



“The constitution means what the Supreme Court says it means’... Mas só quando eu quero!” Sobre como (não) trabalhar com precedentes judiciais.

“The constitution means what the supreme court says it means’...
But only when i want!” About how (not to) work with precedents.

Guilherme Gonçalves Alcântara¹


Pós-graduando e Professor Assistente do Centro Universitário Toledo
de Presidente Prudente (SP).
guilhermealcantara@msn.com


 <http://lattes.cnpq.br/3545235149164538>

 <http://orcid.org/0000-0002-2210-1270>

Florestan Prado²

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR
Professor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente (SP)
florestan_prado@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/6223233129209608>

 <http://orcid.org/0000-0003-3431-9012>

RESUMO: Uma análise semiótica dos argumentos trazidos à luz pela 9ª
Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São
Paulo quando frente aos julgamentos paradigmáticos do Supremo
Tribunal Federal em seara processual penal, especificamente tratando

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Professor Assistente de Direito Administrativo no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogado.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR. Especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP/SP. Professor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente -SP. Professor convidado da Escola de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo – EAP/SP. Advogado público da Fundação de Amparo ao Preso – FUNAP/SP.

da presunção de inocência e da individualização da pena. Utilizou-se o método fenomenológico para trazer à prática judiciária paulista um constrangimento hermenêutico dirigido ao solipsismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Senso comum teórico dos juristas; hermenêutica constitucional; garantismo; punitivismo; precedentes.

ABSTRACT: *A semiotic analysis of the arguments brought to light by the 9th Criminal Chamber of São Paulo's Court of Appeal when compared to the paradigmatic judgments of the Supreme Court in criminal proceedings harvest, dealing specifically with the presumption of innocence and the individualization of punishment. We used the phenomenological method to bring to São Paulo judicial practice a hermeneutic constraint directed to judicial solipsism.*

KEYWORDS: *theoretical common sense of jurists; constitutional hermeneutics; garantism; punitivism; precedents.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Sobre a crise do *senso comum interpretativo dos juristas* brasileiros; 2. Um exemplo: A 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – análise de acórdãos; 2.1 *'The Constitution means what the Supreme Court says it means'...*; 2.2 ... Mas só quando eu quero! – a 9ª Câmara de Direito Criminal frente a outros julgamentos paradigmáticos do STF; 2.3 A ausência do respeito ao *stare decisis*; 3. O que a Hermenêutica Filosófica tem a dizer sobre o exemplo dado pela 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Pode o magistrado, em vésperas dos 28 anos da Constituição Federal – marco da instituição de uma democracia constitucional na República Federativa do Brasil –, decidir *conforme quer*? É sustentável uma concepção de poder jurisdicional que manuseia o direito como *linguagem privada* do intérprete, uma espécie de válvula de escape para frustrações socialmente construídas? Estas são questões que, pelo bom desenvolvimento do projeto democrático nacional, merecem atenção e análise.

O presente artigo busca, neste afã, *o constrangimento hermenêutico* das decisões da 9ª Câmara de Direito Criminal do Estado de São Paulo quando tal é incumbida de aplicar/interpretar os preceitos constitucionais. A pesquisa segue o método fenomenológico-hermenêutico³, empregada a pesquisa quantitativa de julgados da 9ª Câmara Criminal paulista que, via amostragem intencional⁴, analisou recentes julgados da 9ª Câmara de Direito Criminal que trataram da *aplicabilidade imediata* dos “precedentes” abertos pelos HC’s 126.929, 97.256 e 111.840.

A escolha do Tribunal de Justiça de São Paulo se justifica por ele ser um dos mais conservadores do Brasil, concentrando em si a origem de quase metade das ordens de *habeas corpus* concedidas pelos Tribunais Superiores (AMARAL, 2013, p. 10). A 9ª Câmara Criminal desta Corte é uma das que melhores expressam este fenômeno de *baixa constitucionalidade*.

Servimo-nos de acórdãos do referido órgão para uma análise semiótica dos seus argumentos, para concluir que a 9ª Câmara de Direito Criminal carece – e muito – de *accountability* ou sindicabilidade em suas decisões, pois somente segue o caminho sinalizado pelo

³ “A fenomenologia analisa o ser-aí que compreende o ser e, assim, se transforma em fenomenologia hermenêutica. O ser-aí é analisado em sua existência fática e, por isso, emerge a analítica existencial. Fenomenologia hermenêutica é analítica existencial” (STEIN, 2002, p. 60). Trata-se de uma análise da existência cotidiana do ser-aí, que não se satisfaz com o acesso ao *Ser* através da catalogação de *entes* que estão-aí (cindidos e separados do sujeito do conhecimento), mas antes pela descrição de como o *ser-aí* se relaciona com eles de forma útil e para satisfazer suas necessidades. A forma de tratamento do *ente* pela fenomenologia-hermenêutica rompe com a tradição do conhecimento científico moderno na medida em que o conhecer não é puramente apreensor, senão um *ocupar-se* que *manipula e utiliza* (HEIDEGGER, 2005, p. 108-109). O enfoque da análise aqui proposta é, portanto, “a pré-compreensão como um conjunto de atitudes, opiniões e antecipações de conteúdos que não passaram por uma reflexão e que em grande parte são intermediadas pela língua, assim como a pré-compreensão teórico-constitucional a ser desenvolvida pelo intérprete dizem respeito à concretização da norma jurídica e, ao mesmo tempo, à concretização do caso jurídico a ser solucionado e que está em inseparável conexão com ela” (MULLER, 2008, p. 267).

⁴ “De acordo com determinado critério é escolhido intencionalmente um grupo de elementos que irão compor a amostra. O investigador se dirige, intencionalmente, a grupos de elementos dos quais deseja saber opiniões” (MARTINS, 2009, p. 123).

STF para as suas interpretações quanto convenientes aos pré-juízos que lhes servem de horizonte de sentido.

Na primeira seção, expôs-se a *crise do senso comum hermenêutico dos juristas brasileiros* e as consequências mais graves de tal fenômeno. A seguir, apresentaram-se diversas decisões da 9ª Câmara de Direito Criminal as quais aplicam/interpretam a principiologia constitucional no processo penal. Dividiu-se esta parte em duas. Na primeira, os desembargadores paulistas interpretaram o princípio da presunção de inocência conforme sinalizado pelo STF – argumentando que *‘The Constitution means what the Supreme Court says it means’*.

Na segunda parte, quando os juízes são confrontados com orientações – agora garantistas – do STF em relação ao princípio da individualização da pena, daí aduzem que não se vinculam à Corte Suprema, decidindo conforme *querem*.

A última parte do trabalho se dedica a explorar os malefícios e o atraso epistemológico e cultural que tal atitude por parte da 9ª Câmara de Direito Criminal representa.

1. SOBRE A CRISE DO SENSO COMUM INTERPRETATIVO DOS JURISTAS BRASILEIROS

O conceito *senso comum teórico dos juristas* não é novo. Trata-se do nome que o professor Luis Alberto Warat se utiliza para expressar a rede de representações, hábitos, idealizações, fetiches, visões lembranças, ideias dispersas, e demais neutralizações pré-concebidas que regulam o discurso jurídico, tanto o ‘prático’ quando o ‘teórico’ (1999, p. 13-14).

O *senso comum teórico* normalmente funciona como retificador do mundo (que se apresenta contraditório) e compensador das falhas da ciência jurídica; um mecanismo idealizador que, em suma, faz dos intérpretes das leis (e da Constituição) meros e “simples produtores alienados que reivindicam para si o desejo de alienar os outros em nome de crenças e princípios acreditados como uma ‘boa causa’” (WARAT, 1999, p. 20).

Porque o *senso comum teórico dos juristas* também comporta os ‘métodos de interpretação da lei’ (a la Savigny), apresentando-os como técnicas rigorosas que permitem *extrair* o Direito (WARAT, 1999, p. 65), podemos cunhar o nome *senso comum interpretativo* para o conjun-

to de idealizações expressadas pela atividade argumentativa cotidiana dos juízes, desembargadores e Ministros brasileiros, responsáveis pela típica função de aplicar/interpretar a Lei.

Neste conceito, encontramos uma crise sem precedentes: é que o Direito (mormente o Constitucional, mas também o Processual Civil e Penal, conforme se depreende dos projetos de novos códigos) foi “tomado” por diversas “teorias dos princípios”, que não se resistem à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação de valores (alguns ainda falam em “ponderação de interesses”). Uma mixagem teórica desenvolvida e seguida por diversas teorias e teses incompatíveis entre si (STRECK, 2010, p. 33).

O *sensus communis hermenêutico* dos juristas brasileiros está, pois, guiado pela lógica da *moda*, uma espécie de

‘Realismo Jurídico Tropical’ em que a lógica que preside este modelo é a dos informativos etiquetados com as grifes com durabilidade efêmera, de uma semana, aliás, como as coleções da Grife ‘Gap’. Até a próxima semana não se sabe, de fato, o que pode ter mudado. O aumento da velocidade constante impede, também, a possibilidade de reflexão. Os informativos são uma espécie de adição, de vício, dos jogados na inautenticidade. A última edição da interpretação (sic) ocupa o lugar da última versão da moda e como a maioria não quer aparentar estar ‘out’, o sentido migra ‘automaticamente’ (ROSA, 2015, p. 128).

Está-se, pois, diante de um verdadeiro *analfabetismo funcional dos atores jurídicos* (ROSA, 2015, p. 130), a cujo polimorfismo hermenêutico se adiciona o ponto que, segundo Streck, marca definitivamente o equívoco cometido por todo o positivismo: a aposta em certo arbítrio (‘discricionariedade’⁵) do julgador no momento de determinar sua decisão: sendo o ato jurisdicional um ato de vontade (2015, p. 157).

Assim é que, de Kelsen a Hart, de Robert Alexy a Habermas, ‘descobre-se’ que no momento de interpretação/aplicação do Direito existe sempre um espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’, o qual será

⁵ “[...] discricionariedade [no contexto positivista] como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras” (STRECK, 2009, p. 39).

preenchido necessariamente pelo *arbitrio* do *intérprete/aplicador* (STRECK, 2011, p. 38).

Chega a ser quase desnecessário apontar que tais discursos sedimentados no *sensu comum interpretativo* são completamente incompatíveis com a ruptura da filosofia da consciência, na qual o sujeito se apropria dos textos jurídicos a seu bel-prazer, que a ideia de Constituição compromissário-programática, fruto de um pacto constituinte-constituído das relações sociais e remédios contra maiorias, *constitui* (STRECK, 2013, p. 131).

Daí a crise. E daí, também, a abertura para a *destruição*⁶ de tais sedimentos do *sensu comum interpretativo*.

2. UM EXEMPLO: A 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TJSP – ANÁLISE DE ACÓRDÃOS

Este trabalho tem este pressuposto: a *crise do sensu comum interpretativo*, cujo ponto-chave – a discricionariedade judicial – atravessa todo o pensamento jurídico ocidental e hoje, mediante o paradigma político das democracias constitucionais, merece constrangimento doutrinário.

Propor-se-á a explicitar em que medida a discricionariedade judicial é prejudicial ao paradigma constitucional do Direito, e tal exposição se fará com exemplo nas decisões cotidianas da 9ª Câmara de Direito Criminal, quando deparados com o ônus de interpretar a Constituição Federal, especificamente o princípio da individualização da pena e o princípio da presunção de inocência, esculpidos respectivamente nos incisos XLVI e LVII do artigo 5º, da Constituição Federal/88.

Tais princípios foram objeto de julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal, nos HC's nº 97.256, 111.840 e 126.929. Vale lembrar, com Slavoj Žižek (recordando Wittgenstein), que inexiste diferença entre um princípio e sua *aplicação* (2008, p. 221), *ambos sequem*

⁶ Quer-se dizer: tratar desconstrutivamente a terminologia tradicional, a fim de reconduzi-la a experiências originárias (GADAMER, 2007, p. 17).

de imediato a mesma lógica: a incapacidade de aplicar um princípio de maneira adequada acarreta o fracasso na obtenção da norma jurídica.

O princípio da individualização da pena, segundo os julgamentos dos HC's nº 97.256/RS e 111.840/ES, permitiu aos condenados por crimes hediondos – inclusive o delito de tráfico de drogas – que tivessem sua pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas e, ainda, que pudessem iniciar aquela em regime mais brando que o fechado.

Já o princípio da presunção de inocência, segundo o julgamento do HC nº 126.929/MG, (lamentavelmente) não impede a execução da pena quando confirmada em juízo de 2ª instância, mesmo que pendentes de julgamento recursos nos Tribunais Superiores.

Evidentemente, a interpretação dada à *presunção de inocência* pelo STF na oportunidade do HC nº 126.929/MG cede à lógica da política criminal funcionalista, em detrimento do *garantismo constitucional* e ofende texto claro da Constituição – por isso, é equivocada. Por outro lado, percebe-se acertada a interpretação da *individualização da pena* dada pela Corte Suprema quando julgou os HC's nº 97.256/RS e 111.840/ES, pois afinada com a efetivação do referido princípio no momento concreto da aplicação da pena.

O mérito das interpretações da Corte Suprema só tem efeito aqui, no entanto, para realçar a inclinação ao *punitivismo* que a 9ª Câmara de Direito Criminal manifesta claramente quando frente a estes julgamentos paradigmáticos.

2.1 'THE CONSTITUTION MEANS WHAT THE SUPREME COURT SAYS IT MEANS'...

Tome-se por exemplo o julgamento do pedido liminar feito no Habeas Corpus nº 2152090-03.2016.8.26.0000, cujo relator é o desembargador Amaro Tomé, da dita 9ª Câmara de Direito Criminal. Segundo a decisão:

Consta da exordial que o paciente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343, de 23de agosto de 2.006, tendo da Defesa interposto recursos especial e extraordinário, pendentes, ambos, de análise pelas Col. Cortes Superiores.

Aduz o impetrante que “o juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente, mesmo diante de manifestação do [representante] do Parquet requerendo a suspensão do feito até o resultado do julgamento do Recurso Especial interposto pelo réu, solicitou nova manifestação do Ministério Público expondo que o julgamento do HC nº 126.292 permitiria a execução da pena pelo paciente” (fls. 2/3).

Resumidamente, aduz o impetrante a ilegalidade do referido ato, sob os seguintes fundamentos: (i) violação ao sistema inquisitório; (ii) violação ao princípio da presunção de inocência art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal; (iii) indispensabilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade do disposto nos arts.283 e 637, do Código de Processo Penal e arts. 105 e 147, da Lei nº7.210, de 11 de julho de 1.984, com regular observância da súmula vinculante nº 10, do Col. Supremo Tribunal Federal como pressuposto lógico à aplicação do entendimento adotado quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, também pela referida C. Corte.

Requer, nestes termos, o deferimento de liminar para suspender a execução da pena do paciente, até que se ultime o julgamento do presente writ.

A liminar é indeferida, sob o argumento de que:

[...] ao denegar a ordem no Habeas Corpus nº 126.292, na sessão de julgamento ocorrida em 17 de fevereiro de 2.016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal passou a entendeu (SIC) que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Exmo. Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão supera o anterior entendimento da Corte, que desde 2.009, no julgamento da HC 84.078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva.

Até o ano de 2.009, o Supremo Tribunal Federal entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

Contudo, com a realização do paradigmático julgamento em comento, foi mantida ordem de prisão exarada por este Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo após o desprovisamento de apelo tirado contra r. sentença condenatória, hipótese substancialmente idêntica ao caso tratado nestes autos, pelo que se mostra temerária a concessão da liminar, mesmo considerando-se a alegação de suposta afronta ao disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, pois, como é cediço, ao programa normativo da Constituição guarda necessária e exata correspondência com aquele declarado por seu intérprete final “*the Constitution means what the Supreme Court says it means*”.

A última frase colacionada é emblemática. Trata-se de um claro exemplo de discurso do *senso comum teórico dos juristas*, e, logo do *senso comum interpretativo*, cuja função é pacificar a consciência do julgador e as contradições da sua própria interpretação do Direito como um todo.

Da presente decisão, seria possível deduzir claramente que – certo ou errado – a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça paulista entende que *a Constituição significa o que o Supremo Tribunal Federal diz que significa*.

Mas essa não é a postura mantida defronte a outros casos.

2.2 ... MAS SÓ QUANDO EU QUERO! – A 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL FRENTE A OUTROS JULGAMENTOS PARADIGMÁTICOS DO STF

Será que, efetivamente, para a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, “*a Constituição significa o que o Supremo Tribunal Federal diz que significa*”? Esse argumento é levado a sério para este órgão judicante, ou não passa de um engodo retórico para maquiarr pré-conceitos não submetidos à revisão da Corte bandeirante?

A resposta para tais questionamentos podem ser deduzidas de outros casos recentemente decididos pela referida Câmara. Vide o acórdão que julgou recurso de Apelação em que o réu – condenado a 01 ano e 08 meses por tráfico de drogas – pugnou pela fixação de regime inicial de pena mais brando, bem como a substituição da pena privativa

de liberdade por restritivas de direitos, se utilizando, justamente, das recentes interpretações dadas pelo STF sobre o tema.

Surpreendentemente, o acórdão rejeita tais pedidos argumentando que:

Não se desconhece a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2012) que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, o qual prevê o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados. Importa consignar que tal decisão deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes. Ademais, é entendimento majoritário deste c. Tribunal de Justiça a aplicabilidade da referida norma, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo (Apelação nº 3012294-45.2013.8.26.0562, Relator(a): Ivana David Comarca: Santos. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 06/08/2015. Data de registro: 11/08/2015).

Ainda, no julgamento da Apelação nº 0007985-11.2013.8.26.0278, de relatoria do Desembargador Amaro Thomé, na qual o réu pleiteia o afastamento da pena de multa aplicada tendo como fundamento a inconstitucionalidade desta declarada pelo STF, disseram os nobres magistrados:

Não prospera, ainda, o pleito de afastamento da pena de multa aplicada, pois não se cogita de inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no tipo penal do tráfico de drogas. Não se pode olvidar, por fim, que o dispositivo legal em questão conta com presunção de legitimidade, mesmo porque não foi declarada sua inconstitucionalidade por via de controle abstrato. Deste modo, mantenho a pena de multa aplicada pelo Juízo a quo. (Apelação nº 0007985-11.2013.8.26.0278. Relator(a): Amaro Thomé. Comarca: Itaquaquecetuba. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 28/07/2016. Data de registro: 05/08/2016).

Emblemáticos, para elucidar a questão, os julgamentos da Apelação nº 0008039-36.2015.8.26.0268, e da Apelação nº 0001361-38.2014.8.26.0236, ambos de relatoria de Souza Nery. Em tais jul-

gados, a contradição e incoerência interpretativas são explícitas e retratam de modo fiel a crise do *sensu comum interpretativo* dos desembargadores paulistas.

Veja como, na primeira apelação,

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,¹ que o condenou pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas às penas de oito anos e dois meses de reclusão, mais 815 dias-multa, V. D. S. D. F. apela em busca da redução das penas e/ou da imposição de regime prisional mais brando. [...] Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Habeas nº 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressalto, incidentalmente, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito erga omnes, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X). Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação, entendo inteiramente aplicável a norma referida, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo. O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292-SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, decidiu afastar a exigibilidade do trânsito em julgado para o recolhimento do condenado à prisão, afirmando peremptoriamente a possibilidade do cumprimento da sentença condenatória após o julgamento da apelação. Determino, portanto, a expedição imediata do competente mandado de prisão em desfavor do sentenciado, para início do cumprimento da pena que lhe foi imposta. Destarte, pelo meu voto, proponho que se negue provimento ao recurso, expedindo-se mandado de prisão (Apelação nº 0008039-36.2015.8.26.0268. Relator(a): Souza Nery. Comarca: Itapeverica da Serra. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 28/07/2016. Data de registro: 01/08/2016).

Sem qualquer noção da incoerência em que incorre, o desembargador retratado ora afasta um entendimento do STF – por ser garantista – ora adota o outro – por ser punitivista.

Vide o segundo julgamento de recurso de Apelação interposto exclusivamente pelo réu, em que a contradição se repete:

Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Habeas nº 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressaltando, incidentalmente, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito erga omnes, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X). Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação, entendo inteiramente aplicável a norma referida, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo. As penas alternativas não devem ser aplicadas não só pela hediondez do crime, que recomenda maior rigor no esgarçamento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput. Tal dispositivo legal foi editado pelos poderes competentes, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição de República de modo franco e direto. Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6 X 4) e valeu somente para o processo julgado (*incidenter tantum*). [...] O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292-SP, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016, decidiu afastar a exigibilidade do trânsito em julgado para o recolhimento do condenado à prisão, afirmando peremptoriamente a possibilidade do cumprimento da sentença condenatória após o julgamento da apelação (Apelação nº 0001361-38.2014.8.26.0236, Relator(a): Souza Nery. Comarca: Ibitinga. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 28/07/2016 Data de registro: 01/08/2016).

Destaca-se que esta exata fundamentação tem se repetido em todos os julgados em que o relator apreciou tal matéria⁷.

⁷ Apelação nº 0000238-59.2015.8.26.0530, São Paulo, 04 de agosto de 2016. Relator: SOUZA NERY RELATOR; Apelação nº 0008039-36.2015.8.26.0268, São Paulo, 28 de julho de 2016. Relator: SOUZA NERY; Apelação nº 0006965-10.2015.8.26.0635, São Paulo, 30 de junho de 2016. Relator: SOUZA NERY; Apelação nº 0004828-11.2015.8.26.0197, São Paulo, 30 de junho de 2016. Relator: SOUZA NERY; Apelação nº 0014768-93.2015.8.26.0554, São Paulo, 30 de junho de 2016. Relator: SOUZA NERY; Apelação nº 0002287-

Já assusta o juiz determinar a expedição de mandado de prisão face ao réu sem que o órgão constitucionalmente incumbido para tanto tenha requerido. Mas o buraco é mais embaixo... O problema é paradigmático.

É como se a 9ª Câmara de Direito Criminal dissesse: *caso a interpretação do Supremo Tribunal Federal dada sobre o assunto for garantista – como a que permite aos réus a fixação de regime mais brando e a substituição da reprimenda corporal – eu não a aplico antes que tal for ratificada pelo Senado; caso a interpretação da Corte Suprema for de viés punitivista e ceder ao terrorismo penal – como a que permite a execução provisória da pena – daí – e somente aí – reconheço e consigno que ‘a Constituição significa o que o STF diz que significa’.*

2.3 AUSÊNCIA DO RESPEITO AO STARE DECISIS

Quando um julgador de primeiro grau deve respeitar ou não a jurisprudência consolidada? Um juiz pode discordar de uma posição firmada pelo STF?

O esgotamento destas questões demanda estudo próprio pela sua complexidade. Entretanto, preliminarmente, cabe tecer algumas considerações a respeito para a melhor compreensão da análise hermenêutica exposta.

É evidente que existe uma incoerência da parte da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Afinal, a corte trata as orientações do STF dadas em controle difuso de forma tendenciosa: se objetivarem a punição, são seguidas *ex officio*; se a orientação da Corte Superior for garantista, despreza-se ela clamando pela sua origem em controle incidental.

Mas qual a resposta certa? Bastaria ser um abolicionista para “acertar” na decisão? O conceito de *stare decisis*, produto e base da teoria dos precedentes do *common law*, pode nos ajudar a responder estas questões. Embora muito mal interpretado pela doutrina brasileira o *stare*

03.2014.8.26.0306, São Paulo, 23 de junho de 2016. Relator: SOUZA NERY, segundo pesquisa na página on-line do TJSP.

decisis representa um instituto que recepcionado adequadamente pelo direito brasileiro pode promover a perspectiva de uma justiça do caso concreto, mais flexível que a apreçoada pelo positivismo novecentista do juiz ‘boca-da-lei’⁸ (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 276). Assim, “precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras” (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 1, tradução livre).⁹

Origina-se a doutrina do *stare decisis* dos precedentes judiciais ingleses no século XIX¹⁰, com o objetivo de tornar a apreciação de um determinado caso idêntica à apreciação dada a casos semelhantes anteriormente julgados – é uma exigência de *isonomia* -, mediante a distinção entre a *holding* e o *dictum* do(s) julgado(s) precedente(s) (STRECK; ABOUD, 2013c, p. 41).

Holding, ou *ratio decidendi*¹¹, significa a opção *interpretativa* adotada na sentença, a tese jurídica acolhida pelo juiz-intérprete, “sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”, composta da indicação dos fatos determinantes do julgamento (*statements os material facts*); da exposição do raciocínio lógico-jurídico mediante na fundamentação e; juízo decisório (*judgement*) (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 381).

Denomina-se *obter dictum* (ou apenas *dictum*) os “argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, con-substanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões

⁸ “com base no pressuposto de uniformidade jurisprudencial e de igualdade, fecha-se o debate com a criação de padrões sumulares, em patente contradição com o sistema de precedentes originário do common law que encara o precedente com om princípio de maleabilidade normativa que, sobretudo, privilegia a concretude o caso” (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 279).

⁹ “A ideia central do precedente é a de que as lições do passado podem ser aplicadas ao presente, como um romance em cadeia (segundo Dworkin) e ele consiste, em essência, em decisão anterior que funciona como um modelo para decisões posteriores” (NUNES; HORTA, 2014, p. 01).

¹⁰ “[...] o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos. Antes disso, essa doutrina não se consolidou [...] em razão da inexistência de fonte confiável de reprodução das decisões judiciais” (STRECK; ABOUD, 2013c, p. 42).

¹¹ *Ratio decidendi* e *holding* “são expressões sinônimas, sendo que a primeira é mais utilizada entre os ingleses; a segunda (*holding*), entre os norte-americanos” (SILVA, 2005, p. 182).

ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão [...]” (DIDIER JR., 2009, p. 383).

É importante destacar que a extração da *holding* do(s) precedente(s) *never is an automatic activity, but always interpretative and reconstructive of the past* – não existe *precedente self-service*¹²:

devemos, ao usar precedentes, aprender a utilizar padrões de identificação que nos promova extrair dos mesmos seu(s) fundamento(s) determinante(s) a ser(em) passível(eis) de aplicação em hipóteses adequadas em aplicação analógica (NUNES, HORTA, 2014, p. 06)

O que configura a *holding* dos casos analisados anteriormente?

Pois bem, conforme se evidenciou, a 9ª Câmara de Direito Criminal frente às alegações da defesa no sentido de que a vedação à substituição da pena corporal por restritiva de direitos e da fixação de regime de cumprimento de pena menos gravoso se utiliza do argumento de que *as declarações de inconstitucionalidade efetuadas pelo STF em sede de controle difuso não vinculam os juízes de primeira instância*. A norma declarada inconstitucional valeria, assim, para todos os demais casos que não o submetido à Corte Constitucional.

Eis a *ratio decidendi*: a declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle difuso ou incidental não possui efeito vinculante e, logo, a norma declarada inconstitucional continua a vigor para os demais casos até que sobrevenha resolução do Senado ou declaração de inconstitucionalidade concentrado sobre ela.

Caso respeitasse o *princípio do stare decisis*, a 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – por uma exigência (constitucional) de igualdade -, jamais poderia determinar (*ex officio*) a expedição mandado de prisão por conta da condenação em segunda instância, já que a orientação dada pelo STF para tanto também saiu de controle incidental ou difuso de constitucionalidade.

¹² Entretanto, vêm crescendo o fenômeno da *textualização do precedente*, isto é, a tendência a enxergar o *precedente judicial* nas opiniões judiciais formalmente expostas na decisão judicial em nada além disso, tratando-as como “*textos da autoridade*” à semelhança da Lei no *Civil Law* (TIERSMA, 2007, p. 62).

Mediante um *drible da vaca hermenêutico*, a 9ª Câmara de Direito Criminal paulista inverte a *ratio decidendi* quando o assunto é *punir*: aí se aplica de ofício a orientação da Corte Suprema. O problema aqui é paradigmático. É que o *sensu comum teórico dos juristas* se encontra caudatário da *filosofia da consciência* cartesiana, que coloca a carga da *consciência assujeitadora do intérprete da norma* a tarefa de *dizer o direito*. O que se critica aqui, antes do posicionamento conservador do órgão da Corte – que merece reprovação – é o desrespeito ao princípio do *stare decisis* na aplicação da lei processual-penal, que ofende, em última ordem, a exigência de isonomia consagrada no caput do artigo 5º da CFRB.

3. O QUE A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA TEM A DIZER SOBRE O EXEMPLO DADO PELA 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TJSP

Nas vésperas do 28º aniversário da Constituição Federal de 1988, é inaceitável que os juízes e desembargadores da República Federativa do Brasil tratem a Lei e a Constituição como se fosse *lex privata*, um idioleto, uma língua individual.

Essa é a lição que a hermenêutica filosófica tem a trazer ao *sensu comum interpretativo dos juristas* brasileiros: “[...] o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é” (STRECK, 2013, p. 25).

Não se trata de defender um positivismo exegético aos moldes do Estado de Direito francês oitocentista, mas antes de reconhecer que a teoria do Direito, no contexto aberto pelas democracias constitucionais e em plena era do domínio da linguagem na filosofia contemporânea, deve deslocar o problema da *atribuição de sentido* das leis e da Constituição para elas mesmas, e não o deixar a cargo da *consciência-que-interpreta*.

Infelizmente, a doutrina brasileira (manualesca e ‘concurseira’ por tradição) está anos-luz destas conclusões, conforme ilustra Streck:

Com efeito, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam ‘claro’ que estão julgando ‘de acordo com a sua consci-

ência' ou 'seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei'. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário* dos juízes. Não se pode olvidar a 'tendência' contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos (STRECK, 2013, p. 20).

Daí a afirmação de que *a doutrina deve doutrinar*, pois de nada adianta uma nação que possui mais faculdades de Direito que o resto do mundo quando ela é completamente analfabeta¹³ em termos *hermenêuticos*.

O *caráter hermenêutico* do Direito, antes de significar que o Direito se resume às interpretações das autoridades, propõe a interpretação como atividade dirigida a toda prática jurídica – “interpretação e aplicação do direito são uma só operação” (GRAU, 2013, p. 31) – e, igualmente, como modo de conhecimento (DWORKIN, 2000, p. 220), cujo objetivo é acentuar da melhor maneira possível o valor do *texto* em questão, atentando, concorrentemente, ao respeito às características formais, à coerência e à integridade destes. Por isso, Dworkin destaca que “o dever de um juiz é *interpretar* a história jurídica que encontra, não *inventar* uma história melhor.” (2000, p. 239-240).

Neste sentido, recorda Alexandre Morais da Rosa:

Não pode a jurisprudência ser tratada como um fim em si mesmo ou ainda uma interpretação declarativa e desonerativa. A jurisprudência não é, nem pode ser, sinônimo de hermenêutica, muito menos de fundamentação, dado que demandam um contexto para fazer sentido. Decorre justamente deste lugar uma responsabilidade que não se pode fugir, nem oscilar (ROSA, 2015, p. 131).

A *responsabilidade* de que fala o Alexandre Morais Da Rosa é nada menos que uma exigência de cariz republicano do Estado

¹³ Vide a denúncia de Streck: “Há, [...] no horizonte dogmático, uma mixagem produzida no âmbito do senso comum teórico. Confunde-se o paradigma ontológico-clássico com o da filosofia da consciência e vice-versa, resultando disso conceitos absolutamente sincréticos, autocontraditórios. [...] essa mixagem (ou sincretismo) de paradigma inconciliáveis acaba sendo regra (*communis opinio doctorum*) na doutrina. E nas práticas dos tribunais. E as raízes são antigas [...]” (STRECK 2013, p. 35).

Democrático de Direito, fruto da *intersubjetividade* e do *caráter discursivo* da “Constituição”. A respeito, ensina Streck que

A Constituição, nesse contexto, deve ser entendida enquanto um fundamento sem fundo, uma espécie de ‘como se’ (*als ob*). Seu fundamento não é objetivista e tampouco é uma instância superior (categoria). Esse fundamento (constitucional) de que aqui se fala tem um caráter transcendental-existencial. O texto constitucional não é apreendido primeiramente como ser-objeto, e sim, há um mundo circundante onde ocorre essa manifestação. Ele se dá como *acontecer* (*Ereignen*) (STRECK, 2013, p. 135).

Desnecessário destacar que a exigência de tal *responsabilidade interpretativa* passa longe da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, como vimos, prossegue (as)sujeitando o texto constitucional e a principiologia que o acompanha ao “livre-arbítrio” de suas consciências. Esquecem os desembargadores desta Câmara, outrossim, que tais decisões falam muito mais sobre *eles mesmos* do que da *Constituição* e sua *principiologia*.

Quando Gadamer diz que “a cunhagem do conceito de *linguagem* pressupõe uma *consciência* de linguagem” (2002, p. 176), significa que não dominamos (completamente) a interpretação que damos aos textos; nesta atividade, sempre nos movimentamos dentro do espaço de familiaridade e conhecimento que temos do nosso próprio mundo. Significa que “em todos os nossos pensamento e conhecimentos sempre já fomos precedidos pela interpretação do mundo feita na linguagem” (GADAMER, 2002, p. 178).

Conclui-se daí que a 9ª Câmara de Direito Criminal possui um horizonte que esquece de seus pré-conceitos no ato de *aplicação* dos preceitos constitucionais, dando-lhes máxima eficácia quando sugerem o reforço das reprimendas aos condenados – mormente nos casos de tráfico de drogas – e restringindo-lhes o alcance quando destinados a garantir os direitos de liberdade do réu.

O *senso comum hermenêutico* dos juristas brasileiros precisa aprender a *pensar* a “linguagem” que utiliza; só assim pode se movimentar para além da subjetividade solipsista (GADAMER, 2007, p. 27). Com efeito, - nas palavras de Aury Lopes Jr: “Não basta apenas *ter um juiz*;

devemos perquirir quem é esse juiz, que garantias ele deve possuir e a serviço de que(m) ele está” (LOPES JR., 2005, p. 71).

Resta perguntar: a 9ª Câmara de Direito Criminal está a serviço de que(m)? Da (projeção que suas consciências têm da) sociedade brasileira ou da Constituição Federal?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa, que se serviu de acórdãos da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para uma análise semiótica dos seus argumentos, concluiu que a 9ª Câmara de Direito Criminal carece – e muito – de *accountability* ou sindicabilidade em suas decisões, pois somente segue o caminho sinalizado pelo STF para as suas interpretações quanto tal convém à ideologia punitivista que lhes serve de horizonte.

O trabalho explorou os argumentos lançados pela Câmara quando o órgão judicante encara as orientações interpretativas indicadas por julgamento paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal.

Percebeu-se que: quando a orientação dada pelo STF tende ao *encarceramento do acusado* – como a decisão do HC nº 126.929/MG, a 9ª Câmara prontamente segue tal orientação. Nestes casos, ‘a *Constituição significa o que a Suprema Corte diz que significa*’. Recita-se o jargão em inglês.

Ocorre que quando a orientação dada pelo STF é de cunho *garantista* – como a do HC nº 111.840/ES – o colegiado paulista passa por cima de tal entendimento. Nestas situações – mormente nos casos de crimes que *irritam* o tecido social, como o tráfico de drogas – as declarações de inconstitucionalidade dadas em controle difuso pelo STF não possuem força vinculante e, logo, antes de serem ratificadas pelo Senado Federal, não podem ser expandidas.

Esquecem os julgadores contudo que a orientação dada no HC nº 126.929/MG também surgiu em sede de controle incidental e, assim, caso a 9ª Câmara de Direito Criminal tivesse um mínimo de coerência e integridade em seu *habitus interpretativo*, não restaria outra escolha a ela que não aplicar o mais recente entendimento exarado pela Corte Suprema.

O que se pode concluir, em última análise, é que embora muito se tenha feito a favor de um projeto efetivamente democrático no país, o trabalho está longe do fim.

É preciso que a *doutrina* de fato *doutrine* os órgãos judicantes que abusam de seu poder jurisdicional e exponha tais abusos interpretativos. Só assim, inclusive, é que a hermenêutica jurídica ultrapassa a névoa abstrata que a rodeia e se dirige à atividade prática dos juristas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. "Habeas Corpus: garantia constitucional ou panaceia universal?". *Boletim IBCCRIM*, v. 246, p. 10, 2013.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. *O precedente judicial em paralelo à Súmula Vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, n. 234, ago. 2014. p. 275-301.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. II: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Vol. II: A virada hermenêutica. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II: complementos e índices. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 06ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, parte I. Tradução de Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2005.

LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997.

MARTINS, Gilberto de Andrade. *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Precedentes? significados e impossibilidade de aplicação self-service*, 2014, p. 01. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/30/precedentes-significados-e-impossibilidade-de-aplicacao-self-service/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

ROSA, Alexandre morais da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127-132.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 153-175.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013c.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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. <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i7.77>

TIERSMA, Peter M. *The textualization of precedent*. Legal studies paper nº 2007-28. April/2007. p. 62. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.680901>

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Vol. I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Ed. Boitempo, 2008.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 07/09/2016
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/09/2016
- Avaliação 1: 16/09/2016
- Avaliação 2: 17/09/2016
- Decisão editorial preliminar: 20/09/2016
- Retorno rodada de correções 1: 29/09/2016
- Avaliação 3: 19/10/2016
- Decisão editorial preliminar 2: 20/10/2016
- Retorno rodada de correções 2: 26/10/2016
- Decisão editorial final: 31/10/2016

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ALCÂNTARA, Guilherme G.; PRADO, Florestan. "The Constitution means what the Supreme Court says it means'... Mas só quando eu quero!" Sobre como (não) trabalhar com precedentes. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 343-364, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.25>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.