.

<sup>39</sup> MacCormick diz sempre ter uma inclinação a lembrar que certeza é intangível, razão pela qual o máximo que pode fazer é diminuir a incerteza para um nível razoável. (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 15/15, cap. 1)

<sup>40</sup> Os precedentes vinculantes em matéria penal tendem a ser mais garantistas do que a aplicação isolada de cada juiz, porque a "racionalidade" das decisões, com a previsibilidade que dela decorre, é essencial para o ordenamento jurídico. A adoção dos precedentes formalmente vinculantes visa garantir mais vinculatidade dos juízes ao direito e menos arbítrio. (ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 113)

#### 4 POR UM SISTEMA PENAL DE PRECEDENTES

Fetice da lei e desconfiança da magistratura e do Direito comum resultaram no exacerbamento do princípio da legalidade e na vedação da interpretação pelos juízes, impossibilitando a aplicação dos precedentes judiciais. Todavia, as críticas ao modelo de precedentes pressupõem que dele resulte um maior ativismo judicial no sentido negativo<sup>41</sup>, o que realmente deve ser evitado. De lado contrário, os problemas do positivismo levaram a uma dimensão também equivocada, que idealizou juízes super-homens, capazes de resolver todos os problemas da humanidade por meio de julgamentos “justos”, mas que, na verdade, refletem suas variáveis convicções morais. O sistema legislativo, em muitas situações, é naturalmente aberto, exigindo seu fechamento pelo Judiciário, o qual, no entanto, não pode ficar alterando o conteúdo normativo das decisões a seu bel-prazer, ainda que por meio de integrantes diferentes.

Ademais, para seguir um sistema de precedentes, é preciso que os operadores do Direito deixem de se preocupar exclusivamente com as conclusões das decisões judiciais. Pelo contrário, como uma exigência de coerência<sup>42</sup>, a preocupação deve mudar seu foco para a *ratio decidendi*, ainda que sua identificação nem sempre seja fácil de efetuar na prática, porque é dela que se extrai a norma criada pelo Poder Judiciário.

Todavia, a nossa Suprema Corte ainda entende que a transcendência dos motivos determinantes não tem aplicação no Brasil. Em outras palavras, apenas o dispositivo deve ser seguido, não a *ratio decidendi* contida na fundamentação das suas decisões, mesmo nos casos em que haja efeito vinculante<sup>43</sup>, o que seria exatamente contrário à ideia central de um sistema de precedentes.

De qualquer forma, continuando um movimento que já tinha se iniciado anteriormente, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 passou a adotar expressamente um sistema no qual os juízes e tribunais também deverão seguir as “teses jurídicas” adotadas nas decisões judiciais, embora isso infelizmente não

---

<sup>41</sup> Idem, p. 22 e 68/69.

<sup>42</sup> Ver incoerência, por exemplo, nas notas 38-40, bem como a explicação correspondente.

<sup>43</sup> Assim decidiu o STF, por seu Pleno, na Recl. 2475-AgRg/MG, Rel. p/o Ac. Min. Marco Aurélio, em 02.08.2007, o que vem sendo ratificado por suas duas Turmas, como se vê, por exemplo, no julgamento da Rcl. 22470/MA, 1ª Turma, Relª Min. Rosa Weber, em 24.11.2017; e da Rcl. 27702-AgRg/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 06.10.2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2018.

seja obrigatório em todas as situações<sup>44</sup>. A questão é saber se suas disposições possuem aplicação subsidiária ao processo penal, parecendo-nos que sim, *maxime* frente à ausência de previsão contrária no respectivo código.

Não se poder fazer a ilação, ao contrário do que faz parte da doutrina brasileira, de que o sistema de precedentes decorre de princípios constitucionais vagos e que nunca quiseram chegar a tal conclusão. No exterior, a propósito, há quem defenda que o *stare decisis* geralmente não é uma determinação constitucional ou legal, mas apenas uma exigência que as cortes impõem a si próprias<sup>45</sup>. Portanto, sua aplicação no processo penal brasileiro decorrerá do CPC, ou até da necessidade de os órgãos julgadores seguirem um mínimo de coerência, caso em que não haveria uma obrigatoriedade, mas sim uma esperada conscientização cultural.

Nada obstante, o ideal é a adoção da proposta de Zaneti, de uma teoria normativa formalmente vinculante dos precedentes judiciais, diante da constatação do grande equívoco de práticas contemporâneas de acentuar o ativismo judicial e de usar a distinção entre princípios e regras como uma válvula de abertura do ordenamento jurídico<sup>46</sup>. Se temos normas abertas, sua insegurança será diminuída justamente por meio da observância de precedentes. Neste caso, eventual reforma do diploma processual penal deveria ir além daquilo previsto na lei processual civil, determinando não apenas a obrigatoriedade vinculante de todos os precedentes, mas também da necessária observação da norma respectiva, ou seja, da *ratio decidendi*.

O *stare decisis* se baseia na necessidade de atendimento a uma filosofia principiológica calcada na busca pela isonomia e pela segurança jurídica, com consequente redução da imprevisibilidade das decisões judiciais, embora haja quem critique a ideia. Para Lucas, a crise da jurisdição revela-se como uma crise dos fundamentos dogmáticos da modernidade jurídica que, orientada para a preservação do passado por meio de práticas jurídicas de repetição, é incapaz de trabalhar com a diferença, com a complexidade da sociedade global, não sendo apta para tomar decisões para garantir o futuro<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Arts. 926 a 928 do CPC.

<sup>45</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 116.

<sup>46</sup> ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 17.

<sup>47</sup> LUCAS, Douglas César. Op. cit., p. 23.

Apesar de uma previsibilidade absoluta não ser perfeita nem possível, os fundamentos apresentados por Lucas terminaram desvirtuados, permitindo que o Judiciário brasileiro dos últimos anos passasse a julgar de acordo com suas convicções morais, não raramente de forma incoerente e tratando de forma desigual casos exatamente idênticos. Ademais, a dinâmica das relações sociais não é atrapalhada pela pretendida estabilidade do precedente, que pode ser afastado por mecanismos como o *overruling*<sup>48</sup>. E, o mais importante, o sistema de precedentes não deve ser instituído sob a ilusão de trazer perfeição ao mundo jurídico, mas apenas com o intuito de reduzir sua margem de incerteza, insegurança e imprevisibilidade, pilares extremamente relevantes, principalmente para o Direito Penal.

Finalmente, a despeito de os precedentes penais serem importantes para apontar com mais precisão os comportamentos proibidos, aumentando os níveis de previsibilidade e segurança jurídica dos indivíduos, as próprias normas deles oriundas, muitas vezes, não serão completamente fechadas, ainda deixando margem a interpretações, haja vista que a imperfeição é inerente à natureza humana. Por isso, na Alemanha também já se mencionou a preocupação com problemas decorrentes da interpretação de precedentes, ainda que tais questões sejam menos discutidas pelas cortes inferiores e mais detalhadas em decisões das cortes superiores<sup>49</sup>.

## CONCLUSÃO

A controvérsia entre direito natural e direito positivo, inerente à Filosofia do Direito dos últimos séculos, continua presente nos dias de hoje, embora com novas nomenclaturas que não apenas a adapta à atualidade, mas também lhe dá nova roupagem.

A situação não é diferente com o Direito Penal, ramo do Direito no qual a tensão entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal expressa justamente aquela divergência.

---

<sup>48</sup> Quando mais de uma interpretação for cabível, não deverá haver a superação do precedente apenas por se achar, posteriormente, que outra delas é melhor. A certeza e a previsibilidade do Direito seriam significativamente diminuídas, permitindo, ainda, que uma terceira ou quarta interpretação também admissível levasse a novas superações futuras. O poder de superar um precedente deve ser considerado apenas a última opção. (DUXBURY, Neil. *Op. cit.*, p. 121-122)

<sup>49</sup> ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: GOODHART, Arthur L.; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Op. cit.*, p. 11/90, cap. 2.



Apesar de tantos debates teóricos, ainda não houve um mínimo de consenso sobre a melhor corrente de pensamento a seguir, tendo ela variado de acordo com cada momento histórico, com consequências mais graves no Direito Penal, ramo do Direito que entendemos mais importante para a pacificação da sociedade.

Talvez seja a hora de tentarmos uma via alternativa, uma via que reconheça falhas em ambas concepções, prezando pelo norte de segurança do positivismo, mas não olvidando sua impossibilidade de regulamentar todas as condutas ilícitas de forma precisa e objetiva, principalmente diante da alta complexidade das sociedades atuais.

A inevitabilidade de elaboração de normas abertas, mesmo no âmbito do Direito Penal, deve ser compensada com um fechamento normativo, dentro do possível, oriundo de um sistema rigoroso de precedentes, nos quais os juízes, ao mesmo tempo em que são livres para criar o Direito naquilo que ele não esteja fechado, são presos ao mesmo Direito já criado pela norma judicial.

É possível que isso não resolva o problema, é verdade. Nos Estados Unidos, país que segue o *stare decisis*, muitos estudiosos da Suprema Corte Americana dizem que preferências ideológicas e políticas dos seus juízes possuem um maior papel nas decisões do que os tradicionais métodos do raciocínio jurídico. Embora não acreditem que juízes e advogados estejam mentindo, creem que o pensamento deles sobre suas próprias atividades mascara uma profunda realidade, na qual escolhas políticas e outros atributos não jurídicos possuem maior papel na explicação de argumentos e resultados legais<sup>50</sup>.

De qualquer forma, além de o ativismo judicial também ser apontado por alguns como problema nos Estados Unidos, ele está historicamente mais solidificado em países do *common law* do que em países do *civil law*. Com o seu crescimento no Brasil<sup>51</sup>, diante da redução da diferença entre as duas tradições jurídicas ocidentais, é preciso um mecanismo que o limite, tal como acontece por lá: um sistema de precedentes obrigatórios. Da forma como as coisas estão, não custa tentar.

---

<sup>50</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*, p. 3-4/7, cap. 1.

<sup>51</sup> Talvez nosso pior problema, atualmente, nem seja o ativismo oriundo das normas judiciais abertas, mas o ativismo excessivo e desenfreado, contra a regra de direito positivo clara e expressa, o que nos faria voltar ainda mais ao jusnaturalismo, fazendo prevalecer concepções abstratas de “justiça”.

**REFERÊNCIAS**

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

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, v. 36, n. 116, dez. 2009.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. A utilização dos institutos uniformizadores do *common law* na efetivação dos princípios da isonomia e segurança jurídica no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 100, p. 213-252, nov./dez. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, tomo I. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HASSEMER, Winfried. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: versão condensada pelo próprio autor*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUCAS, Douglas César. A jurisdição entre crises e desafios. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/721/443>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUNÕZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

SCHAUER, Frederick. Legal Development and the Problem of Systemic Transition. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=427223>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (With Some Help From Neil MacCormick). Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract\\_id=1403311](https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1403311)>. Acesso em: 8 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009.

SPENGLER, Fabiana. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social. Disponível em: <<http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/1020-revistadereito/v07n01/9615-a-crise-do-estado-e-a-crise-da-jurisdicao-in-eficiencia-face-a-conflituosidade-social.html>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002.

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

Submissão em: 23.04.2018

Avaliado em: 26.06.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 22.06.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 27.06.2018

