

Artigos

Recebido: 29.04.2017

Aprovado: 02.07.2018

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i2.3717>

* Unichristus,
Fortaleza, CE
** Unifor,
Fortaleza, CE



A Crise da Legalidade Penal e a Função do Superior Tribunal de Justiça na Interpretação dos Tipos Penais

*Bruno Queiroz Oliveira**

*Nestor Eduardo Santiago***

Resumo: Aborda a crise do princípio da legalidade no constitucionalismo contemporâneo, especialmente em razão das novas molduras penais introduzidas pelo legislador, as quais delegam ao intérprete a conformação final da conduta proibida. O objetivo da pesquisa consiste em analisar a função do Superior Tribunal de Justiça na uniformização da interpretação dos tipos penais, na perspectiva de oferecer ao jurisdicionado maior segurança jurídica na aplicação do Direito Penal. Conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça não exerce a contento a missão de resguardar o princípio da legalidade no ordenamento jurídico nacional, uma vez que existem muitas questões de elevada polêmica nos órgãos do Poder Judiciário de primeira e segunda instâncias ainda pendentes de melhor uniformização, com graves reflexos para maximizar a expansão do direito penal.

Palavras-chave: Princípio da Legalidade; Expansão do Direito Penal; Uniformização da Interpretação da Legislação Federal; Função do Superior Tribunal de Justiça.

The Crisis of Criminal Legality and the Role of the Superior Court of Justice in the Interpretation of Criminal Types

Abstract: It addresses the crisis of the principle of legality in contemporary constitutionalism, especially because of the new criminal frameworks introduced by the legislature, which delegate to the interpreter the final conformation of prohibited conduct. The purpose of the research is to analyze the role of the Superior Court of Justice in the standardization of the interpretation of criminal types, with a view to offering the juridical person greater legal certainty in the application of Criminal Law. It is concluded that the Superior Court of Justice does not satisfactorily carry out the task of safeguarding the principle of legality in the national legal system, since there are many issues of high controversy in the organs of the Judiciary Branch of first and second instances still pending of better standardization, with serious repercussions to maximize the expansion of criminal law.

Keywords: Principle of Legality; Expansion of Criminal Law; Standardize the Interpretation of Federal Legislation; Function of the Superior Court of Justice.

Introdução

O princípio da legalidade adveio como relevante contraposição à patente desumanidade das penas que caracterizavam o sistema criminal em meados do século XVIII. Com o passar dos anos, este paradigma se transformou no mais importante mecanismo limitador do arbítrio punitivo do Estado. Em sintonia com outros princípios decorrentes do Iluminismo, a legalidade penal desenvolveu-se como vetor de garantia dos cidadãos e permitiu que bens jurídicos como a dignidade da pessoa humana e a liberdade fossem elevados à condição de valores do Estado Democrático de Direito.

Não obstante a consagração do Princípio da Legalidade na Constituição Federal de 1988 (CF) e no Código Penal (CP), o fenômeno da globalização e as constantes reivindicações por maior intervenção penal que bem permeiam a “sociedade do risco” geram, sensivelmente, um distanciamento da aplicabilidade do referido princípio no cotidiano forense. Isto porque tem sido comum o legislador recorrer a novas molduras penais vocacionadas para tutela de meros interesses compatíveis com a CF, ainda que ali não previstos expressamente, de modo a legitimar a inserção em demasia de elementos normativos, tipos omissivos e de perigo abstrato, pouco compatíveis com a real efetivação do legalidade penal.

Nessa perspectiva de relativização, deve ser ressaltado o fato de que a ampliação do espectro de atuação penal, aliada aos apelos sociais por maior segurança, permitiram o surgimento de correntes diversas direcionadas à formatação de arcabouço de legalidade penal diversificado, especialmente para vincular as consequências jurídicas aplicáveis à maior ou menor efetividade das garantias que orientam as premissas de imputação, mormente a relativização dos princípios de garantia.

Por isso, parte-se da premissa de que a tarefa de dar efetividade ao princípio da legalidade compete mais diretamente ao Poder Judiciário – órgão ao qual cabe declarar a inconstitucionalidade dos tipos penais violadores das garantias vinculadas à legalidade, bem como limitar seu alcance às condutas que estiverem objetivamente determinadas.

Além disso, em um país de enorme extensão como o Brasil, caracterizado por significativa diversidade de valores e pela evidente desarmonia interpretativa entre os órgãos judicantes, tanto na esfera estadual como na federal, necessário se faz especial proteção da legalidade. Com efeito, resguardar a legalidade é proteger o cidadão e o próprio Estado Democrático de Direito, o que legitimou, em sede de atuação do Poder Judiciário, a criação de um só tribunal com funções diferenciadas para tal mister, no caso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Os mecanismos criados para permitir a uniformização dos julgados e melhorar a integração da legislação legitimam essa perspectiva, inclusive por meio da força vinculante de suas decisões, de modo a destacar a relevância do estudo dos precedentes, tão marcante nos países do *common law* e recentemente consagrada no Brasil por intermédio do novo Código de Processo Civil (CPC).

O STJ, por sua vez, não tem exercido o papel de uniformização da jurisprudência em matéria penal, ante, inclusive, a constante invasão de competência do STF, o qual institui súmulas em matéria penal de caráter infraconstitucional, a exemplo das de número 711 e 714. Por outro lado, em matéria de tipificação

penal, o STJ editou poucas súmulas, o que acaba por contribuir para o avanço da expansão do direito penal.

O objetivo geral deste ensaio consiste em exprimir uma compreensão acerca do valor da legalidade penal como instrumento de garantia do cidadão contra os arbítrios dos detentores do poder estatal, e, nessa perspectiva, avaliar a função do STJ como mecanismo de uniformização da interpretação da tipicidade penal.

A expansão do direito penal

É inquestionável o fato de que, na atual quadra do século XXI, vive-se a fase de maior incerteza no que tange ao futuro da humanidade. Vive-se na denominada Pós-Modernidade, cuja característica mais marcante é justamente a ausência de paradigmas, e, por consequência, a crise de valores que atinge o homem moderno. Os avanços tecnológicos, os processos globais de abertura da economia e as reestruturações produtivas e organizacionais, aliadas ao crescimento do consumo em todo o planeta, constituem a mola-mestra para o surgimento de outros bens jurídicos de caráter metaindividual.

A Pós-Modernidade é delineada por uma sociedade de risco. Hodiernamente, o risco fora objeto de análise sob a perspectiva sociológica. O conceito de sociedade de risco se confunde também com o fenômeno da globalização, uma vez que os riscos são absolutamente democráticos, atingindo países e classes sociais, sem respeitar quaisquer fronteiras. Os processos que passam a se delinear com base nessas transformações são ambíguos, coexistindo fundamentalismo religioso, crises econômicas, pobreza em massa, possíveis guerras e até catástrofes naturais.¹

A sociedade moderna, caracterizada por este rápido incremento tecnológico e consequente expansão do fenômeno do risco, constata o aparecimento de formas diversificadas de delinquência, dentre as quais merece especial destaque a criminalidade econômica, que possui características bastante distintas da criminalidade comum, o que submete a tutela de bens jurídicos de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito e, por outro lado, exige, da parte do Estado e dos órgãos de persecução criminal, resposta imediata e eficaz com vistas a coibir o avanço das estatísticas delitivas (BAUMAN, 2007, p. 282/283). A criminalidade organizada também ocupa lugar de destaque no âmbito de preocupação dos organismos internacionais, inclusive os de direitos humanos, uma vez que concorre, de modo crucial, para o aumento das violações de direitos humanos em todo o mundo, notadamente em razão do tráfico de pessoas e de órgãos humanos, um dos mercados mais promissores em termos de rentabilidade.

Por sua vez, a Ciência Penal passa por um momento marcado por uma nova configuração da sua área de atuação. As transformações ocorridas na sociedade e as dificuldades em lidar com os problemas delas decorrentes deslocam para as leis penais a atribuição de controle social. Isso significa o aumento de sua incidência, por intermédio de um movimento de constante criminalização, e, por consequência, de sua expansão.

¹ Para Beck (1998, p. 24), a sociedade de risco designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial.

Silva Sanches (2002, p. 39-50) chama a atenção para o denominado “tríplice ocaso”, que tomou conta, nos últimos tempos, do Direito Penal e do Processo Penal: a) o das garantias formais; b) o das garantias materiais; c) o do princípio da utilidade da intervenção penal. Nesta senda, verifica-se na legislação pertinente ao Direito Penal uma política criminal destinada a conter a criminalidade, e tal deformação se consubstancia na equivocada necessidade de supressão das barreiras de cunho garantista, e, por isso, de natureza constitucional, para que seja possível a utilização do aparato repressivo do Estado com caráter político.

Por certo, na quadra atual, o tema objeto de maior debate em Direito Penal diz respeito à questão da sua expansão. No cerne da discussão, a necessidade de superação do Direito Penal tradicional, com ênfase na supremacia da proteção de bens jurídicos individuais, em face de uma nova forma de criminalidade, decorrente da revolução da globalização e que lida com a existência de bens jurídicos metaindividuais, de vitimização difusa, e, por isso, de difícil conscientização da necessidade de sua repressão.

A utilização do discurso de cunho penal de forma sensacionalista e midiática, seja por parte dos representantes do povo no Parlamento, seja por representantes dos grandes veículos de comunicação tem sido um fenômeno de grande intensidade nos dias atuais.² A demanda social por mais segurança pública tem sido utilizada pelos deputados e senadores como argumento para a apropriação do discurso de expansão do direito penal. Esse cenário, por sua vez, permite a elaboração de discursos e leis absolutamente destoante dos valores constitucionais, de modo a funcionar como fator de crítica à modernização do direito penal (JÚNIOR, 2014, p.134).

Em matéria de expansão do direito penal é relevante afirmar que o fenômeno da globalização funciona como um motor que a acelera em ritmo intenso, daí porque a primeira corrente se mostra mais condizente com a realidade atual. O cenário presente é de criminalização de novas condutas, exacerbação das sanções penais dos tipos penais já em vigor, relativização das garantias penais e processuais previstas nas constituições, com o emprego cada vez mais crescente de conceitos jurídicos indeterminados na elaboração dos tipos penais e com grave desapego ao princípio da legalidade penal. Essa tendência fora devidamente apontada com a identificação de algumas características decorrentes da influência da sociedade de risco e da globalização, ou seja: 1) instrumentalização do direito penal; 2) excessiva antecipação da tutela penal de caráter preventivo; 3) aumento exarcebado das penas; 4) flexibilização das garantias penais e processuais; 5) fenômeno da explosão carcerária; 6) aumento da utilização dos instrumentos de colaboração com a justiça a exemplo da delação premiada. Esse cenário tende ainda a aumentar as estatísticas no que tange aos delitos de exploração e tráfico de pessoas, além das situações de xenofobia e dos crimes de racismo. Segundo Natacha Viada existe uma percepção equivocada da relação entre a imigração e a inse

² Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que ao se analisarem os discursos ou argumentos com que cada um dos setores convergentes do sistema penal procurar explicar e justificar sua participação, não há uma única ideologia do sistema penal, mas sim uma pluralidade de ideologias que se traduzem na multiplicidade de discursos. Assim, o discurso policial, por exemplo, é predominantemente moralizante e o discurso penitenciário é de cunho terapêutico ou de tratamento daquele indivíduo que não respeitou a lei penal. Em geral, há uma separação de funções com contradição de discursos que tem por resultado uma compartimentalização do sistema penal (2004, p. 72).

gurança, percepção essa decorrente de inúmeros preconceitos.³ Atribui-se o problema da insegurança aos imigrantes, sem a implementação de políticas de integração, com nítido consenso social em torno de uma política essencialmente punitiva (VIADA, 2005, p. 107).

Em forma de agravação desse cenário, merece destaque o descompasso bem caracterizado entre a dogmática jurídica tradicional, cuja origem remonta século XVIII e os novos problemas decorrentes da sociedade pós-moderna. Nesse contexto, deve ser ressaltado que o direito penal clássico fora estruturado para tutela de bens jurídicos de titularidade determinada e sua lógica vocacionada para o combate a uma forma de criminalidade de cunho individual que apresente autores e vítimas bem delineados. Nesta senda, tem se mostrado insatisfatório para lidar com os novos desafios decorrentes do contexto de risco e da criminalidade difusa. Em resumo, o cenário também é de vinculação do legislador e dos operadores do direito a instrumentos dogmáticos anacrônicos que funcionam no mais das vezes apenas como manifestação simbólica das normas incriminadoras, o que na prática acarreta uma verdadeira deslegitimação da intervenção penal (SOUZA, 2007, p. 21).

Por outro lado, dos anos 1960 aos 1970, o abolicionismo penal presencia seu apogeu. Hodiernamente, todavia, a realidade pende para o oposto, ou seja, se assiste hoje a uma expansão do Direito Penal insuflada, entre outras variáveis, por uma demanda social de maior segurança. Vale asseverar, nessa perspectiva, que as correntes outrora críticas do Direito Penal, como, por exemplo, os ambientalistas, atualmente reclamam sua utilização para a proteção de seus interesses, especialmente das ações dos poderosos, identificados com a corrupção política, a delinquência econômica e demais crimes do colarinho branco (MARCHI JUNIOR, 2012, p. 98).

A temática, por seu turno, abrange diversos fenômenos jurídicos, sociais e políticos que constantemente ocasionam forte pressão sobre o Poder Público, em especial o Poder Legislativo, no sentido da adoção de medidas que permitam o aumento da sensação de segurança da coletividade. Callegari e Wermuth (2010, p. 22) acentuam que a politização do Direito Penal por meio da noção de segurança resulta de uma simplificação do discurso político-criminal, que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e sensacionalistas, em detrimento de um programa efetivamente emancipatório.

A crise do princípio da legalidade penal

Após o rompimento com o Medievo, o Estado moderno apareceu como grande avanço. Indiscutivelmente, é na Modernidade que passa a haver a noção de sujeito, de Estado, de Direito, com todas as instituições e aparelhos indispensáveis à sua manutenção e funcionamento. Da concepção absolutista à liberal, o Estado moderno rompe o século XIX e ingressa no século XX às voltas com as suas

³ O atentado terrorista praticado em janeiro de 2015 contra o jornal satírico Charlie Hebdo e o massacre ocorrido em novembro do mesmo ano em Paris, com mais de 120 mortos, constituem os eventos recentes mais violentos que envolvem a sociedade francesa. Houve, a partir do atentado ao Charlie Hebdo um incremento no discurso acerca da incompatibilidade do islã com os valores democráticos e cristãos da França. Muitos políticos como Marine Le Pen e Nicolas Sarkozy tiveram a sua popularidade maximizada após o aumento desse tipo de discurso e radicalização contra a cultura mulçumana (ALBALA; BURNI, 2015, p. 82)

insuperáveis contradições, ao ponto de ser indispensável a mudança de vocação para um estado mais intervencionista, providência ou estado social, o qual aparece com o objetivo de reduzir as gigantescas desigualdades socioeconômicas e, desse modo, permitir a continuidade do Estado moderno no seio de um projeto eminentemente capitalista (STRECK, 2011, p. 24).

O Direito Penal, nesse contexto, funciona como mecanismo formal de busca do equilíbrio dentro do Estado moderno, entre a ideia de regulação e a necessidade de reconhecimento do homem como sujeito de direitos, notadamente desde a segunda metade do século XIX no âmbito do Estado intervencionista europeu.

Por sua vez, a dogmática das obras de Direito Penal reproduz o que está plantado no senso comum teórico dos juristas a respeito desta necessidade de precisão e clareza das palavras. Sem perceber a abertura interpretativa decorrente da porosidade do tipo penal como regra, a discussão fica centrada, quase que exclusivamente, na questão da vagueza e ambiguidade, como se tudo estivesse ligado à qualidade da redação típica, como se a escolha da melhor redação das leis incriminadoras fosse capaz de afastar a necessidade de interpretação; ou seja, mesmo diante da evidência de que a melhor elaboração típica não resolve o problema da interpretação, não assegura todas as hipóteses de aplicação do tipo penal, não elimina a necessidade de controle da decisão, a maioria dos penalistas aposta todas as suas fichas na busca incansável da melhor semântica típica (MARQUES, 2012, p. 59).

O tipo penal desde sempre constitui a materialização do princípio da legalidade, na medida em que somente uma lei anterior pode declarar delito a uma ação (*nullum crimen sine lege*) e somente uma lei anterior pode impor pena (*nulla poena sine lege*). Tal relação entre tipo e princípio da legalidade é um paradigma visto como proteção das pessoas em face do arbítrio punitivo do Estado, que estará limitado a só apenar o comportamento já descrito em um tipo penal, anterior, certo, determinado. Por esta perspectiva, para fazer valer a sua função de garantia e certeza, o tipo penal deve possuir uma descrição de tal modo clara e precisa que de seu texto se possa aferir com a maior exatidão a conduta proibida. Assim, é imprescindível observar o princípio da taxatividade, considerado um desdobramento do princípio da legalidade. O legislador deve utilizar uma linguagem clara e precisa, acessível ao nível cultural médio da população, devendo ser evitado o emprego de elementos normativos que implicam sempre uma valoração e, por isso, certo grau de subjetivismo (CONDE, 1988, p. 43).

Nilo Batista (2001, p. 82), ao tecer considerações sobre o princípio da legalidade, fala de quatro funções vistas sob o prisma de garantia individual: a) proibir a retroatividade da lei; b) proibir a criação de crimes e penas pelo costume; c) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; d) proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Sobre o princípio da taxatividade, Toledo (1994, p. 29) acentua que a exigência de lei certa está relacionada com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores, genéricos e vazios. A função do princípio da taxatividade consiste em justamente evitar o arbítrio judicial por intermédio da certeza da lei mediante a proibição do emprego excessivo e incorreto de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos

indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade, desse modo, significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*), pois, assim, realiza-se a função garantista do princípio, na medida em que o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade (PRADO, 2012, p. 35).

Desse modo, o grande risco à legalidade penal surge no momento em que a interpretação judicial estende o sentido e a abrangência do texto normativo, indo além da perspectiva de garantia individual e de contenção do poder punitivo. Ainda nesse contexto, cabe explicitar que o principal limite à interpretação judicial deve fixar-se no bem jurídico protegido pela norma, que, por sua vez, necessita ser precisamente identificado. Por outro lado, a tutela de determinado bem jurídico, por mais precioso que seja, não autoriza o julgador a extrapolar o conteúdo da norma e sua expressão mais clara, sendo válida somente quando realizada nos termos como dispõe a lei (MARCHI JUNIOR, 2012, p. 95). Ingressa, pois, a discussão de tipo-garantia na seara do discricionário poder do juiz em “preencher” o tipo aberto sem abrir mão da “garantia” advinda da tipificação.

Nesta senda, a interpretação não supõe analogia *in malam partem* quando se respeita o campo semântico que habilita o enunciado normativo, o qual, certamente, precisa ser desenvolvido sob os critérios relacionados com a *ratio decidendi* e regulados pelos princípios materiais de ordem social. Assim, une-se o campo semântico com o campo valorativo, o qual sempre é dependente dos princípios de categoria constitucional (YACOBUCCI; GOMES, 2005, p.115).

O positivismo jurídico traz, por seu turno, como consequência inevitável, o fechamento interpretativo pela discricionariedade judicial. Ante uma textura aberta, que permite várias interpretações possíveis, o juiz não decide, mas escolhe uma interpretação que preencha os termos de eventual juízo de tipicidade. Assim, surge um problema político quanto à escolha de uma interpretação, levada a cabo por critérios de decidibilidade advindos da subjetividade do juiz. Hans Kelsen (1979, p.469) descreve a figura da moldura, dentro da qual há várias possibilidades interpretativas. O resultado de uma interpretação ocorre, pois, pela fixação da moldura, ou seja, esta representa o direito a ser interpretado e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existissem. Nesse passo, a interpretação de uma lei não deveria necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções. Para ele, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura possa ser preferida a outra.

No entorno do crescente sentimento de insegurança e aumento da complexidade das relações sociais a tendência de maximização da intervenção expansivo-preventiva do direito penal é apreciada por diversos atores políticos e sociais como forma de reafirmação simbólica de valores e construção do consenso social, de modo que a utilização política do direito penal se apresenta como forma de instrumento de comunicação e permite a canalização dos problemas e conflitos sociais rumo ao sistema penal (ALBRECHT, 2010, p. 104). Nesta senda, a criminalidade e a dinâmica da persecução penal adquirem roupagem de produtos aptos a serem comercializados de forma espetacular pelos veículos de comunicação em massa.

Na verdade, é inevitável que o complexo institucional decorrente das reclamações punitivas canalizadas da sociedade não alcance uma estabilidade confortável. A situação em que o Direito Penal está se movendo nos últimos anos é das mais graves, justamente porque a mudança de rumos atinge a sua identidade.

A *Teoria do Garantismo Penal*, desenvolvida inicialmente por Luigi Ferrajoli (2005, p. 786) para o Direito Penal e o Processo Penal, com o objetivo de buscar uma aproximação entre a normatividade e a efetividade dos direitos fundamentais, significa um modelo normativo de Direito, cujo escopo, sob a perspectiva epistemológica, se caracteriza como sistema cognitivo ou de poder mínimo e, sob o prisma político, é caracterizado como técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade. No plano jurídico, tal modelo funciona como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Desse modo, é possível asseverar que, em relação a grande parte dos princípios constitucionais, o garantismo permite abertura interpretativa bastante considerável no sentido de permitir ao juiz a melhor opção para fazer valer os valores constitucionais. Em matéria de legalidade penal, no entanto, o garantismo significa um modelo normativo de direito que limita o poder de interpretação judicial para permitir um espectro de maior segurança jurídica ao cidadão.

Igualdade e segurança jurídica por intermédio dos precedentes

O princípio da igualdade constitui um dos valores estruturantes do regime de direitos fundamentais previstos na CF, a qual proclama que todos são iguais perante a lei. Segue-se, como decorrência lógica, o fato de que, havendo identidade de situações, a lei deve ser interpretada e aplicada de forma igual, sejam quais forem os autores ou os réus, devendo o intérprete utilizar-se de mecanismos para permitir uma interpretação única e igualitária às normas, sob pena de ensejar desigualdades (TESHEINER, 2014, p. 167).

Importante é asseverar que o direito à igualdade apresenta uma dupla dimensão objetiva e subjetiva. No âmbito da dimensão objetiva, constitui valor estruturante do Estado Democrático de Direito. Na condição subjetiva, funciona como fundamento de posições individuais e mesmo coletivas que tenham por objeto, na perspectiva defensiva, à proibição de tratamentos desacordados em relação às exigências da igualdade, ao passo que, na perspectiva positiva, ele opera como fundamento de direitos derivados a prestações, isto é, de igual acesso às prestações (bens, serviços etc.) disponibilizados pelo Poder Público ou por entidades privadas na medida em que vinculadas ao princípio e direito de igualdade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 532). Disso resulta que o princípio da igualdade constitui, a um só tempo, limitação primária ao legislador e regra de interpretação para o juiz, o qual deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie, implícita ou explicitamente, distinções de qualquer natureza, salvo se devidamente justificadas.

Além disso, a sociedade contemporânea exige padronização, da qual resultam enormes benefícios. Ocorre o mesmo fenômeno no campo do Direito. A própria ideia de lei, como norma geral e abstrata,

decorre dessa necessidade, e a exigência de uniformização aumenta na medida em que se acentua o fenômeno da globalização, com crescente intercâmbio de bens, pessoas e informações.

Nesta senda, a passagem da técnica casuística, na qual a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial mais complexo e sofisticado, faz sentir a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. Com efeito, no momento em que se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre constitui o resultado da aplicação de critérios anteriormente normatizados, mas pode constituir regra calcada em fundamentos que não estão na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de avaliar que as expectativas que recaíam na lei se transferem para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão, de tal forma que esta é responsável pela previsibilidade em relação ao Direito, e, desse modo, deve contar com estabilidade (MARINONI, 2011, p. 107).

Ávila (2009, p. 18) critica o excessivo ativismo judicial. Para ele, como a CF é composta basicamente de regras, e como ela própria atribui, em inúmeras situações, ao Poder Legislativo a competência para editar regras gerais, sempre que esse poder exercer regularmente a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos parâmetros constitucionais, não poderá o aplicador simplesmente desconsiderar as soluções legislativas. Acentua, ainda, que as regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são a de estabilizar conflitos morais e reduzir as incertezas e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, servindo, por isso, de valiosos instrumentos de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir.

Por outro lado, o paradigma de Poder Judiciário anulado pelo Poder Legislativo e a concepção de magistrado como mero executor da lei, por óbvio, estão ultrapassados. Tal não significa, no entanto, que o reconhecimento da insuficiência da lei e a atribuição de poder ao juiz para ditar a norma capaz de regular o caso concreto tenham gerado um sistema em que o magistrado é livre para criar o Direito. A ampliação do Poder Judicial com fundamento nas cláusulas gerais não apenas exige um sistema de precedentes, como ainda reclama um aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais.

Não se pode afirmar, por fim, que a necessidade de precedentes vinculantes decorra necessariamente da existência de cláusulas gerais. Ao contrário, elas existem exatamente pela inviabilidade de se enquadrar em regras precisas situações de fato variáveis e cambiantes. Por óbvio, não são editadas para atribuir poderes arbitrários ao juiz, mas para que ele possa aplicar a lei com justiça, considerando a situação, talvez única, que depara (TESHEINER, 2014, p. 171).⁴

O Superior Tribunal de Justiça como instrumento de uniformização da tipicidade em matéria penal

O STF, até 1988, atendia como exclusivo órgão de cúpula da Justiça comum, competindo-lhe, por intermédio do recurso extraordinário, o controle e a uniformização do Direito constitucional e infraconstitucional. O aumento significativo da população brasileira, o avanço industrial e o desenvolvimento

⁴ Não se pode afastar por completo a ideia de que, mediante a implantação dos precedentes vinculantes, poderá haver um Poder Judiciário menos democrático, na medida em que centralizada a jurisdição em Brasília e na medida do aumento da sujeição dos juízes às autoridades superiores.

econômico, aliados às grandes transformações políticas e sociais ocorridas no período, determinaram o estrangulamento do STF, o qual, com seus 11 ministros, não tinha como julgar os recursos extraordinários que ali aportavam diariamente (MARCHI JÚNIOR, 2012, p. 179)

No ordenamento jurídico constitucional brasileiro, o STJ assumiu a posição de vértice na jurisdição ordinária. Dentre as principais competências que lhe são atribuídas pela CF, no art. 105, III, consta a de resolver, em última instância, as questões jurídicas atinentes à interpretação das leis federais infraconstitucionais.

O art. 105, III, da CF, prevê que ao STJ compete julgar, em recurso especial, as causas decididas pelos tribunais de justiça ou regionais federais quando, em única ou última instância: i) negam vigência ou contrariam lei federal ou tratado; ii) julgam válido ato de governo legal contestado em face de lei federal; ou, ainda, iii) dão à lei federal interpretação divergente daquela atribuída a outro tribunal. A mencionada regra constitucional acentua a missão pública do STJ, consistente na observância uniforme da interpretação da lei, isto é, da norma jurídica, para garantir unidade ao Direito objetivo federal nacional e o respeito ao limite a divergência jurisprudencial que pode existir.

O desenho institucional definido pela Constituição Federal de 1988 para o recurso especial privilegia de forma clara a prevalência do *ius constitutionis* sobre o *ius litigatoris*, na medida em que resta claro que o cidadão não tem o direito subjetivo ilimitado de revisão do seu caso, mas sim que a revisão apenas será configurada como direito quando se estiver verdadeiramente diante de hipótese de violação da norma jurídica já fixada pelo STJ em seus precedentes ou de uma “lei nova”, bem como de divergência jurisprudencial (PEREIRA, 2013, p. 161). Em última análise, atribuir função de ampla revisão de casos ao STJ teria a função de desprivilegiar o trabalho dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, que têm o dever de reanalisar matéria fática em razão da ampla devolutividade do recurso de apelação, em clara função reativa e de correção da decisão.

O STJ, por seu turno, compõe-se de, no mínimo, 33 ministros, divididos em seis turmas, com a competência em razão da matéria. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção, especializada em temas de Direito Público; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção, especializada em Direito Privado; e a Quinta e Sexta Turmas, a Terceira Seção, especializada em Direito Penal. Dois terços dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça são oriundos da Magistratura Federal e Estadual de 2º grau, e o terço restante do Ministério Público e da Advocacia, todos escolhidos pelo Presidente da República entre os nomes constantes de lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal, e nomeados após aprovação pelo Senado (CF, art. 104 e parágrafo único, I e II).

A função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judicante em relação à inteligência de todo o Direito federal de caráter infraconstitucional. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação. O conhecimento do Direito positivo federal infraconstitucional, na sua percepção final e última, não pode ser desvinculado da casuística em que se estampa a interpretação do Superior Tribunal de Justiça (ALVIM, 1999, p. 38)

Há, no entanto, críticas à missão destinada ao STJ. Andrei Zenker Schmidt (2001, p. 70) sustenta a deslegitimidade funcional desse tribunal superior, na medida em que, se toda decisão judicial deve, sempre,

fundamentar-se adequadamente do ponto de vista constitucional, não há como sustentar a legitimidade da uma corte que objetiva proteger a legislação infraconstitucional. Para esse autor, toda a lesão às normas infraconstitucionais acarreta lesão formal ou substancial a uma norma constitucional.

A função constitucionalmente atribuída ao STJ, de atuar como tutor da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade interpretativa da lei federal, funde-se com a destacada tarefa de atuar como guardião da liberdade, ao passo em que defender a liberdade na seara penal significa defender o princípio da legalidade, não por acaso expressamente previsto no primeiro artigo do CP. Cumpre registrar que tal princípio tem origem no movimento ilustrado que se rebelou contra o arbítrio e a opressão que remaravam o sistema penal do final do século XVIII. A liberdade como direito individual somente se consolidou pela consagração do princípio da legalidade, momento em que o poder coercitivo do Estado ficou restrito às hipóteses previamente descritas em lei e limitado pela respectiva sanção cominada (MARCHI JÚNIOR, 2012, p. 184).

Nesse sentido, o STJ, ao analisar do ponto de vista material a legislação infraconstitucional, deve promover a interpretação condizente do tipo penal com o espírito do ordenamento imposto pelo Estado Democrático de Direito, de modo a adequar o seu alcance até o limite permitido pelo princípio da legalidade. Aliás, em respeito ao princípio da legalidade, a interpretação judicial não pode se liberar dos parâmetros do legislador, ou, de outro modo, tornar mais grave a sanção penal, pois a aplicação do Direito consiste em um processo circular entre a lei e o caso, comparável a uma espiral que se eleva, corrige e aperfeiçoa em um processo mútuo de compreensão entre a norma e a situação fática (LOVIS, 2006, p. 407).

Assim, em matéria recursal, verificada a procedência da alegação do recorrente, de que o tribunal *a quo*, por exemplo, deu interpretação extensiva a determinado tipo penal, o STJ, dando provimento ao Recurso Especial, cassará o acórdão recorrido e, na fase seguinte do julgamento (juízo de revisão), enfrentará o mérito do caso concreto, oportunidade em que, exercendo o controle da legalidade, estabelecerá o alcance correto da conduta proibida ou, não sendo possível precisá-la sem recorrer à analogia proibida, declarará a falta de validade da norma e, incidentalmente, a sua inconstitucionalidade. Nessa perspectiva, na defesa do princípio da legalidade, o STJ tem a função de assegurar que a interpretação judicial se atenha à baliza imposta pela semântica textual da conduta proibida, salvaguardando o tipo de uma extensão ilimitada, valendo-se, inclusive, dos instrumentos uniformizadores para, sempre que possível, modular a matéria de proibição. Em outras palavras, o STJ deve limitar o alcance do tipo penal por intermédio do filtro constitucional, sem, contudo, usurpar o papel do STF. Em razão disso, a competência de zelar pela uniformização da interpretação da legislação federal não deve ser repartida com o STF, o qual em diversos julgados extrapola suas relevantes funções para decidir causas nas quais a palavra final compete ao STF, a exemplo das matérias decididas nas súmulas 711 e 714.^{5 6}

⁵ Súmula 711: a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

Súmula 714: é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

⁶ Existem outras súmulas relativas à matéria penal infraconstitucional editadas pelo Supremo Tribunal Federal, mas que são anteriores à instalação do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo da súmula 610, que trata do momento consumativo do crime de latrocínio.

Por outro lado, desde a sua criação até os dias atuais, o STJ somente editou poucas súmulas atinentes às matérias de interpretação da tipicidade penal, no caso, as súmulas de números 17, 24, 73, 96, 502 e 522, 575 e 582, o que denota número de veras baixo em relação ao cotidiano forense de inúmeras questões que merecem uniformização.⁷

Dentre as questões que merecem relevo na seara penal por ausência de melhor uniformização, durante muitas décadas, deve ser registrada a polêmica acerca do momento consumativo nos crimes de furto e roubo. Nesse sentido, o STJ, em outubro do ano de 2015, fixou entendimento sobre a matéria em recursos especiais repetitivos, que, posteriormente permitiu a edição da súmula n. 582. Não obstante, deve ser registrado o longo lapso temporal transcorrido até que o referido tribunal superior firmasse entendimento consolidado sobre matéria tão relevante, especialmente no cotidiano forense. Assim, ao apreciar o recurso especial repetitivo número n. 1.524.450-RJ (Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 14/10/2015) o STJ firmou entendimento no sentido de que considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Em relação ao crime de roubo, no recurso especial repetitivo n. 1.499.050-RJ (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/10/2015), decidiu-se no sentido de que a consumação do delito ocorre com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desligada.

No concernente à usurpação do ofício do STJ por parte do STF merece registro que a matéria tratada na súmula 522, acerca do crime de falsa identidade, no sentido de que a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa, já tinha recebido a referida inteligência por parte do STF, de modo que o STJ apenas adequou o seu entendimento à posição que se consolidava no âmbito daquela Corte.

CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes. (RE 640139 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 22/09/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-05 PP-00885 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 668-674)

Por sua vez, no julgamento do recurso especial repetitivo no âmbito do STJ, a própria ementa do julgado reconhece que o julgado se baseou no entendimento firmado no STF.

⁷ Apesar do pequeno número de súmulas em matéria de tipicidade penal, o Superior Tribunal Justiça editou treze súmulas em matéria de dosimetria de pena e sete em matéria de execução penal. As informações estão disponíveis no site www.stj.jus.br, no link súmulas anotadas por ramo do direito.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. ART. 307 DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. FALSA IDENTIFICAÇÃO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. AUTODEFESA. INEXISTÊNCIA. TIPICIDADE DA CONDUTA DE FALSA IDENTIDADE. SUBMISSÃO AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO N. 8/2008 DO STJ. 1. Típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP). 2. O Supremo Tribunal Federal - ao julgar a repercussão geral no RE n. 640.139/DF, DJe 14/10/2011 - reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria controvertida, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF) não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). 3. Recurso especial provido exclusivamente para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP), consoante o decisum de primeiro grau, mantido, no que não contrariar este voto, o acórdão a quo. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça. (REsp 1362524/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 02/05/2014).

Este caso denota a ausência de liderança do STJ no âmbito da uniformização jurisprudencial em matéria de tipicidade penal, assunto de grande relevância para o resguardo do campo da legalidade penal e, por consequência, do consagrado direito de liberdade.

Conclusão

Por todo o exposto, o STJ, como corte máxima infraconstitucional do País, além de unificar a interpretação em matéria de tipicidade penal, tem a função de proteger a liberdade por intermédio da análise das normas penais com fundamento nas garantias e valores estabelecidos na Constituição Federal, em especial, o princípio da legalidade.

O número baixo de súmulas editadas em matéria de interpretação da tipicidade penal, no entanto, denota que o STJ não tem exercido a contento a missão de resguardar o princípio da legalidade no ordenamento jurídico nacional, uma vez que existem muitas questões de elevada polêmica nos órgãos do Poder Judiciário de primeira e segunda instâncias ainda pendentes de melhor uniformização. Tal postura, por sua vez, maximiza a crise da legalidade penal que se apresenta no cenário nacional, pois a ausência de uniformização da jurisprudência em matéria de tipicidade traz reflexos negativos para a boa aplicação da intervenção penal e permite um avanço exagerado do direito penal em situações nas quais sua atuação não se mostra pertinente.

Em complemento ao há pouco afirmado, percebe-se que em situações de relevo, a exemplo da matéria tratada na súmula 522, o Superior Tribunal de Justiça vale-se de decisões já consolidadas no âmbito do STF, o que denota usurpação do mister constitucionalmente assegurado ao Tribunal da Cidadania.

Referências

ALBALA, Adrián; BURNI, Aline. **A França e o Islã**: Análise de uma relação. Malala, volume 3, n. 05, São Paulo, 2015, págs 82/94.

- ALBRECHT, Peter-Alexis. **El Derecho Penal en la intervención de la política populista**. In: La insostenible situación del derecho penal. Instituto de ciencias penales de Frankfurt. Universidad Pompeo Fabra. Granada: Comares, 2000
- ALVIM, Arruda. **A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões**. In: STJ 10 anos: obra comemorativa. Brasília: STJ, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br.rede>. Acesso em 23.05.2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **A Vida Fragmentada: Ensaios sobre Moral Pós-Moderna**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Relógio D'Água Editores, Lisboa, 2007.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 2001.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jimenez; \Maria Rosa Borrás. Barcelona:Paidós, 1998
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no RE 640139/DF**. Relator, Ministro Dias Toffoli, acórdão publicado em 14.10.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 28/05/2015.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1362524/MG**. Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, acórdão publicado em 02.05.2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 28/05/2015.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1.499.050-RJ**. Relator. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/10/2015, publicação em 9/11/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 09/02/2016.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no REsp 1.524.450-RJ**. Relator Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 14/10/2015, publicado em 29/10/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 09/02/2016.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- JÚNIOR, Américo Braga. **A (I) Legítima Expansão do Direito Penal a partir do procedimento da ponderação de Robert Alexy: a proporcionalidade como vetor para uma adequada releitura dos Direitos Fundamentais no Século XXI**. Tese Doutorado. Unisinos. Defesa em 15.08.2014, 288 páginas.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- MARQUES, Jáder. **Leitura Hermenêutica da Tipicidade Penal**. Tese/Universidade do Vale Rio dos Sinos, Programa e Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2012, 263 páginas.
- MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova. **O princípio da legalidade e sua atuação no direito penal brasileiro: o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais**. Tese Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2012, 240 páginas.
- PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- PEREIRA, Paula Pessoa. **O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos**. Uma Justificativa a partir do Universalismo. Tese de Doutorado: Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, 179 páginas.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA-SANCHES, Jesús María. **Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: IBCRIM, v. 15, p. 39-50.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e globalização.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

TESHEINER, José. **O Direito fundamental à igualdade e à uniformização de jurisprudência.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 167-173, janeiro/junho de 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

VIADA, Natacha. **Derecho Penal y Globalización.** Madri: Marcial Pons, 2005.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge; GOMES, Luiz Flávio. **As grandes transformações do direito penal tradicional.** São Paulo: RT, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral.** 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.