

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO, JURISDIÇÃO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
PROJETO DE PESQUISA: DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

ENTRE A LEI E A EQUIDADE:
os limites do poder de interpretação judicial no Direito Penal

SURAMI JULIANA DOS SANTOS HEERDT

Itajaí/SC, maio de 2026

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO, JURISDIÇÃO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
PROJETO DE PESQUISA: DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

ENTRE A LEI E A EQUIDADE:
os limites do poder de interpretação judicial no Direito Penal

SURAMI JULIANA DOS SANTOS HEERDT

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí/SC, maio de 2026

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais: a Surami Maria, pela admirável dedicação à formação cultural e moral de seus filhos. A Alcides Heerdt, por ter despertado em nós senso crítico e de humanidade, e compartilhando, desde cedo, sua brilhante compreensão do Direito Penal.

A Ricardo, pela paciência silenciosa, que me permite avançar, segura.

Aos meus queridos irmãos, Sílvia Caroline e Alcides Júnior.

Aos amigos Antônio, Edson, Juliano, Liana, Lizandra, Maurício, Mayra, Soninha e Taynara, por encherem de cor este caminho.

Aos mestres e amigos que partilharam seu conhecimento, e a meu orientador, Alexandre Moraes da Rosa.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca deste trabalho.

Itajaí-SC, março de 2026.


Surami Juliana dos Santos Heerdt
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu em* Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 20/03/2026, às nove horas, a mestranda Surami Juliana Dos Santos Heerdt fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título "ENTRE A LEI E A EQUIDADE: OS LIMITES DO PODER DE INTERPRETAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO PENAL".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Alexandre Moraes da Rosa (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Alfredo Copetti Neto (UNIVEL/PR), como membro, Doutora Jaqueline Moretti Quintero (UNIVALI), como membro e Doutor José Everton da Silva (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 20 de março de 2026.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CR/88	Constituição da república de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IA	Inteligência Artificial
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
U.E.	União Europeia

ROL DE CATEGORIAS

Interpretação conforme a Constituição – Parâmetro superior de avaliação da legitimidade da norma penal.

Controle hermenêutico – Exigência de justificação racional das escolhas feitas pelo intérprete à construção da norma jurídica.

Controle linguístico – Exame da interpretação a partir da estrutura simbólica do texto normativo; perspectiva de que um texto legislativo está fundado em um sistema de significados que deve ser decifrado.

Controle sistemático – Verificação da coerência da interpretação com o conjunto do ordenamento jurídico e com os princípios constitucionais.

Controle pragmático – Avaliação racional das consequências da decisão judicial, especialmente na esfera individual do réu.

Fontes do Direito - Modos de produção e manifestação das normas jurídicas, compreendendo a Constituição, a lei, os princípios, a jurisprudência e a doutrina. No constitucionalismo contemporâneo, assumem estrutura integrada e orientada pela centralidade constitucional.

Legalidade estrita – Limite semântico primário da interpretação penal, fundado na taxatividade da norma incriminadora.

Presunção de inocência – Princípio constitucional que orienta o processo penal e a formação do convencimento judicial.

Favor rei – Princípio interpretativo que determina a escolha do sentido menos gravoso ao réu, frente a dúvidas razoáveis.

Dignidade humana – baliza material última aos limites do poder punitivo estatal.

Equidade – Recurso/valor interpretativo voltado às circunstâncias específicas e particulares do caso concreto; considerar o direito com base em critérios de equanimidade, igualdade, imparcialidade, racionalidade, proporcionalidade e justiça.

Vedação ao decisionismo – Necessidade de controle hermenêutico da interpretação para evitar voluntarismos e arbitrariedade judicial.

SUMÁRIO

RESUMO.....	9
RESUMEN.....	10
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1.....	15
1 HISTORICIDADE DA HERMENÊUTICA PENAL.....	15
1.1 O DESENVOLVIMENTO DA INTERPRETAÇÃO PENAL DO ESTADO PRÉ-MODERNO: BREVE RETROSPECTO.....	15
1.1.1 O papel dos juízes ao longo da história.....	16
1.2 A RACIONALIDADE ILUMINISTA E O DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL.....	18
1.3 O POSITIVISMO JURÍDICO E A CONSAGRAÇÃO DO MODELO SUBSUNTIVO.....	19
1.3.1 A evolução do direito penal brasileiro sob a herança positivista.....	23
1.4 A INSUFICIÊNCIA DO MODELO SUBSUNTIVO FRENTE À COMPLEXIDADE PENAL CONTEMPORÂNEA.....	25
CAPÍTULO 2.....	27
2 INTERFACES ENTRE PÓS-POSITIVISMO E HERMENÊUTICA PENAL.....	27
2.1 A HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA E O DIREITO PENAL.....	27
2.1.1 O substancialismo.....	28
2.1.2 O pragmatismo.....	32
2.2 INTERPRETAÇÃO E MÉTODO: ENTRE O IDEAL E O POSSÍVEL.....	34
CAPÍTULO 3.....	38
3 GARANTIAS FUNDAMENTAIS E RACIONALIDADE: A UNIDADE ESTRUTURAL DA HERMENÊUTICA PENAL.....	38
3.1 ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL.....	38
3.1.1 Juízes e a responsabilidade hermenêutica.....	39
3.1.2 Fundamentos e fontes do direito penal.....	41
3.1.2.1 A filosofia como base estrutural do direito penal.....	43

3.1.2.2 Política criminal e criminológica e interpretação penal: uma compreensão epistemológica necessária.....	44
3.1.2.3 Os princípios do direito penal.....	47
3.1.2.4 Precedentes e súmulas.....	51
3.2 A BUSCA POR CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS NO DIREITO PENAL.....	55
3.2.1 O controle interpretativo nos casos complexos.....	58
3.2.2 A “Presunção da Inocência” e a “Dignidade Humana” como princípios delimitadores da interpretação judicial.....	61
3.2.3 Aplicação do direito penal sob a perspectiva das consequências.....	64
3.2.4 Lei, equidade e limites à interpretação penal.....	69
3.2.5 Uso da inteligência artificial na jurisdição penal e controle hermenêutico.....	71
3.2.6 Síntese dos critérios interpretativos constitucionalmente orientados.....	78
CAPÍTULO 4.....	80
4 A AMBIVALÊNCIA INTERPRETATIVA DOS TRIBUNAIS: ANÁLISE DE PRECEDENTES.....	80
4.1 SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	81
4.2 SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	83
4.3 TEMA 506 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PARCIAL SUPERAÇÃO DO PARADIGMA PUNITIVO: ESTUDO CRÍTICO DE CASO.....	84
4.3.1 Análise das decisões de primeiro e segundo graus.....	86
4.3.2 Análise do julgamento pelo STF.....	88
4.3.2.1 Votos vencidos.....	88
4.3.2.2 Análise dos votos vencidos.....	89
4.3.2.3 Votos vencedores.....	91
4.3.2.4 Análise dos votos vencedores.....	93
4.3.2.5 Quebra do princípio da universalidade e da coerência interpretativa.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERÊNCIAS.....	107

RESUMO

O princípio do livre convencimento judicial é tema controverso no Direito. Se entendido não como mero arbítrio do julgador, mas como um múnus conferido, estritamente, quando a norma não alcança um grau de correlação suficientemente adequado à situação de fato, pode-se dizer que dispor dele é indispensável à atuação judicial. Nesse caso, a decisão judicial dependerá de motivação e de fundamentação, após rigorosa avaliação do direito aplicável e integração de conhecimentos que transpassam o simples teor da lei. O objetivo desta dissertação é estudar, sob as teorias constitucionalistas modernas, o papel do juiz neste processo; a complexa atividade de integrar a lei penal (com suas limitações técnicas e empíricas) com o caso concreto, os limites do poder interpretativo e a legitimação do uso da equidade como recurso hermenêutico. A pesquisa insere-se na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, vinculando-se à linha de pesquisa Direito, Jurisdição e Inteligência Artificial, e adota o método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental. O projeto de pesquisa vincula-se a Direito e Inteligência Artificial. Busca-se, com isso, oferecer uma percepção mais realista dos desafios da atuação judicial, indicando caminhos que não prescindam da razão e que tenham, como destino irrenunciável, a justa medida na aplicação da lei. A pesquisa se identifica com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especialmente o ODS 16, ao propor mecanismos para fortalecer a integridade e a transparência das decisões judiciais; e ao discutir os desafios contemporâneos da hermenêutica penal, propondo critérios que assegurem equidade e a preservação dos direitos fundamentais no processo penal.

Palavras-chave: Hermenêutica. Direito penal. Decisão judicial. Princípios constitucionais. Racionalidade.

RESUMEN

El principio de libre apreciación judicial constituye un tema controvertido en el Derecho. Si se entiende no como un mero arbitrio del juez, sino como una facultad que le es conferida, estrictamente, cuando la norma no alcanza un grado de correspondencia suficientemente adecuado a la situación de hecho, puede afirmarse que su ejercicio resulta indispensable para la actuación judicial. En tal caso, la decisión judicial dependerá de la motivación y la fundamentación, tras una rigurosa evaluación del derecho aplicable y la integración de conocimientos que trascienden el mero tenor literal de la ley. El objetivo de esta disertación es estudiar, a la luz de las teorías constitucionalistas modernas, el papel del juez en este proceso; la compleja actividad de integrar la ley penal -con sus limitaciones técnicas y empíricas- con el caso concreto, los límites del poder interpretativo y la legitimación del uso de la equidad como recurso hermenéutico. La investigación se inscribe en el área de concentración *Fundamentos del derecho positivo*, vinculándose a la línea de investigación *Derecho, jurisdicción e inteligencia artificial*, y adopta el método deductivo, con técnica de investigación bibliográfica y documental. El proyecto de investigación se vincula con el *Derecho y la inteligencia artificial*. Se busca, con ello, ofrecer una perspectiva más realista de los desafíos de la actuación judicial, señalando caminos que no prescindan de la razón y que tengan, como destino ineludible, la justa medida en la aplicación de la ley. La investigación se vincula con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, especialmente el ODS 16, al proponer mecanismos destinados a fortalecer la integridad y la transparencia de las decisiones judiciales; y al debatir los desafíos contemporáneos de la hermenéutica penal, proponiendo criterios que garanticen la equidad y la preservación de los derechos fundamentales en el proceso penal.

Palabras clave: Hermenéutica. Derecho penal. Resolución judicial. Principios constitucionales. Racionalidad.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional desta Dissertação de Mestrado é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – CPCJ - da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

O tema trata dos limites do poder interpretativo judicial no Direito Penal, especialmente sob as teorias pós-positivistas e constitucionalistas do direito, e sua relevância no processo interpretativo e de jurisdição.

A modernidade trouxe grandes desafios para a atuação judicial, desde o incremento da complexidade das relações humanas, o número de ações judiciais, ao uso de Inteligência Artificial (IA). Com esses desafios, novas problemáticas se estabelecem, como a mecanização e a padronização do trabalho para deságue da demanda, em prejuízo da qualidade das decisões.

Para além destas questões, os câmbios políticos e ideológicos cíclicos interferem na produção legislativa, por vezes, dando vida a retrocessos, que impactam também nas decisões judiciais.

A insuficiência da lei frente à sofisticação dos fenômenos jurídicos, a tensão entre a necessidade de uma atividade interpretativa mais livre e a segurança jurídica tornam o ato de julgar um dilema sob os aspectos jurídico e íntimo do juiz. O princípio do livre convencimento judicial, nesse contexto, é controverso no Direito, porque dele se pode presumir haver margem indefinida de liberdade ao intérprete no ato de julgar.

O poder de interpretar, apesar disto, não pode ser entendido como mero ato de vontade do julgador, mas um múnus, que se alarga em possibilidades na medida em que a norma não alcança um grau de correlação suficientemente adequado à situação de fato.

O constitucionalismo pós Segunda-Guerra abriu novas perspectivas ao processo de interpretação judicial, que então passou a ser instrumentalizado não apenas por princípios gerais do direito, mas por valores e princípios constitucionais. A partir da segunda metade do século XX, assim, parte da doutrina que se debruçava sobre o tema passou a considerar indispensável integrar, na decisão judicial, lei, lógica e equidade.

Encontrar a justa medida entre tais instrumentos, contudo, é atividade extremamente complexa, e a inabilidade do julgador nessa função tem grande potencial de desestabilizar o sistema jurídico e as relações entre os Poderes de Estado.

As leis penal e processual penal brasileiras, em muitos de seus dispositivos, colocam o julgador em verdadeira crise técnica e ética, ao não preverem possibilidade de flexibilização em casos aos quais ela seria necessária ou exigível. Tomem-se como exemplo a impossibilidade legal de fixação de pena em regime aberto em processos de réus reincidentes (art. 33 do Código Penal Brasileiro) e a presunção absoluta de estupro quando o ato sexual for praticado com menor de 14 anos (artigo 217-A do Código Penal).

Tais exemplos, e tantos outros na praxe jurídica, mostram a relevância dos critérios interpretativos como recurso indispensável ao juiz, que não pode, mormente na esfera penal, ver-se atado a uma legislação que não atende, suficientemente, à infinidade de variações fáticas e jurídicas que cada caso pode apresentar.

Pretende-se, aqui, investigar os fundamentos teóricos e práticos da interpretação judicial no Direito Penal sob o paradigma pós-positivista, em suas variadas vertentes filosóficas. O estudo também se volta aos riscos do decisionismo, bem como aos impactos da utilização da IA na decisão judicial, propondo critérios que assegurem coerência, proporcionalidade e integridade na interpretação penal.

Propõe-se uma abordagem multifatorial da jurisdição na esfera penal, revisando o desenvolvimento histórico das leis e do poder coercitivo estatal, passando pelas teorias positivistas e pós-positivistas do Direito. Busca-se avaliar a relevância do conhecimento interdisciplinar no processo interpretativo e dos princípios constitucionais na construção de uma norma jurídica coerente, justa e em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Com tal abordagem, a pesquisa pretende responder a algumas indagações: É possível estabelecer métodos de interpretação, que permitam alcançar decisões justas, sem violação da segurança jurídica? Quais são as possibilidades e os limites do poder interpretativo judicial na esfera penal dentro do paradigma pós-positivista? Quais os impactos e limites do uso das novas tecnologias na função jurisdicional?

O problema central do estudo, portanto, poderia se resumir em identificar os limites legítimos do poder interpretativo judicial no Direito Penal brasileiro, numa

perspectiva de contenção do poder punitivo estatal, sob o paradigma constitucionalista estabelecido a partir da CR/88.

Parte-se da hipótese de que a interpretação judicial orientada por princípios constitucionais, aliada a critérios hermenêuticos racionais e ao controle crítico do uso de tecnologias, é capaz de reduzir decisionismos e assegurar maior legitimidade às decisões penais, sem comprometer a segurança jurídica. Nesse contexto, a equidade entra como recurso para resolução de casos difíceis, com vistas a minimizar o risco de violação dos direitos individuais no processo penal e limitar o poder coercitivo do Estado.

O objetivo geral do tema escolhido, diante destas questões, é estudar a evolução do Direito e o papel do juiz neste processo; a complexa atividade de integrar a lei (com suas limitações técnicas e empíricas) com o caso concreto, e os limites do poder interpretativo.

O objetivo específico é oferecer uma percepção realista dos desafios da jurisdição moderna, especialmente no processo interpretativo, ante a dimensão dos fenômenos humanos e jurídicos, hoje incrementada pelas novas tecnologias. Pretende-se apontar caminhos hermenêuticos dentre as concepções teóricas pós-positivistas, para que o intérprete encontre meios legítimos e racionais à resolução dos casos complexos, com vistas à justa aplicação da lei.

A relevância do tema decorre da centralidade da jurisdição penal na proteção dos direitos fundamentais e na limitação do poder punitivo estatal. Em um cenário de hiperatividade legislativa, seletividade penal e pressão por eficiência, o estudo busca reflexão sobre os critérios que orientam a interpretação judicial, evitando o engessamento interpretativo pela norma, assim como a arbitrariedade decisória.

A introdução da IA na função jurisdicional reforça o debate, porque desafia a autonomia judicial e a necessidade de uma interpretação integrativa entre lei, valores, princípios e outros conhecimentos interdisciplinares na esfera criminal, sob uma perspectiva humana, o que ainda não se mostra possível.

A pesquisa dialoga com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especialmente o ODS 16, ao propor mecanismos para fortalecer a integridade e a transparência das decisões judiciais; ao analisar o impacto da inovação tecnológica na Justiça; ao enfrentar a seletividade penal e propor critérios que assegurem equidade.

O impacto social da pesquisa consiste em contribuir para decisões mais justas e racionais, reduzindo arbitrariedades e o voluntarismo dos intérpretes; no plano político, fortalece a legitimidade do Poder Judiciário e sua autonomia, que pode implicar também em decisões contramajoritárias, quando em jogo valores e princípios constitucionais; no plano tecnológico, oferece parâmetros para uso ético e controlado da IA na jurisdição, evitando riscos à autonomia judicial e de desequilíbrio no uso critérios ao julgamento penal.

A pesquisa insere-se na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, vinculando-se à linha de pesquisa Direito, Jurisdição e Inteligência Artificial, e adota o método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental. O projeto de pesquisa vincula-se a Direito e Inteligência Artificial. A metodologia adota método dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental, baseada em doutrina nacional e estrangeira, jurisprudência e normas constitucionais e infraconstitucionais. A análise será complementada por estudo de caso, a exemplo do julgamento do Tema 506 pelo Supremo Tribunal Federal, que discutiu a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, permitindo verificar a aplicação prática dos critérios hermenêuticos adotados.

A dissertação se estrutura em **três capítulos**. O **primeiro**, aborda os fundamentos históricos do direito e a evolução da função jurisdicional, bem como o papel do juiz no Estado de Direito. O **segundo**, examina o desenvolvimento da filosofia jurídica a partir do positivismo, com enfoque no pós-positivismo, com revisão dos principais teóricos, do substancialismo ao pragmatismo. O **terceiro** analisa o poder-dever de interpretação judicial e seus limites; discute interpretação judicial no Direito Penal e seus desafios contemporâneos, critérios e limites interpretativos, entre eles os princípios norteadores do Direito Penal (legalidade, presunção da inocência e dignidade humana) e a equidade, bem como analisa precedentes brasileiros na esfera penal, seus recursos interpretativos e inconsistências fundamentatórias.

Ao final, propõe-se uma integração entre hermenêutica constitucional, racionalidade prática e controle crítico da tecnologia, como caminho para decisões penais legítimas e coerentes com os valores do Estado Democrático de Direito.

Capítulo 1

HISTORICIDADE DA HERMENÊUTICA PENAL

1.1 O DESENVOLVIMENTO DA INTERPRETAÇÃO PENAL DO ESTADO PRÉ-MODERNO: BREVE RETROSPECTO

É difícil crer que a vida em sociedade possa se sustentar sem a existência de um poder último, que regule as relações humanas. Foi diante da necessidade de viver com alguma segurança, que o ser humano sacrificou parte de suas liberdades atribuindo, através da lei, a tutela das liberdades e dos atos da administração ao poder soberano¹.

Desde os tempos remotos, o indivíduo esteve submetido a governos e leis despóticos e autoritários. E ainda que nas sociedades antigas, como Grécia e Roma, grandes filósofos já se debruçassem sobre temas como política e os direitos dos cidadãos, as percepções sobre ética e direitos individuais estavam sujeitas à limitação civilizatória da época².

No início da história civilizatória, o Direito Penal não necessariamente se submetia a uma avaliação de justo ou injusto, já que era pressuposto de sua existência a certeza da correção atribuída pelos deuses (que nada era senão a vontade dos homens). Numa estrutura de governo centrada na religião e nos costumes, a atividade interpretativa não estava preocupada com a coerência lógica do sistema normativo, mas com a manutenção da ordem e da autoridade³.

Progressivamente, as leis deixaram de representar como conjunto de preceitos imutáveis, passando a propriedade comum dos cidadãos, que poderiam invocá-la para a consecução de justiça⁴.

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015. p. 23.

² Aristóteles (384-322 a.C.), um dos mais notáveis e influentes filósofos da história, e um dos primeiros a relacionar direito e ética, considerava que um escravo não pertencia a si, mas ao senhor, sendo, portanto, uma coisa, um instrumento de uso. (ARISTÓTELES. **A Política**. 2. ed. rev. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru, São Paulo: Edipro, 2009. p. 19).

³ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o oculto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 153.

⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o oculto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. p. 139.

A partir do Iluminismo, a lei penal passa a ser reconhecida como expressão da vontade coletiva, agora legitimada pelo pacto social⁵. O poder punitivo estatal então se sujeita ao controle dos poderes de estado e por meio da previsibilidade das leis.

1.1.1 O papel dos juízes ao longo da história

Nas civilizações antigas, o princípio constitutivo da família era a religião, assim como era o dos governos. Os reis da Itália e da Grécia eram também sacerdotes; o sumo sacerdote das cidades era igualmente chefe político⁶.

A confusão entre autoridade política e sacerdote permaneceu após o estabelecimento da República, quando o magistrado que substituiu o rei foi também sacerdote e chefe político. Os gregos denominavam os magistrados como aqueles a quem incumbia “[...] realizar sacrifícios, função primitivamente atribuída a eles”. Entre os antigos, representavam sacerdócio, justiça e comando⁷.

A escolha de magistrados na Grécia antiga dependia do sistema político então vigente, e quaisquer membros da classe dominante poderiam ser magistrados, não necessariamente quem tivesse conhecimento das leis. O Direito Romano e seu grande desenvolvimento influenciou para que passassem a ser escolhidos como magistrados cidadãos conhecedores do Direito, embora a seleção prosseguisse por meio de eleições⁸.

Mais à frente da história, governantes absolutos utilizaram-se dos juízes a serviço de seus interesses, colocando-os em posição de agentes políticos com poderes arbitrários, que eram apoiados, desde que estivessem de acordo com o poder político supremo⁹. A utilização política de juízes e tribunais se prolongou ao longo da história fazendo com que se criasse uma imagem negativa deles¹⁰.

⁵ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 46.

⁶ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o oculto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. p. 143.

⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o oculto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. p. 148.

⁸ CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004. p. 10.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2002. p. 13.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. p. 120.

O Estado moderno, contudo, foi se construindo através de uma doutrina fundamentada em preceitos como igualdade, individualidade e dignidade humana, e na necessidade de separação dos Poderes de Estado para alcance de leis estáveis.

Montesquieu¹¹ propôs a necessidade de divisão do Estado entre poderes institucionais, posteriormente estabelecidos como Executivo, Legislativo e Judiciário; contrapôs-se ao absolutismo monárquico e ao poder do clero católico; exaltou a necessidade de um sistema de governo com limitações ao voluntarismo dos governantes (e dos juízes), a importância da separação dos poderes para um governo equilibrado e a existência de leis estáveis, essas como fundamento sem as quais nenhum dos dois anteriores seria possível.

Num Estado moderno já moldado por fundamentos democráticos, o juiz passa a exercer papel essencial à manutenção do estado de direito através da criação da norma jurídica, equilibrando-se entre diversos fatores não necessariamente convergentes: lei, fatos, princípios e outras forças nem sempre explícitas.

O juiz, assim, muito além de mera “boca da lei”, agora é um intérprete que não se restringe mais ao texto estrito da norma, mas o integra com outras fontes para o atingimento de um nível maior possível de correção e de justiça.

O Poder Judiciário, neste contexto, experimenta um período de ascensão institucional iniciado após a Segunda Guerra, quando a população mundial passou a perceber a importância da independência dessa instituição. A partir de então, e mais ainda com a Constituição de 1988, juízes e tribunais passaram de órgãos técnicos do Estado a integrantes de poder político¹², com poderes ampliados para a solução de questões de maior relevância social.

O processo de aprimoramento da função jurisdicional, no entanto, foi lento, percorrendo vertentes jurídicas teóricas distintas desde o jusnaturalismo. O positivismo prevaleceu no período pós Iluminista como reação a um longo percurso da história submetido à vontade dos governantes, dos juízes e a um Direito Penal autoritário e abusivo.

¹¹ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. p. 46.

¹² CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.15.e03.2016>. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 21 out. 2025.

Neste ponto, portanto, positivismo e pós positivismo convergem: a importância da estabilidade das leis, de decisões justas e da segurança jurídica. O modelo interpretativo, no entanto, diverge de modo relevante, como a partir de agora se verá.

1.2 A RACIONALIDADE ILUMINISTA E O DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL

No período que precedeu o movimento Iluminista, o Direito Penal absorvia fontes variadas e nem sempre conexas (Direito Feudal, Direito Romano, Direito Canônico). O poder punitivo do Estado se efetivava de forma arbitrária e com elevado subjetivismo¹³.

A racionalidade iluminista reconfigurou o Direito Penal inaugurando um novo paradigma hermenêutico: o reconhecimento da lei como limite ao poder punitivo estatal e à liberdade interpretativa do julgador. A atividade subsuntiva na interpretação penal, que mais tarde seria identificada como traço determinante do positivismo jurídico, nasce, nesse contexto, como conquista civilizatória e mecanismo de contenção do arbítrio estatal.

O sistema de repressão penal até então sustentado por componentes religiosos aos poucos cedeu a questionamentos sobre os limites do poder soberano em matéria criminal¹⁴. A partir do século XVIII, assim, as percepções sobre o fenômeno criminal, o poder punitivo e a utilidade da pena foram se aprimorando na medida em que as transformações políticas, econômicas e sociais ocorriam.

A história da ciência penal na Europa resultou na elaboração pragmática, no período iluminista, dos pressupostos para uma teoria do delito, da pena e do processo; guiou-se sob uma perspectiva liberal do estado de direito, baseada no princípio utilitarista de proporcionar bem-estar social, e sobre as ideias do contrato social e da divisão de poderes¹⁵. Esses elementos passaram a guiar o sistema jurídico-penal moderno, aprimorando-se com a doutrina pós-positivista.

¹³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. 150 f. (Pós-graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/169728/001049912.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 nov. 2025.

¹⁴ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. 2017.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Renavan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002. p. 33.

1.3 O POSITIVISMO JURÍDICO E A CONSAGRAÇÃO DO MODELO SUBSUNTIVO

A concepção positivista do Direito fundada em bases filosóficas do Iluminismo representou a formação do Estado moderno e o rompimento com o modelo de sociedade medieval. O positivismo nasce como uma filosofia do direito racional, conferindo à lei prevalência superior às demais fontes do direito¹⁶.

Os principais aspectos do positivismo podem ser assim sintetizados: a) condicionamento da existência (validade e vigência) do direito às fontes sociais do direito; b) validade de uma norma independentemente de sua validade moral, de modo que o direito seria um objeto a ser analisado sob critérios derivados de uma lógica formal rígida; c) nos casos em que a norma não oferece solução aos casos difíceis, os problemas devem ser solucionados pelas normas jurídicas existentes, com possibilidade de uso de discricionariedade pelos juízes, que decidiriam “por ato de vontade” (decisionismo Kelsiano)¹⁷.

O positivismo jurídico clássico reconhecia o estudo do Direito como um fato e, portanto, da definição de direito deveria ser excluída toda qualificação fundada em juízos de valor, de bom ou mau, justo ou injusto¹⁸.

Em direção ao que se propunha (racionalidade e segurança jurídica), o positivismo reduziria justiça à validade, e não a validade à percepção do que é justo¹⁹. O positivismo cientificista, opondo-se ao conteúdo metafísico da Escola Positiva Italiana²⁰, enxergava o Direito como um objeto científico a ser observado, investigado e transformado em leis.

Num primeiro momento deste movimento (exegético), acreditava-se que o direito positivado era capaz de alcançar um grau tão próximo da exatidão, que caberia

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro. 2022. p. 27.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 5.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. p. 136.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2019, p. 58.

²⁰ O pensamento criminológico, neste período, foi desenvolvido sob concepções permeadas de conteúdo moral e pela atribuição de determinantes biológicos à criminalidade. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. p. 33).

ao juiz a mera reprodução e a aplicação pura e simples da lei, sem riscos de interpretações errôneas ou subjetivas²¹.

Esta compreensão foi superada, já que se mostrava incapaz de resolver, suficientemente, a grande complexidade dos fenômenos jurídicos²².

Hans Kelsen, já num segundo momento, com ênfase na validade formal e no aspecto científico do direito, reconhecia no juiz um criador da norma jurídica, para a qual deveria valer-se de um regramento jurídico hierarquizado, mas legitimando o uso da discricionariedade, ou seja, de qualquer carga subjetiva para a solução de casos complexos²³.

Kelsen²⁴, como o representante máximo desta corrente, defendeu uma concepção de purificação do direito de elementos externos, como política e moral, sustentando que a ciência jurídica se limitaria à norma, em sua estrutura lógica e hierárquica. Segundo ele, não haveria uma ideia universal de justiça, mas concepções variáveis conforme os valores sociais de cada grupo, propondo que o jurista se limitasse a descrever o direito como é, e não como deveria ser²⁵.

Hart²⁶ buscou refinar o positivismo jurídico distinguindo e relacionando direito, moral e coerção. Compreendia que, diante de textos legais dotados de significado indeterminado, caberia ao juiz realizar escolhas valorativas, não de forma arbitrária, mas dentro de critérios de racionalidade, imparcialidade e coerência institucional.

Bobbio propôs um positivismo jurídico crítico, mais flexível e menos dogmático; evitava a adesão rígida a qualquer corrente. Considerava que os principais problemas da teoria do direito (unidade, coerência e completude) só poderiam ser analisados a partir da totalidade do ordenamento, e não por normas isoladas²⁷.

Apesar da importante transição teórica entre a concepção metafísica de justiça (jusnaturalismo) e a preocupação com a estabilidade das leis e a objetividade das

²¹ Para Hobbes, “[...] a validade de uma norma jurídica e a justiça dessa norma não se distinguem, porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, isto é, juntas com a validade.” (HOBBS, Thomas *apud* BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 60).

²² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 213.

²³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 213.

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 9-11.

²⁵ KELSEN, Hans *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 214.

²⁶ HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 105.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2016.

decisões judiciais, o positivismo deu pouca relevância à teoria da interpretação, entregando ao juiz a escolha dos critérios de julgamento em casos complexos²⁸.

A interpretação judicial na esfera penal, sob esta perspectiva, reduzia-se ao processo subsuntivo, com margem de discricionariedade dentro do modelo teórico. O problema oferecido pelo positivismo ao Direito Penal, sob essa compreensão, acaba sendo a “dessubjetivação da responsabilidade penal”, ao pretender destacar da norma jurídica o conteúdo humano²⁹.

Numa concepção lógico-formal do Direito Penal – na qual a validade formal da norma se sobrepõe ao seu conteúdo ou sentido –, se supõe alcançar maior previsibilidade e contenção do poder punitivo estatal. Pretende-se impedir que decisões judiciais sejam influenciadas por convicções morais, políticas ou pessoais do intérprete; contraditoriamente, autoriza que juízes se utilizem de forte carga de subjetividade quando o elemento normativo se mostra insuficiente, recaindo-se no risco que se pretende afastar³⁰.

O positivismo, portanto, reconhecia na lei legitimidade quase absoluta, tornando o exercício de interpretação uma necessidade de ordem secundária.

Apesar da importância da positividade das leis para a estabilidade política e social, Bobbio considerava que o positivismo jurídico que prevaleceu no século XIX acabou subvertendo o problema da legitimidade, porque, segundo ele,

Enquanto segundo todas as teorias precedentes o poder deve estar sustentado por uma justificação ética para poder durar, e portanto a legitimidade é necessária para a efetividade, com as teorias positivistas abre caminho à tese de que apenas o poder efetivo é legítimo [...]³¹.

O autor reconhecia que no positivismo jurídico a legitimidade das leis seria mero estado de fato, já que sujeita a um direito estabelecido pelo sistema político, e não necessariamente por critérios de valores morais e éticos³².

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-OPospositivismoEOsPropaladosModelosDeJuizHerculesJ-8697399.pdf. Acesso em: 21 out. 2025.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 12. ed. v.1, Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 126.

³⁰ Para os positivistas, o direito é um conjunto de normas coativas, que devem ser interpretadas e aplicadas independentemente de critérios morais ou de outras condições externas. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

³¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 92.

³² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 91-2.

Esta constatação denota a fragilidade do modelo meramente subsuntivo proposto pelo positivismo mais conservador, já que reconhece que a legitimidade normativa depende do alinhamento com princípios morais e éticos.

Por isso, na compreensão de Bobbio³³, a condição de uma norma jurídica não se avaliaria por meio de um único critério, mas ao menos por três, que passam também pelo atendimento de requisitos formais e da capacidade da norma de produzir efeitos em sociedade, assim como da capacidade de alcançar justiça.

Para o autor, a norma jurídica deveria ser submetida a três valorações independentes umas das outras: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Ou seja, deve ser avaliada sob três problemas distintos: da justiça³⁴, da validade³⁵ e da eficácia³⁶.

Bobbio, portanto, na valoração das leis, reconhecia que a dimensão axiológica do direito envolve, necessariamente, valores últimos, e que a compreensão do fenômeno jurídico não prescinde de uma dimensão substantiva.

Apesar de classificado como positivista, o autor não desprezava a importância de valores supranormativos, ainda que com reservas em relação à difícil cientificidade do direito natural³⁷. Dentro do paradigma positivista, admitia a impossibilidade de se criar um universo normativo que alcançasse todas as possibilidades de conflitos e entregasse, a cada uma delas, uma solução. Para isso, reconhecia que a decisão judicial pudesse se dar por equidade, mediante uso de elementos externos, como aplicação de normas do direito natural, do costume, entre outras modalidades de conhecimento³⁸, assim como através de integração legislativa, por meio da analogia e dos princípios gerais do direito.

Ao dispor do instrumento da equidade para a solução de conflitos, o teórico considerava que o juiz, ao utilizá-lo, atuava como fonte delegada do direito. Assim

³³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 60.

³⁴ Se traduziria em ser a norma capaz ou não de efetivar valores historicamente consolidados, que serviram como base ao ordenamento jurídico. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p.46).

³⁵ No sentido da validade, Bobbio compreendia que tratava de verificar se uma norma jurídica é existente como regra jurídica, ou seja, se oriunda de autoridade legítima, se continua em vigência e se não é incompatível com outras normas do sistema. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 46).

³⁶ No nível da eficácia, importaria verificar se a norma é ou não atendida pelos destinatários e, em caso de violação, a previsão de meios de coerção. (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 46).

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 46.

³⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 240.

agindo, o julgador decidiria com base no sentimento individual de justiça, embora dentro de um limite autorizado por lei e nunca contrariamente a ela³⁹.

Diversamente da escola positivista pura de Kelsen, Bobbio via nos princípios feição de norma e de instrumentos para supressão de lacunas, ainda que de forma subsidiária⁴⁰. Dentro de uma concepção positivista mais flexível e de uma compreensão realista do Direito, o autor reconhecia os limites interpretativos e oferecia recursos extra normativos à solução de casos difíceis.

1.3.1 A evolução do direito penal brasileiro sob a herança positivista

A evolução do Direito Penal brasileiro está intrinsecamente ligada à tradição jurídica portuguesa, iniciando-se com as Ordenações Afonsinas (1446), seguidas pelas Manuelinas (1514) e Filipinas (1603), estas últimas vigorando por mais de dois séculos, até 1830.

As ordenações caracterizavam-se pela severidade das penas, incluindo a pena de morte, e pela ausência de sistematização, refletindo um modelo fragmentário e influenciado pelo Direito Romano e Canônico⁴¹.

Com a independência (1822), manteve-se provisoriamente o ordenamento filipino até a promulgação do Código Criminal do Império (1830), inspirado na Escola Clássica, que previa penas mais severas, como de trabalhos forçados, banimento e a pena de morte por força⁴². O governo de Dom Pedro II aboliu a pena de morte, decisão motivada pelo erro judiciário ocorrido no caso Mota Coqueiro. A vedação dessa pena tornou-se princípio constitucional, alinhando o Brasil às tendências humanitárias internacionais⁴³.

O Código de 1930 perdurou até a República, quando editado o Código Penal de 1890, elaborado em curto espaço de tempo e mantendo a estrutura anterior, mas compilando legislações extravagantes. Nele, a pena de morte foi abolida e a pena de

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 72.

⁴⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 240.

⁴¹ OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. A história do direito penal brasileiro. **Projeção, Direito e Sociedade**, v. 5, n. 2, 2014. p. 30-38.

⁴² OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. **A história do direito penal brasileiro**. p. 30-38.

⁴³ OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. **A história do direito penal brasileiro**. p. 30-38.

prisão limitada a 30 anos, incorporando-se princípios do positivismo jurídico. Esse código avançou em direitos humanitários, adequando-se à abolição da escravatura⁴⁴.

O Código Penal de 1940 foi um marco da modernização legislativa. Reformado em 1984, introduziram-se nos textos as penas alternativas, progressão e regressão de regime, e maior atenção aos direitos fundamentais⁴⁵.

A história do Direito Penal brasileiro revela um caminho de racionalização e de humanização das sanções, suplantando penas cruéis e indignas através do respeito à dignidade humana e de uma menor intervenção estatal.

Apesar disso, foi estabelecido sobre uma dogmática marcada por critérios morais, dificultando uma revisão prática da percepção sobre injusto penal, sobre utilidade, proporcionalidade e efetividade da pena. Critérios metafísicos, por vezes implícitos na lei penal, também são observados em muitas das decisões judiciais.

O processo penal brasileiro ainda é, com bastante frequência, cenário de decisões generalistas (e voluntaristas), que vulneram o dever de fundamentação e de avaliação do caso concreto sob preceitos constitucionais⁴⁶. Streck⁴⁷ discorre sobre a prática, que considera um traço da discricionariedade positivista:

É problemático, assim, estabelecer *standards* conceituais ‘aptos’ à prática de raciocínios subsuntivo-dedutivos, porque isso delimita as situações concretas, que passam, desse modo, a ser ‘abarcadas’ pelos referidos conceitos. Ou seja, uma vez ‘eliminada/abstraída’ a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e a consequente multiplicidade de respostas⁴⁸.

Portanto, há ainda evidente necessidade de uma revisão sistemática da legislação penal e processual penal brasileira e do modelo hermenêutico

⁴⁴ CHAVES, Leandro Santos; SANCHEZ, Cláudio José Palma. A evolução histórica do direito penal positivado no Brasil. **Revistas Eletrônicas da Toledo Prudente**, v. 5, n. 5, p. 1-18, 2010.

⁴⁵ CHAVES, Leandro Santos; SANCHEZ, Cláudio José Palma. **A evolução histórica do direito penal positivado no Brasil**. p. 1-18.

⁴⁶ Expressões como “ordem pública”, “garantia à credibilidade da justiça”, “dar resposta à sociedade”, “clamor social” são alguns exemplos de expressões usadas em decisões judiciais penais, na grande maioria, para fundamentar o cerceamento direitos, como a liberdade. Vide HABEAS CORPUS Nº 777077 – BA – STJ, que concedeu habeas corpus contra prisão preventiva decretada com base no “clamor social” e na “credibilidade da justiça”.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 166.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 177.

majoritariamente adotado, ante as reminiscências de valores positivistas clássicos, que necessitam ser suplantados por novos paradigmas de política criminal.

1.4 A INSUFICIÊNCIA DO MODELO SUBSUNTIVO FRENTE À COMPLEXIDADE PENAL CONTEMPORÂNEA

Após o Iluminismo, o positivismo sustentou os princípios da legalidade e da taxatividade penal, basilares do sistema penal contemporâneo. A lei penal positivada, apesar da função orientadora de condutas que precede o fato (*guidance function*), está repleta de conteúdos abertos (motivo fútil, torpeza, culpabilidade, v.g.), cuja interpretação não se sustenta no simples método subsuntivo⁴⁹.

Matar, ferir, roubar alguém, todas as condutas tipificadas na lei penal têm, em seu conteúdo, um sentido de reprovação moral e que refletem valores de determinadas épocas ou que se sustentaram, socialmente, ao longo da história.

As percepções conceituais e morais, contudo, estão sujeitas a mudanças⁵⁰ e, quando não ocorrem no nível prescritivo, exigem interpretação no nível da decisão judicial, como caminho de correção. Por isso, o ideal de justiça deve acompanhar as transformações de cada tempo, como já compreendia Calamandrei⁵¹:

As normas são e devem ser cambiantes, pois nascem da aplicação de um critério fixo e eterno a uma realidade mutável e transitória. Manter as mesmas normas quando a realidade muda, ou aplicá-las a uma realidade diversa é somente por isso injusto.

A prática jurisdicional denota a relevância do positivismo no processo de desenvolvimento do sistema penal e do mesmo modo sua insuficiência à construção da norma jurídica.

Apesar da preocupação com a segurança jurídica, do notável conhecimento jurídico de teóricos como Bobbio, e da lucidez com que trataram da teoria positivista, as percepções dessa vertente pouco se voltaram a debater os recursos não

⁴⁹ HORDER, J. Criminal law and legal positivism. **Legal Theory**, v. 8, n. 2, p. 221-241, jun. 2002. Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1352325202082034>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/abs/criminal-law-and-legal-positivism/B6F387498B389C921ACCA9D1F98B3299>. Acesso em: 26 jan. 2026.

⁵⁰ O crime adultério estabelecido no Código Penal (art. 240), por exemplo, foi revogado no ano de 2005 (Lei 11.0106/2005), porque, evidentemente, feria princípios constitucionais como da igualdade, da liberdade e da preservação da vida privada.

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. p. 109.

normativos necessários à solução de casos complexos, mormente com a contínua transformação das relações humanas e a sofisticação dos conteúdos normativos.

E foi a partir do constitucionalismo fortalecido no período pós-Segunda Guerra, que as concepções restritivas da interpretação da norma foram perdendo espaço ao pós-positivismo, que vê o positivismo jurídico como uma concepção insuficiente à complexidade do direito⁵².

Sob um Direito Penal constitucionalista, o positivismo ignora as condições do agente conferindo caráter artificial e abstrato à construção da norma jurídica, ao reconhecer a sanção penal como instrumento de satisfação de necessidades sociais e utilitaristas⁵³.

A tentativa do positivismo clássico de reduzir o processo interpretativo a mera subsunção é incoerente com a complexidade do fenômeno jurídico penal, tornando o modelo inconsistente. E foi a insuficiência do abstrato frente ao real que abriu o sistema jurídico a novas percepções sobre os caminhos ao mais próximo do ideal de justiça.

⁵² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. v. 1. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017 (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v.1), p. 31.

⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. p. 127.

Capítulo 2

INTERFACES ENTRE PÓS-POSITIVISMO E HERMENÊUTICA PENAL

2.1 A HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA E O DIREITO PENAL

O pós-positivismo pretende superar o paradigma positivista⁵⁴ através de vertentes teóricas variadas, mas fundadas na mesma percepção: a necessidade de integrar valores, princípios e direitos fundamentais como elementos à interpretação do direito.

O constitucionalismo contemporâneo parte do reconhecimento de que a decisão judicial não é mais resultado de mero processo de subsunção entre norma e fato.

Encontrar um caminho que legitime decisões judiciais penais não confinadas ao espectro positivista, e que se sustente em fontes e preceitos jurídicos idôneos, tem se mostrado um desafio de difícil superação. Apesar disso, dentre todas as correntes filosóficas do direito, a pós-positivista confere maiores recursos interpretativos à tomada de decisão judicial, “com maior potencial descritivo e prescritivo”⁵⁵.

Segundo Atienza⁵⁶, o pós-positivismo reconhece que o Direito não é uma realidade dada, mas uma prática social que incorpora pretensão de correção ou de justificação. A referência orientadora do jurista constitucionalista ou pós-positivista, portanto, deve integrar a dimensão autoritativa do Direito com os valores expressos nos princípios constitucionais.

A corrente pós-positivista forma um bloco não homogêneo de teorias, mas todas reconhecem a insuficiência da subsunção para justificar decisões em contextos normativos e fáticos complexos, a força normativa dos princípios constitucionais e a exigência de uma justificação racional da decisão.

⁵⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 269.

⁵⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 269.

⁵⁶ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 32.

Destacam-se, a partir de agora, o modelo substancialista, sustentado em valores e nos princípios constitucionais, e o pragmatista, que se volta às consequências sociais e institucionais da norma jurídica.

2.1.1 O substancialismo

No modelo substancialista adotado por autores como Ronald Dworkin⁵⁷, Robert Alexy⁵⁸, Manuel Atienza⁵⁹ e Lenio Streck⁶⁰, a construção da norma jurídica ocorre através de um raciocínio calcado em bases axiológicas, em especial nos princípios jurídicos e constitucionais⁶¹. Todos reconhecem que o método subsuntivo é necessário, mas insuficiente para solucionar casos complexos.

De corrente consuetudinária norte-americana, Dworkin⁶² considera que os argumentos que fundamentam os precedentes são considerados fontes jurídicas determinantes simultaneamente ao direito legislado, centrando-se na eficácia dos motivos éticos dos julgados⁶³. A Constituição, nessa perspectiva, serve à estabilização dos julgados, estabelecendo condições e limites à atuação político-estatal.

Ao distinguir regras e princípios⁶⁴, o autor considera que o juiz deve buscar a resposta certa por meio da integração entre direito, moral e política, refutando a moral jusnaturalista, por seu caráter metafísico. Admite, portanto, que o direito é integrado e criado por percepções morais, de modo que o argumento jurídico tem dimensão moral indissociável, voltada à defesa dos direitos individuais e ao ideal de igual consideração e respeito⁶⁵.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 30-43.

⁵⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. 3. reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁶¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 271.

⁶² DWORKIN, Richard *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 279.

⁶³ DWORKIN, Richard *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 279.

⁶⁴ Dworkin distingue princípios e regras, os primeiros como partes integrantes do direito, atribuindo-lhes dimensão de peso ou importância, enquanto regras define como comandos categóricos e excludentes, aplicáveis no modo tudo ou nada. Assim, se duas regras estão em conflito, uma delas necessariamente é inválida. Quando dois princípios colidem, o intérprete precisa levar em conta a força relativa de cada um. (DWORKIN, Richard. **Levando os direitos a sério**. p.39-43).

⁶⁵ DWORKIN, Richard. **Levando os direitos a sério**. p.39-43.

Nesse sentido, o autor busca suplantar a ideia de separação entre o direito e as questões subjacentes ao fenômeno jurídico, em especial de conteúdo valorativo. Considera essencial, assim, integrar parâmetros de justiça e de equidade, sem limitações excessivas ao direito por padrões fixos de julgamento, estabelecendo diretrizes para distingui-los, entre eles: as regras jurídicas, princípios jurídicos e as políticas⁶⁶.

Dworkin não despreza os aspectos institucional e autoritativos do direito, mas compreende que tais aspectos se explicam e justificam atendendo aos valores que dão sentido à prática, de modo que o aspecto valorativo terá primazia sobre o sentido autoritativo⁶⁷.

Streck⁶⁸, sob uma hermenêutica constitucional crítica, entende que no processo interpretativo deve-se buscar uma “verdade possível”, que se constrói intersubjetivamente. Diferentemente de Dworkin, Streck rejeita a ideia de maior liberdade interpretativa e sustenta que os princípios constitucionais exercem função de contenção hermenêutica.

Alexy⁶⁹ avança para uma sistematização procedimental desse exercício defendendo um método argumentativo de ponderação de princípios colidentes por meio de critérios de subsunção (lógica) e de ponderação (regras aritméticas). O exercício de ponderação se realizaria pelo sopesamento de valores relevantes frente ao fato, observando-se o que denomina “Lei da Colisão e a Máxima da Proporcionalidade”. O resultado da atividade de ponderação, a partir disso, deve vincular as decisões futuras, sob pena de quebra da coerência jurisdicional⁷⁰.

Em linha semelhante, Atienza⁷¹ reconhece a necessidade de acessar os princípios no processo interpretativo e, portanto, ponderar as razões concorrentes para determinar qual tem o maior peso (como disposto por Alexy), mas também de recorrer a critérios mais amplos, resultantes de uma filosofia moral e política⁷².

⁶⁶ DWORKIN, Richard *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 283.

⁶⁷ LIFANTE VIDAL, Isabel. **Argumentación e interpretación jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 187.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 166.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 85.

⁷⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 377.

⁷¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 81.

⁷² Critérios tais como de universalidade, de coerência, de adequação das consequências etc. (ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 81).

Esta abertura metodológica baseada no sopesamento de princípios é alvo de críticas internas. Opondo-se ao modelo de ponderação de princípios constitucionais, Streck⁷³ considera que a hierarquização ponderadora está sujeita ao subjetivismo do intérprete e ao risco de retomada da discricionariedade judicial⁷⁴.

Sob esta ótica, como dito, os princípios constitucionais teriam a função de “fechar” o leque interpretativo, rejeitando o autor a ideia de que se tratam de meros “mandados de otimização” (como sustentado por Alexy⁷⁵), mas sim conteúdo com força deontológica, prevalente à norma⁷⁶.

No processo interpretativo substantivo, Dworkin⁷⁷ reconhece que existem princípios com importância distintas, mas que essa avaliação não depende de preferências pessoais do juiz ou em padrões extrajurídicos. Sob essa percepção, reconhece que o direito é um conceito interpretativo e não semântico, ou seja, que as divergências encontradas nos casos difíceis se encontram na interpretação construtivista das próprias palavras, e não em critérios linguísticos⁷⁸.

Observa-se que, enquanto Dworkin confere dimensões morais aos argumentos legais, com pretensão de atingir resultados justos, porém com maior liberdade interpretativa, Alexy confere pesos aos princípios, Streck defende um processo hermenêutico rigoroso, que busca minimizar os riscos de decisionismo.

Na mesma linhagem argumentativa de Alexy, mas sob uma perspectiva prática e epistemológica, Atienza reconhece a utilidade da ponderação, porém a integra a uma teoria da argumentação que abarca razões morais, políticas e sociais.

Atienza⁷⁹ construiu uma concepção de interpretação e de argumentação jurídica sustentada no pragmatismo, nos princípios e na racionalidade. Assim, além de razões formais ou autoritativas como leis e precedentes, para Atienza⁸⁰, o juiz também deve valer-se de razões substantivas, que tenham força justificativa de considerações de caráter moral, econômico, político e também social, mas igualmente finalistas, ou seja, que busquem um fim relevante.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 179.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 179.

⁷⁵ DWORKIN, Richard. **Levando os direitos a sério**. 2010.

⁷⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 133.

⁷⁷ DWORKIN, Richard. **Levando os direitos a sério**. 2010.

⁷⁸ DWORKIN, Richard *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 283.

⁷⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 39.

⁸⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 82.

Para o autor, o raciocínio jurídico é essencialmente prático, ainda que possam também ser decisivos os raciocínios teóricos destinados a explicar uma decisão. Na motivação das decisões, portanto, os juízes não podem buscar objetivos alheios às normas e aos valores do sistema jurídico⁸¹.

Distanciando-se tanto da ponderação de Alexy quanto da moralidade política de Dworkin, o garantismo jurídico-penal de Ferrajoli enfatiza a indisponibilidade das garantias individuais no processo interpretativo, colocando a dignidade humana como epicentro da construção da norma jurídica. Para o autor, a vigência da norma não garante sua legitimidade (validade), de forma que, se a lei penal não cumpre sua função de respeito aos direitos fundamentais, o juiz está autorizado a descumpri-la⁸².

Ferrajoli foca na axiomática e no rigor lógico-formal, reconhece a força dos princípios, mas considera, assim como Streck, que a ponderação entre eles abre espaço para a discricionariedade⁸³.

Em contraposição à compreensão de que a interpretação se baseia numa tentativa de moralização do direito (Dworkin), o autor compreende que o garantismo penal tutela os direitos do cidadão contra o abuso do poder estatal, que se dá com uma jurisdição voltada unicamente a reconhecer a validade da norma, e não o aspecto moral de justiça⁸⁴.

Ferrajoli estabelece o estrito cumprimento dos valores e princípios constitucionais como limite intransponível, contrariando a abertura que o pragmatismo oferece a eventual decisionismo. O rigor hermenêutico de Streck pretende descortinar subjetivismos disfarçados de princípios. Num ponto de convergência, ambos voltam-se à segurança jurídica e à garantia de que a norma jurídica não perca de vista a preservação de direitos constitucionais, mormente os de cunho individual.

Apesar destas distinções, em todas as percepções de cunho substancialista há forte reconhecimento de critérios valorativos e morais como elementos do processo interpretativo e o reconhecimento do método subsuntivo como insuficiente à solução de casos mais complexos.

⁸¹ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. 7. ed. Madri: Editorial Trotta, 2013.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Alexandre Salin, Alfredo Copetri Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais**. 2011.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais**. 2011.

Como se observa, no âmbito penal, os critérios interpretativos substantivos oferecem maiores recursos à construção de normas jurídicas racionais e alinhadas como o modelo penal constitucionalista adotado no Brasil.

As teorias de cunho valorativo reposicionam a hermenêutica penal, ao integrarem a norma jurídica para além do critério lógico-formal adotado pela legislação, sem romper com critério de subsunção. Nesse cenário, percebe-se que o pós-positivismo, como regra geral, não confere ao intérprete um salvo-conduto para decidir, mas oferece recursos técnicos, teóricos e epistemológicos racionais para o atingimento de uma maior legitimidade jurisdicional.

2.1.2 O pragmatismo

O pragmatismo passou a ter relevância no início da fase contemporânea, e caracterizava-se por desacreditar ideias metafísicas, valorizando a cientificidade das constatações práticas para a solução de problemas⁸⁵.

O americano Charles Sanders Peirce (final do século XIX) foi um dos primeiros teóricos a introduzir a ideia do pragmatismo, com contribuições à lógica e à filosofia da ciência. Seus textos, inicialmente, apresentaram etapas metodológicas com objetivo finalístico, situando o pragmatismo entre o ceticismo e o dogmatismo⁸⁶.

A vertente mais moderna do pragmatismo jurídico se baseia, em grande medida, na matriz socioeconômica do teórico americano Richard A. Posner.

Posner propõe um pragmatismo jurídico centrado nas consequências concretas das decisões judiciais. Para ele, o juiz deve buscar não a decisão mais fiel à lei, mas aquela que melhor atende às necessidades sociais e institucionais presentes e futuras. Compreende o direito como uma prática adaptativa, e não como conjunto de princípios imutáveis⁸⁷.

Posner⁸⁸ assim descreve o pragmatismo legal:

⁸⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 110.

⁸⁶ De um extremo, o ceticismo insiste que não há condições para se ter segurança quanto à validade do conhecimento produzido, razão pela qual recomenda a suspensão do juízo. No outro limiar, o dogmatismo acredita na possibilidade de obtenção de verdades auto-evidentes, as quais são indiscutíveis. (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 110).

⁸⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 110.

⁸⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

[...] o pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social [...] não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica. Ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece 'dever' em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar aos resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos).

Nesta linha de raciocínio, o juiz pragmático buscaria resultados sociais concretos, mesmo que isso implique flexibilizar leis, doutrinas ou precedentes. A importância ou o significado de uma teoria, portanto, só poderiam ser alcançados sob uma perspectiva da influência ou das consequências que pode produzir no mundo⁸⁹.

Para Posner⁹⁰ o pragmatismo é mais uma tradição, uma compreensão formada sobre determinados fatos, do que um conteúdo de doutrina. O pragmatismo judicial, nesta corrente, é empírico, como é o raciocínio prático comum, embora não dispense a aplicação dos princípios legais.

O juiz pragmático considera a Constituição e a legislação como pontos de informação úteis, mas não limites intransponíveis, sobretudo quando o texto normativo conduz a resultados manifestamente injustos⁹¹. Assim, juízes também deveriam considerar, racionalmente, consequências sistêmicas e não específicas ao caso, nisso incluídos a estabilidade do sistema e a confiança pública nas instituições.

Nesta perspectiva, “A abordagem pragmática permite ao juiz arrombar a área fechada, apesar de com cuidado, mediante um exame minucioso das consequências de fazer isso, de, de certa forma, desconsiderar a lei para alcançar um objetivo prático imediato”⁹².

Apesar disso, o autor reconhece o risco de decisões baseadas em “palpites” e em experiências pessoais do juiz, que podem ser distorcidas. Por essa razão, compreende a necessidade de uma formação multidisciplinar (economia, sociologia, psicologia etc.) que confira ao intérprete base empírica e não meramente dogmática ou filosófica abstrata⁹³.

⁸⁹ PAIVA, Gabriel Anderson de. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing**. Londrina, PR: Troth, 2022. p. 61.

⁹⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 20 e 47.

⁹¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 60-61.

⁹² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 63.

⁹³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 60-61.

No pragmatismo, considera-se que a “elaboração agressiva de leis judiciais” tem potencial de minar valores sistêmicos relevantes, em prejuízo da imparcialidade judicial e da segurança jurídica. Nesses casos, seria arriscado autorizar que juízes pudessem mudar, a todo momento, de entendimento, assim como tomar decisões de perspectiva essencialmente política, que lhes suprima a neutralidade⁹⁴.

A percepção pragmatista de Posner é controversa, levantando discussões sobre o fato de que essa abordagem possa servir a justificar interpretações judiciais voluntaristas ou que atendam a exigências institucionais, sem uma adequação racional para a hermenêutica penal. E vão além, ao considerar que esse pragmatismo nada mais é que uma jurisprudência intuitiva, não comprometida com a força da lei, com princípios ou com fins sociais⁹⁵.

No campo penal, o deslocamento para consequências institucionais recomendado pelo pragmatismo é sensível, já que a decisão não trata apenas da eficiência do sistema, mas de liberdade, estigma e limites ao poder coercitivo estatal. Ainda assim, como adiante se verá, o olhar voltado às consequências pode ter papel relevante na interpretação penal, quando balizada por critérios racionais e não meramente utilitaristas.

2.2 INTERPRETAÇÃO E MÉTODO: ENTRE O IDEAL E O POSSÍVEL

Para a prática jurídica, não parece necessário (tampouco possível) compartimentalizar critérios de interpretação jurídica, embora se faça no campo teórico-acadêmico, numa perspectiva crítica e importante ao estímulo do debate.

A hermenêutica se destina à construção de uma resposta jurídica ao caso concreto, que se opera com um conjunto multidimensional de critérios⁹⁶, de modo que a utilização de formas e de esquemas objetivos, quase matemáticos, pouco podem contribuir para a tomada da decisão⁹⁷. Assim, correntes hermenêuticas que se sustentam na historicidade, na linguagem e o contexto social como elementos

⁹⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 48.

⁹⁵ CANTU, Edward. O pragmatismo de Posner e a virada em direção à fidelidade. (1º de agosto de 2011). **Lewis & Clark L. Rev.**, v. 16, n. 1, p. 69-123, 2012. Disponível em: <https://law.lclark.edu/live/files/11110-lcb161art2cantupdf>. Acesso em: 10 dez. 2025.

⁹⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 414.

⁹⁷ Como sugerido por Alexy. (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 7. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2023).

indissociáveis do processo interpretativo se coadunam mais com a essência do Direito.

Neste sentido, o juiz tem a função constitucional de avaliar o caso concreto sob um amplo conjunto de critérios previsíveis às partes, com o objetivo de alcançar uma solução que se consolida na norma jurídica⁹⁸. A função judicial, assim, consiste em construir uma “[...] ponte entre a realidade fática (o ser) e o sistema jurídico (o dever-se)”⁹⁹.

Dentro das correntes interpretativas pós-positivistas, como visto, alguns fundamentos coincidem: de que o direito não se constitui apenas da letra da lei; que direito e moral não se excluem; que os princípios constitucionais têm força normativa; e que a norma jurídica não pode ser resultado de mero voluntarismo ou decisionismo judicial.

A Constituição, neste contexto, consiste num ponto central do ordenamento jurídico, sob os aspectos formal e material, ao redor da qual orbitam os demais ramos do Direito¹⁰⁰, e da qual se tornam dependentes. O constitucionalismo, a par disso, confere estabilidade ao sistema jurídico, impedindo rupturas institucionais¹⁰¹.

No entanto, as linhas hermenêuticas constitucionalistas são constantemente contestadas por teóricos de formação positivista, sob o argumento de que autorizam relativismos¹⁰². Para Streck¹⁰³, utilizar o relativismo para desqualificar o processo hermenêutico constitucional é, de certo modo, considerar a existência de uma “[...] verdade absoluta, ou desligada de nossos questionamentos”.

O autor reconhece a impossibilidade de se afastar, por completo, certa subjetividade no ato de julgar, reconhecendo que a interpretação do Direito depende de um “sujeito cognoscente, o julgador”¹⁰⁴. Por isso, propõe uma teoria da decisão que

⁹⁸ Diferentemente do texto normativo, a norma jurídica é [...] é o resultado de um processo interpretativo, movimentado por um questionamento emergente do tecido social, que abrange a articulação das fontes jurídicas (não só textos legais, mas também princípios, precedentes judiciais, políticas etc.), de acordo com as peculiaridades fáticas da controvérsia, de modo a permitir a solução de um problema concreto. (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 413-4).

⁹⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 414

¹⁰⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 177-8.

¹⁰¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 179.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 161.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 161.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 179.

permita “eliminar os equívocos decorrentes das interpretações teóricas errôneas dos constitucionalistas brasileiros [...]”, sob um rigoroso processo de justificação das decisões¹⁰⁵.

O caminho interpretativo, segundo Streck, deve passar por respeito a princípios como da autonomia do direito (em relação a outras dimensões, como política e econômica); controle hermenêutico das interpretações constitucionais para superação da discricionariedade; respeito pela integralidade e coerência do direito; dever de fundamentação das decisões; e do direito fundamental a uma resposta conforme a constituição¹⁰⁶.

Diferentemente de Dworkin, como visto, Streck não sustenta uma única resposta correta, mas uma resposta adequada à Constituição, porém com rigor hermenêutico de difícil execução, mormente quando conflitam princípios constitucionais no processo interpretativo.

A linha interpretativa de Atienza¹⁰⁷, que se traduz em critérios de justificação da decisão, mostra-se menos idealista e mais alinhada com a prática jurisdicional e as exigências de correção da norma jurídica.

Na perspectiva do processo de desenvolvimento do raciocínio justificativo, inspirado em Nino, Atienza¹⁰⁸ afirma que é conduzido em duas fases: a primeira, de caráter simples, com articulação das razões que legitimam essa prática fundada na Constituição, ou seja, justificar as instituições; a segunda, justifica ações e decisões, mas sempre mediante convergência com valores previstos na Constituição.

Para o autor, os juízes exercem a atividade argumentativa fundamentalmente material. A obrigação de motivar uma decisão, nesse sentido, não se exaure ao se mostrar que a decisão é consequência lógica de algumas premissas, tampouco que é aceitável para determinado público, mas sim quando é calcada em “boas razões”, “[...] conforme os critérios de racionalidade característicos de uma teoria das fontes, da validade, da interpretação etc”¹⁰⁹.

Não há, segundo Atienza, uma hierarquia estanque entre as razões acima, mas cabe ao aplicador do Direito buscar satisfazer as razões subjacentes às normas, ou

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Modelos de juízes**. Reino Unido: Edições Nosso Conhecimento, 2025. p. 15.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Modelos de juízes**. p. 20.

¹⁰⁷ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 37-38.

¹⁰⁸ NINO, Carlos S. (1984) *apud* ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 83.

¹⁰⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 44.

seja, de caráter substantivo, como as de correção que, contudo, devem ser limitadas pelas autoritativas. Assim, segundo ele,

[...] as razões de correção gozam de prioridade *prima facie*, ainda que em certas circunstâncias excepcionais possam ser derrotadas por razões de fim (por objetivos sociais); e umas e outras (as razões substantivas desses dois tipos) podem também ser derrotadas por razões institucionais¹¹⁰.

Entre o que a norma idealiza e a realidade dos fenômenos jurídicos, a interpretação judicial deve dirigir-se o quanto mais à correção que a Constituição sinaliza, sem pretensão aritmética.

Morais da Rosa¹¹¹ reconhece que o cenário em que se opera a decisão judicial é marcado por incertezas normativas, fáticas e táticas dentro do processo. Ali, longe de ser o 'Hércules' dworkiniano, o juiz atua como um jogador inserido em um campo de forças. No 'possível' da jurisdição, a racionalidade hermenêutica é frequentemente tensionada por limites cognitivos e pela necessidade de eficiência.

A correção absoluta proposta por Streck, portanto, é idealista e de difícil execução. Sobre a ilusão da pretensão da segurança jurídica, Rosa¹¹² discorre:

Resultado disso são os discursos jurídicos com pretensão de plenitude, que vendem a ideia de respostas corretas e seguras, prometendo a ilusão da segurança jurídica, “afinal, busca-se a segurança no substituto do pai, no Juiz Infalível, o qual vai determinar, de modo seguro, o que é justo e o que é injusto.

Portanto, o transcurso do ideal (inexequível) ao melhor possível no âmbito hermenêutico criminal, apenas ocorre quando a coerência do sistema se sustenta na eficácia das garantias fundamentais, como se verá a seguir.

¹¹⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 81.

¹¹¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos no processo penal**: a short introduction. Florianópolis: Editora Emais. 2018.

¹¹² ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. p. 37.

Capítulo 3

GARANTIAS FUNDAMENTAIS E RACIONALIDADE: A UNIDADE ESTRUTURAL DA HERMENÊUTICA PENAL

A hermenêutica penal é uma das áreas de estudo jurídico mais polarizadas. Há permanente tensão no âmbito da jurisdição penal, dadas as distintas compreensões sobre os limites legítimos da interpretação.

Sustenta-se, a partir de agora, que reconhecer na lei penal um limite (sempre) intransponível esvazia a função jurisdicional e da própria Justiça. Busca-se reafirmar que o Direito Penal tem como orientação essencial e indisponível a preservação de garantias constitucionais, para as quais todo juiz deve voltar-se, racionalmente. Para isso, deve haver um esforço permanente para equilibrar-se entre decidir de maneira equânime e preservar a harmonia do sistema jurídico, o que só é possível por meio de uma compreensão não limitada do fenômeno criminal e da estrutura do sistema jurídico-constitucional.

3.1 ELEMENTOS DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL

A hermenêutica penal é, possivelmente, uma das mais complexas do Direito, dada a amplitude dos fatores técnicos e fáticos, que necessariamente devem ser avaliados pelo juiz previamente a uma decisão. Pensar e compreender o Direito Penal requer formação jurídica sólida, mas também ferramentas epistemológicas, sem o que dificilmente se oferecerá uma resposta jurisdicional suficientemente justificada.

A seguir, apresentam-se alguns desses elementos, que permitem guiar a interpretação penal e a construção de uma norma jurídica mais próxima da completeza esperada neste campo tão sensível do Direito.

3.1.1 Juízes e a responsabilidade hermenêutica

Ao tratar da complexidade do ato de julgar, Piero Calamandrei¹¹³ considerou que “[...] julgar sempre foi a função mais árdua a que os homens podem ser chamados; talvez uma função demasiadamente onerosa para a fragilidade humana”.

Dada a evidente complexidade da atividade judicial, é exigível que todo juiz seja dotado de razoável habilidade intelectual e de um amplo espectro de conhecimentos. Dallari¹¹⁴ assim descreveu o que considera um juiz qualificado:

Como já foi observado, deve-se ter cuidado para que ingressem na magistratura pessoas bem capacitadas tecnicamente, mas que sejam também dotadas de conhecimentos e de sensibilidade para avaliar os comportamentos humanos e, mais ainda, que tenham equilíbrio psicológico e firmeza.

Para o autor, indevidamente, generalizou-se a ideia de que um bom conhecimento técnico-processual é suficiente à formação de um juiz. Assim, subjugou-se a importância de um preparo filosófico-jurídico e de conhecimentos que permitam avaliar “[...] o significado das ações humanas, inclusive de suas, o estímulo à sensibilidade do juiz para que ele não proceda com a fria racionalidade de um autômato”¹¹⁵.

As características da formação jurídico-acadêmica atual, dos programas de preparação de concursos às áreas jurídicas, revelam que o conhecimento jurídico se constrói de forma cada vez mais fragmentada e massificada, e sem sustentação de uma ciência crítica. No campo penal, a criminologia, como a ciência dos fatores empíricos do fenômeno criminal, é ofuscada pela dogmática do Direito Penal”¹¹⁶.

O avanço da tecnologia e uso de inteligências artificiais na função jurisdicional, a exigência crescente de desempenho estatístico pelos órgãos de correição, preenchimento de formulários mensais, tudo isso aliado ao exorbitante volume processual, distancia o juiz, cada dia mais, de uma função originariamente humana. Os juízes, que muitas vezes sujeitam-se a opiniões públicas nem sempre simpáticas e favoráveis a seu papel e às suas decisões, agora enfrentam inédita crise de

¹¹³ CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. 2004.

¹¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. p. 28.

¹¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. p. 13.

¹¹⁶ HASSAMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. Tradução de Pabo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 51.

identidade, dadas as transformações da modernidade, que os coloca como operários em linha de produção.

Há pouco tempo para pensar e interpretar. Tudo é urgente, imediato, mecânico; o juiz idealista, o detalhista, o que não se adapta ao sistema “*fast decision*”, sujeita-se ao julgamento dos órgãos correicionais¹¹⁷.

Dworkin¹¹⁸ elaborou a metáfora do “juiz Hércules”, que personifica o magistrado com capacidades extraordinárias: um intérprete dotado de racionalidade, sagacidade, sabedoria e coerência capazes de integrar o sistema jurídico como um todo moralmente consistente. Sua função não é apenas declarar o conteúdo da lei, mas integrar regras e princípios em uma cadência capaz de dar a melhor justificativa possível às decisões jurídicas.

Do mundo ideal fariam parte juízes perfeitos. Evidentemente, eles não existem, porque humanos, que por isso forjam suas percepções sobre o mundo de maneira única e particular, tal como uma digital. Rosa¹¹⁹ descreve a decisão judicial como uma ‘bricolagem’, por meio da qual o juiz “monta” a norma jurídica como os recursos que tem disponíveis, influenciado por limites cognitivos, heurísticas e pela exigência por produtividade.

Na metade do século XX, Carnelutti¹²⁰ já tratava da função judicial e os riscos do distanciamento de seu papel essencial, num exercício preditivo de alguns dos males da jurisdição moderna:

Mas a função judicial, nestes nossos dias, sob esse aspecto, infelizmente se encontra ameaçada pelos perigosos opositores da indiferença e da popularidade. Da indiferença, por causa dos descaso cada vez mais demonstrado para com os processos considerados corriqueiros, normais. Da popularidade, em função do clamor popular, que a cada dia envolve os processos mais célebres. Naqueles, as togas mais parecem um paramento inútil; nestes, lamentavelmente, assemelham-se a vestes teatrais.

Streck¹²¹, sob esta ótica, considera que

¹¹⁷ MENDES JÚNIOR, Frederico. O peso da toga e a produtividade do judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, 3 fev. 2025. <https://www.conjur.com.br/2025-fev-03/o-peso-da-toga-e-a-produtividade-do-judiciario/>. Acesso em: 15 jan. 2026.

¹¹⁸ DWORKIN, Richard *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 303.

¹¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004.

¹²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Servanda Editora. Campinas, São Paulo: Editora Servanda, 2010. p. 25.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito?** São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 97.

Juizes têm responsabilidade política, não no sentido vulgar, mas no sentido de *accountability*. Juizes devem julgar por princípio e não por moral ou política ou por análise econômica. Não é a sua função. Juizes também não combatem crime. Sua função é garantir o devido processo legal.

Sobre os atributos da independência e da imparcialidade judiciais, Atienza¹²² assim compreende:

[...] la independencia (el deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuales el juez decide.

Rosa¹²³ refere-se à importância de um juiz equidistante, mas repele o mito do juiz neutro – que redundaria em um elemento despersonalizado –, trazendo à discussão a importância de “[...] um juiz mais politizado, guardião dos Direitos Fundamentais e não um simples operador da certeza jurídica mecanicista, alienada.”

Todos estes atributos – dentre os quais um dos mais importantes é a responsabilidade hermenêutica –, constituem a essência da jurisdição ética e democrática, que confere estabilidade e integridade ao Direito e ao sistema jurídico.

3.1.2 Fundamentos e fontes do direito penal

O estudo das fontes jurídicas é imprescindível à compreensão da estrutura e da dinâmica do Direito. As fontes expressam a origem da juridicidade das normas, isto é, fatos e atos que conferem validade e reconhecimento às normas dentro de um sistema jurídico¹²⁴.

As fontes têm função principal de limitar a amplitude interpretativa e decisória. Lei, jurisprudência, doutrina, costume, princípios do direito, integram um sistema de conhecimentos, que conferem unidade ao sistema. O ordenamento jurídico, portanto, não se constitui de um conjunto hermético de fontes jurídicas, mas conta com inúmeros outros elementos de ordem pragmática e material (alheios, portanto, à produção formal).

¹²² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 151.

¹²³ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004.

¹²⁴ REGLA, Josep Aguiló. Fuentes de Derecho. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; RODRIGUEZ BLANCO, Verónica. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. v. 2, p. 1029-1064. 2015. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/7.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2025.

Como se observa, o texto constitucional oferece grande espectro de princípios e normas penais capazes de dirigir, com importante solidez, o processo interpretativo penal¹²⁵. Nesse campo, contudo, compreender as fontes jurídicas ultrapassa o domínio meramente normativo e exige uma visão epistemológica e multidisciplinar. O intérprete precisa articular fontes formais (como a lei e os precedentes) e substanciais (valores e princípios constitucionais), num processo que transborda o direito positivo para aplicação de critérios de justificação, que confirmem legitimidade às decisões judiciais.

Em matéria penal, portanto, o conhecimento das fontes não se limita à norma escrita, mas integra política criminal, criminologia, e outros tantos ramos de conhecimento indispensáveis a um processo de interpretação que atenda aos preceitos constitucionais.

A interpretação judicial exige critérios de balizamento que a aproximem quanto mais do ideal (possível) da segurança jurídica. A prática jurídica orientada pelas fontes minimiza o decisionismo na solução dos problemas jurídicos, como dispõe Regla¹²⁶:

La práctica jurídica guiada por el ideal de la certeza es una práctica que trata de minimizar el decisionismo en la resolución de los problemas jurídicos y, en consecuencia, necesita operar con ambos conceptos de fuentes; y ello es así porque necesita, por un lado, distinguir entre “estándares jurídicos y estándares que no lo son” y, por otro, justificar “la solución según el Derecho”. No es posible entender la práctica del Derecho sin percatarse de que el valor del propio Derecho proviene estrictamente de su dimensión institucional y ello supone tomar en consideración tanto los aspectos formales (lo que supone necesariamente distinguir al Derecho de su ambiente) como los aspectos sustantivos (lo que supone que las soluciones a los casos nunca puedan ser simplemente decididas).

Ao tratar das fontes do conhecimento jurídico-penal, Zaffaroni e Pierangeli¹²⁷ consideram que “[...] a limitação arbitrária das fontes do conhecimento do saber jurídico-penal é resultado das teorias idealistas e tecnocráticas do conhecimento.” Os autores criticam as vertentes que condenam, por exemplo, que se levem em consideração os efeitos reais da criminalização na praxe jurídico-penal, quando sociologia do Direito Penal, criminologia, política criminal e Direito Penal compõem um todo, que não pode ser ignorado.

¹²⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 32.

¹²⁶ REGLA, Josep Aguiló. Fuentes de Derecho. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; RODRIGUEZ BLANCO, Verónica. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. 2015

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115 e seg.

A seguir, se discorre sobre algumas das fontes, possivelmente as que mais exigem do intérprete capacidade integrativa, reflexiva e de contenção de impulsos excessivamente subjetivos no processo interpretativo.

3.1.2.1 A filosofia como base estrutural do direito penal

O estudo de temas importantes, como a teoria da legitimidade do Direito Penal e da pena, se deu sob enfoque imprescindível de uma filosofia penal, como considerado por Hassemer¹²⁸.

A formação do Direito Penal italiano (influyente no sistema penal brasileiro), se consolidou nas obras filosóficas como Beccaria, Filangieri e Romagnosi e de Francesco Carrara. Nesse período, o pensamento italiano baseava-se numa fundamentação filosófica da ciência do Direito Penal sustentada em conceitos de delito, de responsabilidade penal e da pena¹²⁹.

O pensamento criminológico foi desenvolvido sobre concepções diversas, como de cunho moral e pela atribuição de determinantes biológicos à criminalidade, a exemplo da Escola Positiva Italiana, representada por autores como Cesare Lombroso¹³⁰. Com o desenvolvimento civilizatório e dos estudos criminais, a ciência penal foi se depurando.

O Direito Penal transforma-se na medida do desenvolvimento civilizatório. A observação dos fenômenos humanos e jurídicos, que constroem o pensamento filosófico, é de fundamental relevância ao processo evolutivo das leis penais. Por isso, a ciência penal tem, na filosofia, uma de suas bases estruturais¹³¹. Essa estruturação acontece por meio de noções de valores e de princípios, como da moralidade, da ética, da dignidade humana e também da racionalidade, que devem conduzir o processo legislativo e interpretativo na esfera penal.

O esforço feito por parte da doutrina para estabelecer uma relação rígida entre o poder interpretativo judicial e a lei penal, bem como para impor ao legislador a

¹²⁸ HASSAMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 26.

¹²⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. p. 33.

¹³⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. p. 38.

¹³¹ FEUERBACH *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 115.

formulação de normas com redação precisa e inflexível, não se coaduna com a essência deste ramo do direito e sua importante evolução filosófica¹³².

3.1.2.2 Política criminal e criminológica e interpretação penal: uma compreensão epistemológica necessária

Zaffaroni e Pierangeli¹³³ descrevem política criminal como a ciência ou arte de selecionar bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente através de conhecimentos que permitem a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

O processo interpretativo judicial deve passar, necessariamente, pela compreensão de como o Direito Penal é constituído e materializado e sobre quais estruturas históricas, políticas, econômicas e sociais se sustenta. A política criminal, nesse sentido, é integrada por esses e outros elementos, de modo que o conhecimento jurídico-penal requer que se compreenda também qual o móvel político-ideológico que o conduz.

O sistema penal é complexo, portanto, exigindo diversas dimensões de conhecimento à sua adequada compreensão. Hassemer¹³⁴ considera não ser aceitável que o jurista tenha conhecimento pormenorizado dos delitos que estuda, porém desconheça os fenômenos que impelem o ser humano ao crime.

Neste mesmo sentido, pode-se dizer que é também exigível que se saiba reconhecer fatores políticos, jurídicos ou extrajurídicos, que influenciam o sistema penal¹³⁵.

Para Zaffaroni e Pierangeli¹³⁶, o Direito Penal tem, na Constituição, a mais importante manifestação da política penal, à qual a legislação deve adaptar-se. As principais diretrizes da política criminal constitucional estão no princípio democrático (art. 1º, CR/88), que impõe a racionalização e a harmonização entre os poderes públicos constituídos, obrigando à interpretação lógica e coerente da lei penal, com o da soberania do povo, que obsta que a justiça penal se dê sob poderes arbitrários.

¹³² HASSAMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. p. 26.

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p.118.

¹³⁴ HASSAMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. p. 51.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p.115.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p.121.

O Direito Penal distingue-se dos demais ramos do Direito por prever a coerção física como instrumento sancionador de condutas que violem direitos. Para parte da doutrina, a pena destina-se a garantir segurança jurídica, como efeitos dissuasórios a quem pretenda infringir a lei (prevenção geral); para outros, volta-se à defesa social, mas diretamente àquele que delinque, para que não reitere (prevenção especial). No conceito de prevenção geral, a pena serve a mera retribuição (“expição”), enquanto na especial, o objetivo seria reeducar, ressocializar¹³⁷.

Outros teóricos, como Hassemer, consideram um equívoco entender a prevenção como o objetivo último do Direito Penal, o qual deve se aplicar unicamente como uma resposta justa ao crime¹³⁸. A política criminal moderna, segundo ele, volta-se ao combate, à repressão e à solução de problemas sociais e, assim, volta-se a “Eficiência, não justiça; rapidez, não ponderação; extermínio, não equilíbrio [...]”¹³⁹.

O mundo contemporâneo presencia a hiperatividade legislativa no âmbito penal, impulsionada pelos novos fenômenos sociais, políticos, econômicos e tecnológicos, mas também pelas mídias e por pressão política e social. Essas forças afetam de forma relevante os movimentos de política criminal, por vezes dando causa a distorções, que impactam a jurisdição e a efetividade do sistema.

Segundo Rosa¹⁴⁰,

Atualmente, experimenta-se a era do expansionismo penal (izante). Há verdadeira sobreposição do discurso alarmista (de terror e do risco – Beck) acerca da ameaça da criminalidade sobre a ótica substancialmente na solução de inevitáveis conflitos sociais.

Sob esta ótica, constrói-se um cenário de catástrofe social, com protagonismo de grupos bastante definidos nesse contexto, aos quais se dirigem todas as armas do Estado, materializadas num sistema punitivo estigmatizante e, em certo grau, eugenista. E assim, “[...] a partir dos estigmas criados, está aberto espaço para a orientação seletiva das agências de criminalização. Fomenta-se um esquema de cunho deliberadamente bélico, de incessante combate aos ‘indesejados’, aos ‘diferentes’, enfim, aos *outsiders*.” Nesse contexto de seletividade, “[...] os poucos

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p.85.

¹³⁸ HASSAMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. p. 298.

¹³⁹ HASSAMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. p. 298.

¹⁴⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

apanhados são, em sua maioria, peixes pequenos. O aumento do rigor do Direito Penal é marcante, mas sua capacidade de resolver os problemas a que é chamado não está provada, antes, é altamente improvável¹⁴¹.

O agigantamento do Direito Penal avança na proporção em que aumentam os problemas que busca enfrentar, sem efetivos resultados, num ciclo incessante. A lei, nessa perspectiva, não intimida, tampouco ressocializa^{142 143}.

A função interpretativa do Direito Penal, diante desta inegável realidade, não pode passar ao largo do conhecimento das bases que sustentam a política criminal adotada no Brasil e das fragilidades do sistema¹⁴⁴, sob pena de instrumentalização do poder jurisdicional à manutenção de um sistema viciado, ineficaz e, muitas vezes, injusto.

Em uma democracia, o Direito Penal constitucional impõe limites à coerção estatal, que deveria ocorrer apenas excepcionalmente. Apesar disso, o Estado moderno assiste à banalização desse instrumento, mediante a “criminalização excessiva da vida cotidiana” e também do afrouxamento de princípios e de garantias processuais; atende-se, portanto, segundo Rosa¹⁴⁵, “[...] aos custos do Sistema de Controle, bem como aos anseios políticos da maioria”.

Diante desta constatação, de acordo com o mesmo autor, ao Poder Judiciário cabe impedir que uma maioria legislativa invada a esfera dos direitos fundamentais. Apesar disso, no lugar de se buscar atingir um estado de coisas democrático, alimenta-se um “discurso acrítico de agigantamento do Sistema Penal”¹⁴⁶.

¹⁴¹ HASSAMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. p. 296.

¹⁴² HASSAMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. p. 298.

¹⁴³ Em abril / 2025, levantamento da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) indicou 909.067 pessoas em cumprimento de pena no país, somando 674.016 em celas físicas + 235.051 em prisão domiciliar. (BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **SENAPPEN divulga levantamento de informações penitenciárias referente ao segundo semestre de 2024**. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-segundo-semester-de-2024?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 31 out. 2025).

¹⁴⁴ Segundo dados oficiais do sistema penitenciário, no 2º semestre de 2023, 68% dos presos eram analfabetos, alfabetizados, tinham o ensino fundamental incompleto ou completo, e entre as mulheres esse percentual era de 58%. Em 2024, cerca de 65% da população carcerária masculina e feminina era composta por pretos e pardos. (BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – Quadriênio 2024-2027**. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpccp/plano_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2024-2027.pdf). Acesso em: 15 fev. 2026.

¹⁴⁵ ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. p. 4.

¹⁴⁶ ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. p. 4.

Para Zaffaroni e Pierangeli¹⁴⁷, a coerção penal deve ter uma aspiração ética de “[...] evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.”

Sob qualquer das compreensões, contudo, deve-se atentar à proporcionalidade das restrições de direitos e de liberdades promovida pelo sistema penal, o qual exige leis claras e interpretações transparentes¹⁴⁸, que devem, a princípio, prevalecer sobre eventuais conceitos abstratos, como o de “sociedade”¹⁴⁹, de “coletividade”, por exemplo.

A política criminal, assim, só deve ser cogitada em prol dos interesses e direitos humanos, e meras concepções morais ou ideias de ordem, ainda que aceitas socialmente, não devem receber valoração penal. Por isso, toda atividade de política criminal deve se dar sob a ótica dos princípios constitucionais¹⁵⁰.

3.1.2.3 Os princípios do direito penal

O Direito Penal, como todos os ramos do Direito, é orientado por princípios. Foi no contexto de crítica ao absolutismo ainda vigente no século XVIII que inicia o debate jurídico sobre os princípios, como da legalidade, e sobre conceitos de delito e pena. O Estado, então, passa a estabelecer (e receber) limites ao poder punitivo.

O princípio da legalidade prevaleceu a partir de quando os limites do poder punitivo estatal passaram a ser questionados, resultando na expressão, elaborada por Feuerbach, no século XIX: *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁵¹. Com o desenvolvimento civilizatório e em consonância com esse princípio, o tipo penal, no âmbito do direito material, passou descrever crimes delimitando também o poder de coerção estatal.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p.90.

¹⁴⁸ HASSAMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. p. 31.

¹⁴⁹ Para arte da doutrina, “Não se pode admitir que juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri, e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário.” (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1026).

¹⁵⁰ HASSAMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. p. 37.

¹⁵¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. 2025.

O princípio da legalidade e, seu derivado, da taxatividade da lei penal, são resultado da crença na completude da lei, em contraposição à desconfiança no juiz, que durante muito tempo foi associado a arbítrio e à aplicação abusiva da lei penal”¹⁵². Esses princípios, portanto, contribuíram para assegurar que os limites da renúncia à liberdade absoluta aceita pelos cidadãos (teoria do contrato social) sejam rigorosamente respeitados diante de quaisquer governos¹⁵³.

No Estado Moderno brasileiro, o Direito Penal é balizado por princípios constitucionais como o da legalidade estrita (art. 5º, *caput*, XXXIX da CR/88), da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, *caput*, XL); da personalidade, segundo a qual a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, *caput*, XLV); da humanidade (art. 5º, *caput*, XLIX); e da individualização da pena (art. 5º, *caput*, XLVI)¹⁵⁴.

Para além dos princípios constitucionais, todavia, há uma série de outros que afetam e instrumentalizam o ordenamento penal e o processual penal, sem que estejam positivados, mas que são descritos pela doutrina e pela jurisprudência (*in dubio pro reo*, irretroatividade da lei penal em prejuízo do réu, *ne bis in idem* e vedação de analogia *in malam partem*)¹⁵⁵.

As normas penais previstas na Constituição servem de limite não apenas ao aplicador da lei penal (o juiz), mas também ao legislador, ao impedir que as opções de política criminal do legislativo se sobreponham a direitos fundamentais.

Assim, convergindo com constitucionalismo de Ferrajoli, Rosa¹⁵⁶ reconhece a impossibilidade de validação prática do princípio da legalidade formal sem cotejo com sua validade substancial.

Por isso, se princípios constitucionais penais como o da legalidade estrita por um lado limitam o abuso do poder coercitivo do Estado, numa avaliação meramente formal acaba por vezes sendo utilizado como limitação da interpretação judicial da lei penal em desconformidade com os valores previstos na mesma Constituição.

¹⁵² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. 2017.

¹⁵³ HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. p. 26.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p.122.

¹⁵⁵ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Editora Gráfica Metrópole, 1989. p. 27.

¹⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004.

De fato, o exercício valorativo que exulta o poder interpretativo conforme a Constituição propicia o risco de “apossamento” da atividade legislativa pelo juiz, sobre o que se discorrerá adiante. Contudo, dentre os riscos possíveis, há também aquele decorre justamente da aplicação anômala de um texto normativo insuficiente à correta decisão do caso. Por isso, os princípios do Direito e, especialmente os constitucionais, entram em cena como instrumento sem os quais dificilmente se obterá uma interpretação coerente com os valores democráticos.

Ao dispor sobre a relevância do recurso aos princípios no processo interpretativo, Atienza e Manero¹⁵⁷ questionam a suposta clareza dos chamados casos fáceis ao afirmar que, para além do ato da subsunção entre fatos e regras, a consideração de princípios consolidados no universo jurídico nunca é prescindível. A maior ou menor integração deles com os fatos e a norma é que estabelecerá se o caso é ou não de fácil resolução.

Sobre a relevância dos princípios dentro do sistema jurídico, colocam os autores que “Los principios se verían, pues, como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad (el Derecho visto desde diferentes ángulos o niveles de abstracción).” E prosseguem, no sentido de que o conhecimento dos princípios permite sintetizar uma grande quantia de informações e compreender o ordenamento jurídico, assim como compreender o Direito como um conjunto ordenado e dotado de sentido¹⁵⁸.

Para Streck¹⁵⁹, contudo, com o advento do constitucionalismo principiológico, não haveria mais que se falar em “princípios gerais do direito”, a que se refere o artigo 4º da LINDB¹⁶⁰. Para ele, essa expressão nada mais é do que uma reminiscência do positivismo e um permissivo ao uso de discricionariedade judicial:

Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais, ou seja, enquanto os princípios gerais do direito se constituíam de uma “autorização” para a discricionariedade (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, como um contraponto a essa discricionariedade¹⁶¹.

¹⁵⁷ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. 1991. Disponível em: <https://rua.ua.es/server/api/core/bitstreams/53ecb7df-005b-4063-a88e-1411e75750d9/content>. Acesso em: 16 set. 2025. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>.

¹⁵⁸ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. p. 114.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 109.

¹⁶⁰ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (LINDB – Lei 4.657/42).

Segundo o autor, os princípios constitucionais não são recursos interpretativos metafísicos à construção da norma jurídica, já que detêm caráter prescritivo e, portanto, ao serem invocados, limitam a subjetividade, e não o contrário.

Streck¹⁶² critica a banalização dos princípios jurídicos (“panprincipiologismo”), questionando (com alguma razão), a excessiva criação de termos e sua utilização com pretensão retórico-corretiva, em evidente tautologia (princípios da “simetria”, da “precaução” e da “efetividade da Constituição”, por exemplo).

De fato, a utilização de princípios pode transformar-se em uma “carta na manga” para justificação cômoda de decisões, mas sem lastro constitucional. O processo penal brasileiro ainda é conduzido por princípios de legitimidade questionável, como o *in dubio pro societate*, aplicado na primeira fase do procedimento do Júri, quando o juiz decide se há elementos suficientes (de autoria e de materialidade) ao encaminhamento do julgamento ao júri popular. Para a dúvida, a doutrina ofereceu um princípio que dá ao juiz comodidade, mas não necessariamente responsabilidade hermenêutica¹⁶³.

Com este suporte principiológico, juízes remetem ao julgamento popular casos em que, sob o aspecto probatório ou técnico (configuração de qualificadoras, por exemplo), seria inadmissível uma condenação. Verifica-se, neste caso, forte reminiscência do positivismo, já que se concede a cidadãos leigos perigosa carga discricionária.

Apesar disso, difícil negar que a utilização de ambas as modalidades de princípios no processo interpretativo, em especial em casos complexos, pode ser imprescindível.

Critérios racionais e respeito à coerência entre princípios, valores e normas, contudo, são indispensáveis à interpretação judicial para “[...] tratar de conseguir, y este es uno de los criterios que orientan su actividad, una ciertaannonía con el sistema jurídico”¹⁶⁴.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 111.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 447 e seg.

¹⁶³ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Conheça a pedalada retórica do *in dubio pro societate*. **Revista o Consultor Jurídico**. 14 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/limite-penal-conheca-pedalada-retorica-in-dubio-pro-societate/>. Acesso em: 15 fev. 2026.

¹⁶⁴ ARIZA, Santiago Sastre. Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. Universidad de Córdoba Insitutional Repository. **Derecho y Opinión**, n. 1, 1993. p. 295-306.

A conjugação de normas e princípios garante legitimidade e integridade ao Direito Penal, mas a utilização deles deve ser criteriosa e não vulgar, sob pena de enfraquecimento do próprio valor no sistema jurídico. De qualquer modo, a rejeição total ao sistema de ponderação de Alexy é impertinente, já que [...] o preenchimento do ‘princípio’ não se dá de forma ‘valorativa’, mas ‘normativa’, sujeita, de qualquer forma, ao processo intersubjetivo de atribuição de sentido [...]¹⁶⁵.

3.1.2.4 Precedentes e súmulas

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, promulgada em 30 de dezembro de 2004, que introduziu o art. 103-A na CR/88¹⁶⁶, a jurisprudência no Brasil passou a ter mais relevância a partir da possibilidade do controle concentrado da constitucionalidade e pela criação do sistema de precedentes vinculantes (Novo Código de Processo Civil/2015)¹⁶⁷.

Campos Mello e Barroso¹⁶⁸ consideram que a massificação da justiça, “[...] reduz a atenção individual que juízes de todos os graus de jurisdição podem dar a cada processo, impondo a otimização do tempo, dos recursos humanos e dos materiais disponíveis.” Compreendem, portanto, que os precedentes são importante recurso à solução de demandas que se repetem, para otimização do trabalho judicial.

Para os autores, não se trata de uma escolha comportamental ou filosófica, mas o caminho inevitável da sociedade moderna, no qual o juiz atuaria de forma artesanal apenas em situações excepcionais, em casos de complexidade incomum¹⁶⁹.

Mas no novo sistema de precedentes, a hermenêutica sem critério pode resultar em problemas que vão desde a excessiva ampliação do sentido e dos efeitos

Disponível em: https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/6982/dyo1_23.pdf. Acesso em: 16 set. 2025.

¹⁶⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão no processo penal como bricolage de significantes. 2004.

¹⁶⁶ “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal [...]”.

¹⁶⁷ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. 2016.

¹⁶⁸ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. 2016.

¹⁶⁹ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. 2016.

de uma norma até o engessamento do processo interpretativo, comprometendo a aplicação do direito sob a perspectiva constitucional.

Dallari¹⁷⁰, ainda antes da emenda constitucional que instituiu as súmulas vinculantes, descrevia os riscos oferecidos pelo instituto, cuja normatização se anunciava. Temia que a vinculação pudesse reduzir grandemente a independência de juízes e tribunais, em prejuízo do Direito e da justiça.

Beccaria¹⁷¹ considerava que, ao se seguir a letra da lei, não seria necessário temer “[...] raciocínios perniciosos, nem essa licença envenenada de tudo explicar de maneira arbitrária e muitas vezes com intenção venal.” Temendo a arbitrariedade dos juízes criminais guiados por seus humores, portanto, considerava o autor que a aplicação estrita da lei penal seria um antídoto à insegurança jurídica.

Essa percepção fortaleceu o princípio da legalidade estrita no Direito Penal, que é irrenunciável, em especial quando se tratam de normas de conteúdo criminalizador e limitador de direitos.

Com relação às súmulas e aos precedentes penais, contudo, a percepção sobre segurança jurídica, eficiência e justiça deve ocorrer sob outra perspectiva.

O universo jurisprudencial penal brasileiro é vasto e, não raramente, contraditório, indicando que o fundamento da segurança jurídica pelo qual se justificam os precedentes ainda está dissociado da realidade prática. Os precedentes, nessa perspectiva, “[...] deveriam ocupar um lugar no círculo hermenêutico e não tomar o lugar dele”¹⁷².

Apesar da utilidade de alguns precedentes para inibição de violações de direitos e de arbitrariedades no âmbito penal¹⁷³, há inúmeros deles (nem sempre

¹⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. p. 138.

¹⁷¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2015.

¹⁷² ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos jogos no processo penal**: a short introduction. p. 138.

¹⁷³ Como as Súmulas vinculantes 11 do STF: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou ato processual a que se refere...” e 26 do STF: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes 11**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26>. Acesso em: 24 jan. 2026).

vinculantes), *contra legem* ou inconstitucionais¹⁷⁴, que acabam se tornando guias de decisões judiciais, com dispensa da integração interpretativa.

Em nome de um pretenso evitamento de uma hermenêutica excessivamente aberta (ou da discricionariedade), conferiram-se superpoderes ao instituto, instaurando-se uma “supra-hermeneuticidade ou delegação dessa função para uma super-norma que possa ‘prever todas as hipóteses de aplicação’”. Assim, como um antídoto ao decisionismo, o sistema propõe uma espécie de ‘absolutismo hermenêutico’”¹⁷⁵.

Neste sentido, na medida em que as súmulas são criadas para resolver casos futuros, acaba-se criando uma jurisdição de massa, de efetividade e correção duvidosas:

[...] e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, em uma simples comparação com os precedentes norteamericanos –, transformando hard cases em (futuros) easy cases (parece ser essa a sua razão maior), a tarefa do intérprete estará “facilitada”: de um lado, decidir-se-á casos dedutivamente; de outro, será possível decidir milhares de processos de uma só vez. Em ambas as hipóteses, soçobra a situação concreta¹⁷⁶.

As súmulas e os precedentes pretendem controlar o exercício da jurisdição, num “círculo vicioso” que se forma entre decisionismo e controle da decisão judicial pelos tribunais. De início, discricionariedade arbitrária; em seguida, a tentativa de contensão por meio de decisões universais, com pretensão de abarcar todas as hipóteses¹⁷⁷.

Naschenweng¹⁷⁸ assim trata do resultado revés dos precedentes:

O problema é que neste esforço de condensação de um entendimento há uma inafastável redução de complexidade que não seria de todo o mal, não fosse a descolamento da regra de direito do âmbito fático em que ela incidiu com uma simplificação que por vezes desvirtua o sentido normativo aplicado ao caso de origem.

As imposições cada vez maiores dos tribunais por meio de precedentes têm inibido as interpretações nas instâncias inferiores, premidas pelo dever que lhes é

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Modelos de juízes**. p. 51.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 15-45.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. p. 52.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 15-45.

¹⁷⁸ NASCHENWENG, Marcelo. **Hermenêutica do precedente: o cuidado da coerência e da integridade**. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 138.

incutido de resguardar a segurança jurídica. Acaba-se, contudo, na contramão do que supostamente se busca (frear a discricionariedade), reforçando-se o positivismo com a “[...] continuidade do caos decisionista”¹⁷⁹.

Neste paradigma, a dogmática da segurança jurídica busca manter um sistema unitário e completo sustentado em fundamentos lógico-formais que prometem uniformidade e previsibilidade. Não se reconhece, contudo, que a estrutura formada pelos precedentes não está imune às transformações sociais, antropológicas e axiológicas e que, portanto, não apresentam um sentido absoluto, desafiando a estática do modelo “liberal-individualista-normativista”¹⁸⁰.

Com esta percepção, no ano de 2019, o legislador brasileiro acresceu critérios interpretativos ao Código de Processo Penal, prevendo expressamente, no art. 315:

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento¹⁸¹.

O dispositivo denota o avanço da legislação processual penal e a preocupação com o uso de fundamentos genéricos, vagos e que não atendam às especificidades do caso concreto, reafirmando a exigência de devida justificação do uso ou da rejeição de súmulas no processo interpretativo.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários**. p. 15-45.

¹⁸⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. p. 119.

¹⁸¹ Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, (BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 13 fev. 2026).

3.2 A BUSCA POR CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS NO DIREITO PENAL

Hans-Georg Gadamer¹⁸² (1900–2002) foi um dos principais representantes da hermenêutica filosófica do século XX. Em sua obra mais importante, *Verdade e Método* (*Wahrheit und Methode*, 1960), buscou reconhecer como ocorre o processo de interpretação e compreensão — não apenas no texto jurídico ou literário, mas através da experiência humana mediada pela linguagem e pela tradição.

Para Gadamer¹⁸³, o intérprete parte de uma pré-compreensão sobre o caso e o direito, confrontando tal percepção com o texto normativo e os princípios constitucionais; ao final, retorna ao texto com uma compreensão revisada, que incorpora a historicidade do problema. Sobre a não cindibilidade entre o objetivo e o subjetivo no processo interpretativo, refere que:

A distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que claramente é uno. O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto.

A pré-compreensão pelo juiz pode definir-se como uma hipótese provisória do possível significado do texto. Em casos mais complexos, o intérprete realiza o percurso desde a percepção intuitiva do caso, passando pela análise do texto normativo e da constituição e pela confirmação (ou não) da percepção, inúmeras vezes, até chegar à norma jurídica.

Iacovello¹⁸⁴ considera que tal raciocínio se aproxima de um método científico de descoberta¹⁸⁵, sublinhando que a hermenêutica e a epistemologia científica partilham da mesma estrutura metodológica ao buscarem coerência, compatibilidade e confirmação.

¹⁸² GADAMER, Hans-Georg. 1900- **Verdade e método**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. 1900- **Verdade e método**. p. 464.

¹⁸⁴ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. Lima: Palestra Editores, 2022. p. 279.

¹⁸⁵ Zanon, aliás, defende a cientificidade dos estudos jurídicos, contrapondo-se à concepção de que seria inviável o estudo empírico de conteúdo marcado por discussões de âmbito valorativo e moral, rejeitando “[...] o princípio universal da correspondência entre asserção e fato para atribuição de status científico a determinada área de estudos. (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Premissas da teoria complexa do direito. **Rev. Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 19, n. 3, set./dez. 2020. p. 825-852. <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n3p825-852>. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7752>. Acesso em: 21 set. 2025).

Esta estrutura, segundo o autor, se traduziria em três movimentos: 1) o intérprete elabora uma hipótese provisória de sentido para o texto normativo, baseado em sua pré-compreensão; 2) retorna ao texto testando e revisando a hipótese, num movimento circular (círculo hermenêutico); 3) verifica se sua leitura é compatível com o sistema normativo e com as expectativas sociais¹⁸⁶.

A interpretação judicial, nessa perspectiva, é ato que pode exigir grande complexidade intelectual, que não ocorre do mesmo modo em todas as áreas do direito e tampouco na esfera íntima de cada juiz. Como descrito por Naschenweng¹⁸⁷, nesse trajeto,

O intérprete vai ao texto com seu histórico, com sua existência. Com sua subjetividade, sempre entremeada pela pré-compreensão, porque ninguém nasce isento, isolado [...] O intérprete vai ao texto com o seu arsenal, com a sua subjetividade, com o seu horizonte.

Todo processo de interpretação, portanto, inicia de visão que o juiz tem do mundo, que pode (ou deve) ser reformulada e corrigida na medida em que o texto é interpretado¹⁸⁸.

No vasto âmbito do Direito, a hermenêutica ocorre de forma assemelhada, mas nem sempre idêntica. No Direito Penal, a interpretação se dá dentro de limites mais rigorosos, dados os princípios que regem a matéria, como da legalidade estrita e da taxatividade da lei penal incriminadora¹⁸⁹. Isso se deve ao fato de que, no processo penal, invariavelmente se estará, a cada decisão, submetendo um indivíduo ao risco de ou à efetiva privação de um direito fundamental: a liberdade (artigo 5º, caput da CR/88).

Julgar, portanto, em especial na esfera criminal, é “un poder terrible”, e por isso mesmo se busca, a todo momento, encontrar mecanismos legais para frear esse poder. Uma das formas é o dever de fundamentação, que “[...] defende a la colectividad del juez y el juez de sí mismo”¹⁹⁰. Por tamanha importância, o dever de fundamentação das decisões judiciais está previsto constitucionalmente (art. 93, IX da CR/88).

¹⁸⁶ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 280.

¹⁸⁷ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Contar, dar conta & decidir**: direito, arte & literatura. São Paulo: Editora Dialética, 2025. p. 102.

¹⁸⁸ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 278.

¹⁸⁹ Art. 5º, XXXIX da CR/88: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹⁹⁰ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 23.

O processo de interpretação na esfera penal depende da análise objetiva de elementos (provas técnicas¹⁹¹, subsunção entre fato e tipo penal), mas também de algum grau de subjetividade, como ocorre na verificação de qualificadoras subjetivas no crime de homicídio (“motivo torpe”, “motivo fútil”, “mediante dissimulação”), na valoração da prova testemunhal, no reconhecimento de uma nulidade processual relativa e na dosimetria da pena (ao avaliar o grau de culpabilidade/reprovabilidade, por exemplo).

A nenhum desses exemplos, que exigem exercício interpretativo mais elaborado, é dado um manual por meio do qual o juiz possa guiar sua interpretação e, portanto, sua resposta. Rosa¹⁹² reconhece que

[...] as normas não possuem um significado unívoco, primevo, capaz de ser descoberto pelos métodos jurídicos de interpretação, mas decorre de um processo de atribuição de sentido intersubjetivo, instaurado no âmbito de uma sociedade pluralista ideologicamente.

Dada essa amplitude de elementos interpretativos, a fundamentação deve ser resultado de uma “plausibilidade lógica” e de uma interpretação racional. O juiz deve decidir “[...] dentro dos limites de lo que puede motivar”. Ou seja, ainda que, naturalmente, o caminho interpretativo e de tomada de decisão passe por um processo intuitivo, por “impulsos argumentativos y frenadas de reconsideración”, o juiz só pode decidir o que pode ser motivado¹⁹³.

Apesar da indispensabilidade da racionalidade, do respeito aos princípios constitucionais e da devida fundamentação, a total independência do Direito em relação a outras dimensões não corresponde à realidade do sistema jurídico, que trata de um todo encadeado, interrelacionado. O que se exige é equidistância do juiz (como um garante das regras do jogo)¹⁹⁴, mas não neutralidade, que retiraria dele a habilidade de reconhecimento epistemológico do Direito.

Reconhecida a inexistência de um roteiro interpretativo linear na aplicação da norma penal, é preciso reconhecer quais mecanismos permitem controlar racionalmente a atividade hermenêutica do juiz nos casos em que o texto não oferece respostas evidentes.

¹⁹¹ Art. 158 do Código de Processo Penal: Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

¹⁹² ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. p.120

¹⁹³ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p.32-3.

¹⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos no processo penal**: a short introduction. 2020.

3.2.1 O controle interpretativo nos casos complexos

A compreensão de “casos fáceis” e de “casos difíceis” e a clareza ou obscuridade de um texto normativo não são qualidades objetivas, mas dependem da complexidade do problema que se deve resolver. Assim, “Un texto puede ser claro com respecto a um problema y oscuro respecto de outro”¹⁹⁵. A complexidade de um caso, portanto, se dá do fato para a norma e não o contrário.

Ante a evidência de que o texto normativo nem sempre oferece uma resposta clara aos casos postos e como o processo de interpretação não prescinde de legitimidade, Iacovello¹⁹⁶ sugere quatro níveis de controle sobre a hipótese interpretativa¹⁹⁷.

O primeiro deles é o controle linguístico, sob a perspectiva de que um texto legislativo está fundado em um sistema de significados que deve ser decifrado. O segundo, exige o exame da coerência da interpretação com o conjunto de normas e dos princípios do sistema jurídico (controle sistemático). O terceiro trata do controle pragmático, voltado aos efeitos gerados pela aplicação da norma. O quarto e último trata do controle da decisão interpretativa, que se relaciona com o momento de escolha e de justificação racional pelo intérprete.

No âmbito do controle linguístico (primeiro nível proposto), a interpretação deve partir da estrutura simbólica do texto normativo. O texto legislativo é dotado de conteúdo simbólico, destinado à coletividade. Uma adequada interpretação da norma pressupõe a integração entre os aspectos simbólicos, proposicionais e contextuais ou pragmáticos da lei¹⁹⁸, como etapa hermenêutica inicial.

Apesar disto, no processo de interpretação das leis deve-se ter cautela ao se buscar a “intención del legislador”, o que, para Iacovello¹⁹⁹, é uma “metáfora enganosa”. Compreende o autor que, antes de buscar alcançar a intenção subjacente à lei, deve-se buscar conhecer a história da formação da norma. A avaliação é

¹⁹⁵ IACOVELLO, IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 47.

¹⁹⁶ IACOVELLO, IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 47.

¹⁹⁷ IACOVELLO, IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 280-283.

¹⁹⁸ IACOVELLO, IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 280.

¹⁹⁹ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. 2022.

adequada, se considerado que a constituição parlamentar é heterogênea e que um texto normativo não costuma ser resultado de acordos unânimes, tampouco expressa, textualmente, eventuais motivações naturalistas ou inconstitucionais.

Conclui-se, assim, que não há leis imunes a interpretação, porque o sentido do texto normativo não está integralmente dado, embora também não possa ser total e livremente construído pelo intérprete. Entre um sentido fixo da norma e a desconstrução dela pelo intérprete, deve-se buscar um caminho intermediário²⁰⁰.

Sob este raciocínio, no processo de interpretação do texto legislativo, em casos de antinomias ou de limitação da norma, pode o juiz atribuir-lhe significado e intenção, por meio de uma sistemática interpretativa racional, que leve em conta os aspectos formais, simbólicos e proposicionais dentro do sistema jurídico²⁰¹.

Superada a dimensão linguística, ingressa-se no controle sistemático da interpretação. A análise sistemática exige a compreensão de que

[...] la norma no es una mónada aislada y aislable, que vive em um espacio vacío. No existe una soledad semántica de la norma. Por el contrario, está inserta em uma compleja estructura normativa de la que extrae nuevas linfas de significado [...] ²⁰².

Ou seja, a norma não se fecha em si mesma; seu significado está inserido em um conjunto teórico e relacional, e a interpretação deve ocorrer de modo sistêmico e coerente. A análise sistemática permite que se encontrem os “nós cegos” da interpretação e se busque a solução de problemas tais como os relativos ao enquadramento fato x tipo penal, concurso de normas, etc”²⁰³.

É importante também considerar que a extrema complexidade dos eventos sociais, econômicos e políticos propiciam a hiperatividade legislativa, levando à desconexão entre os textos normativos ao longo do tempo. Nesse contexto sócio-normativo, portanto, é improvável que as leis tenham um significado único e inequívoco²⁰⁴, sendo indevido deslegitimar a reinterpretação.

²⁰⁰ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 49.

²⁰¹ “[...] a norma jurídica resulta da atribuição de sentido a um texto normativo, mediante o influxo dos pré-juízos do intérprete e sob a autoridade da tradição” (STRECK, Lenio Luiz *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 414).

²⁰² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 825-852.

²⁰³ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 291.

²⁰⁴ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 23.

Neste sentido Naschenweng²⁰⁵ pondera que, “Por vezes, nem o fato muda, mas a interpretação sim. Por vezes, nem o objeto muda, mas simplesmente muda a luz que incide sobre o objeto.”

No Direito Penal, como visto, o conteúdo de normas primárias está permeado de elementos de ordem moral, que podem se modificar ao longo do tempo²⁰⁶. A norma penal nem sempre acompanha tais mudanças, e por isso devem ser avaliadas no processo de interpretação judicial, que também exerce papel de correção.

A dogmática penal serve para estabilizar o sistema jurídico oferecendo categorias e classificações que permitem manter a previsibilidade da decisão judicial. No entanto, uma interpretação alheia às transformações históricas e sociais, distanciada da política criminal e da função social do Direito é, no plano dos direitos individuais, uma distorção mais grave do que eventual (e excepcional) adaptação normativa via interpretação²⁰⁷.

No terceiro nível de controle, de natureza pragmática, examinam-se os efeitos reais e previsíveis da interpretação sobre o sistema jurídico e sobre o âmbito social. O juiz, nessa perspectiva, não pode se dissociar do contexto histórico e social em que está inserido, embora deva considerar se a hipótese interpretativa é coerente com o fim da norma. Iacovello²⁰⁸ explica a relevância dessa etapa interpretativa:

Texto, problema e intérprete son productos sociales que desencadenan efectos sociales. No es posible arrancar el texto del ambiente que lo produce ni del problema que lo generó. Igualmente ilusorio sería tratar de inmunizar al intérprete de la ebullición de ideas y sentimientos de su época, buscando aislarlo entre las paredes diáfanos de una exegética textual.

Na perspectiva pragmática, portanto, o juiz realiza inferências a partir da norma, de fatos, fenômenos externos e possíveis ou prováveis repercussões da decisão. Na esfera penal, no entanto, antes de uma atenção a voltada às consequências sociais, impalpáveis e abstratas, o olhar pragmático deve voltar-se ao réu, quando tensionados princípios que o protegem do arbítrio estatal.

Isto não implica dizer que o juiz pode substituir a autoridade política do legislador, mas que deve verificar se a norma é coerente com a integralidade do

²⁰⁵ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Contar, dar conta & decidir**: direito, arte & literatura. p. 102.

²⁰⁶ O crime adultério estabelecido no Código Penal (art. 240), por exemplo, foi revogado no ano de 2005 (Lei 11.0106/2005), porque, evidentemente, feria princípios constitucionais como da igualdade, da liberdade e da preservação da vida privada.

²⁰⁷ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 291.

²⁰⁸ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 293.

sistema jurídico e seu fim constitucional. Se o fim é vago, contraditório, inaplicável à realidade fática ou resulta em decisão que contraria valores constitucionais com impacto intolerável, o intérprete deve adaptá-la ao contexto atual²⁰⁹.

Para além disso, deve o intérprete também avaliar a efetividade da norma, ou seja, sua capacidade de prevenir ou resolver problemas concretos. Isso consiste em sopesar o grau de eficácia e de prevenção geral alcançado com outros valores jurídicos eventualmente em conflito. Nesses casos, para Iacovello²¹⁰, a ponderação de princípios não pode ser arbitrária, mas baseada em critérios como proporcionalidade, racionalidade e legitimação democrática.

Por fim, o controle da decisão interpretativa exige justificação racional da escolha realizada pelo intérprete. A interpretação judicial no campo penal, como dito, é peculiar, considerada a estreita relação entre a matéria com valores constitucionais e política, gerando tensão aos direitos individuais ao permitir o exercício poder estatal através de coerção física. Por isso, há uma [...] constante e insuperável exigência de eticidade, própria do Direito Penal, [...], que se deduz do fato de que, entre a política e a tutela da sociedade, há um ser humano²¹¹. Daí a relevância da justificação da pena, sob o risco de redução do Direito Penal a mera função utilitarista.

É precisamente nesse ponto que as garantias constitucionais voltadas ao réu assumem papel de critério material último de controle da interpretação judicial no Direito Penal.

3.2.2 A “Presunção da Inocência” e a “Dignidade Humana” como princípios delimitadores da interpretação judicial

Sob uma perspectiva constitucionalista, é possível afirmar que toda decisão judicial em matéria penal deve ser conduzida, para além da legalidade estrita e da dignidade humana, sob orientação dos princípios da presunção da inocência e da liberdade, previstos constitucionalmente e plenamente solidificados na história do Direito Penal.

Defendem Ibañez e Lagier²¹² que, no Direito, a presunção de inocência “[...] tien la condición de principio nuclear, elemento central y estructural del processo

²⁰⁹ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 294.

²¹⁰ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 295-296.

²¹¹ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. p. 17.

acusatório y contradictorio [...]”. E prosseguem no sentido de que tal princípio deve conduzir toda a prática processual penal, porque constitui consistente dimensão epistêmica, que exige que a imputação seja apenas uma hipótese. Assim concluem:

En rigor procesal-constitucional, si se presume la inocencia, sólo cabrá atribuir la condición de autor del delito a un acusado cuando exista certeza probatoria de que, en efecto, lo ha sido. Así, la “certeza práctica” de esta clase traducida en fallo condenatorio, es lo único que, mediante la afirmación de culpabilidad, podrá desvirtuar aquella presunción. La duda al respecto no goza de esta virtualidad, luego, mientras subsista, el posible autor de la conducta sobre la que se proyecte permanecerá amparado por aquella, de la que el in dubio pro reo es la más obvia implicación. En efecto, pues, si tras de la valoración de la prueba en su conjunto, resulta forzoso absolver en caso de duda, es solo porque se parte de la inocencia como principio. Lo que hace que todo elemento o momento de incertidumbre sobre la hipótesis de la acusación lleve necesariamente a descartarla²¹³.

Os juízes, pois, não podem negociar com o dever de uma análise racional da prova, ceder a impulsos exclusivamente morais em qualquer sentido, tampouco olvidar que, apesar da prova indiciária que instrumentaliza a denúncia, no processo penal, o réu nasce inocente e assim prossegue até a formação da norma jurídica.

A vinculação do juiz à lei e aos precedentes e também seu direito à interpretação conforme a Constituição, portanto, não se dão apenas para garantir a previsibilidade das decisões, mas antes de tudo a proteger o indivíduo acusado de eventual intervenção arbitrária em seu direito à liberdade.

Streck²¹⁴ destaca que o exercício interpretativo tem um conjunto de significados, que é resultado de um processo constitucional, cuja modificação só pode ser operada através das mesmas regras de sua formação. A Constituição, portanto, “[...] é o elo de conteúdo que liga a política ao direito”, de modo que o direito deve “[...] servir de garantia à democracia”.

Observa-se que as decisões que restringem princípios constitucionais penais são as mais capazes de fragilizar o sistema jurídico e o princípio democrático, fundamento central de teorias constitucionalistas modernas.

O Direito Penal prevê a mais grave das interferências sobre o indivíduo: a limitação/privação do direito à liberdade. E isso ocorre de inúmeras formas: pela prisão, por restrição ou perda de bens, de proibições, como de conduzir veículo, de

²¹² IBANÉS, Perfecto Andrés; LAGIER, Daniel González. **Argumentación jurídica y la prueba de los hechos**. Lima: Palestra Editores, 2023. p. 58.

²¹³ IBANÉS, Perfecto Andrés; LAGIER, Daniel González. **Argumentación jurídica y la prueba de los hechos**. p. 60.

²¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Modelos de juízes**. p. 17.

exercer cargos públicos e votar. Através do processo penal, o Estado devassa intimidades e lança a sombra da dúvida eterna sobre a integridade moral de cada réu, ainda que se declare, ao final, sua inocência.

O erro judicial, diante disso, é um risco que juiz algum deve assumir. Ao discorrer sobre a ineficiência do processo penal, Carnelutti²¹⁵ dispôs sobre o erro judicial-penal e a (ir) responsabilidade do sistema que o comete afirmando que,

Esse mecanismo terrível, imperfeito e de impossível aperfeiçoamento expõe o homem à humilhação de ser apresentado com objetivos grosseiros diante de um juiz; de ser interrogado e, de ordinário, ser detido, arrancado do seio de sua família e dos seus afazeres diários; de ser prejudicado, para não dizer arruinado, publicamente, para depois absolvido, não ter qualquer direito, sequer o de exigir satisfação pela culpa de lhe terem turbado, arruinado a vida, simplesmente, pelo fato de serem particularmente inculpáveis os que, injustamente, o submeteram a tal sofrimento.

Também sob essa percepção e diante da dificuldade, por vezes, de se encontrar o mais próximo da verdade no Direito Penal, Streck²¹⁶ reafirma a necessidade de o processo interpretativo resolver-se em favor do réu:

Em síntese, não há como matematizar a verdade. E se conseguirmos probabilisticamente chegar próximo a um ponto de estofo, ainda assim a mínima dúvida deverá ser sempre sopesada a favor do mais fraco – no processo penal, do réu, como já nos mostraram os gregos (Eumênidas, de Ésquilo – o Julgamento de Orestes e o primeiro *in dubio pro reo* da história). Assim, por vezes fazer a coisa certa pode estar na dúvida – e esta deve ser computada a favor do réu.

Havendo, portanto, condições formais e fáticas relevantes que coloquem em dúvida a prova e/ou a eficiência do sistema de persecução penal em cada caso, a medida que mais se coaduna com o princípio do Estado Democrático e sua orientação constitucionalista é conceder ao réu os benefícios do princípio da presunção da inocência, que tem, como resultado natural, a preservação do estado de liberdade.

Ignorar esta perspectiva é também violar talvez o mais importante princípio constitucional, o da dignidade humana, que conduz todo núcleo valorativo do Estado de Direito, que retirou do ser humano o caráter de ‘coisa’, incorporando nele plenamente o estado de pessoa sujeita a cuidado e respeito.

Assim, como refere Prado²¹⁷, “O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado

²¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. p. 95.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito?**. p. 52.

²¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. p. 162.

não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal.” E é nesse sentido que o princípio da dignidade humana “plasma todo o ordenamento jurídico”, como “limite mínimo vital” à intervenção jurídica na esfera penal, vinculando de forma absoluta o legislador na construção normativa²¹⁸.

Portanto, de forma diversa da concepção positivista, o Direito Penal se constitui não apenas do legislador, mas também do juiz, que não deve se sujeitar apenas à lei, mas antes a um modelo hermenêutico, “[...] que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional [...]”²¹⁹.

3.2.3 Aplicação do direito penal sob a perspectiva das consequências

O pragmatismo passou a ter relevância no início da fase contemporânea, valorizando a cientificidade das constatações práticas para a solução de problemas²²⁰.

No direito brasileiro, a teoria pragmática do direito pode ser observada no teor dos artigos Lei de Introdução às Normas do direito brasileiro (LINDB – Lei 4.657/42, alterada pela Lei 13.655/2018), especialmente por meio dos artigos 4º, 5º e artigo 2037, que dispõem, no campo da decisão judicial, sobre a imprescindibilidade de se atender ao bem comum e de se avaliar as consequências da decisão.

A legislação brasileira tem evidentes traços pragmáticos nos regramentos do Estatuto da Criança e do Adolescente, voltados aos princípios protetivos que regem a matéria²²¹.

Especificamente na abordagem infracional/socioeducativa, o Estatuto prevê uma série de medidas destinadas ao adolescente que pratica ato infracional, que vão desde a advertência à privação de liberdade por atos de maior gravidade. Cabe ao juiz decidir a medida que pode respeitar, mais adequadamente, às circunstâncias do caso (inclusive a reprovabilidade em concreto), o contexto individual, familiar e social do adolescente, também com o olhar voltado às possíveis ou prováveis consequência da aplicação de um ou de outro instituto.

²¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. p. 165.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. p. 46.

²²⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 110.

²²¹ Artigos 100 e 112 a 122 da Lei 8.069/9 (BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 jan. 2026).

O sistema aberto de medidas socioeducativas aplicáveis permite uma avaliação mais coerente com a realidade familiar, social e infracional do adolescente, mas também autoriza interpretações com valorações estigmatizantes ou de moral social dominante²²². No entanto, o Direito Penal, de modo geral, é marcado pela racionalidade dedutiva e pelo formalismo jurídico, detido mais na coerência interna do sistema do que nos efeitos concretos de sua aplicação na esfera social ou individual.

Segundo Paiva²²³, o pensamento pragmatista, ainda que sob variações teóricas, se fundamenta no antidogmatismo, no contextualismo e no consequencialismo. Para o autor, o pragmatismo é antidogmático, porque refuta teses abstratas e a concepção de certeza, ante a percepção do constante movimento dos fenômenos jurídicos e da evolução do pensamento. Portanto, “[...] é através da aplicação contínua da investigação que a ciência [...] pode detectar e corrigir seus próprios erros e, possivelmente, conduzir à verdade”²²⁴.

O pragmatismo também seria contextualista, ao permitir a elaboração do raciocínio sob diversos espectros (social, cultural, histórico, político etc.), e nunca de forma dissociada do contexto fático de cada caso²²⁵. Por fim, volta-se às consequências, na medida em que “[...] examina o presente com o olhar voltado para o futuro”²²⁶, num processo de investigação sobre as prováveis consequências de determinada tese ou decisão.

Pela visão pragmatista, mais relevante do que análise do direito por simples processo de subsunção, é avaliar se a norma jurídica reflete as necessidades sociais e opções políticas de cada sociedade²²⁷.

A interpretação jurídica com olhar nas consequências, mesmo em matéria criminal, pode se dar sob panoramas distintos, a depender do julgador: em favor da

²²² ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 272.

²²³ PAIVA, Gabriel Anderson de. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo**: tecnologia, consenso e whistleblowing. p. 61.

²²⁴ PAIVA, Gabriel Anderson de. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo**: tecnologia, consenso e whistleblowing. p. 61.

²²⁵ PAIVA, Gabriel Anderson de. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo**: tecnologia, consenso e whistleblowing. p. 61.

²²⁶ PAIVA, Gabriel Anderson de. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo**: tecnologia, consenso e whistleblowing. p. 73.

²²⁷ PAIVA, Gabriel Anderson de. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo**: tecnologia, consenso e whistleblowing. p. 74.

segurança jurídica, do valor da justiça social ou da proteção dos direitos individuais e da limitação do poder punitivo do Estado²²⁸.

O julgamento que se sustenta unicamente na segurança jurídica, dentre todas as perspectivas de interpretação e de aplicação da lei penal, é possivelmente a mais cômoda e que menores conflitos técnicos e íntimos traz ao juiz, já que mantém o *status quo*. Aquele que se coloca no dever de promover justiça social se desloca, muitas vezes, da função jurisdicional em matéria penal, sob risco de decisões solipistas.

É provável, assim, que a decisão voltada à proteção dos direitos individuais e de controle do exercício punitivo do Estado seja aquela que mais se coaduna com os valores do Estado Democrático de Direito. E nessa perspectiva, a decisão que respeita esses princípios também se volta às consequências do ato decisório, numa escala mais concreta (do ponto de vista do réu e, portanto, aquele mais suscetível aos impactos da coerção penal) e menos abstrata (como na acepção de um bem-estar geral, impalpável).

No entanto, embora a análise das consequências possa ter relevância na decisão judicial penal, a utilização do raciocínio pragmático – especialmente aquele defendido por Posner - autoriza certo decisionismo.

Ao examinar casos paradigmáticos das cortes americanas, percebe-se que o autor, ao defender os “melhores resultados”, acaba por recorrer a critérios como a moral social dominante e a opinião pública, ainda que não conciliem princípios constitucionais consolidados. Um exemplo é sua crítica às decisões que reconhecem o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, ante a reação majoritária (contrária a esse direito), acabando por deslocar o debate para o campo da moral social²²⁹.

Assim, embora Posner aponte motivos razoáveis sobre a necessidade de o direito se conectar com a realidade e seus efeitos, sua teoria, se adotada de forma voluntariosa, pode enfraquecer a coerência do sistema jurídico. Por isso, especialmente em matéria penal, o uso de elementos pragmáticos deve ser racional, a fim de evitar que considerações voltadas a direitos abstratos (fim sociais, p. ex.) ou majoritários, se sobreponham às garantias constitucionais.

²²⁸ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. p. 295-296.

²²⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p.395.

Dworkin opõe-se ao pragmatismo jurídico justamente sob a perspectiva do risco de que considerações majoritárias passassem a influenciar a decisão judicial em prejuízo de princípios constitucionais. Ainda assim, sustenta sua teoria em perspectiva de correção idealista e, em certo grau, autoriza excessivo subjetivismo sob a aparência de coerência moral²³⁰.

Em uma linha intermediária, Atienza²³¹ conduz sua teoria interpretativa sob uma percepção também pragmática, mas alerta para os riscos do uso da moral dominante para construção da norma jurídica. Não desconsidera que o intérprete deve igualmente avaliar a moralidade social e as convenções sociais à justificação da decisão, mas compreende que há limites ao alcance dessas razões.

Considera o autor que a utilização destes critérios pode apresentar alguns problemas. Primeiro, o fato de que nem sempre é possível saber qual é a opinião majoritária e se ela de fato existe. Segundo, o fato de que tais opiniões podem expressar valores contrários ao ordenamento jurídico²³².

Para Atienza, portanto, todo critério moral utilizado na interpretação judicial deve ser sustentado em uma moral racionalmente justificada, que nem sempre coincide com a moral social.

No Direito Penal, o pragmatismo precisa voltar-se ao exercício controlado, proporcional e humano do poder punitivo estatal. Numa percepção pragmática racional, há fatores fundamentais de conteúdo axiológico, que devem conduzir uma decisão penal, como a função e a utilidade da pena no caso concreto.

Streck²³³ critica os dispositivos legais de teor pragmático por considerá-los uma reminiscência do positivismo e, portanto, uma reafirmação da possibilidade de se decidir discricionariamente.

Apesar disto, é inegável que conferir alguma margem de flexibilidade na aplicação das sanções penais com vistas às consequências poderia trazer resultados mais coerentes sob os aspectos da efetividade e da adequação às condições fáticas e pessoais dos réus.

²³⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 290.

²³¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 559-560.

²³² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 560.

²³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 46.

Sistemas jurídicos de *common law*, como dos Estados Unidos e da Inglaterra, preveem maior flexibilidade na aplicação da sanção penal, de acordo com o caso e as condições dos réus. O sistema, contudo, precisou de aprimoramentos ao longo da história, dado o risco de excessiva subjetividade na aplicação das penas²³⁴.

Hassemer²³⁵, já na década de 1990, observava que o sistema jurídico-penal contemporâneo iniciava um processo de enfraquecimento da concepção retributiva pura, para reconhecer o sentido da norma também com base em seus efeitos sociais e individuais. Não ignorava, contudo, os riscos do decisionismo judicial.

Embora a teoria de Posner possa efetivamente trazer importantes elementos e critérios à decisão penal, há pouco comprometimento com a coerência, permitindo que a decisão judicial venha a se tornar ato de mero voluntarismo.

Por isso, nos termos do que compreende Hassemer²³⁶ “Na atual situação do processo penal e da determinação da pena, um juiz penal democraticamente cauteloso e conscientemente metódico não poderá responsabilizar a consideração das consequências em geral, senão somente em favor do apenado.”

Essa percepção conduz a uma nova racionalidade penal, não desconectada da dogmática, mas também voltada à realidade dos fenômenos fáticos e jurídico-penais, sempre com vistas ao elemento mais vulnerável no sistema persecutório penal: o réu.

3.2.4 Lei, equidade e limites à interpretação penal

Do latim, *aequitas* (equidade), pode traduzir-se em considerar o direito com base em critérios de justiça, equanimidade, igualdade, imparcialidade, justiça, retidão²³⁷. Pela definição que se confere a Aristóteles, trata-se de “fazer justiça ao caso concreto”²³⁸.

²³⁴ A excessiva discricionariedade é freada pelas sentencing guidelines, diretrizes à aplicação flexível da pena, controlando arbitrariedades. (FERREIRA, Paulo Duarte Barreto. **A determinação da pena: apreciação crítica das sentencing guidelines dos EUA, Inglaterra e País de Gales e o modelo português**. Disponível em: <https://repositorio.ulisboa.pt/entities/publication/54fdd66e-eb0a-44c0-8df6-babfe34a39da>. Acesso em: 17 jan. 2026).

²³⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. p. 54.

²³⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. p. 59.

²³⁷ MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. **Equidade**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/equidade/>. Acesso em: 19 nov. 2025.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 125.

Para Bobbio²³⁹, pela “equidade”, o juiz decidiria com base em seu sentimento de justiça, investindo-se da própria fonte do Direito. Autores como Habermas²⁴⁰ opõem-se ao que consideram indevida intromissão do Direito na esfera política e o agigantamento do Judiciário após a Segunda-Guerra. Habermas é contrário à interpretação segundo princípios substantivos, porque propiciaria a usurpação das funções legislativas²⁴¹.

De fato, a incredulidade diante da rigidez positivista deu espaço a uma inclinação excessiva a outro extremo: do decisionismo e da insegurança jurídica causada pela (excessiva) ampliação dos limites hermenêuticos.

No processo penal, no entanto, o risco não está em alargamento de direitos não previstos em lei (o que alguns consideram da interpretação constitucionalista), mas em uma hermenêutica que se resolva na dogmática formalista, sem um adequado olhar ao réu e às circunstâncias específicas de cada caso. Nesta etapa, a valoração equitativa sempre deve voltar-se ao fato humanamente determinado²⁴².

É equivocado considerar legalidade e equidade opostos, os quais em verdade são dois elementos complementares na interpretação penal. Enquanto a legalidade empresta significado abstrato a fatos relevantes juridicamente, a equidade permite aplicar a norma penal considerando as circunstâncias específicas e irrepetíveis do fato. Esses elementos singulares muitas vezes estão previstos em lei (agravantes, atenuantes, qualificadoras, excludentes), e exigem apreciação subjetiva (discrecionária), mas legítima²⁴³.

No Direito Penal, portanto, os elementos formais e acidentais são indissociáveis, assim como são legalidade e equidade. A equidade, nesse sentido, é elemento indispensável quando constatadas lacunas, antinomias e, do mesmo modo, evidentes violações a direitos fundamentais. Sob esse raciocínio, é coerente e consonante com o Estado Democrático de Direito que a não superação de tais inconsistências seja resolvida em favor do réu.

Como destaca Rosa²⁴⁴,

²³⁹ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 173.

²⁴⁰ HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297 e segs.

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 43.

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 126-127.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 126-127.

[...] é nesse momento de silogismo prático, voltado para o mundo da vida, que se adotada uma postura substancialista, possível invocar a 'Constituição Penal Dirigente' e proceder tanto à efetivação das 'garantias penais' como 'garantias processuais' com maior desenvoltura.

Para Ferrajoli²⁴⁵, a função primeira da lei, especialmente no âmbito penal, não é aumentar a eficácia do poder punitivo, mas limitá-lo em favor daquele em posição de vulnerabilidade diante do Estado. A lei, assim, deve ser manejada pelo juiz como um sistema de garantias destinado a impedir que decisões judiciais se orientem por critérios morais ou utilitaristas, que se voltem contra os direitos constitucionais do acusado, excedendo os limites normativos. Princípios como da legalidade, da presunção de inocência e do devido processo, portanto, funcionam como critérios materiais de legitimidade da decisão judicial.

Neste sentido, um sistema penal de garantias não promete justiça material absoluta, mas fortalece a Justiça ao conduzi-la por critérios interpretativos baseados em regras e valores que assegurem a defesa, a legalidade e seja capaz de reduzir ao mínimo o abuso do poder punitivo estatal²⁴⁶.

²⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. p. 264.

²⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Roma: Editorial Trotta, 2023.

²⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 133-135.

3.2.5 Uso da inteligência artificial na jurisdição penal e controle hermenêutico

O impacto do uso da Inteligência Artificial na vida cotidiana é recente, embora venha sendo estudada desde meados do século XIX²⁴⁷. Hoje, a IA já é capaz de interagir com o usuário por meio linguagem natural e muito próxima da humana²⁴⁸.

O uso da IA construiu um novo modelo social gerando novos fenômenos de interesse científico. Mas enquanto parte da comunidade científica se volta ao incremento destas tecnologias, outra preocupa-se com os riscos do uso não criterioso delas.

Para além de recurso a potencializar a qualidade do trabalho profissional na área jurídica (em tempos de déficit na qualidade de formação jurídica), a IA veio como uma promessa capaz de enfrentar o assustador número de ações judiciais²⁴⁹, de forma mais rápida e objetiva. A IA vem sendo utilizada na esfera jurisdicional como recurso acessório, especialmente nos processos de menor complexidade, mas os riscos ainda precisam melhor estudados e calculados.

Ao tratar do uso da IA no meio jurídico, Siqueira e Ribeiro²⁵⁰ referem que a empresa International Business Machines (IBM) definiu seis maiores possíveis aplicações da inteligência artificial ao Direito: “1) a previsão de resultados de litígios; 2) elaboração de documentos; 3) pesquisa jurídica e revisão de contratos; 4) identificação de padrões em decisões judiciais; 5) identificação de propriedade intelectual em portfólios e; 6) faturamento automático de honorários.

No ano de 2024, o Conselho Nacional de Justiça publicou relatório tratando da utilização da IA Generativa (IAG) pelo Poder Judiciário²⁵¹, sob os aspectos da eficiência e dos riscos do uso da ferramenta no processo interpretativo judicial.

²⁴⁷ SOBREIRA, Victor. Um panorama da História da Inteligência Artificial e suas aplicações na pesquisa histórica. **Varia Historia**, v. 41, 2025. p. e25035.

²⁴⁸ SOBREIRA, Victor. **Um panorama da história da inteligência artificial e suas aplicações na pesquisa histórica**. p. e25035.

²⁴⁹ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 30 de setembro de 2025, a Justiça do país apresentava 75.328.534 processos em curso, dentre os quais 29.615.533 foram ajuizados no mesmo ano. (Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Estatísticas do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em: 21 nov. 2025).

²⁵⁰ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; WOŁOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. Inteligência artificial e o positivismo jurídico: benefícios e obstáculos para efetivação da justiça. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, RS: v. 18, n. 1, p. e4718, 2022. DOI: [10.18256/2238-0604.2022.v18i1.4718](https://doi.org/10.18256/2238-0604.2022.v18i1.4718). Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4718>. Acesso em: 21 nov. 2025.

²⁵¹ Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **O uso da inteligência artificial generativa no Poder Judiciário brasileiro**: relatório de pesquisa. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/09/cnj-relatorio-de-pesquisa-iag-pj.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2025.

O documento ressalva os problemas clássicos da IA nos modelos generativos (produção de textos com aparência humana): erro, obscuridade, tendências discriminatórias, uso indevido de dados pessoais, baixa explicabilidade e impacto sobre direitos; também enfatiza a indispensabilidade da supervisão humana para preservação da legitimidade interpretativa, já que a IAG não tem capacidade de raciocínio jurídico, construção conceitual ou ponderação principiológica, elementos centrais da interpretação judicial²⁵².

O relatório pontua ainda que a popularização das ferramentas generativas propiciou o uso de sistemas não oficiais por servidores e juízes, eventualmente sem transparência interna, dificultando a revisão interpretativa, o que pode comprometer a segurança jurídica. Diante disso, os tribunais passaram a disponibilizar ferramentas e treinamentos para conferir maior eficiência e transparência no uso da tecnologia²⁵³.

Dada a relevância do tema, o CNJ estabeleceu diretrizes ao uso de IA no Poder Judiciário por meio das Resoluções 332/2020²⁵⁴, 615/2025²⁵⁵ e Portaria 271/2020²⁵⁶ instituindo os princípios de não discriminação, transparência, explicabilidade, segurança dos dados, revisão humana obrigatória e rastreabilidade das decisões. As Resoluções reafirmam o princípio de que a decisão judicial não pode ser resultado de mero processo algorítmico de interpretação e, portanto, precisa ser reexaminada pelo juiz.

O CNJ reconhece o risco da ferramenta no processo hermenêutico. Apesar das cautelas adotadas pelo órgão diante do inevitável avanço da IA, a automação da prática interpretativa pode diminuir a revisão crítica do intérprete e subtrair da análise de casos complexos alguma dose de subjetividade (de que a IA não é dotada), muitas vezes necessária à coerência normativa e empírica da decisão judicial.

²⁵² Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **O uso da inteligência artificial generativa no Poder Judiciário brasileiro**: relatório de pesquisa. 2024.

²⁵³ Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **O uso da inteligência artificial generativa no Poder Judiciário brasileiro**: relatório de pesquisa. 2024.

²⁵⁴ Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução nº 332 de 21 agosto de 2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 27 nov. 2025.

²⁵⁵ Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução nº 615 de 11 de março de 2025**. Estabelece diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/6001>. Acesso em: 27 nov. 2025.

²⁵⁶ Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Portaria nº 271 de 04 de dezembro de 2020**. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 27 nov. 2025.

Segundo os Boeing e Rosa²⁵⁷, no processo hermenêutico há o que se chama de “zona de textura aberta” do Direito, a qual normalmente ocorre nos casos em que a aplicação da regra ao caso não se dá por mero silogismo, mas por analisar “[...] se a situação em questão pode ser acrescentada aos casos de aplicação da norma, por ser ‘juridicamente relevante’ ou ‘suficientemente próxima’”²⁵⁸. Diante disto, “[...] não se pode falar em um direito justo ou em um critério de interpretação universalmente válido, de forma que haverá casos em que a aplicação do direito pelo magistrado dependerá de juízos de conveniência e oportunidade”²⁵⁹.

Esta necessidade interpretativa decorre de um sistema jurídico que, evidentemente, não prevê uma solução objetiva a todo caso concreto.

Os pontos de nebulosidade no direito são consequências da linguagem humana e, por isso, o processamento da linguagem natural pode ser reavaliado. Questão mais complexa, contudo, ocorre quando se trata da linguagem computacional, com padrão lógico e não prontamente capaz de interpretar a linguagem humana²⁶⁰.

O desafio da era da interpretação por algoritmos, de acordo com Boeing e Rosa²⁶¹, é ensinar o sistema de inteligência artificial a compreender todos os níveis de linguagem humana, na qual está incluído o nível pragmático, e não apenas o sintático e o semântico computacional. Reconhecem que, no atual momento, a compreensão plena da linguagem humana excede a capacidade da inteligência artificial, porque se constitui de processos complexos, como abstrações e pré-compreensões de ordem mais subjetiva.

No campo pragmático da linguagem, os algoritmos podem ser capazes de calcular significado de termos de acordo com contextos textuais. Mas é preciso compreender como identificariam relações semânticas e expandiria conceitos, por

²⁵⁷ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 69.

²⁵⁸ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 69.

²⁵⁹ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 66.

²⁶⁰ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 66.

²⁶¹ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 73-74.

exemplo, no nível interpretativo penal²⁶². Portanto, a exemplo do que ocorre na esfera interpretativa humana, a inteligência artificial também apresenta falhas cognitivas, que precisam ser vistas e corrigidas.

Sobre o processo interpretativo, Boeing e Rosa²⁶³ lembram como, diante da incapacidade de analisarem com minúcias todos inúmeros casos, os juízes acabam criando “atalhos mentais” para decidir. Isso ocorre com frequência no processo penal, quando situações recorrentes (casos de furto, roubo, tráfico etc.) conduzem a uma “[...] habituação de padrões que criam convicções antecipadas e fazem com que os demais detalhes sejam ignorados, pois tidos como supérfluos.”

Segundo os autores, dentro do processo hermenêutico penal o juiz muitas vezes se utiliza de mecanismos de conforto cognitivo, que se refletem em “[...] brocardos, adágios, súmulas ou outros ‘mantras e lugares comuns’”²⁶⁴. No nível da inteligência artificial, também há o risco de criação de padrões ou modelos de interpretação, com pontos cegos que podem revelar opiniões e prioridades de seus criadores. A criação desses modelos também ocorre com certo grau de subjetividade e com capacidade de propiciar interpretações com perspectivas ideológicas, em prejuízo às partes afetadas.

Sob este aspecto, é relevante o risco gerado pelo uso de perspectivas estigmatizantes para geração de padrão algorítmico, em especial na esfera criminal. Como exemplo, cita-se o modelo americano LSI-R, do ano de 1995, que continha questionários a serem respondidos por condenados, com o fim de estabelecer a probabilidade de reincidência, classificando-a em graus. Entre as perguntas, estavam “quantas condenações você já teve” e “qual a influência de drogas ou álcool na prática do crime”. Além disso, questionava-se também sobre condições individuais de nascimento e formação e sobre o contexto familiar²⁶⁵.

Questionamentos utilizados para criar a estrutura interpretativa do sistema muito possivelmente leva a “cálculos” que podem redundar em uma pré-avaliação

²⁶² BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 73-74.

²⁶³ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 82.

²⁶⁴ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 82.

²⁶⁵ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 82.

negativa e não necessariamente precisa, em desfavor de pessoas de bairros de baixa renda e com maiores vulnerabilidades econômico-sociais²⁶⁶.

Na mesma percepção de prejuízo à legitimidade interpretativa, algoritmos já foram usados para estimar potencial de risco, processando grande quantidade de informações sobre a pessoa envolvida, seu histórico e seus dados pessoais, a fim de estabelecer correlações (*patterns*) capazes de prever o potencial de periculosidade criminal. Tais ferramentas vêm sendo utilizadas em países de *common law*, como Estados Unidos e Reino Unido, sobretudo na etapa de execução da pena, mas já foram estendidas para decisões relativas a fiança (*bail*) e à dosimetria da pena (*sentencing*)²⁶⁷.

Deste modo, há ainda grande ceticismo em relação à confiabilidade do uso de IA no processo interpretativo penal.

Segundo Rodrigues *et al.*²⁶⁸, um modelo de natureza computacional aplicado à tomada de decisões penais deve se sustentar em fundamentos causais sólidos. Ao se pretender introduzir ou avaliar o uso da inteligência artificial nesses procedimentos, é indispensável que tais modelos se apoiem em uma teoria científica válida.

A adequada codificação de uma teoria científica em matéria penal permite o controle da própria codificação. Ou seja, cria uma normatividade que exclui fatores capazes de gerar arbitrariedade no processo de obtenção do resultado (da decisão).

A possibilidade de contestar os resultados fornecidos por um algoritmo, portanto, é condição de imprescindível em processo interpretativo legítimo e justo, que garanta os direitos fundamentais do réu no processo penal²⁶⁹.

O artigo 23 Resolução nº 332/2020 do CNJ²⁷⁰ preocupou-se com o uso da inteligência artificial no Direito Penal ao dispor:

A utilização de modelos de Inteligência Artificial em matéria penal não deve ser estimulada, sobretudo com relação à sugestão de modelos de decisões preditivas.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput quando se tratar de utilização de soluções computacionais destinadas à automação e ao oferecimento de subsídios destinados ao cálculo de penas, prescrição, verificação de

²⁶⁶ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 82.

²⁶⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **A inteligência artificial no direito penal**. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

²⁶⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **A inteligência artificial no direito penal**. 2020.

²⁶⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **A inteligência artificial no direito penal**. 2020.

²⁷⁰ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 615 de 11 de março de 2025**. 2025.

reincidência, mapeamentos, classificações e triagem dos autos para fins de gerenciamento de acervo.

§ 2º Os modelos de Inteligência Artificial destinados à verificação de reincidência penal não devem indicar conclusão mais prejudicial ao réu do que aquela a que o magistrado chegaria sem sua utilização.

A geração de dados informativos no processo por meio de algoritmos, normalmente utilizada por quem tem mais poder na cadeia persecutória (ou seja, o Estado), desequilibra a necessária paridade de armas no processo penal, em especial ante a dificuldade de contrariar provas complexas como as de origem tecnológica²⁷¹.

O juiz, diante deste contexto, deve realizar controle interpretativo ainda mais rigoroso, já que também está sujeito a conteúdos cuja credibilidade e consistência não tem condições técnicas de contrapor.

Ao discorrer sobre os limites éticos ao uso da IA, Freitas²⁷² indica critérios sustentados nos direitos fundamentais, que devem nortear o processo interpretativo judicial: respeito à autonomia humana; prevenção de danos; equidade; e explicabilidade.

Freitas, *apud* Piló e Brasil²⁷³ assim explicam essas condições:

No tocante à autonomia humana, reconhece implicar a supervisão e o controle de parte dos seres humanos sobre os processos do trabalho dos sistemas de IA. Já no atinente à prevenção, acolhe o imperativo de que as pessoas vulneráveis devem receber maior atenção e ser incluídas no desenvolvimento e na implantação da IA. Quanto à prevenção dos danos, defende que ela implica também ter em consideração o ambiente natural e todos os seres vivos. Em relação à equidade, assevera que os profissionais no domínio da IA devem respeitar o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins, analisando cuidadosamente a forma de equilibrar os interesses e objetivos em causa. Por fim, sobre a explicabilidade, o autor afirma que os processos têm de ser transparentes, as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas e as decisões explicáveis aos que são por elas afetados de forma direta e indireta.

O artigo 5º da Resolução 615/2025 do CNJ²⁷⁴ estabeleceu, expressamente, a imprescindibilidade do respeito aos direitos e às garantias fundamentais em todas as fases de utilização da IA no processo judicial, desde o desenvolvimento ao uso de soluções de inteligência artificial no Judiciário.

²⁷¹ RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **A inteligência artificial no direito penal**. 2020.

²⁷² FREITAS, J. *apud* PILÓ, Xenofontes Curvelo; BRASIL, Deilton Ribeiro. A utilização da inteligência artificial no direito penal e seus reflexos nas garantias e direitos fundamentais. **Revista EJEJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 269-299, 2024. DOI: 10.70982/rejef.v1i1.25. Disponível em: <http://revistaejef.tjmg.jus.br/index.php/revista-ejef/article/view/25>. Acesso em: 27 nov. 2025. p. 278.

²⁷³ PILÓ, Xenofontes Curvelo; BRASIL, Deilton Ribeiro. **A utilização da inteligência artificial no direito penal e seus reflexos nas garantias e direitos fundamentais**. p. 86-87.

²⁷⁴ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 615 de 11 de março de 2025**. 2025.

O artigo 10 preocupou-se com a questão do uso preditivo da IA no processo de interpretação judicial, vedando, por risco aos direitos fundamentais e à independência dos juízes, o desenvolvimento de soluções que gerem dependência absoluta do usuário em relação ao resultado proposto; também vedou a valorização de traços de personalidade ou outras características pessoais de indivíduos ou grupos, para prever probabilidade de reincidência ou com fins preditivos e a utilização de critérios interpretativos estigmatizantes²⁷⁵.

A adoção da jurimetria²⁷⁶ como recurso interpretativo judicial surge como uma promessa de auxílio aos juízes no trabalho jurisdicional, sob uma pretensão de objetividade e eficiência. Contudo, o uso indiscriminado da IA retira da função interpretativa judicial a indispensável dimensão humana e coloca o intérprete em posição de vulnerabilidade frente à “autoridade” do algoritmo.

O caminho, diante da inevitabilidade do uso da IA no Direito, assim, é que seja inserida “dentro de um propósito limitado”²⁷⁷, e que os juízes sejam substituídos apenas em situações pontuais, como em casos de menor complexidade e em demandas repetitivas.

No processo penal, contudo, dada a sensibilidade dos direitos sob tensão, os critérios algorítmicos devem ser transparentes e absolutamente convergentes com os princípios constitucionais.

Em qualquer hipótese, a interpretação deve necessariamente passar pelo filtro interpretativo humano, no sentido do que refere Streck²⁷⁸, ao reconhecer absoluta importância de controle das decisões judiciais por critérios intersubjetivos, sem o que haverá evidente prejuízo à autonomia do direito, que é “condição de possibilidade para o Estado Democrático de Direito.”

²⁷⁵ Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Resolução nº 615 de 11 de março de 2025.**, 2025.

²⁷⁶ Estatística aplicada ao Direito em conjunto com softwares jurídicos, com objetivo preditivo e de resolver litígios. (PILÓ, Xenofontes Curvelo; BRASIL, Deilton Ribeiro. **A utilização da inteligência artificial no direito penal e seus reflexos nas garantias e direitos fundamentais.** 2024).

²⁷⁷ BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar:** pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. p. 92.

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito?**. p. 278.

3.2.6 Síntese dos critérios interpretativos constitucionalmente orientados

Após exposição dos critérios hermenêuticos propostos neste estudo, apresenta-se quadro sintético que reúne, na essência, os caminhos interpretativos, suas finalidades e os filtros constitucionais indispensáveis à construção de uma norma jurídica penal legítima e racionalmente justificada.

Quadro 1: Critérios interpretativos constitucionalmente orientados

Processo Interpretativo	Conteúdo / Objetivo	Limites e Filtros Necessários
1. Controle Linguístico	Leitura do texto legal conforme sua estrutura simbólica, semântica e pragmática; identificação dos significados possíveis dentro dos limites da linguagem normativa.	– Evitar recorrer à “intenção do legislador” como ficção hermenêutica; – Impedir criação judicial <i>contra legem</i>; – Respeitar taxatividade penal e legalidade estrita.
2. Controle Sistemático	Integração da norma com o conjunto do ordenamento jurídico, os princípios constitucionais, a dogmática penal e a coerência interna do sistema.	– Não ignorar a função constitucional da norma penal; – Vedação de contradições estruturais ou desestabilização institucional; – Respeito às garantias penais fundamentais (legalidade, culpabilidade, ofensividade etc.).
3. Controle Pragmático	Avaliação das consequências reais da decisão, especialmente sobre o indivíduo (réu), sem desconsiderar impactos sistêmicos e institucionais.	– Consequências não podem violar direitos fundamentais; – Evitar moralidade dominante ou utilitarismo punitivo; – Consequências avaliadas preferencialmente <i>pro reo</i>.
4. Controle da Decisão Interpretativa	Justificação racional, pública e constitucionalmente adequada da interpretação; demonstração da razão pela qual é a solução mais legítima.	– Impedir voluntarismo, subjetivismos e automatismos; – Fundamentação deve ser racional, transparente e consistente; – Havendo dúvida relevante: aplicar <i>favor rei</i> e presunção de inocência como limites materiais absolutos.
5. Controle do Uso de Inteligência Artificial	Garantir que ferramentas algorítmicas atuem apenas como apoio interpretativo, preservando o núcleo humano do julgamento.	– Proibição de decisões feitas exclusivamente por IA; – Obrigação de explicabilidade e transparência dos modelos (CNJ 332/2020 e 615/2025); – Exigência de revisão humana qualificada, evitando interpretação discriminatória, com impacto na liberdade individual; – IA não pode sugerir ou influenciar parâmetros de dosimetria sem clareza; – Em caso de conflito entre sugestão algorítmica e garantias fundamentais penais, prevalece sempre a interpretação humana, constitucionalmente orientada.
6. Controle da Equidade	Mecanismo de correção material quando a aplicação abstrata da lei produz resultado injusto ou desproporcional no caso concreto; atua como ponto de ligação entre legalidade, princípios constitucionais e realidade fática.	– A equidade não substitui a lei: apenas atua dentro dos sentidos possíveis da norma e da constituição; – Opera quando há insuficiência da regra diante das particularidades do caso ou quando há violação intolerável de direitos; – Deve voltar-se à proteção dos direitos fundamentais individuais do réu e limitar o poder punitivo estatal; – Exige fundamentação racional, demonstrando por que o caso concreto escapa ao padrão normativo; – Não pode servir de facilitador a decisionismo ou subjetivismo moral do julgador.

O quadro apresentado denota que o processo interpretativo na esfera penal exige a utilização de filtros sucessivos, orientados a garantir que o processo penal não se converta em espaço para voluntarismos e automatização acrítica. Como se

observa, não há autorização para substituição da função legislativa, mas a necessidade de uma dinâmica hermenêutica que exija que toda insuficiência/falha do sistema persecutório estatal seja resolvida com princípios constitucionais e consagrados na tradição jurídico-penal.

A partir da ideia geral até aqui exposta, analisam-se alguns julgados dos tribunais superiores, que revelam, de forma bastante evidente, as tensões estruturais da hermenêutica penal brasileira.

Capítulo 4

4 A AMBIVALÊNCIA INTERPRETATIVA DOS TRIBUNAIS: ANÁLISE DE PRECEDENTES

A jurisprudência dos tribunais brasileiros se utiliza de referenciais teóricos variados não necessariamente convergentes. O princípio da segurança jurídica – frequentemente invocado em casos paradigmáticos como recurso argumentativo destinado a conferir credibilidade à fundamentação da decisão –, nem sempre se traduz em efetiva coerência sistêmica, aparecendo, em determinados contextos, mais como elemento de sustentação retórica da decisão do que como critério estruturante de racionalidade jurídica²⁷⁹.

Neste contexto de amplitude interpretativa, algumas decisões se fundamentam em fundamentos legalistas, em nome da previsibilidade e do controle hermenêutico, enquanto outras incorporam argumentos voltados à eficiência institucional e às consequências sistêmicas da decisão penal, revelando traços pragmatistas na atividade jurisdicional.

Como observado por Naschenweng²⁸⁰, os precedentes ainda se limitam a um,

[...] proceder descritivo, de como o direito é, sem pretensão de correção. Com o apontamento da imbricação das normas primárias e secundárias, não examina a contento todo o processo envolvido na prática judiciária, porque não se ocupa da fase de concreção da decisão jurídica.

A leitura dos julgados abaixo – alguns transformados em súmulas – permite identificar distintas vertentes interpretativas, algumas colidentes, que tensionam o processo interpretativo contemporâneo e, em alguns casos, na contramão da segurança que se busca.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2009.

²⁸⁰ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. p. 65.

4.1 SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Súmula 231 do STJ²⁸¹, recentemente mantida pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸², veda a redução da sanção penal aquém do mínimo previsto em lei na segunda fase da dosimetria da pena, embora não haja impeditivo legislativo expresse.

O verbete foi consolidado na década de 1990 com base em reiterados julgados do STJ na década de 1990, que se utilizaram de referências doutrinárias para sustentar o entendimento legalista, sem qualquer recorte constitucional²⁸³.

No ano de 2009, o STF julgou o Tema de Repercussão Geral 158²⁸⁴ firmando a tese de que a incidência de circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Ao apreciar a matéria, o STF entendeu que admitir tal redução implicaria flexibilizar, por via interpretativa, os limites mínimos estabelecidos pelo legislador, o que afrontaria os princípios constitucionais da legalidade estrita, da reserva legal e da separação de poderes.

Ao ser estabelecida em regime de repercussão geral, a interpretação passou a vincular a jurisdição nacional, confirmando a Súmula 231 do STJ. O precedente privilegiou a legalidade estrita e as consequências institucionais e eventual interpretação ampliativa da lei penal. Não avançou, assim, nas consequências da relativização do princípio da individualização da pena, quando a aplicação da regra iguala réus reincidentes e primários que confessam o crime, ao impedir que as esses últimos o redutor seja efetivamente aplicado e a pena reduzida abaixo do mínimo legal²⁸⁵.

A súmula, portanto, vulnera princípios constitucionais, a exemplo da taxatividade da lei penal (já que não há vedação expressa à redução), da

²⁸¹ “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsps 2.057.181, 2.052.085 e 1.869.764**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/RevSTJ/article/viewFile/9386/9509>. Acesso em: 23 jan. 2026.

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsps 2.057.181, 2.052.085 e 1.869.764**.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 597.270 RG/RS**. Plenário, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26/03/2009 (Tema 158/Repercussão Geral), Ementa: “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2663001>. Acesso em: 23 jan. 2026.

²⁸⁵ A e B são condenados por tráfico ilícito de entorpecentes. A é primário e B é reincidente. Ambos confessam e, portanto, têm direito à redução da pena na segunda etapa da dosimetria da pena. No cálculo da sanção penal, apesar da reincidência de B, A e B terão a mesma pena. Isso ocorre porque ao réu A, embora primário, a atenuante da confissão é inócua, ante o teor da Súmula 231 do STJ.

individualização da pena e da igualdade substancial, que atua como elemento de orientação da dogmática penal, evitando tratamentos jurídico-penais incoerentes e não equitativos²⁸⁶.

Em linha oposta, revelando a dicotomia interpretativa que fragiliza a segurança jurídico-penal brasileira, em outros julgados os tribunais se utilizam do princípio da individualização da pena para reconhecer a necessidade de decidir com base de elementos concretos e verificáveis em cada caso.

Exemplo relevante de uso do método subsuntivo de fundamentação constitucional como recurso de contenção interpretativa no Direito Penal em favor do réu foi o julgamento do Tema Repetitivo 585 pelo STJ, sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia.

Na ocasião, a Terceira Seção fixou a seguinte tese:

É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

O precedente é relevante, ante a perspectiva constitucional que o fundamenta. A questão controversa poderia ser resolvida sob uma leitura estritamente legalista do Código Penal, com aplicação mecânica e objetiva de compensação entre agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61 e 65 do Código Penal. O acórdão, contudo, articula o texto legal com princípios constitucionais – especialmente o da individualização da pena –, com o princípio da proporcionalidade, convergindo com a essência do artigo 59 do Código Penal²⁸⁷, que traz à aplicação da sanção penal, na primeira fase da dosimetria, um caráter valorativo, não aritmético.

O dever de compensação expressamente declarado pelo Tribunal revela a linha constitucionalista do julgado, mas também a problemática que levou o tema à

²⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da igualdade e a dogmática penal. **Boletim IBCCRIM**, a. 32, n. 384, nov. 2024.

²⁸⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. "BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2026.

discussão em Recurso Repetitivo, ou seja, a multiplicidade de compreensões e interpretações no Direito Penal, que pode resultar em importante incoerência interpretativa sistêmica em prejuízo de direitos individuais.

Sob esta perspectiva, o julgado denota a preocupação em reduzir o espaço de decisionismos e excessiva subjetividade na aplicação da sanção penal, oferecendo aos tribunais e juízes das demais instâncias um critério racional sob princípios constitucionais, que permita maior previsibilidade às decisões penais, em benefício dos réus.

4.2 SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Súmula 593, aprovada pela Terceira Seção do STJ em 25 de outubro de 2017²⁸⁸, estabeleceu que:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Sob uma (legítima) preocupação com a Proteção Integral²⁸⁹, princípio norteador dos temas da Infância e Juventude e a ideia de respeito “à intenção do legislador”, a súmula acabou por cercear a possibilidade de uma avaliação individualizada do caso concreto, propiciando, em alguns casos, graves distorções na aplicação da lei penal.

Embora alguns julgados nas instâncias ordinárias realizem juízo valorativo concreto²⁹⁰, julgamentos de casos semelhantes continuam ocorrendo sob uma perspectiva abstrata de reprovabilidade do crime e sem análise individualizada das circunstâncias do caso²⁹¹.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 593**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em: 24 jan. 2026.

²⁸⁹ Princípio constitucional (art. 227 da CR/88) e norteador do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da Lei 8.069/90).

²⁹⁰ “CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. Estupro de vulnerável. Sentença absolutória. Inconformismo do Ministério Público. Relação de namoro. Circunstâncias do caso concreto. Atipicidade. Acusado e suposta vítima mantinham relacionamento amoroso consentido pela família desta, contexto bem valorado na sentença.” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação criminal 0000929-86.2011.8.24.0104/TJSC**. Rel. José Inácio Schaefer, 22.11.2016).

²⁹¹ A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão unânime, negou o pedido de habeas corpus para anular a condenação de um homem pelo crime de estupro de vulnerável. O colegiado reafirmou o entendimento estabelecido na Súmula 593 do STJ, que considera irrelevantes, para a caracterização desse crime, o eventual consentimento da vítima, sua experiência sexual

Apesar de não vinculante, a súmula autoriza a cristalização interpretativa e, portanto, a aplicação da norma penal por mera subsunção e sobreposição absoluta da tipicidade formal à tipicidade material. Em nome da segurança jurídica, que aqui se opera apenas em favor da vítima, o precedente contém o espaço interpretativo do juiz, opondo-se à lógica constitucionalista do Direito Penal contemporâneo.

4.3 TEMA 506 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PARCIAL SUPERAÇÃO DO PARADIGMA PUNITIVO: ESTUDO CRÍTICO DE CASO

No ano de 2016, em uma das comarcas do Estado de São Paulo – Brasil, um réu, em cumprimento de pena privativa de liberdade, foi processado por guardar, em um recipiente de comida, pequena quantidade de maconha (3g) para consumo pessoal.

O réu foi denunciado por crime de posse ilegal de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/06²⁹²) e, ao término da instrução, após rejeição da tese defensiva, foi condenado à pena de 01 mês e 15 dias de prestação de serviços à comunidade.

A Defesa recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença, e ao Supremo Tribunal Federal (STF), que conferiu à matéria caráter de Repercussão Geral (Tema 506), consoante artigos 102, § 3º da Constituição da República²⁹³ e 1.035²⁹⁴ do Código de Processo Civil.

anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o réu. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sexta Turma reafirma que consentimento da vítima é irrelevante e mantém condenação por estupro de vulnerável.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/06052024-Sexta-Turma-reafirma-que-consentimento-da-vitima-e-irrelevante-e-mantem-condenacao-por-estupro-de-vulneravel.aspx>. Acesso em: 24 jan. 2026).

²⁹² BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 15 fev. 2026.

²⁹³ § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros).

²⁹⁴ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Em junho de 2024, após grande controvérsia jurídica e social, e embate entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, esse ao qual se atribuiu intenção de usurpar a competência legislativa, o recurso foi julgado.

Por maioria de votos, o Tribunal deu provimento ao Recurso Extraordinário deliberando pela absolvição do acusado por atipicidade da conduta e reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, apenas em relação ao porte de maconha para consumo pessoal.

A tese firmada foi no sentido de afastar todo e qualquer efeito de natureza penal do artigo 28, com relação ao porte de maconha, porém com manutenção das sanções ali previstas, em caráter administrativo, até advento de regulamentação legislativa.

O Tribunal estabeleceu ainda critérios para distinção entre traficante e usuário, nos termos do § 2º do art. 28, fazendo presumir usuário, salvo prova contrária, quem, para consumo próprio, adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito.

O julgamento, na primeira etapa, se deu conforme a Lei 9.099/95²⁹⁵, que prevê, a casos cíveis e penais de menor complexidade, um procedimento mais célere e informal, priorizando a oralidade nos debates.

A despeito das vantagens naturalmente resultantes de um processo simplificado, ele pressupõe uma produção de provas menos técnica e predominantemente testemunhal, e acaba por determinar, especialmente em feitos criminais, debates jurídicos fracos e, evidentemente, atos decisórios igualmente débeis.

Embora a dialética processual tenha ocorrido em conformidade com a lei, não ganhou profundidade necessária; isso também se observa da sentença, na qual os argumentos de defesa foram enfrentados com excessiva superficialidade (superficialidade, em alguma medida, autorizada pela legislação), a despeito da relevância do tema, que exigiria uma reflexão com amplo espectro de perspectivas e de conhecimento multidisciplinar

²⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 17 jan. 2026.

4.3.1 Análise das decisões de primeiro e segundo graus

A sentença, que condenou o réu a uma pena de 01 mês e 15 dias à prestação de serviços à comunidade, considerou a prova suficiente; contra as teses de defesa, apoiou-se nos argumentos: a) de que a conduta é típica, já que o que busca o dispositivo penal não é preservar a saúde do autor do fato, mas sim a saúde pública, em razão do “mal potencial que pode causar à coletividade”; b) que a aplicação da pena ao réu era necessária como medida preventiva, a fim de “evitar o crescimento da atividade do agente”, que poderia “se tornar traficante ou viciado”; c) que o crime de porte de entorpecente para consumo próprio já foi reconhecido como constitucional ainda quando previsto na Lei 6.368/76 e por isto a discussão já estaria superada.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença de primeiro grau superando-a em objetividade, com o argumento de que: a) a “incriminação” do porte de drogas para consumo pessoal é justificada por motivos “maiores”, ou seja, de impedir difusão das drogas; b) que crime de porte de entorpecente para consumo próprio já foi reconhecido como constitucional ainda quando previsto na Lei 6.368/76 e por isto a discussão já estaria superada; c) que o artigo 28 não pune o vício, porque a conduta de “usar” não compõe o tipo penal, o que “esterilizaria” a tese de ofensa à liberdade individual.

Como se observa, em primeira e segunda instâncias, os juízes limitaram-se a interpretar a norma sob o critério da tipicidade formal, reafirmando o modelo de perigo abstrato e aplicando o preceito penal por mera subsunção, sem análise da constitucionalidade da sanção no caso concreto.

Ao utilizar-se da concepção de perigo abstrato para conferir validade a uma norma fortemente vinculada a problemática de saúde pública, o legislador e o julgador fazem uma dissociação absoluta entre direitos individuais e interesse coletivo, relegando o indivíduo a um segundo plano, em prol de uma abstração jurídica, que é a coletividade.

A sentença se utiliza de argumento meramente retórico ao considerar o usuário um potencial traficante, já que não se baseou em dados científicos ou mesmo empíricos; aliás, a experiência indica que o usuário está mais vulnerável socialmente e também perante a figura do traficante, o que já se mostraria um argumento coerente para discutir a constitucionalidade do dispositivo

Em primeiro grau, a condenação não transitou por qualquer campo de conhecimento para além do normativo. Do mesmo modo, em segunda instância manteve-se a sentença reproduzindo, de forma superficial, os argumentos nela utilizados, revelando, nos termos do que defende Atienza²⁹⁶ um “déficit de racionalidade prática”, por insuficiência de integração necessária entre todos os elementos da cadeia interpretativa.

Este quadro interpretativo inicial denota como o formalismo penal esvazia a (indispensável) função hermenêutica do juiz. A ausência de uma justificativa de natureza constitucional e interdisciplinar se traduz no que Streck²⁹⁷ denomina “decisionismo por omissão”, pelo qual aplicação isolada da lei camufla a falta de reflexão sobre a legitimidade substancial do texto normativo.

No plano da política criminal, essa postura agrava a seletividade punitiva e distancia o direito penal de seu fundamento constitucional, em especial porque fundamentações judiciais fracas normalmente ocorrem em processos de pouca visibilidade (e com réus na mesma condição).

Para Streck²⁹⁸, o problema, antes de tudo, está no modo como as decisões se fundamentam (ou não), já que pela fundamentação é que se legitima a jurisdição. Portanto, a decisão que ignora o contexto constitucional não é apenas equivocada do ponto de vista técnico, mas inconstitucional do ponto de vista hermenêutico.

Uma interpretação restrita do Direito e, portanto, mais formal, costuma ser a tônica dos argumentos que buscam manter o *status quo*. Uma concepção ampliativa sempre oferecerá resultados que mais se aproximam do conceito de justiça.

4.3.2 Análise do julgamento pelo STF

4.3.2.1 Votos vencidos

O Ministro Cristiano Zanin, em voto contrário à declaração de inconstitucionalidade, sustentou que:

a) O sistema judicial criminal fundado na cultura da persecução penal é falho e vem gerando o encarceramento massivo, sobretudo de pessoas vulneráveis;

²⁹⁶ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. 2017.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista Opinião Jurídica**, v. 15, n. 20, p. 160-179, 2017.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. **O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito**. p. 160-179.

b) Há discrepâncias na aplicação do artigo, como o encarceramento em massa, porém que a descriminalização enfrenta “problemas jurídicos” e pode agravar a situação do consumo de drogas;

c) Usuários são vítimas, mas que o Estado deve zelar pela saúde pública; que a liberação pode aumentar o consumo, colocando em risco também a vida do usuário, ao ter contato com traficantes e grupos criminosos para obter a droga;

d) A necessidade de evolução da legislação sobre drogas não permite declaração de inconstitucionalidade da lei;

O Ministro admitiu a necessidade de estabelecimento de critérios complementares ao artigo constitucional o art. 28 da Lei 11.343/06 para distinção entre usuários e traficantes;

O Ministro André Mendonça foi contrário à declaração de inconstitucionalidade, porque, segundo ele:

e) A maconha é prejudicial à saúde, causando “sérios danos” de ordem física e psiquiátrica, mencionando estudos; permitir consumo de maconha gera repercussão no ambiente familiar, risco de acidentes de trânsito, de contaminação por doenças sexualmente transmissíveis, queda de fertilidade e da libido, comprometimento escolar, transtornos psiquiátricos, queda de QI, entre outros;

f) Tem havido aumento contínuo do consumo de maconha ao longo dos anos; segundo dados apresentados por órgão independente e de monitoramento de drogas, a legalização não impediu o crescente mercado ilícito e do crime organizado, e há relação entre a legalização e o aumento de consumo;

g) O uso da maconha é “o primeiro passo para o precipício”;

4.3.2.2 Análise dos votos vencidos

Dois dos votos vencidos, como se observa, partem da premissa de que o artigo 28 da Lei de Drogas é constitucional (e, portanto, válido como norma penal), porque busca proteger a saúde pública e não a saúde do consumidor ou do usuário. Não oferecem, contudo, qualquer fundamento consistente, sob qualquer perspectiva, a justificar tal entendimento.

Alguns dos argumentos são ambíguos, como de reconhecer que o legislador quis dar tratamento mais brando aos usuários, por serem mais vulneráveis, que o

sistema de persecução penal atinge os mais frágeis, ao mesmo tempo em que se considera, implicitamente, que o direito individual de tais pessoas tem menos relevância diante de um suposto interesse coletivo, que não é concretamente apontado.

Se se sustenta que o dependente químico é “vítima” (do que se deduz que, individualmente, necessita de proteção), não parece coerente ou razoável velar pela constitucionalidade do artigo 28 apenas ao argumento de que ele busca proteger a coletividade.

Os votos se constituíram de afirmações vagas e meramente retóricas, como a de que a descriminalização das drogas “enfrenta problemas jurídicos” e que pode “agravar a situação do consumo de drogas”. Em relação a esta última afirmação e a de que o uso de entorpecentes aumentou nos últimos anos, ainda que possa ser baseada em estudos, conforme manifestado no voto, não ficou claro se tais estudos indicaram todos os fatores possivelmente determinantes deste aumento.

Observa-se, neste ponto, que mesmo nos Tribunais Superiores se utilizam de expressões abertas e genéricas como argumento de impacto nas decisões penais, reafirmando, como referido por Streck, a discricionariedade positivista e a multiplicidade de respostas.

Relativamente à afirmação de que a necessidade de revisão legislativa do tema não justificaria a declaração de inconstitucionalidade, a norma precisa acompanhar as mudanças de paradigmas. Se isso não ocorre por omissão do legislador, é legítimo o acionamento do Poder Judiciário para que tal revisão ocorra, sob os critérios da constitucionalidade.

A leniência do legislador com a insuficiência de suas leis e diante da necessidade de revisão de normas penais obsoletas e em conflito os princípios constitucionais, impele o Judiciário a fazê-lo através dos mecanismos jurídicos previstos pelo próprio Legislativo.

Waldron²⁹⁹ considera que a influência de fatores não alinhados constitucionalmente ou não objetivos, como a moral social dominante, aumenta na proporção do número de representantes legislativos, dificultando a coordenação e a produção de leis coerentes.

²⁹⁹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 39.

E prossegue o autor sobre o temor dos juristas e constitucionalistas sobre a legitimidade das leis, ao observarem “[...] a maneira absurda pela qual as proposições ou moções colocadas diante da legislatura adquirem autoridade jurídica.’ E prossegue, sobre a forma como as leis adquirem essa autoridade”³⁰⁰:

Elas o adquirem sendo decretadas, isto é, sendo aprovadas pelas várias câmaras da legislatura e recebendo a aquiescência do chefe de Estado. Tudo isso soa muito solente e dignificado até que nos recordemos de que o modo específico dessa decretação em uma câmara legislativa é a votação e a decisão majoritária – uma determinação puramente estatística do fato de haver mais membros a favor do projeto de lei do que contra ele. Os projetos de lei não se investem de autoridade jurídica pela razão; impõe-se como autoridade com nada mais crível do que os números ao seu lado.

O processo legislativo, portanto, está sujeito à influência de uma série de fatores, como ideologia de bancadas, forças política e econômica, para as quais a técnica jurídica e a preservação dos princípios constitucionais nem sempre são colocadas num nível de maior importância.

A revisão da constitucionalidade de uma norma, nesse sentido, é também a verificação de sua validade substantiva e não meramente formal. Para que goze de validade plena, a norma depende do atendimento de critérios de conteúdo, alguns deles estreitamente ligados aos direitos fundamentais. Assim, “La simple vigencia o existencia supone el cumplimiento de los requisitos de forma y de procedimiento; el Derecho válido, formalmente vigente, puede ahora ser considerado inválido desde parámetros establecidos por el propio Derecho”³⁰¹

O voto seguinte (Ministro André Mendonça), do mesmo modo, se caracterizou por argumentos de cunho eminentemente retóricos e com grande carga de emotividade, a sugerir que a posição pela manutenção da vigência do crime de porte de droga para consumo pessoal tenha sido resultado de motivação meramente moral.

Ao discorrer sobre o uso da moral social dominante como recurso para a argumentação, Atienza³⁰² faz precisa análise dos riscos de sua utilização irracional. Ressalta que, algumas vezes, ela pode ser reflexo de preconceitos e de concepções contrárias aos valores constitucionais e, por isso, as decisões judiciais só podem ser justificadas por uma moral racional.

³⁰⁰ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. p. 155.

³⁰¹ REGLA, Josep Aquiló; ATIENZA, Manuel Rodrigues; MANERO, Juan Ruiz. **Fragments para una teoría de la constitución**. Madrid: Iustel, 2007. p. 122.

³⁰² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 138.

4.3.2.3 Votos vencedores

O Relator do recurso, Ministro Gilmar Mendes, apresentou voto escrito, nesta ordem e nos seguintes termos:

a) Referiu que a Constituição Federal de 1988 adotou um dos mais amplos catálogos de mandados de criminalização já conhecidos, conferindo ao legislador alta dose de discricionariedade legislativa em esfera penal; que tal discricionariedade está submetida ao princípio da proporcionalidade (necessidade e adequação), sob pena de excesso de poder legislativo;

b) Dispôs que a lei penal não será necessária se o objetivo buscado puder ser alcançado por medida que se revele adequada menos onerosa; que a dúvida sobre o atendimento deste pressuposto abre espaço para o controle de constitucionalidade material da atividade legislativa no âmbito penal; e eventual declaração de inconstitucionalidade deve se fundamentar em inequívoca inidoneidade das medidas adotadas em face dos bens jurídicos objeto da proteção penal (controle constitucional material da atividade legislativa);

c) Destacou que “o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de direito então disponíveis”; que, em caso de grave afetação de bens jurídicos fundamentais, pode o Tribunal desconsiderar as valorações fáticas realizadas pelo legislador, para fiscalizar se a intervenção no direito fundamental está justificada por razões de extraordinária importância; para isso, pode realizar juízo de proporcionalidade, que avalia o equilíbrio entre o resultado da intervenção e os objetivos buscados (proporcionalidade em sentido estrito).

d) Discorreu sobre a difícil relação entre a figura do crime de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou da ofensividade, estes diretamente vinculados ao princípio da proporcionalidade; sustentou que a análise da proporcionalidade, por meio da verificação da adequação e da necessidade, é necessária ao controle da constitucionalidade;

e) Realizou controle de evidência e de justificabilidade do artigo 28 da Lei 11.343/06; no âmbito da evidência, considerou que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é incompatível com a política de redução de danos

almejada pela Lei; ressaltou que não há, na exposição de motivos da Lei 11.343/06, nenhum estudo técnico que estabeleça relação entre a conduta prevista no art. 28 e a proteção aos bens jurídicos que se disse querer tutelar, em clara violação ao princípio da proporcionalidade;

f) No nível de controle de intensidade, considerou que dar tratamento criminal ao uso de drogas ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação; que o uso particular coloca em risco apenas o usuário e que o contato do usuário com o traficante não pode ser considerado responsável pelos malefícios decorrentes desta atividade ilícita;

g) Conclui dizendo que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de forma desproporcional.

Em voto proferido oralmente, o Ministro Alexandre de Moraes fundamentou seu entendimento pela inconstitucionalidade, de modo geral, em consonância com o voto do Relator, acrescentando que:

h) Sob o ponto de vista do direito à privacidade e à intimidade do usuário, são válidas restrições ou condições ao uso de determinadas substâncias, porém que a criminalização da conduta viola o direito de o cidadão colocar em risco a própria saúde, mostrando-se uma agressão ao direito constitucional à privacidade;

i) A Lei 11.343/06 revela uma antinomia ao distinguir usuários e traficantes, sem, contudo, distingui-los mais objetivamente, o que redundou, em grande parte dos casos, na classificação de consumidores como traficantes.

j) Votou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343, afastando do dispositivo qualquer efeito de natureza penal, porém pela manutenção das medidas ali previstas na esfera administrativa, para atender ao objetivo de política pública de prevenção de danos;

4.3.2.4 Análise dos votos vencedores

Ambos os Ministros apresentaram voto de amplo espectro disciplinar, partindo da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para realizar controle material de constitucionalidade da Lei Penal. Também dispuseram de uma base interpretativa

pragmática, indispensável à análise de temas difíceis, que transpassam o aspecto meramente formal.

Essa perspectiva reconhece que o direito não é um conjunto estático de regras, mas um sistema valorativo, e que a decisão judicial deve expressar coerência normativa, moral e institucional³⁰³.

O voto do relator centrou-se na análise do conflito entre direitos fundamentais, com base na jurisprudência constitucional alemã, contrapondo o direito coletivo à saúde e à segurança ao direito individual à intimidade e à vida privada. Analisou os critérios e limites do controle de constitucionalidade de leis penais, especialmente daquelas que pretendem proteger bens jurídicos fundamentais sob a perspectiva de perigos abstratos³⁰⁴.

Dispôs sobre os princípios da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) e da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)³⁰⁵, traduzindo-se na ideia de que a legitimidade da norma penal deve passar não apenas pela legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, mas também pela “[...] a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização”³⁰⁶.

Ao tratar da concepção constitucionalista do Direito, Atienza³⁰⁷ enfatiza a necessidade de integração entre a dimensão autoritativa e a ordem de valores estabelecida pelos princípios constitucionais. Segundo ele, numa concepção moderna,

[...] El Derecho no puede verse exclusivamente como uma realidade ya dada, como el produto de uma autoridade (de uma voluntad), sino (además y fundamentalmente) como uma práctica social que incorpora uma pretensión de corrección o de justificación.

Ao defender a legitimidade do Supremo para controle constitucional da matéria, o Relator refutou argumentos dos seguimentos políticos e sociais contrários à revisão judicial do artigo 28, no sentido de que o STF buscaria “usurpar” o papel do legislador.

³⁰³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. 3. tir. Tradução de Jeferson Luz Camargo. São Paulo: WMF – Martins Fontes, 2019.

³⁰⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **RE nº 635.659 – 2023**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar-1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

³⁰⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **RE nº 635.659 – 2023**.

³⁰⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **RE nº 635.659 – 2023**.

³⁰⁷ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 29.

E para justificar o posicionamento, abordou justamente a condição de *justificabilidad* e de *proporcionalidade* exigida de qualquer ato decisório, seja ele judicial ou legislativo.

Para validar a decisão do Tribunal, com base na jurisprudência constitucional alemã, o voto do Relator partiu das seguintes premissas: 1) de que ao Judiciário cabe o controle rígido da constitucionalidade da Lei Penal; 2) de que o controle judicial de constitucionalidade de uma norma penal requer: a) análise da idoneidade das medidas adotadas em face do bem jurídico que se pretende proteger (*control de evidência*); b) verificação se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento (*justificabilidad*); c) se a lei que restringiu o direito fundamental foi adequada e necessária para o fim almejado (*intensidade*); 3) de que, uma vez verificada a violação destes pressupostos, autorizado está o julgador a declarar a inconstitucionalidade.

Tal compreensão, como se pode observar, norteou os dois votos, que não se sustentaram e nem conseguiriam se sustentar em uma análise meramente formal do tema.

A ciência jurídica não se resume a termos meramente descritivos, mas também críticos e prospectivos; ou seja, sua função primordial é mostrar e corrigir lacunas e contradições geradas pela violação de direitos. Assim, citando Ferrajoli *apud* Regla, Atienza, Manero³⁰⁸ referem que os direitos existem na medida em que são previamente estabelecidos na Constituição, ainda que lhes faltem garantias legislativas. A jurisdição, contudo, “[...] en la medida em que ha de verse como aplicación e interpreteacion de las leyes em conformidade com la Constitución, incorpora también um aspecto pragmático y de responsabilidad cívica”.

Uma adequada interpretação da norma pressupõe a integração entre os aspectos simbólicos, proposicionais e contextuais ou pragmáticos da lei³⁰⁹.

Sob tal percepção, ao realizar controle de *evidência*, os votos destacam que o artigo 28 é discrepante em relação ao objetivo exaltado pela Lei, de promover prevenção ao uso de substâncias entorpecentes e a reinserção social de usuários e dependentes químicos (artigo 1º), porque, ao criminalizar o porte de drogas para uso

³⁰⁸ REGLA, Josep Aguilò; ATIENZA, Manuel Rodrigues; MANERO, Juan Ruiz. **Fragments para una teoría de la constitución**. p. 123-4.

³⁰⁹ IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. 2022.

pessoal, o legislador cria um cenário de estigmatização e de agravamento da condição existencial deste público.

Os Ministros partiram do pressuposto de que a vontade do legislador foi conferir tratamento mais humanizado ao usuário de drogas e aos dependentes químicos. A perspectiva de verificação da “intenção do legislador” é questionável, ante a dificuldade de se estabelecer a efetiva intenção por trás da norma, que pode estar carregada de motivos não sustentados em um estudo epistemológico concreto, mas predominantemente morais.

Nesse sentido, sob o critério da *justificabilidade*, dispuseram os Ministros que, ao elaborar o art. 28 da Lei de Drogas, o legislador não o fez alicerçado em estudos objetivos, dos quais se pudesse realizar diagnósticos e prognósticos sérios no nível de política criminal, a sustentar a ação legislativa em matéria criminal. Isso efetivamente se verifica ao se analisar a exposição de motivos da Lei 11.343/06, pelo que se observa a superficialidade com que o tema foi tratado³¹⁰.

No aspecto da *intensidade*, que tem estreita relação com o da *evidência*, referem os Ministros a necessária avaliação dos princípios em conflito, num contexto de proporcionalidade entre o direito cerceado e o que supostamente se busca proteger. Consideraram, nesse sentido, que o tratamento criminal àquele que porta droga para consumo pessoal atinge, de forma desproporcional, a esfera íntima e o direito de autodeterminação individual.

Para Atienza³¹¹, “A consideração do peso das premissas socorre o juiz nos casos difíceis, quando há descompasso entre os aspectos diretivo e justificativo das regras”. O autor, cuja teoria é predominantemente argumentativa, defende uma interpretação jurídica sustentada na norma, no pragmatismo, nos princípios e na racionalidade.

Ao dispor de casos de maior complexidade (os “casos difíceis”), Atienza parte da tipologia elaborada por MacCormick, de que o esquema de justificação judicial (justificação interna) assume forma silogística com duas premissas: a normativa e a

³¹⁰ Exposição de motivos à Lei 11.343/06, (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>. Acesso em: 03 fev. 2026).

³¹¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 81.

fática, das quais podem resultar alguns problemas, como de interpretação, de relevância, de prova e de qualificação³¹².

Para o acolhimento da tese defensiva, o STF sustentou-se na premissa normativa, ao tratar de questões validade da norma, de interpretação, de aplicabilidade e de ponderação, destacadas por Atienza, todas, em algum grau, ligadas entre si. Secundariamente, valeu-se de premissas fáticas, para uma abordagem justificativa e das consequências da aplicação do dispositivo sob discussão.

Ainda na análise dos pressupostos de *evidência* e de *intensidade* da lei, os Ministros admitiram a *justificabilidade* da existência dos crimes de perigo abstrato, desde que atendido o princípio da proporcionalidade, por meio da verificação dos critérios necessidade x adequação.

Para enfrentar a tese acusatória de que o art. 28 se trata de crime de perigo abstrato e, portanto, goza de validade, os Ministros entenderam pela inexistência de risco a terceiros com a prática descrita no artigo 28, e sim se tratar de conduta que não ultrapassa o âmbito meramente individual.

Sobre a necessidade de transcendentalidade do risco individual com a prática de um crime, Zafaroni e Pierangeli³¹³ dispõem:

De qualquer maneira, repetimos que o requisito da relevância social, entendida como a necessidade de que a conduta transcenda da esfera meramente individual do autor para a do outro, é um requisito da tipicidade penal da conduta, mas não da conduta em si, que é conduta, embora não transcenda a ninguém. As ações puramente privadas, que não transcendem para ninguém (e que o direito não pode proibir), também são ações.

No mesmo contexto, reconheceram os Ministros que a intervenção penal estatal, neste caso, vulnera o princípio constitucional da liberdade individual, tópico principal da tese defensiva.

³¹² “A propósito da premissa normativa, poderiam ser apresentados dois tipos de dificuldades: 1) problemas de interpretação, nos casos em que há acordo sobre qual norma – ou disposição – é aplicável, mas se discorda em relação a como deve ser entendida; 2) problemas de relevância, quando existe uma dúvida em relação a se existe e qual é a norma aplicável. E a propósito da premissa fática, duas outras dificuldades: 3) problemas de prova, quando existem dúvidas sobre se determinado evento ocorreu; 4) problemas de qualificação ou de ‘fatos secundários’, nos quais a dúvida surge sobre se determinado fato, que não se discute, entra ou não no campo de aplicação de um determinado conceito contido no suposto fato ou na consequência jurídica de uma norma”. (ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 110).

³¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 370.

Para sustentar a inconstitucionalidade do artigo 28 por quebra dos requisitos de *evidência*, de *justificabilidade* e de *proporcionalidade*, os julgadores também revisaram a rotina do sistema de persecução penal, partindo das prisões em flagrante realizadas especialmente pela polícia militar, sem investigação prévia, em procedimentos de rotina, que resultam em processos criminais, a maioria deles por tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente da quantia de droga apreendida.

A utilização de critérios interpretativos, argumentativos e empíricos ocorreu em consonância com a realidade e os mais variados estudos e medidores estatísticos, que indicam crimes relacionados a drogas costumam ser os primeiros a inaugurar a folha de registros de antecedentes de um indivíduo, e costumam ser sucedidos por outros crimes, especialmente os patrimoniais³¹⁴.

Destacou-se que elementos que subsidiam flagrantes por tráfico muitas vezes estão associados à realidade pessoal e social do suspeito (nível social e local da abordagem, cor de pele, registros criminais anteriores etc.) e que tais fatores acabam constituindo elementos de prova implícitos – por vezes avalizados pelo Ministério Público e o Judiciário ao final da cadeia de persecução.

Sustentados em tais premissas fáticas, compreenderam os Ministros que a lei não observou todas as circunstâncias subjacentes previamente à criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, tampouco realizou avaliação sob o ângulo das consequências.

4.3.2.5 Quebra do princípio da universalidade e da coerência interpretativa

A decisão do STF dirigiu-se, essencialmente, à análise da validade da norma penal discutida (art. 28 da Lei 11.343/06), baseada menos em um modelo de regras, e mais em um modelo constitucionalista.

Apesar de o STF ter reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 afastando o caráter penal, a decisão limitou-se ao uso de maconha. O Tribunal justifica a restrição dos efeitos do julgado ao fundamento de que tal decisão respeita o caso concreto analisado e os limites do recurso.

³¹⁴ BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acesso em: 3 fev. 2026.

A escolha de limitar a declaração de inconstitucionalidade do tipo penal, contudo, foi contraditória e fere o critério da universalidade³¹⁵, segundo o qual uma decisão judicial só é racional e justificável se formulada como uma regra geral, que possa ser aplicada em outros casos semelhantes. Esse princípio serve de freio hermenêutico, impedindo decisões casuísticas e decisionismo pragmático, aproximando a decisão da ideia de igualdade.

Sobre o pressuposto da universalidade, Atienza³¹⁶ afirma que,

[...] decidir de acordo com critérios de equidade significa ir contra a generalidade de uma norma (introduzir uma exceção para evitar uma consequência ruim), mas não a sua universalidade, algo que Aristóteles já sabia quando afirmava que o equitativo é justo (e a justiça é uma relação de igualdade), mas não no sentido da lei, mas como uma retificação da justiça legal (Ética a Nicômano, Livro V, 10)

Neste sentido, se a decisão do Tribunal se dá sob o fundamento de que a aprovação do artigo 28 não foi precedida de um exame de *evidência* e de *justificabilidade*; que não atendeu ao critério de *proporcionalidade* entre o direito atingido e aquele que se busca proteger; que a conduta lá prevista não fere direito de terceiros, atingindo unicamente o usuário, não parece coerente que se diga que a inconstitucionalidade está restrita ao porte de maconha.

De igual modo, ao se confirmar a tese de inconstitucionalidade e a incoerência entre a intenção da Lei 11.343/06 e um tipo penal que sanciona usuários e dependentes químicos, não haveria razão idônea para excluir desta compreensão os consumidores de drogas mais nocivas, que são justamente os mais vulneráveis, e normalmente com imputabilidade reduzida.

A decisão do STF, neste ponto, destoou da linha interpretativa seguida ao longo dos votos, em nítida antinomia. A interpretação feita pelo Tribunal, possivelmente minimizar os riscos de fragilização da relação com o Poder Legislativo³¹⁷, apresentou uma solução insuficiente à controvérsia, embora represente um avanço.

³¹⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 132.

³¹⁶ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. p. 132.

³¹⁷ É provável que, para além do respeito à dialeticidade recursal, que a parcial declaração de inconstitucionalidade possa ter sido adotada para abrandar a crise entre os poderes, já que, em retaliação aos votos favoráveis à tese da defesa, o Plenário do Senado aprovou o Projeto de Emenda Constitucional 45/23 ([PEC 45/2023](#)), que insere no art. 5º da Constituição a determinação de que é crime a posse ou o porte de qualquer quantidade de droga ou entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Trata-se, portanto, de decisão com perspectiva política.

Tal contexto, além do forte apelo à moral social (implícito no art. 28 e nos votos contrários à tese da defesa) podem ter servido como freio ao alcance da tese firmada pelo STF.

A opção do STF, embora política e socialmente pacificadora (na linha defendida por Posner³¹⁸), parece contradizer a função contramajoritária da jurisdição constitucional³¹⁹. Ou seja, se o papel do Tribunal é proteger direitos fundamentais mesmo contra maiorias circunstanciais, a autolimitação interpretativa fragiliza o núcleo da jurisdição democrática.

Há, neste ponto, nítida violação ao pressuposto argumentativo da *universalidade*³²⁰, da *consistência lógica* e da *adequação das consequências*. Nesse último aspecto, embora o exercício preditivo seja complexo, a experiência ao longo de quase cinquenta anos da primeira lei antidrogas permite saber o que não deu certo.

Portanto, uma decisão guiada pela moral social dominante pode parecer uma escolha democrática, mas é especialmente frágil se desamparada de uma compreensão epistemológica da questão jurídica sob debate.

Sob a ótica de uma teoria das consequências jurídicas da decisão penal, o julgamento se deu com reflexão da realidade social e criminal do país e os efeitos sociais e institucionais da decisão. Apesar disso, continuou permitindo graves distorções na aplicação da lei penal, conferindo a temas de relevância social, como adoecimento mental e saúde individual e pública, tratamento de caráter criminal.

Embora a tese firmada seja um avanço do ponto de vista hermenêutico constitucional, deveria ter ido além, minimizando graves injustiças geradas pelo sistema de persecução penal em face de dependentes químicos.

Observa-se, diante do que se expôs, a complexidade do processo interpretativo. Exigir absoluta convergência entre os tribunais seria seguir na mesma direção dos precedentes vinculantes, cuja efetividade aqui se questiona. Conclui-se, assim, que a segurança jurídica deve ser buscada mais como uma (forte) referência

³¹⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. 2010.

³¹⁹ ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. p. 4.

³²⁰ Sobre o pressuposto da universalidade, Regla et al afirma que “[...] decidir de acordo com critérios de equidade significa ir contra a generalidade de uma norma (introduzir uma exceção para evitar uma consequência ruim), mas não a sua universalidade, algo que Aristóteles já sabia quando afirmava que o equitativo é justo (e a justiça é uma relação de igualdade), mas não no sentido da lei, mas como uma retificação da justiça legal (REGLA, Josep Aguilò; ATIENZA, Manuel Rodrigues; MANERO, Juan Ruiz. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. p. 132).

interpretativa voltada ao respeito aos direitos constitucionais e à contensão do poder punitivo estatal na esfera penal, e menos como argumento para realização de política criminal ou institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primeiros agrupamentos humanos do mundo civilizado, as normas são utilizadas como instrumento para organização política e social. As leis, nesse sentido, surgiram como instrumento de expressão de um poder centralizado (o Estado), para preservação da ordem, da segurança e da estabilidade no meio social.

O conteúdo das leis sempre foi reflexo do contexto político e social de cada época. Dos códigos jurídicos da Antiguidade, como o Código de Hamurabi, às formulações filosóficas de Platão³²¹ e Aristóteles³²² sobre a ética, justiça e governo ideal, aos pensadores mais modernos como Hobbes e Montesquieu, chega-se a uma ideia comum: a da necessidade de um ente central que conduza a sociedade ao equilíbrio, por meio de normas.

No pensamento moderno do século XX, autores como Hannah Arendt³²³ trouxeram novas perspectivas sobre os desafios do Estado contemporâneo, então sob a sombra dos regimes totalitários, e sobre como se desenvolvem em determinados contextos políticos. Assim, a relação entre Estado, lei e poder exige que se questione quais são os limites legítimos do poder coercitivo do Estado no Direito Penal, que para além da lei positivada, também se manifesta através da interpretação judicial e da criação da norma jurídica.

Desde o jusnaturalismo, que sustentava uma ordem jurídica universalmente válida e superior àquela estabelecida pelo Estado³²⁴, a ciência do direito percorreu caminhos distintos até o modelo constitucional predominante na modernidade (ainda que com nuances distintas).

A Escola Pós-Positivista, como se pode observar, foi a aquela que mais ofereceu recursos teóricos à hermenêutica jurídica, com enfoques distintos, mas todos convergentes, para a integração entre norma, princípios e valores constitucionais.

Encontrar uma fórmula exata que permita ao juiz realizar uma integração adequada entre a lei e o caso concreto nos casos difíceis parece impossível. Ainda assim, a doutrina tem se debruçado sobre o tema em busca de métodos que ofereçam

³²¹ PLATÃO. **A justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016.

³²² ARISTÓTELES. **A política**. 2009.

³²³ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo, antissemitismo, imperialismo e totalitarismo**. 1. ed. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2023.

³²⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. p. 205.

ao julgador mecanismos de interpretação jurídica, que propiciem às decisões judiciais um grau razoável de equilíbrio entre a letra da lei e o que se considera justo.

A complexidade dos fenômenos jurídicos e a evolução histórica do Direito Penal ampliou o repertório normativo tornando mais sofisticado o processo de interpretação judicial. Essas transformações se deram especialmente após a constitucionalização do Direito e com o reconhecimento de que princípios têm função central entre as fontes jurídicas.

A interpretação judicial, neste sentido, constitui uma das funções mais complexas e de maior responsabilidade no Estado Democrático de Direito. No âmbito penal, essa complexidade é incrementada, considerados os direitos sujeitos a limitação pelo poder coercitivo do Estado.

O constitucionalismo pós-guerra demonstrou o equívoco da ideia da completude da lei. Interpretar e julgar no Direito Penal, sob essa ótica, não se reduz a ato mecânico de subsunção entre fato e norma, mas implica um processo de integração entre regras, princípios constitucionais e fatores interdisciplinares.

Ao incorporar princípios e direitos fundamentais, a hermenêutica pós-positivista oferece caminhos para superar o legalismo estrito, em favor de decisões racionais e justas.

Não se nega, todavia, que a filosofia jurídica desde o positivismo, rechaçando o direito medieval e os valores metafísicos do jusnaturalismo, também buscava alcançar um ideal de justiça longe das arbitrariedades até então autorizadas. Em defesa, portanto, de um direito aplicado justo e não voluntarista, os positivistas inclinaram-se (excessivamente) à força da lei, desvinculando a moral do direito. Não encontraram, todavia, recursos racionais à decisão de casos difíceis, autorizando a discricionariedade judicial quando a lei se mostrava insuficiente.

Ainda que alguns teóricos pós-positivistas tentem negar a margem de subjetividade interpretativa em suas teorias, ela é inerente ao processo interpretativo judicial. Toda interpretação judicial, de linha juspositivista ou pós-positivista, tem o elemento intangível de compreensão inerente a qualquer ato humano.

Negar a indissociável subjetividade humana do processo interpretativo é pretender exigir do ato de julgar o caráter o autômato das máquinas. O uso da IA nas decisões judiciais, a propósito, pretendia atender a essa exigência de estrita

objetividade e eficiência. Nem o uso das tecnologias, contudo, tem conseguido atingir o (inatingível) estado de segurança jurídica absoluta.

Assim, se por um lado há legítima preocupação com o excessivo alargamento do poder interpretativo do juiz e com o risco de transformar direito em ideologia³²⁵, há, de outro, o perigo de se retirar da interpretação judicial o indispensável olhar humano.

Para uma adequada compreensão do tema proposto, deve-se partir da perspectiva de que a atividade interpretativa judicial, assim como ocorre no processo legislativo, ocorre sob inúmeros fatores: pressões sociais, políticas, econômicas e percepções íntimas do intérprete, que podem afetar, ainda que de forma involuntária e inconsciente, a criação da norma jurídica.

Neste sentido, dada a multiplicidade de fatores capazes de interferir no processo interpretativo, deve o juiz adotar critérios hermenêuticos racionais, que levem também em conta os aspectos axiológicos e sistêmicos da lei. Portanto, embora a repartição das teorias hermenêuticas seja importante ao debate, na práxis jurídica a interpretação ocorre, de modo geral, por meio de um encadeamento de ideias, teorias e percepções íntimas do intérprete.

Como núcleo central do pós-positivismo, afora a teoria pragmática de Posner e suas particularidades, os autores estudados ao longo do trabalho se valem do princípio constitucional como elemento de força normativa no processo interpretativo.

A interpretação judicial, como defendida por autores como Posner e Streck, deve ter como epicentro a Constituição, da qual irradiam outras fontes. Mas o processo interpretativo não se exaure na lei e nenhum significado jurídico está invariavelmente posto.

As teorias argumentativas de Alexy e Atienza trazem importantes recursos ao processo interpretativo, mas embora ofereçam critérios de racionalidade à decisão jurídica, a utilização de esquemas lineares de ponderação e de fórmulas quase aritméticas não tem efetividade na prática judicial.

A ponderação entre princípios proposta por Alexy, ainda que indispensável em muitos casos, não deve se traduzir em restringir a interpretação à análise do peso de dois valores, mas em considerar a importância de cada um, num contexto amplo de fontes.

³²⁵ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 223.

A matriz principiológica constitucional de Streck traz importantes fundamentos e limites ao processo interpretativo, mas os rígidos critérios hermenêuticos que defende, em certo grau, parecem inexecutáveis, ante a inevitabilidade de alguma subjetividade na construção da norma jurídica.

A interpretação com base nas consequências, não necessariamente aquela defendida por Posner (que autoriza, em alguma medida, o decisionismo), não pode mais ser negada no Direito Penal moderno, tanto que é observada, cada vez mais, no conteúdo dos precedentes judiciais brasileiros.

Apesar disto, o uso do modelo hermenêutico voltado às consequências, se escolhido unicamente com objetivo de conferir eficiência quantitativa aos processos judiciais (como ocorre com algumas súmulas e precedentes vinculantes), pode ser perigoso instrumento de interpretação judicial. No processo penal, por exemplo, uma norma jurídica voltada unicamente à segurança jurídica e à padronização das decisões pode violar princípios inegociáveis, como da legalidade estrita e da individualização da pena.

Relativamente ao uso da IA, embora possa atender com razoável grau de eficiência casos simples e padronizados, ainda não parece uma opção suficientemente segura na esfera penal, como exposto.

O processo penal, como visto, é onde o exercício interpretativo judicial encontra limites mais rígidos, considerado o tamanho do poder coercitivo estatal nesta área. Ao mesmo tempo, esta limitação criada para impedir o arbítrio também engessa a interpretação judicial nos casos em que a aplicação estrita da lei penal pode resultar em flagrantes injustiças.

A pesquisa aqui desenvolvida permitiu revisitar criticamente os fundamentos do Direito contemporâneo e, sobretudo, repensar o papel do juiz no complexo processo interpretativo, especialmente na esfera penal.

O estudo partiu da compreensão histórico-filosófica das normas jurídicas penais, avançou pelas teorias hermenêuticas pós-positivistas e pela análise dos limites da interpretação judicial-penal, que pode resultar na mais grave intervenção do Estado sobre os direitos e liberdades individuais.

A pesquisa confirma a hipótese central de que a interpretação judicial orientada por princípios constitucionais, aliada a critérios hermenêuticos racionais e ao controle

crítico do uso de tecnologias, é capaz de reduzir decisionismos e assegurar maior legitimidade às decisões penais, sem comprometer a segurança jurídica.

O percurso metodológico - sustentado no método dedutivo, em revisão bibliográfica e estudo de caso - permitiu examinar os fundamentos históricos e filosóficos do direito, a evolução da função jurisdicional, as teorias pós-positivistas e seus reflexos na hermenêutica penal, culminando com a análise crítica do julgamento do Tema 506 pelo Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo apresentou os fundamentos históricos do direito e das leis penais, a evolução da hermenêutica após o iluminismo até o positivismo. O segundo examinou o desenvolvimento da filosofia jurídica a partir do pós-positivismo, com ênfase na integração entre normas, princípios e valores constitucionais. O terceiro abordou o poder-dever de interpretação judicial e seus limites, as fontes do direito penal como recursos indispensáveis ao processo interpretativo; discorreu sobre a interpretação na área penal voltada às consequências, os riscos do decisionismo, as limitações e riscos do uso de IA no processo penal e a importância do uso da equidade como critério de racionalidade e justiça. Por fim, avaliou as tensões interpretativas na esfera penal, nos Tribunais Superiores.

A análise do Tema 506 do STF, que declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 28 da Lei de Drogas, denota a necessidade de uma hermenêutica constitucional pragmática, mas coerente, que atenda aos fins constitucionais do Direito Penal.

A pesquisa realizada tem impacto social ao contribuir para decisões penais mais justas e transparentes, mitigando arbitrariedades e fortalecendo a proteção dos direitos fundamentais. No plano político, reforça a legitimidade do Poder Judiciário e sua função contramajoritária, essencial à preservação do Estado Democrático de Direito. Sob a ótica econômica e tecnológica, propõe parâmetros para uso ético de IA na jurisdição, prevenindo riscos à autonomia judicial e à integridade do sistema decisório.

A pesquisa se propõe a encontrar critérios hermenêuticos mais seguros em uma das áreas das mais sensíveis do Direito (a penal), com potencial de grande impacto nas esferas individual e social. Por isso, dialoga com o ODS 16, que busca instituições eficazes, responsáveis e inclusivas, e com metas correlatas de redução das desigualdades e fortalecimento da justiça.

A pesquisa revela um movimento contínuo de superação do positivismo estrito, insuficiente a enfrentar a complexidade dos fenômenos jurídicos contemporâneos, em favor de um modelo interpretativo que integra norma, princípios e valores constitucionais. O uso da equidade, nesse sentido, é elemento indispensável quando constatadas lacunas, antinomias e, do mesmo modo, evidentes violações a direitos fundamentais. A valoração equitativa, portanto, deve sempre voltar-se ao fato humanamente determinado.

O estudo denota que o respeito à lei, embora necessário à preservação da legalidade e das instituições democráticas, não basta à solução de casos difíceis, especialmente na esfera penal, onde se tensionam direitos fundamentais e o poder punitivo estatal.

Portanto, dentro de uma compreensão constitucionalista do Direito Penal, o limite ao poder interpretativo estatal deve ter nos princípios – como da legalidade, da individualização da pena, da dignidade humana e da presunção da inocência –, e na equidade, filtros interpretativos que direcionem toda e qualquer dúvida relevante, toda antinomia normativa e qualquer chance de abuso do poder coercitivo, ao caminho irrenunciável de proteção do direito individual do réu.

REFERÊNCIAS

ABREU AMADEI, Vicente de. **Improbidade administrativa e sua reforma**. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/81817?pagina=1>. Acesso em: 17 jul. 2025.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 7. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo, antissemitismo, imperialismo e totalitarismo**. 1.ed. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2023.

ARISTÓTELES. **A política**. 2. ed. rev. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru, São Paulo: Edipro, 2009.

ARIZA, Santiago Sastre. Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. Universidad de Córdoba Insitutional Repository. **Derecho y Opinión**, n. 1, 1993. p. 295-306. Disponível em: https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/6982/dyo1_23.pdf. Acesso em: 16 set. 2025.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. 3. reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. v. 1. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017 (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v.1).

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. 7. ed. Madri: Editorial Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **Justicia genética y ética humanista**. León: Eolas & Menoslobos, 2023.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. 1991. Disponível em: <https://rua.ua.es/server/api/core/bitstreams/53ecb7df-005b-4063-a88e-1411e75750d9/content>. Acesso em: 16 set. 2025. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Renovar: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

BOEING, Daniel Henrique; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da igualdade e a dogmática penal. **Boletim IBCCRIM**, a. 32, n. 384, nov. 2024.

BRANDALISE, Marcos Augusto. **A inconveniência do dolo específico na improbidade**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/433923>. Acesso em: 13 ago. 2025.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8. 069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpccp/plano_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2024-2027.pdf. Acesso em: 15 de. 2025.

BRASIL. **Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN)**. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-segundo-semester-de-2024?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 31 out. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>. Acesso em: 03 fev. 2026.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 fev. 2026.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 maio 2025.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2026.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB)**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 15 fev. 2026.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 13 fev. 2026.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 out. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 25 jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 17 jan. 2026.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acesso em: 3 fev. 2026.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – Quadriênio 2024-2027**. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2024-2027.pdf. Acesso em: 15 fev. 2026.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **SENAPPEN divulga levantamento de informações penitenciárias referente ao segundo semestre de 2024**. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-segundo-semester-de-2024?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 31 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial nº 2203552 - TO (2022/0280511-0)**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=178315165&tipo_documento=documento&num_registro=202202805110&data=20230217&formato=PDF. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial nº 2221221 - SE (2022/0310981-0)**. Disponível em: processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=181403293&tipo_documento=documento&num_registro=202203109810&data=20230315&formato=PDF. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em recurso especial nº 1.558.840 - MS (2019/0239239-9)**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108242384&tipo_documento=documento&num_registro=201902392399&data=20200402&formato=PDF. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsps 2.057.181, 2.052.085 e 1.869.764**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RevSTJ/article/viewFile/9386/9509>. Acesso em: 23 jan. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.103.140/ES**. Rel. Min. Gurgel de Faria. Julgado em 4 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sexta Turma reafirma que consentimento da vítima é irrelevante e mantém condenação por estupro de vulnerável.**

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/06052024-Sexta-Turma-reafirma-que-consentimento-da-vitima-e-irrelevante-e-mantem-condenacao-por-estupro-de-vulneravel-.aspx>. Acesso em: 24 jan. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 593.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em: 24 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 843.989.** Tema 1199. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 18 ago. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 597.270 RG/RS.** Plenário, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26/03/2009 (Tema 158/Repercussão Geral), Ementa: “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2663001>. Acesso em: 23 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes 11.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26>. Acesso em: 24 jan. 2026.

CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Agu**, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.15.e03.2016>. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 21 out. 2025.

CANTU, Edward. O pragmatismo de Posner e a virada em direção à fidelidade. (1º de agosto de 2011). **Lewis & Clark L. Rev.**, v. 16, n. 1, p. 69-123, 2012. Disponível em: <https://law.lclark.edu/live/files/11110-lcb161art2cantupdf>. Acesso em: 10 dez. 2025.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Tradução de Servanda Editora. Campinas, São Paulo: Editora Servanda, 2010.

CHAVES, Leandro Santos; SANCHEZ, Cláudio José Palma. A evolução histórica do direito penal positivado no Brasil. **Revistas Eletrônicas da Toledo Prudente**, v. 5, n. 5, p. 1-18, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Estatísticas do Poder Judiciário.** Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em: 21 nov. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **O uso da inteligência artificial generativa no Poder Judiciário brasileiro**: relatório de pesquisa. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/09/cnj-relatorio-de-pesquisa-iag-pj.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Portaria nº 271 de 04 de dezembro de 2020**. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 27 nov. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 332 de 21 agosto de 2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 27 nov. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 615 de 11 de março de 2025**. Estabelece diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/6001>. Acesso em: 27 nov. 2025.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDES, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**. São Paulo: JusPodivm, 2025.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito Penal constitucional**: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 32.

DWORKIN, Richard apud ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Horizonte: Ed. Líder, 2004.

DWORKIN, Richard. **A justiça de toga**. 3. tir. Tradução de Jeferson Luz Camargo. São Paulo: WMF – Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Richard. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Alexandre Salin, Alfredo Copetri Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Roma: Editorial Trotta, 2023.

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

FERREIRA, Paulo Duarte Barreto. **A determinação da pena**: apreciação crítica das sentencing guidelines dos EUA, Inglaterra e País de Gales e o modelo português. Disponível em: <https://repositorio.ulisboa.pt/entities/publication/54fdd66e-eb0a-44c0-8df6-babfe34a39da>. Acesso em: 17 jan. 2026.

FREITAS, J. (2021) *apud* PILÓ, Xenofontes Curvelo; BRASIL, Deilton Ribeiro. A utilização da inteligência artificial no direito penal e seus reflexos nas garantias e direitos fundamentais. **Revista EJEJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 269-299, 2024. DOI: 10.70982/rejef.v1i1.25. Disponível em: <http://revistaejef.tjmg.jus.br/index.php/revista-ejef/article/view/25>. Acesso em: 27 nov. 2025.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o oculto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 4. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. 1900- **Verdade e método**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HASSAMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

HASSAMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. Tradução de Pabo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HORDER, J. Criminal law and legal positivism. **Legal Theory**, v. 8, n. 2, jun. 2002, p. 221-241. Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1352325202082034>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/abs/criminal-law-and-legal-positivism/B6F387498B389C921ACCA9D1F98B3299>. Acesso em: 26 jan. 2026.

IACOVELLO, Francesco. **La motivación en la sentencia penal y su control em Casación**. Lima: Palestra Editores, 2022.

IBANÊS, Perfecto Andrés; LAGIER, Daniel González. **Argumentación jurídica y la prueba de los hechos**. Lima: Palestra Editores, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025.

KELSEN, Hans, *apud* ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 214, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. 150 fls. 2017 Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/169728/001049912.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 nov. 2025.

LIFANTE VIDAL, Isabel. **Argumentación e interpretación jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Conheça a pedalada retórica do in dubio pro societate. **Revista o Consultor Jurídico**. 14 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/limite-penal-conheca-pedalada-retorica-in-dubio-pro-societate/>. Acesso em: 15 fev. 2026.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Perrone Campos; BARROSO, L. R. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Agu**, v. 15, n. 3, 2016. DOI: 10.25109/2525-328X.v.15.n.03.2016.854. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 21 out. 2025.

MENDES JÚNIOR, Frederico. O peso da toga e a produtividade do judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, 3 fev. 2025. <https://www.conjur.com.br/2025-fev-03/o-peso-da-toga-e-a-produtividade-do-judiciario/>. Acesso em: 15 jan. 2026.

MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. **Equidade**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/equidade/>. Acesso em: 19 nov. 2025.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Contar, dar conta & decidir**: direito, arte & literatura. São Paulo: Editora Dialética, 2025. p. 102.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

NINO, Carlos S. (1984) apud ATIENZA, Manuel. **Curso De Argumentação Jurídica**. Vol. 1. Tradução de Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, pg. 83, 2017.

OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. A história do direito penal brasileiro. **Projeção, Direito e Sociedade**, v. 5, n. 2, p. 30-38, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

PAIVA, Gabriel Anderson de. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo: tecnologia, consenso e whistleblowing**. Londrina, PR: Troth, 2022.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Editora Gráfica Metrópole, 1989.

PERELMAN, Chaïm. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Madrid: Civitas, 1979.

PLATÃO. **A Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 12. ed. v.1, Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUINTERO, Héctor Ramón Peñaranda. Principio de equidad procesal. **Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences**, ISSN-e 1578-6730, v. 21, n. 1, p. 487-494. 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4732031>. Acesso em 21 nov. 2025.

REGLA, Josep Aguilò. Fuentes de Derecho. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; RODRIGUEZ BLANCO, Verónica. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 2, p. 1029-1064. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/7.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2025.

REGLA, Josep Aguilò; ATIENZA, Manuel Rodrigues; MANERO, Juan Ruiz. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid: Iustel, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda; ABRANTES, António Manuel; COSTA, Miguel João; CARIA, Rui; FIDALGO, Sónia; SOUSA, Susana Aires de; JANUÁRIO, Túlio Xavier. **A inteligência artificial no direito penal**. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos jogos no processo penal**: a short introduction. Florianópolis: Editora Emais. 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 272.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal 0000929-86.2011.8.24.0104/TJSC. Rel. José Inácio Schaefer, 22 nov. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **RE nº 635.659 – 2023**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar-1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; WOŁOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. Inteligência artificial e o positivismo jurídico: benefícios e obstáculos para efetivação da justiça. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, RS: v. 18, n. 1, p. e4718, 2022. DOI:10.18256/2238-0604.2022.v18i1.4718. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4718>. Acesso em: 21 nov. 2025.

SOBREIRA, Victor. Um panorama da História da Inteligência Artificial e suas aplicações na pesquisa histórica. **Varia Historia**, v. 41, p. e25035, 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Modelos de juízes**. Edições Nosso Conhecimento, 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito?** São Paulo: Editora Dialética, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista Opinião Jurídica**, v. 15, n. 20, p. 160-179, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-OPospositivismoEOsPropaladosModelosDeJuizHerculesJ-8697399.pdf>. Acesso em: 21 out. 2025.

TARUFFO, Michele; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br>. Acesso em: 17 jan. 2026.

THAPAR, Amul T.; BEATON, Benjamin. The pragmatismo f interpretation: a review of Richard A. Posner, The Federal Judiciary. **Mich. L. Rev.**, v. 116, issue 6, 2018. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol116/iss6/2/>. Acesso em: 10 jul. 2025.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Premissas da teoria complexa do direito. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 19, n. 3, set./dez. 2020. p. 825-852. DOI: <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n3p825-852>. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7752>. Acesso em: 21 set. 2025.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.