

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO**  
**PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**



**JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA**

**O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA  
PENAL E A TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: UMA ANÁLISE  
COMPARADA COM A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS**

**Recife**  
**2019**

**O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA  
PENAL E A TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: UMA ANÁLISE  
COMPARADA COM A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

**Orientador:** Prof. Dr. Hélio Silvio Ourém Campos

**Linha de Pesquisa:** Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos.

**Grupo de Pesquisa:** Política e Tributação.

**Recife  
2019**

M539p

Mendonça, Jorge André de Carvalho

O papel do Supremo Tribunal Federal no sistema de justiça penal e a teoria dos precedentes obrigatórios: uma análise comparada com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América / Jorge André de Carvalho Mendonça, 2019.

283 f. : il.

Orientador: Hélio Silvío Ourém Campos.

Tese (Doutorado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito, 2019.

1. Direito penal. 2. Precedentes judiciais. 3. Estados Unidos. Supremo Tribunal Federal. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDU 343.2

Pedro Manoel da Silva -  
CRB 4 / 1142

# TERMO DE APROVAÇÃO

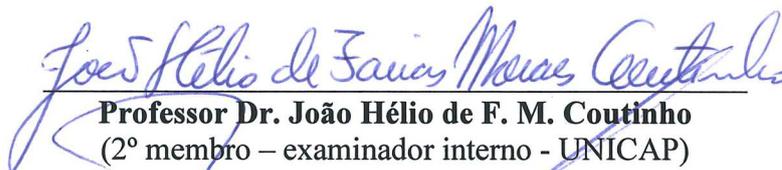
**DOUTORANDO: JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA**

**O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL E A TEORIA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: UMA ANÁLISE COMPARADA COM A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

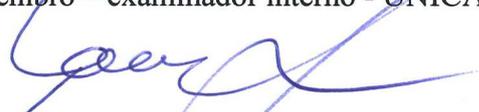
Tese aprovada, em 06 de dezembro de 2019, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, pela seguinte banca examinadora:



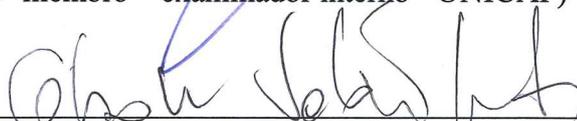
**Professor Dr. Hélio Silvio Ourém Campos**  
(Presidente da banca - Orientador - UNICAP)



**Professor Dr. João Hélio de F. M. Coutinho**  
(2º membro – examinador interno - UNICAP)



**Professor Dr. Roney José Lemos R. de Souza**  
(3º membro – examinador interno - UNICAP)



**Professor Dr. Geilson Salomão Leite**  
(4º membro – examinador externo - UFPB)



**Professora Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli**  
(5º membro – examinadora externa - DAMAS)

Recife  
2019

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, como sempre tenho que agradecer aos meus pais, pela educação e possibilidade de estudo concedida ao longo da fase mais importante da minha vida, aquela relativa à formação da minha personalidade.

Aos amigos Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Flávia Moreira Guimarães Pessoa e Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, pelas grandes colaborações na estruturação da pesquisa.

Aos amigos Bruno Muzzi de Lima e Bruno Santos Cunha, assim como aos professores Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, Gustavo Ferreira Santos e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, pela imensa ajuda que deram durante o processo de aplicação para o doutorado sanduíche nos Estados Unidos.

Aos professores José Mário Wanderley Gomes Neto e Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves, pelos imprescindíveis ensinamentos sobre a metodologia seguida no trabalho.

Aos vários professores da Duke University School of Law com quem tive contato, pessoal ou virtual, pela sensacional receptividade, especialmente a Sara Sun Beale, Thomas B. Metzloff, Ralf Michaels e Donald B. Ayer, não só pela extrema cordialidade, como também pelo grande auxílio, tanto nas orientações, como na indicação do material necessário à pesquisa.

À Capes, pela concessão de bolsa que muito facilitou a realização do doutorado sanduíche nos Estados Unidos, sem o qual a pesquisa dificilmente teria se concretizado da forma como foi feita.

Ao Professor Hélio Silvio Ourém Campos, pela paciência da orientação ao longo do curso, nos inúmeros encontros formais e informais realizados para tratar do

estudo, como também pelo grande incentivo, apoio e disponibilidade para viabilizar a pesquisa nos Estados Unidos.

À minha esposa Patricia, tanto pela paciência da privação de momentos familiares, como também pelo enorme auxílio que deu durante todo o procedimento de aplicação para a pesquisa nos Estados Unidos, além da imensa ajuda durante todo o período em que moramos naquele país.

Por fim, às minhas filhas Júlia e Isadora, as razões do meu viver e de todo o esforço despendido nos últimos anos, tanto para que ele sirva de exemplo de dedicação, como também na esperança de que, de alguma forma, ele possa contribuir na busca de um país melhor para o futuro de ambas.

## RESUMO

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. *O papel do Supremo Tribunal Federal no sistema de justiça penal e a teoria dos precedentes obrigatórios: uma análise comparada com a Suprema Corte dos Estados Unidos*. 2019. 283 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019.

Preocupados com o problema da “dispersão jurisprudencial” e da “jurisprudência lotérica”, sobretudo com a inobservância de diversos aspectos da teoria dos precedentes obrigatórios pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de causas criminais de alta importância para a nação, em primeiro lugar, nós perguntamos a razão pela qual aquele órgão age dessa maneira. A hipótese investigada para responder esta pergunta, baseada na afirmação de uma corrente da academia jurídica brasileira, foi de que isso acontece porque a corte nacional funciona como corte de justiça criminal, não como corte de precedentes. Diante disso, formulamos uma segunda pergunta, indagando como o tribunal de cúpula do Brasil deve agir para observar mais seus próprios precedentes no sistema de justiça penal. Trabalhamos, nesta segunda parte, com a suposição, baseada no mesmo referencial teórico, de que o STF tem que mudar o seu *status*, de corte de justiça, para corte de precedentes, tal como seria o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para investigar as duas hipóteses utilizamos principalmente os dados de ambas as cortes, como também um estudo de alguns casos criminais importantes julgados por elas. Conseguimos confirmar apenas uma tendência do tribunal brasileiro de funcionar como corte de justiça, e considerando somente o julgamento de causas criminais importantes. Considerando apenas a nossa análise qualitativa, verificamos que ela realmente não tem produzido norma criminal para o futuro, tampouco conferindo unidade, no sistema de justiça penal, em todo o território do país. Apesar disso, também aferimos ser possível que uma análise ao mesmo tempo quantitativa, para nós inviável, leve a uma conclusão contrária, especialmente se for pesquisada uma amostra relevante do grande número de casos de rotina, julgados naquele nível por simples reprodução. Por sua vez, não conseguimos confirmar a segunda hipótese, por ser extremamente duvidosa a alegação de que a Suprema Corte dos Estados Unidos funcione como corte de precedentes. Da mesma forma que o tribunal brasileiro, em muitas ocasiões ela não produz normas criminais apenas para o futuro, como também não confere unidade ao direito, deixando de uniformizar a maioria dos casos decididos de forma diferente pelas instâncias inferiores. Na verdade, diante da admissibilidade discricionária de seus recursos, ela parece funcionar muito mais como uma corte de administração da justiça, preocupada em julgar apenas as causas que, mediante seu critério subjetivo, tenham grande importância para a nação norte-americana.

**Palavras-chave:** Papel das cortes supremas. Supremo Tribunal Federal. Suprema Corte dos Estados Unidos. Teoria dos precedentes obrigatórios. Sistema de justiça penal.

## ABSTRACT

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. *The role of the Brazilian Supreme Court in the criminal justice system, and the doctrine of binding precedents: a comparative approach to the United States Supreme Court*. 2019. 283 p. Dissertation (Juris Doctor Degree in Law) – Catholic University of Pernambuco, Recife, 2019.

Concerned with the problem of different and random judicial decision-making processes for similar cases, especially concerning the failure of the Brazilian Supreme Court to comply with many axioms of the doctrine of binding precedents, when solving important criminal cases for the whole country, we first ask the reason why the justices act that way. The hypothesis inquired to answer this research question is based on the statement made by a group of Brazilian law professors, who are saying that it happens because the Brazilian court works as court focused on individual justice, rather than making the same law for everybody. Then, we have a second research question, asking how the Brazilian Supreme Court should behave to further accomplish its own precedents in the criminal field. We work in this second part with the assumption, based once more on the same group of law professors, that the national court needs to change its status from a “court of justice” to a “court of precedents”, becoming similar to the United States Supreme Court. To study the two hypothesis, we mainly analyze the data from both courts, as well as some important criminal cases solved by them. We confirm a tendency for the Brazilian court to work as a “court of justice”, but taking into account only the decisions made in important criminal cases. Taking into consideration only our qualitative approach, we realize that it is neither making criminal law for the future nor unifying it for the whole country. Nevertheless, we also realize that a quantitative approach, in addition to the qualitative one, although not feasible for us, may lead to an opposite conclusion, especially if it takes a big sample of the large number of routine cases, solved by the Brazilian court by simple reproduction. Moreover, we cannot confirm the second hypothesis, because the claim that the Supreme Court of the United States works as a court of precedent is also very doubtful. Like the Brazilian one, on many occasions it neither makes laws for the future, nor standardizes most cases solved in different ways by lower courts. Actually, because of its discretionary option to solve the cases or not, it seems to work closer to a “court of management justice” system, focused on solving, by its own subjective criteria, only what it thinks is very important to the United States.

**Keywords:** Role of supreme courts. The Brazilian Supreme Court. The Supreme Court of the United States. Doctrine of binding precedents. Criminal judicial system.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	11
<b>PRIMEIRA PARTE: O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	19
<b>I. O STF E A TAREFA DE PRODUZIR NORMAS CRIMINAIS PARA O FUTURO</b>	19
<b>1. A NORMA LEGAL BRASILEIRA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	19
1.1 A CERTEZA DO TEXTO LEGAL	19
1.2 A APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO	26
1.3 O ALCANCE DA NORMA CRIMINAL E O <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292/SP	31
1.4 A EXIGÊNCIA DE LEI ESCRITA E ESTRITA EM FACE DA ADO 26/DF, DO MI 4733/DF E DO HC 113.857/AM	36
<b>2. A NORMA PRÉVIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	40
2.1 A ANTERIORIDADE DA LEI CRIMINAL	40
2.2 A NATUREZA DECLARATÓRIA DAS DECISÕES JUDICIAIS	44
2.3 A RETROATIVIDADE DOS PRECEDENTES	47
2.4 A DIMENSÃO TEMPORAL DOS PRECEDENTES NO HC 126.292/SP, NAS CAUTELARES NAS ADCS 43 E 44/DF E NO ARE 964.246/SP (TEMA 925)	51
<b>3. A NORMA ORIUNDA DOS PRECEDENTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	55
3.1 A PREVISÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES	55
3.2 A <i>RATIO DECIDENDI</i> E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES	60
3.3 A INDIVIDUALIDADE NOS ACÓRDÃOS DO STF	64
3.4 OS VOTOS NO HC 126.292/SP E NO ARE 964.246	68
<b>II. O STF E A MISSÃO DE DAR UNIDADE AO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	71
<b>1. A COMPETÊNCIA CRIMINAL DO STF</b>	71
1.1 O FORO PRIVILEGIADO	71
1.2 O <i>HABEAS CORPUS</i>	77
1.3 O RECURSO ORDINÁRIO	83
1.4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO	87
1.5 A REPERCUSSÃO GERAL	93
1.6 A RECLAMAÇÃO	97
<b>2. A VINCULAÇÃO E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES CRIMINAIS NO STF</b>	101
2.1 A VINCULAÇÃO VERTICAL, HORIZONTAL E A AUTOVINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES	101
2.2 O JULGAMENTO POR ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS	104

2.3 A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NA LEI E NA TEORIA	110
2.4 A MUDANÇA DE PRECEDENTE NO HC 126.292/SP	114
<b>3. O COMPORTAMENTO DO STF NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	<b>119</b>
3.1 A CARGA DE TRABALHO	119
3.2 A FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA DAS DECISÕES	127
3.3 AS SÚMULAS, AS EMENTAS E A JURISPRUDÊNCIA	131
3.4 COMO DECIDEM OS MINISTROS	136
<b>SEGUNDA PARTE: O PAPEL DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	<b>145</b>
<b>III. A SUPREMA CORTE DOS EUA E A TAREFA DE PRODUZIR NORMAS CRIMINAIS PARA O FUTURO</b>	<b>145</b>
<b>1. A NORMA NORTE-AMERICANA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	<b>145</b>
1.1 A CONSTRUÇÃO DE SENTIDO AO TEXTO	145
1.2 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO	148
1.3 O ALCANCE DA NORMA PENAL E OS CASOS <i>DURLAND</i> E <i>SKILLING</i>	152
1.4 O <i>NULLUM CRIMEN SINE LEGE</i> E O CASO <i>HUDSON AND GOODWIN</i>	156
1.5 O <i>NULLA POENA SINE LEGE</i> E O CASO <i>BOOKER</i>	160
<b>2. A NORMA PRÉVIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL DOS ESTADOS UNIDOS</b>	<b>164</b>
2.1 O <i>EX POST FACTO</i>	164
2.2 A NATUREZA CONSTITUTIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS	167
2.3 A PROSPECTIVIDADE DOS PRECEDENTES	171
2.4 A DIMENSÃO TEMPORAL DOS PRECEDENTES E OS CASOS <i>DURLAND</i> , <i>BOUIE</i> , <i>SALINAS</i> , <i>BOOKER</i> , <i>LINKLETTER</i> , <i>STOVALL</i> E <i>GRIFFITH</i>	177
<b>3. OS PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE DOS EUA COMO NORMAS PENAIS</b>	<b>185</b>
3.1 A LEGITIMIDADE DOS PRECEDENTES	185
3.2 O <i>HOLDING</i>	190
3.3 A COLEGIALIDADE NA SUPREMA CORTE DOS EUA	197
<b>IV. A SUPREMA CORTE DOS EUA E A MISSÃO DE DAR UNIDADE AO DIREITO NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	<b>204</b>
<b>1. A COMPETÊNCIA CRIMINAL DA SUPREMA CORTE DOS EUA</b>	<b>204</b>
1.1 A PRERROGATIVA DE FORO	204
1.2 O <i>HABEAS CORPUS</i>	211
1.3 A COMPETÊNCIA RECURSAL	215
1.4 O <i>WRIT OF CERTIORARI</i>	218
<b>2. A VINCULAÇÃO E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES CRIMINAIS NA SUPREMA CORTE DOS EUA</b>	<b>224</b>
2.1 A VINCULAÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL	224
2.2 O ASPECTO PROSPECTIVO	227
2.3 O <i>OVERRULING</i> NA TEORIA	230
2.4 O <i>UNDER-THE-TABLE OVERRULING</i>	234

2.5 A FORÇA DOS PRECEDENTES E OS CASOS <i>MCNALLY</i> E <i>BOUIE</i>	240
<b>3. O COMPORTAMENTO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL</b>	243
3.1 O FUNCIONAMENTO EM FACE DA CARGA DE TRABALHO	243
3.2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS <i>OPINIONS</i> E OS LIMITES ÀS PEÇAS RECURSAIS	248
3.3 COMO DECIDEM OS <i>JUSTICES</i>	252
<b>CONCLUSÃO</b>	261
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	272

## INTRODUÇÃO

Estudar o papel das supremas cortes e o sistema de precedentes não é uma missão fácil, dentre outros motivos, por já ser grande a quantidade de análises, impedindo o nosso conhecimento sobre tudo aquilo que já foi estudado no Brasil e no exterior. Por isso, aliás, nem sempre é possível dizer algo completamente novo sobre o assunto.<sup>1</sup>

Apesar disso, nossa originalidade decorre do fato de não conhecermos trabalho que faça uma relação entre o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Suprema Corte dos Estados Unidos de forma relacionada com a teoria dos precedentes obrigatórios, muito menos em face de estudo de casos. Ademais, no Brasil, as abordagens do sistema de precedentes, também chamado de *stare decisis*, têm geralmente sido feitas no campo extrapenal, embora os valores da segurança jurídica, redução de incerteza e aumento da isonomia, que o embasam, sejam ainda mais importantes dentro do sistema de justiça penal, não apenas por ser ele que protege os bens jurídicos mais importantes ao convívio em sociedade, mas também por tutelar igualmente um dos direitos mais importantes dos indivíduos: a liberdade.

A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) critica a existência de posicionamentos diferentes sobre a mesma norma jurídica, levando a que jurisdicionados em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diversas. Não muito diferente tem sido o posicionamento da doutrina nacional, que também reclama da existência de “dispersão jurisprudencial” e de “jurisprudência lotérica dos tribunais”.<sup>2</sup> Para ela, essa dispersão excessiva ainda persiste e se avanteja, projetando diversas externalidades negativas, tanto ao próprio sistema como um todo, como em face dos jurisdicionados,<sup>3</sup> situação que se agrava quando isso acontece dentro do próprio STF, o que não pode ser visto como algo sem importância, normal, rotineiro ou até desejável dentro do sistema jurídico,<sup>4</sup> muito menos no campo criminal.

No Brasil, encontramos basicamente duas correntes opostas tratando do tema, embora com uma perspectiva diferente da nossa. Uma delas, tentando dar uma solução ao problema descrito no parágrafo anterior, defende um papel de corte de precedentes para os tribunais

---

<sup>1</sup> KERN, Christoph A. El Rol de la Corte Suprema, *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 53.

<sup>2</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de Precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 517.

<sup>3</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 198.

<sup>4</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

superiores brasileiros, estando representada, dentre outros autores nacionais, principalmente por Marinoni<sup>5</sup> e Mitidiero<sup>6</sup>. A segunda pode ser bem resumida nas palavras de Nery Jr. e Abboud, para quem o texto constitucional prevê expressamente a possibilidade de tais cortes decidirem efetivamente lides, não autorizando o entendimento de que elas julguem teses jurídicas como se, ao julgarem lides intersubjetivas, estivessem exercendo algo necessariamente secundário e acidental. Isso seria inconstitucional, por ofender, no caso do STF, o art. 102, III, da CF (Constituição Federal), que lhe dá atribuição para o julgamento de “causas”, sendo inconstitucional também por esquecer a dimensão democrática e ínsita ao tribunal, além de negligenciar a sua importância na limitação do Poder Público e na proteção dos direitos fundamentais.<sup>7</sup> São adeptos desta posição, igualmente, Lenio Streck, Dierle Nunes, Marcelo Cattoni, Francisco Motta, Rafael de Oliveira, André Trindade, Lucio Delfino, etc.<sup>8</sup>

Não pretendemos entrar nesse debate. Apesar de reconhecermos sua importância, cremos que ele esteja predominantemente relacionado a aspectos teóricos ou filosóficos que não nos interessam no momento, ainda que os dois lados opostos digam estar se baseando numa dogmática constitucional. Efetuando um corte para focarmos apenas na área criminal, optamos por outro caminho, mais preocupado com o mundo real, partindo do problema do descumprimento da teoria dos precedentes em importantes julgados do STF, ou, como preferiria a segunda corrente, partindo da inobservância de uma maior racionalidade no sistema de justiça brasileiro.<sup>9</sup>

Num primeiro instante, perguntamos por que o STF tem deixado de se guiar por critérios que norteiam a referida teoria, quando do julgamento de importantes causas criminais, o que será avaliado sobretudo por meio de alguns dados, como também por um estudo de casos múltiplos.<sup>10</sup> Estudaremos, qualitativamente, o HC 126.292/SP, de 2016, o ARE 964.246/SP,

---

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>6</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>7</sup> NERY JR., Nelson; ABBoud, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento de casos concretos, *In: Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n. 93. Belo Horizonte: RBDPro, jan./mar. 2016, p. 250 a 252.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 17.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 16.

<sup>10</sup> O que diferencia as diferentes estratégias de pesquisa não é uma hierarquia entre elas. Pelo contrário, para saber quando utilizar determinada técnica, três condições devem ser observadas: (a) o tipo de questão de pesquisa proposto; (b) a extensão de controle que o pesquisador tem sobre eventos comportamentais efetivos e (c) o grau de enfoque em acontecimentos históricos em oposição a acontecimentos contemporâneos. Em geral, os estudos de caso representam a estratégia preferida quando se colocam questões do tipo “como” e “por que”, quando o pesquisador tem pouco controle sobre os eventos e quando o foco se encontra em fenômenos contemporâneos

julgado também em 2016, no regime da repercussão geral (Tema 925, STF), além de várias decisões de órgãos fracionários em relação à mesma questão: possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.<sup>11</sup> Mas não ficaremos só nessas causas, avaliando, outrossim, embora em menor proporção, o HC 113.857/AM, de 2013, a ADO 26/DF e o MI 4733/DF, ambos julgados em 2019, bem como as medidas cautelares nas ADCs 43, 44 e 54/DF, decididas em 2016 e 2018. Quanto às últimas, tratando-se de ações de constitucionalidade, vale lembrar que não se coadunam totalmente com o sistema de precedentes obrigatórios, por julgarem lei em tese, de forma despreocupada com fatos concretos. Mesmo assim, entendemos importante o estudo delas, por encontrarmos importante relação com o princípio da legalidade penal e com a mesma filosofia que embasa o *stare decisis*, além de terem sido abraçadas pelo art. 927, I, do CPC como aptas a formarem “precedentes obrigatórios”.

Nossa hipótese para esta primeira pergunta, oriunda da segunda corrente acima mencionada, é que o STF tem se comportado dessa maneira por atuar como uma corte de controle das decisões oriundas das instâncias inferiores. Em outras palavras, por funcionar como uma corte superior, corte de jurisprudência, simples fiscal dos outros órgãos do Judiciário, em suma, por trabalhar como corte de justiça. Para investigá-la, estudaremos se aquele tribunal tem a missão de produzir normas criminais para o futuro e de dar unidade ao direito no sistema de justiça penal, no sentido de preservar a igualdade mediante a atribuição de sentido ao texto “legal”, o que faz parte, respectivamente, dos capítulos I e II.<sup>12</sup>

Num segundo momento, diante do mesmo problema, indagamos como o STF deve agir para observar mais a teoria dos precedentes no sistema de justiça penal. Nossa hipótese, agora, é de que aquele órgão deva mudar o seu *status*, de corte de justiça, para um *status* de

---

inseridos em algum contexto da vida real (YIN, Robert K.. *Estudo de Caso*: planejamento e métodos. Tradutor Daniel Grassi. 2ª ed.. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 19, 23 e 24).

<sup>11</sup> O tema foi escolhido por três motivos: 1) diante do seu intenso debate no meio acadêmico, no próprio Judiciário, sendo não raramente objeto de manifestações da imprensa e da população; 2) porque ele foi objeto de decisão da Suprema Corte tanto antes quanto depois da vigência do atual CPC; 3) e por se tratar de assunto objeto de inobservância ou superação explícita de precedente, no qual o STF reconheceu claramente ter ciência da decisão anterior em sentido contrário.

<sup>12</sup> É importante repetir que não estamos preocupados com a divergência entre o sistema de precedentes obrigatórios ser inconstitucional ou decorrer de imposição constitucional. Considerando a solução apresentada pela 1ª corrente para o nosso problema, apenas a utilizamos como referencial teórico. Embora esta corrente tenha se dedicado ao âmbito cível, testaremos se o seu raciocínio se aplica ao sistema de justiça penal, até porque o fundamento utilizado, segundo eles, é constitucional, abrangente de ambas as áreas.

corte de precedentes, pautando sua atuação na mesma forma que a Suprema Corte dos EUA.<sup>13</sup> Da mesma forma que a primeira parte do trabalho, testaremos esse “palpite” pesquisando se a referida corte estrangeira se comporta produzindo norma criminal para o futuro e dando unidade ao sistema de justiça penal, ou seja, tutelando a igualdade entre os jurisdicionados, e utilizando basicamente a mesma metodologia, primordialmente de estudo de casos, o que será objeto dos capítulos III e IV.

Na linha do pensamento que iremos testar, seguindo o que seria o modelo norte-americano de corte suprema, o STF deveria passar a atuar principalmente de duas maneiras: 1) produzindo norma para o futuro, de forma mais preocupada com o interesse coletivo do que com o interesse das partes envolvidas no caso objeto do julgamento. Uma corte suprema não poderia se limitar a corrigir a aplicação da lei para resolver o caso concreto, devendo passar a formar precedentes, destinados a orientar a sociedade e a regular casos futuros, até para que a igualdade e a liberdade não sejam violadas;<sup>14</sup> 2) dando unidade ao direito mediante sua “adequada” interpretação, a partir do julgamento de casos a ela apresentados,<sup>15</sup> já que a divergência “jurisprudencial” atua em detrimento dessa unicidade, elemento fundamental a toda prestação jurisdicional.<sup>16</sup>

Em razão da menção à necessidade de copiarmos um modelo estrangeiro, surge a importância do método comparado. Apesar da forma cética em se ver o mundo como um todo, especialmente após as duas guerras mundiais, o desenvolvimento e enriquecimento do direito comparado ainda tem sido firme. Comparatistas permanecem convencidos que ele é útil e necessário, mesmo com essa área de estudo ocupando modesta posição nos currículos acadêmicos.<sup>17</sup>

A comparação entre sistemas jurídicos de diferentes nações pode ser feita numa larga escala ou numa escala menor. Para comparar o espírito e o estilo de diferentes modelos, os métodos de pensamento e procedimentos, usamos o que é chamado de macrocomparação, em vez de nos concentrarmos em problemas individuais concretos e suas soluções. A microcomparação, em contraste, lida com instituições legais ou problemas específicos,

---

<sup>13</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 20 e 23.

<sup>15</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

<sup>16</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 198.

<sup>17</sup> ZWEIGERT, KONRAD; KÖTZ, HEIN. *Introduction to Comparative Law*. Tradutor Tony Weir. 3a ed. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 3.

analisando regras usadas para resolver problemas atuais ou particulares conflitos de interesses. Todavia, a linha divisória entre a macro e a microcomparação é flexível, com a possibilidade de alguém fazer as duas ao mesmo tempo,<sup>18</sup> o que é exatamente o nosso caso. Embora foquemos na primeira, não podemos deixar de efetuar a segunda quando comparamos temas como, por exemplo, a competência criminal originária de cada uma das supremas cortes estudadas.

A importância da comparação decorre, outrossim, da existência de autores estrangeiros que caminham em direção parecida com aquela do nosso referencial teórico. Taruffo, por exemplo, diz haver uma linha de tendência dos últimos anos que parece mover as cortes de vértice da função tradicional de tutela da legalidade em sentido reativo, de controle da legitimidade das decisões tomadas em casos concretos específicos, para uma função proativa de desenvolvimento da legalidade em sentido dinâmico e orientado para o futuro.<sup>19</sup>

Inclusive nos Estados Unidos (EUA) existe o mesmo pensamento, a exemplo daquele apresentado por Eisenberg. Ele aponta dois papéis que as cortes em geral podem ter: um no qual elas estabelecem regras somente com base na solução das disputas individuais, e dentro dos seus limites, mas sem caráter obrigatório vinculante; outro no qual elas estabelecem regras para orientar a conduta da sociedade, de forma obrigatória, anunciando mais normas do que as necessárias para a solução caso concreto, ainda que isso aconteça no seu bojo, optando pelo último modelo.<sup>20</sup>

Formulada de uma outra maneira, a pergunta clássica também já foi apresentada por Kern: as cortes supremas servem exclusivamente a um fim ou interesse privado, ou também se prestam a uma finalidade pública? Em resposta, embora diga que os recursos perante o tribunal servem também ao interesse das partes, dá ênfase à sua utilidade pública.<sup>21</sup>

É importante explicar que nossa pesquisa não pode abranger o *Bundesgerichtshof*, a despeito de ele estar incluído na explicação “comparativa” que embasa as nossas hipóteses,<sup>22</sup> em razão de claras dificuldades não apenas espacial, como também temporal. Em outras

---

<sup>18</sup> ZWEIGERT, KONRAD; KÖTZ, HEIN. *Introduction to Comparative Law*. Tradutor Tony Weir. 3a ed. Oxford: Claredon Press, 1996, p. 4 e 5.

<sup>19</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 248-249.

<sup>20</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 4-7.

<sup>21</sup> KERN, Christoph A. El Rol de la Corte Suprema, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 56 e 57.

<sup>22</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131. Tampouco estudamos o *Bundesverfassungsgericht* (tribunal constitucional alemão).

palavras, era preciso dar uma corte que delimitasse o nosso objeto, tornando nosso trabalho viável.<sup>23</sup>

Além disso, diante do estudo da relação entre o papel das cortes de vértice e o *stare decisis*, preferimos limitar a pesquisa ao modo de funcionamento da corte de um país do *common law*. E, dentre os países dessa família jurídica, optamos por estudar os Estados Unidos por vários motivos: primeiro, porque a “comparação” vem sendo feita expressamente pelo nosso referencial teórico; segundo, porque o STF talvez tenha sido originalmente projetado à luz da Suprema Corte daquele país;<sup>24</sup> terceiro, diante da afirmação de que a Suprema Corte americana se tornou o tribunal mais assistido e admirado no mundo, com seu palácio de mármore e milhares de advogados, professores de direito, jornalistas e historiadores esperando cada uma de suas palavras;<sup>25</sup> quarto, porque o Tribunal Supremo do Reino Unido foi criado pela Lei de Reforma Constitucional apenas em 2005, tendo se constituído pela primeira vez somente em 2009, substituindo o exercício da função pela Câmara dos Lordes, mas sem a pretensão de que o novo tribunal “revogue” legislação sob o fundamento de inconstitucionalidade,<sup>26</sup> o que é diferente da tradição do direito brasileiro e norte-americano; quinto, porque a *House of Lords* passou um bom tempo sem poder “revogar” seus precedentes, diferentemente do que aconteceu nos EUA, o que somente foi modificado em 1966;<sup>27</sup> por fim, como já dissemos em outra oportunidade,<sup>28</sup> se tivermos como foco aqueles dois países de tradição do *common law*, entendemos que, apesar de mantidas várias diferenças, nosso sistema jurídico se aproxima mais em relação aos EUA do que em relação ao Reino Unido. Ao contrário do que ocorre com os britânicos, os *yankees*, assim como os brasileiros, possuem uma constituição escrita, distinguem entre direito federal e estadual, descentralizam o Poder

---

<sup>23</sup> Pelos mesmos motivos, esta pesquisa não abrange o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão nacional também bastante relevante, mas menos importante que o STF.

<sup>24</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 96.

<sup>25</sup> Neste sentido, HOFFER, Charles Peter; HOFFER, William James Hull; HULL, N.E.H. *The Supreme Court: an essential history*. Kansas: University Press of Kansas, 2007, p. 10.

<sup>26</sup> ANDREWS, Neil. El Tribunal Supremo del Reino Unido y las Sentencias de los Tribunales Ingleses, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 254 e 255.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

<sup>28</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A forma de julgamento dos tribunais superiores brasileiros e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos, In: NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.), *Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis*, v. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 253.

Judiciário e possuem leis que desempenham um papel muito superior ao que lhes é atribuído no direito inglês.<sup>29</sup>

Por último, temos cinco observações a fazer. A primeira está na lembrança de ser totalmente possível que os dados utilizados por nós mudem no futuro, sendo inclusive o que desejamos. Isso, porém, não diminui a relevância da abordagem dos assuntos tratados. Nem mesmo a alteração ou a consolidação do entendimento sobre os casos estudados retira, na nossa visão, a importância da pesquisa, que deverá ser evidentemente avaliada de acordo com a situação da época em que foi efetuada.

A segunda observação é no sentido de que alguns parágrafos espalhados ao longo deste trabalho já foram publicados, durante a sua elaboração, em dois artigos escritos pelo autor,<sup>30</sup> sem que nenhum trecho, porém, seja reprodução integral de algum capítulo ou item agora apresentado.

A terceira consideração é de ser importante observar que as referências que fazemos a direito penal, direito criminal, ou a sistema de justiça penal, não abrangem apenas o específico ramo do direito material, incluindo, igualmente, aspectos constitucionais e processuais, de forma despreocupada com a separação técnica entre eles, bem como com eventuais opções acadêmicas pelas terminologias “penal” ou “criminal”.<sup>31</sup>

A quarta, é que o nosso estudo se baseia em muitas fontes estrangeiras, escritas principalmente na língua inglesa, sobretudo na segunda parte, tendo as traduções sido efetuadas livremente por nós mesmos. Optamos por não mencionar isso em cada uma das correspondentes notas de rodapé, para evitarmos cansar o leitor com a repetição, diante da utilização de um grande número de obras e precedentes oriundos principalmente dos Estados Unidos.

Finalmente, a mais importante das observações. Embora estejamos mais preocupados com algo que efetivamente exista, com o produto do mundo exterior, não temos a pretensão de avaliar se o STF e a Suprema Corte dos EUA são órgãos que mais cumprem ou descumprem seus precedentes criminais, tampouco objetivando o percentual de vezes em que isso acontece.

---

<sup>29</sup> SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*, tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 35, 87 e 89.

<sup>30</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A forma de julgamento dos tribunais superiores brasileiros e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41 n. 260, out. 2016, p. 327-351 e MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. *In: Revista da Ajuris*, v. 45, n. 144. Porto Alegre, jun. 2018, p. 331-349. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2>, acesso no dia 11/12/2018.

<sup>31</sup> O problema da denominação direito penal *versus* direito criminal é analisado, dentre outros, por Bianchini, Molina e Gomes (BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 28 a 32), o que, repita-se, foge da nossa atenção.

Pensamos que tal abordagem seria inviável sem uma grande equipe de apoio, senão impossível, por exigir uma análise não apenas quantitativa, mas igualmente qualitativa, o que se complicaria diante da subjetividade a ela inerente. Haveria a necessidade de pesquisar, em inúmeros casos, as diferentes facetas de uma grande e complexa teoria dos precedentes obrigatórios, além de analisar, na prática, a parte vinculante de cada uma das decisões correspondentes, selecionadas aleatoriamente, sem que haja unanimidade nos critérios para tanto. Ademais, esse tipo de pesquisa enfrentaria outra dificuldade, porque decisões mais objetivas são aplicadas aos casos de rotina,<sup>32</sup> os quais são muito elevados principalmente na corte brasileira, podendo camuflar uma realidade. Dito isso, vejamos o que podemos fazer para testar as nossas hipóteses.

---

<sup>32</sup> Richard Posner diz que hoje o legalismo é limitado a casos de rotina, sendo permitido aos juízes um grande espaço de liberdade (POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 1). *Mutatis mutandis*, pensamos ser possível efetuar raciocínio semelhante quanto à autovinculação a precedentes, o que, porém, foge ao âmbito de abrangência do nosso estudo.

## **PRIMEIRA PARTE: O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

### **I. O STF E A TAREFA DE PRODUZIR NORMAS CRIMINAIS PARA O FUTURO**

#### **1. A NORMA LEGAL BRASILEIRA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

##### **1.1 A CERTEZA DO TEXTO LEGAL**

Existem muitos critérios para a distinção entre as variadas tradições jurídicas mundiais. Zweigert e Kötz apresentam cinco deles: o desenvolvimento histórico; os modos de pensamento sobre o direito; a existência de certas instituições jurídicas; as fontes do direito; e a concepção religiosa ou política de como a vida econômica e social deveria ser organizada, o último irrelevante para a distinção entre as famílias ocidentais.<sup>33</sup> Outros critérios poderiam levar em conta o papel do juiz no processo, a maior ou menor possibilidade de exercício do *judicial review*, etc., nem todos, obviamente, relevantes para o nosso tema.

Quando falamos no desenvolvimento histórico das duas principais famílias jurídicas ocidentais, o *civil law* e o *common law*, de forma relacionada à existência de normas abstratas ou concretas, ainda é comum o pensamento de que a tradição de edição de textos legais é exclusiva do primeiro, e em decorrência do direito romano que o originou. Mas não é exatamente isso.

O estudo do *civil law*, desde o século XII, tem sido essencialmente o estudo do *corpus juris civilis* romano, o qual apresentou três componentes principais. O maior foi o Digesto, que era o escrito de juristas do clássico período do direito romano; o segundo, o Código, era considerado legislação em nome do imperador, mas não correspondia à edição de normas gerais, e sim a respostas apresentadas para uma questão jurídica surgida no bojo de um conjunto de fatos; por fim, As Institutas equivalia a um manual para os estudantes, com a intenção de fornecer uma introdução ao estudo do direito, ainda que tenha recebido a mesma autoridade legislativa.<sup>34</sup> A obrigatoriedade deles naturalmente decorria da simples promulgação pelo imperador, mas a diferença para o que hoje entendemos como lei em sentido formal nos parece demonstrar que, ao menos no seu começo, o *civil law* não tinha relação próxima com textos

---

<sup>33</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, HEIN. *Introduction to Comparative Law*. Tradutor Tony Weir. 3a ed. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 68 a 72.

<sup>34</sup> STEIN, Peter G. *The Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law*. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 75.

legais abstratos, até porque o direito romano era, no máximo, uma mistura entre respostas concretas, raciocínio jurídico prático e opinião de juristas.

Além disso, o direito romano não foi o único encontrado na Europa Medieval, sendo o direito feudal e costumeiro, na verdade, o direito vivo daquela época. Apenas com a influência dos glosadores, na interpretação e exposição sistemática dos textos romanos, esse direito costumeiro foi paulatinamente reduzido para escritos, os quais, por sua vez, foram submetidos a análises e comentários nas universidades.<sup>35</sup> Todo esse trabalho sobre o direito romano demonstra não só a ausência da ideia de existência de clareza nos respectivos textos, ou mesmo de clareza da interpretação que lhe foi dada, não se podendo falar, já naquela época, em certeza de textos legais.

Na Itália, país do *civil law*, no mínimo até o século XVIII a autoridade das normas era oriunda, em primeiro lugar, dos textos romanos, dos “estatutos” e dos costumes legais, que tinham caráter obrigatório, o que, contudo, somente aconteceria quando a previsão fosse precisa e clara. Depois, vinham os precedentes das Supremas Cortes dos Estados, que também possuíam caráter obrigatório, seguindo-se os precedentes das Supremas Cortes de outros Estados italianos ou europeus, além dos comentários e tratados escritos pelos juristas, os dois últimos sem natureza obrigatória.<sup>36</sup> Essa própria forma de hierarquização das normas mais uma vez refletia a noção que se tinha sobre a ausência de certeza de textos “legais”.

Muito interessante notar, igualmente, que naquela época as cortes da região da Toscana, assim como muitas outras cortes italianas, tinham a obrigação de dar os motivos para a conclusão das decisões. E entre os séculos XVI e XVIII elas costumavam usar o mesmo método de argumentação por temas semelhantes para desenvolver ou criar o direito, sendo esse método igualmente utilizado por cortes de outros Estados europeus pertencentes ao mundo do *civil law*.<sup>37</sup>

Foi somente no século XIX que o pensamento foi modificado, com a cultura jurídica do *civil law* passando a identificar o direito com o texto da legislação, partindo da sinonímia entre texto, norma e regra. Interpretar, agora, era o mesmo que descobrir o significado intrínseco

---

<sup>35</sup> SAMUEL, Geoffrey. Common Law, In: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006, p. 145.

<sup>36</sup> GORLA, Gino. A decision of the rota Fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “Ball Game”. In: *Tulane Law Review*, 1974-1975, p. 348. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr49&i=388>, acesso no dia 17/12/2018. O autor usou, na parte que deixamos entre aspas, o termo *statutes*, mas não nos parecendo que o fez no sentido de ato oriundo do Poder Legislativo.

<sup>37</sup> GORLA, Gino. A decision of the rota Fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “Ball Game”. In: *Tulane Law Review*, 1974-1975, p. 347 e 349. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr49&i=388>, acesso no dia 17/12/2018.

ao texto normativo, incorporado e preexistente à atividade hermenêutica, surgindo a afirmação de completude do ordenamento jurídico, quando o direito passou a ser compreendido com um sistema coerentemente completo.<sup>38</sup>

O julgamento com base em precedentes, de acordo com esta nova forma de ver o direito, não seria mais permitido. Exemplo interessante disso está na decisão tomada em 1894, na França, no caso *Bossoul v. Laffeuille et comp.*, quando o pronunciamento de uma instância inferior foi invalidado, sob o argumento de não se poder legalmente encontrar bases para a referência do juiz a princípios mencionados em decisão anterior, proferida para outras partes. A decisão invalidada ofenderia o art. 7º, do Código Civil francês,<sup>39</sup> segundo o qual as regras antigas não teriam mais força obrigatória.

Portalis, no seu discurso preliminar ao primeiro esboço do Código Civil francês, em 1801, seguindo os ideais daquele tempo e lugar, dizia que em todos os estados despóticos havia mais juízes e executores do que leis, enquanto estas, em número necessário para lidar com tudo, seriam a marca dos locais onde os indivíduos tinham direitos. Ele entendia, então, ser desnecessário simplificar as leis, para não deixar as pessoas sem regras e garantias.<sup>40</sup>

Mesmo assim, ao contrário do que poderia se pensar, naquele tempo os juízes ainda poderiam interpretar a lei, inclusive fazendo uso da analogia como método de integração da norma jurídica. Isso era até uma necessidade, já que o art. 4º, do citado Código Civil francês, passou a vedar a recusa ao julgamento, proibindo a alegação de ausência, obscuridade ou insuficiência de lei sobre a questão apresentada, inclusive sob pena de condenação do magistrado por denegação de justiça.

Além disso, insta salientar que Portalis não chegava ao ponto de querer consertar e prever tudo. Mesmo naquele tempo, ele já perguntava sobre quem ousaria prescrever imperativamente ao legislador a terrível tarefa de não deixar nada à decisão do juiz. Afirmava, outrossim, que as leis positivas nunca poderiam substituir inteiramente o uso da “razão natural” nos assuntos da vida, diante das necessidades tão variadas da sociedade, da comunicação tão ativa dos homens, de seus interesses tão numerosos e de suas relações tão extensas, o que tornava impossível ao legislador prever tudo. A função da lei, então, para ele, na verdade, era

---

<sup>38</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36 e 37.

<sup>39</sup> Disponível em

<https://books.google.com/books?id=MUcMAQAAMAAJ&pg=PA392&lpg=PA392&dq=Bossoul+v.+Laffeuille&source=bl&ots=DpsV-ruL4k&sig=llG-zTOdm8pfg-z8Jfi7wqsvgl0&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi149irv6ffAhUEmeAKHb8xCIMO6AEwBHoECAQQAO#v=onepage&q=Bossoul%20v.%20Laffeuille&f=false>, acesso no dia 17/12/2018.

<sup>40</sup> Disponível em [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf), acesso no dia 18/12/2018, p. 15 e 16.

de estabelecer máximas gerais, não entrando nos detalhes das questões que pudessem surgir em cada assunto, cabendo ao magistrado e ao jurista, penetrado pelo espírito geral das leis, dirigir sua aplicação.<sup>41</sup> Em outras palavras, mesmo pouco depois da Revolução Francesa já se sabia da impossibilidade de fechamento total e certeza absoluta do texto legal. A noção geral de ausência total de liberdade do juiz, bem como de um direito inflexível ao longo do tempo, não passa de um mito a ser reestudado. Ainda que, sob um ponto de vista formal, não fosse uma época em que se pudesse falar em poder do juiz para criar o direito.

Por outro lado, a ideia da Revolução era ainda mais rigorosa quanto ao sistema de justiça penal. Um dos maiores nomes do iluminismo “criminal”, influenciado por autores franceses como Montesquieu e Rousseau, foi Cesare Beccaria,<sup>42</sup> para quem a autoridade de interpretar leis penais não poderia ser atribuída nem mesmo aos juizes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores, tendo igualmente criticado a obscuridade das leis.<sup>43</sup>

Naquele ambiente, surgiu o princípio da legalidade penal como uma garantia jurídico-política do indivíduo contra as eventuais arbitrariedades punitivas, não só por parte dos governos como também por parte dos tribunais,<sup>44</sup> podendo ser decomposto em quatro funções que exigem o seguinte: 1) lei escrita, com a vedação de crimes e penas pelo costume; 2) lei estrita, sendo proibido o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; 3) lei certa, impedindo-se incriminações vagas e indeterminadas; 4) lei prévia, não se aceitando a retroatividade da lei penal mais gravosa.<sup>45</sup> As duas primeiras serão objeto de abordagem conjunta no item 1.4 *infra*, enquanto a última será trabalhada no item 2, também deste capítulo. Agora, fiquemos apenas com a terceira, isto é, com o *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

Os países de tradição jurídica do *civil law*, dentre os quais o Brasil, ao longo do tempo, saíram do “Estado Legislativo”, passando ao Estado Constitucional, o que, para Mitidiero, acarretou uma tríplice alteração no que concerne à aplicação do direito: primeiro, a norma deixaria de ser sinônimo de regra, passando a abranger, além dela, também os princípios e os postulados, estes definidores da forma de aplicação de outras normas; segundo, teríamos saído

---

<sup>41</sup> Disponível em [http://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf), acesso no dia 18/12/2018, p. 16 e 17.

<sup>42</sup> Ricardo de Brito A. P. Freitas traça um excelente panorama sobre a formação do conceito de legalidade penal (FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. O Princípio da Legalidade Penal e o Estado Democrático de Direito: Do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 366 a 378).

<sup>43</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradutores J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36 e 40.

<sup>44</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 165.

<sup>45</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 68, 70, 74 e 77.

de uma legislação redigida de forma casuística para outra que misturaria a tal técnica casuística com uma técnica aberta; terceiro, deixaríamos de pressupor uma unidade entre texto e norma, sendo reconhecida a sua separação.<sup>46</sup> Na prática, porém, não se pode imaginar que a lei, antes do Estado Constitucional, fosse ditada de forma casuística, valendo lembrar os tipos penais abertos do nazismo alemão como um exemplo de que a afirmação não pode ser vista de forma absoluta, nem mesmo no campo criminal. Aliás, é importante voltar, igualmente, às boas observações de Portalis, que nunca imaginou que o legislador pudesse prever tudo.

Ainda ensina Mitidiero que a teoria cognitivista deu lugar à teoria lógico-argumentativa da interpretação, surgindo uma dissociação entre texto e norma, diante da potencial equivocidade de todos os enunciados linguísticos. Os enunciados são ambíguos, porque apresentam duas ou mais opções de significado, e complexos, porque podem exprimir duas ou mais normas ao mesmo tempo. O texto pode revelar-se equívoco, exigindo individualização, valoração e escolha entre duas ou mais opções de significado. Norma, agora, é o texto interpretado. Segundo ele, a interpretação acarreta sempre uma escolha do intérprete dentre significados alternativos concomitantes e possíveis, havendo maior confiança na concretização judicial do texto legal quanto maior for sua abertura semântica.<sup>47</sup>

Embora concordemos no geral, não chegamos ao extremo defendido pelo professor da UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Não acreditamos que os textos legais “sempre” permitam uma escolha do intérprete, ainda que isso aconteça muitas vezes, talvez na maioria delas. É verdade que retiramos da linguística a noção, por exemplo, de inferência, fundamental para quem quer entender o fenômeno da compreensão. Ela corresponde às informações que o leitor adiciona a um texto, de diversas formas, e em variados momentos da leitura, contando com elementos do seu conhecimento prévio, bem como da situação comunicativa, o que lhe permite fazer deduções, generalizações, dentre outras operações mentais necessárias à atividade de interpretação. Todavia, o leitor também conta com dados do próprio texto, devendo respeitar as suas indicações, sem que lhe seja permitido seguir cegamente a sua vontade.<sup>48</sup> Explicando de outra forma, concordamos que o leitor (o juiz, o ministro, etc.) realmente acrescenta informação não explícita num texto (legal, judicial, etc.), mas esse acréscimo deve ser feito dentro de limites indicados na redação utilizada.

---

<sup>46</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15 a 17.

<sup>47</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56, 57, 60, 128, 129 e 130.

<sup>48</sup> COSCARELLI, Carla Viana. Reflexões sobre as inferências. Em: CONGRESSO BRASILEIRO DE LINGUÍSTICA APLICADA, n. 6, 2002, Belo Horizonte. *Anais do VI CBLA - Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada*. ALAB. Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, 2002, p. 1 e 3.

Trazendo o entendimento para a área jurídica, pensamos, assim como Taipa de Carvalho, que a despeito dos fatores de interpretação, o texto legal (e acrescentamos o texto judicial) seja não apenas o ponto de partida, mas também o ponto de chegada, sendo vedada uma hermenêutica que não tenha na sua letra um mínimo de correspondência verbal,<sup>49</sup> o que tem maior razão de ser no sistema de justiça penal.

Também divergimos do professor da universidade gaúcha no que toca à vantagem da maior abertura dos textos legais. Se não concordamos com a afirmação no âmbito cível, por ele estudado, com muito mais razão o seu raciocínio não deve se aplicar ao sistema de justiça penal. Quanto maior a abertura do texto normativo, maior a possibilidade de divergências em sua interpretação, gerando insegurança e incerteza para os destinatários da norma. O *nullum crimen nulla poena sine lege certa* exige que a conduta seja objetivamente determinável pelos destinatários da norma penal, de modo a não haver dúvidas sobre a matéria de proibição, o que não aconteceria, por exemplo, no caso de um texto legal que estabelecesse uma determinada pena prescrevendo o crime excessivamente aberto de praticar uma ação gravemente lesiva à economia nacional, diante da sua incerteza.<sup>50</sup>

Entretanto, e isso é muito importante, não deixamos de reconhecer a impossibilidade humana de conferir total e absoluta certeza ao texto normativo, ainda mais àquele texto abstrato, oriundo do Poder Legislativo. Ao menos até 2007 Nilo Batista ainda tratava do princípio da legalidade correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria penal sem contornos difusos, exigindo o emprego de elementos com precisão semântica.<sup>51</sup> Taipa de Carvalho, no entanto, embora reclamando uma determinabilidade da conduta punível e recusando a utilização de cláusulas gerais na definição de condutas proibidas, termina admitindo, na realidade, ser inevitável, em muitos tipos legais, a utilização de elementos indeterminados, asseverando que basta folhear o CP (Código Penal) para vermos não só como são relativamente frequentes tais elementos, mas também para percebermos, e isso é mais importante para a nossa abordagem, a indispensabilidade da sua utilização.<sup>52</sup> Do mesmo pensamento é Zaffaroni, para quem o princípio da legalidade não requer casuísmo legislativo, senão apenas a determinação, a mais precisa possível, do relevante penalmente como delito. É

---

<sup>49</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 172.

<sup>50</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 175.

<sup>51</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 80 e 81.

<sup>52</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 172 e 173.

uma questão de grau quanto à certeza da punição, porque jamais a lei poderá surgir de forma totalmente acabada, uma vez que sua previsão é sempre abstrata, o que dá lugar a uma certa margem de relativização na concretização da aplicação ao caso *sub judice*. A abstração é inerente à previsão legislativa, de modo que, por isso mesmo, não é violadora do princípio da legalidade.<sup>53</sup> Se é assim em Portugal e na Argentina, não seria diferente no Brasil, ou em qualquer lugar do mundo, porque a questão não é jurídica, mas linguística.<sup>54</sup>

Na teoria da clássica doutrina do *civil law*, pode até se pensar, *grosso modo*, que as cortes apenas aplicam e interpretam a lei escrita e pensada para fornecer o necessário elemento de certeza. Não obstante, na prática essa teoria fracassou, fato que já é reconhecido por muitos, embora os autores tenham encontrado dificuldade para se adaptar à atual existência de *case law* na estrutura da mesma família jurídica.<sup>55</sup>

Apesar do incômodo, alguns *civil lawyers* chegam a reconhecer que o resultado do processo de declínio da autoridade legislativa atual pode ser comparado à situação da Europa ocidental anterior à revolução intelectual ocorrida no fim do século XVIII. O direito teria voltado a ser incerto, complexo e particular, em desacordo com a necessidade de certeza, simplicidade e uniformidade. Outros dizem que isso é até normal, um resultado do movimento direcionado a uma sociedade mais complexa, plural e policêntrica.<sup>56</sup> O fato, de qualquer forma, é que a certeza absoluta do texto normativo, capaz de conferir uma única resposta correta à sua leitura, não existe e ainda nunca existiu no mundo real.

Esta realidade, a exigir uma adaptação da compreensão desta dimensão do princípio da legalidade penal – a que exige lei certa, tampouco pode ser esquecida na leitura da lei processual penal, seja ela simplesmente ritual ou relativa a direitos e garantias individuais. Embora geralmente a exigência de certeza do texto legal esteja mais relacionada à proibição de condutas criminosas, essa certeza não será totalmente alcançável nos textos processuais, como mostraremos adiante, da mesma forma que não será no direito penal. Para Zaffaroni, aliás, não obstante o princípio da legalidade cumpra sua função de primordial importância no plano da

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general*: Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 140 e 141.

<sup>54</sup> Além de possíveis problemas até mesmo com a exigência de lei escrita e prévia, o princípio da legalidade penal, no plano internacional, não impede a atividade interpretativa do tribunal, no âmbito dos artigos cuja redação não seja das mais precisas, tampouco impedindo a sua atividade integrativa, quando houver lacuna do texto normativo (CANTARELLI, Margarida. O Princípio da Legalidade e o Tribunal Penal Internacional, *In*: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), *Princípio da Legalidade*: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 355 e 360).

<sup>55</sup> MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 613 e 615.

<sup>56</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 156 e 157.

tipicidade, não é menos certo que ele se estende a todo limite de punição, abarcando inclusive a lei processual,<sup>57</sup> embora para nós nem todos os seus quatro aspectos alcancem os textos que tratam apenas de questões meramente procedimentais.

Em suma, se texto e norma não se confundem, parece-nos claro que é insuficiente garantir a legalidade perante a lei, pressupondo que ela tenha em si uma única norma intrínseca.<sup>58</sup> É aí que surge a importância dos precedentes, mormente no sistema de justiça penal, a despeito de eles não serem perfeitos, claro. A possibilidade de variadas interpretações sobre o mesmo texto legal termina ofendendo não apenas a confiança das pessoas, como também a igualdade entre elas e a segurança jurídica, ainda mais relevante nesta área do direito.

## 1.2 A APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Para os formalistas, ou legalistas, os casos são supostamente decididos mediante a aplicação de regras, sem criatividade, sem exercício de discricionariedade, desvinculados de aspectos políticos e sem que se olhe para fora de textos legais convencionais como guia. Para eles, o direito está em um domínio autônomo de conhecimento e técnica, havendo a desconfiança de alguns até com o sistema de precedentes como fonte do direito, por estar ele infectado pela criatividade judicial.<sup>59</sup>

Embora não se declare integrante dessa categoria formalista, no Brasil ainda existe uma corrente que não concorda com a existência de criatividade judicial, ou, mais precisamente, com a existência de decisão judicial discricionária. Nery e Abboud, por exemplo, sustentam que não existe discricionariedade judicial, argumentando que em um Estado Constitucional a legislação vincula a atuação dos juízes, somente lhes sendo permitido desaplicar a legislação quando reconhecerem a inconstitucionalidade da lei respectiva.<sup>60</sup> No mesmo sentido, Costa defende a existência de limites na realização do trabalho do juiz, com maior prestígio ao método gramatical de interpretação, sob pena de o produto apresentado ser discricionário.<sup>61</sup>

Ao negarem a discricionariedade eles esquecem, no entanto, de relacioná-la com os espaços abertos deixados pela legislação e com a ausência de certeza do texto normativo.

---

<sup>57</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general*: Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 140.

<sup>58</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77.

<sup>59</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 7 e 8.

<sup>60</sup> NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento de casos concretos, *In: Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n. 93. Belo Horizonte: RBDPro, jan./mar. 2016, p. 243.

<sup>61</sup> COSTA, Gerson Godinho da. A presunção de inocência e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista Direito Federal*, ano 30, n. 96, São Paulo: Letras Jurídicas, 1º semestre 2017, p. 327.

Aceitá-la não significa concordar com a prolação de decisão por critérios de mera oportunidade e conveniência, arbitrariamente *contra-legem*, o que evidentemente deve ser combatido, embora infelizmente seja muito presente na realidade nacional. Significa apenas admitir a inafastável limitação humana, que nos impede, no momento atual, de formular regras claras e suficientes para a solução de todos os conflitos mundo. Tenhamos, apenas como exemplo, o art. 59, do CP. Se pegarmos dez juízes, ou mesmo dez professores de direito penal, para que apliquem somente a pena-base em determinado caso real e concreto, sem que nenhum conheça previamente a conclusão do outro, dificilmente teremos dez respostas exatamente iguais. Ainda que todos expliquem os motivos pelos quais estariam seguindo o referido dispositivo legal, a aplicação da mesma pena-base não seria possível simplesmente porque o texto legal não é claro o suficiente para isso. Basta perceber que nos EUA, onde, de forma muito mais consentânea com a realidade, se reconhece naturalmente a existência de discricionariedade judicial, foi criado um guia para orientar a aplicação da pena, como tentativa de redução dessa discricionariedade, o qual contem em torno de incríveis seiscentas páginas.<sup>62</sup> Não seria o *caput* do nosso art. 59, do CP, escrito em um parágrafo, que a retiraria, obviamente.

Na América Latina,<sup>63</sup> não surpreende a imagem tradicional do juiz relacionada a uma limitação do seu poder, com um serviço burocrático, com uma função estreita, mecânica e não criativa, tal como seria a regra do *civil law*. Apesar disso, também já é reconhecido que há uma tendência atual de aumento desse poder.<sup>64</sup>

Se mesmo os países do *civil law*, inclusive na época napoleônica, hoje evidentemente acentuada, não chegavam à ingenuidade de achar que as “leis” seriam claras e suficientes para a solução de todas as complexidades humanas, como solucionar os “casos difíceis”? A criação judicial do direito é absolutamente inevitável, mesmo do direito penal brasileiro, seja diante das variadas possibilidades interpretativas, seja em face do necessário fechamento de normas abertas, ou mesmo do preenchimento de espaços não legislados.<sup>65</sup>

A obsessão pela lei e a desconfiança em relação à magistratura resultaram no exacerbamento do princípio da legalidade e na alegação de limitação da interpretação pelos

---

<sup>62</sup> Disponível em <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso no dia 04/11/2019.

<sup>63</sup> Na América Latina os países ainda integram a família jurídica do *civil law*, salvo quanto às Ilhas Malvinas, a Guiana, além de Trindade e Tobago, Belize e algumas ilhas da região do Caribe (Disponível em <http://www.juriglobe.ca/eng/>, acesso no dia 09/01/2018).

<sup>64</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 38.

<sup>65</sup> Se não há lei, ou se a lei precisa de interpretação, as decisões judiciais terão um importante papel (ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: GOODHART, Arthur L; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.), *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016, n.p).

juízes, impossibilitando a aplicação dos precedentes judiciais. Todavia, as críticas ao modelo de precedentes pressupõem que dele resulte um maior ativismo judicial no sentido negativo,<sup>66</sup> *contra-legendam*. Os problemas do positivismo levaram a uma dimensão posterior muito falha no Brasil, que idealizou juízes super-homens, capazes de resolver todos os problemas da humanidade por meio de julgamentos “justos”, mas que na verdade refletem suas variáveis convicções morais. No momento, porém, defender um retorno ao positivismo clássico do *civil law* é uma ilusão, porque o sistema legislativo, em muitas situações, é naturalmente aberto, o que exige o seu fechamento pelo Judiciário, o qual, no entanto, não deveria ficar alterando o conteúdo normativo das decisões ao seu bel-prazer.

Nem mesmo os tradicionais métodos de interpretação da norma jurídica podem ser concebidos como um sistema fechado de dados preexistentes, inexistindo uma ordem hierárquica ou qualquer outra relação metodologicamente fixa entre eles. Carecem de universalidade formal e dignidade lógica pelo simples fato de que lhes subjazem em cada caso pressupostos materiais, com maior ou menor nitidez. Por isso, servem apenas como elementos de um processo interpretativo unitário, como atividades distintas que devem operar unificadas, configurando aspectos auxiliares de alcance limitado.<sup>67</sup>

Embora em diversas passagens Friedrich Müller não deixe de posicionar-se contrariamente a conclusões que sejam evidentemente opostas ao texto literal,<sup>68</sup> no que concordamos, esclarece que o método gramatical, aparentemente unívoco, muitas vezes se vê obrigado a diferenciar e decidir entre vários modos de utilização dos conceitos usados, entre significados cotidianos e jurídicos e em parte também entre diferentes significados jurídicos.<sup>69</sup>

Os textos normativos com versões mais genéricas, como acontece com as cláusulas gerais, desenvolvem um valor de regulamentação passível de ser concretizado ou, no mínimo, aplicável para a concretização de outras disposições. Elas, as cláusulas gerais, permitem apenas programas normativos vagos, aos quais precisam ser acrescentados, no caso particular, os âmbitos normativos das normas a serem então estabelecidas pelo juiz.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 22, 68 e 69.

<sup>67</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 52 e 53.

<sup>68</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 192, 193, 197, 198, 199, 201, etc.

<sup>69</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 54. Na mesma página o autor também apresenta críticas à interpretação histórica, teleológica e sistemática.

<sup>70</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 198 e 211.

Neste campo, o *civil law* não tem como ser diferente do *common law*. Realmente, a incerteza legal cria uma área aberta na qual o método ortodoxo formalista produz conclusões insatisfatórias e, por vezes, não as produz, permitindo que emoção, personalidade, ideologia, política e experiência determinem a decisão judicial. Como o material utilizado para a simples “aplicação” judicial do direito falha na missão de gerar respostas para todas as questões legais, os juízes necessariamente recorrem para outras fontes, de forma muito frequente, incluindo suas próprias opiniões.<sup>71</sup>

O Direito Penal, da mesma forma, não pode se libertar da política judicial, relacionando-se com o cotidiano, com a experiência e a mudança social, falando a linguagem viva, mutável e equívoca do sistema jurídico em geral. Por isso, ele também necessita de conceitos vagos.<sup>72</sup> Ainda que seja importante deixá-lo claro e objetivo, o mais fechado possível, isso nem sempre poderá acontecer, já que as relações sociais não são tão objetivas assim.

Por isso, existem inúmeras normas penais incriminadoras que apresentam preceitos vagos e variáveis, além de seus naturais elementos objetivos e subjetivos. São os chamados elementos normativos do tipo,<sup>73</sup> que dependem de um juízo de valor a ser exercido pelo magistrado diante de uma situação individual concreta.<sup>74</sup>

É verdade que o direito penal deve ser mais rigoroso com a permissão da criação judicial do direito, devendo o respectivo legislador tentar ser o mais preciso possível. Mesmo assim, não há como vedar totalmente a atividade judicial criativa nem mesmo em ordenamentos baseados no princípio da legalidade estrita, ao contrário do que chegou a afirmar Zaneti. Da mesma forma que acontece em outros ramos do direito, o legislador penal será absolutamente incapaz de regular todos os comportamentos, simplesmente porque isso ainda está longe de ser humanamente possível, ao menos até os dias de hoje. Aliás, o mesmo autor não deixa de admitir a possibilidade de interpretações, tampouco de integração de tipos contidos em normas penais em branco ou em conceitos jurídicos indeterminados, acrescentando, agora com precisão, que

---

<sup>71</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 9 e 11.

<sup>72</sup> HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 268.

<sup>73</sup> As leis penais em branco são igualmente compostas por conteúdo vago, mas a sua complementação deverá ocorrer primeiramente por outra disposição legal ou por atos do Poder Executivo. Neste caso, a tarefa do juiz ainda poderá ser criativa, mas ele não deve inovar naquilo não estabelecido pelos atos normativos infralegais, tampouco podendo fugir das possibilidades legais.

<sup>74</sup> O art. 64 da Lei 9.605/98, por exemplo, prevê como crime a conduta de quem promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Não só o valor paisagístico, ecológico, etc., como também a ausência de autorização da autoridade competente, ou a contrariedade à concedida, exigem juízo de valor a ser feito pelo juiz no julgamento do caso concreto.

a tarefa deve ser exercida com cautela e restringida ao mínimo, diante do dever do legislador de atuar em matéria penal da forma mais clara possível.<sup>75</sup>

Quanto mais precisa e amplamente o texto normativo abranger tanto o âmbito normativo como a ideia normativa fundamental da disposição, mais fortemente a concretização metódica poderá apoiar-se no texto. Se essa não é a situação do direito constitucional,<sup>76</sup> até diante dos seus temas gerais de estruturação do Estado, é imprescindível que seja exatamente o caso do direito penal, a fim de que os indivíduos possam saber, dentro do possível, exatamente aquilo que estão proibidos de fazer ou deixar de fazer sob ameaça de sanção penal.

Mesmo assim, como clareza e precisão total não é atualmente possível nem mesmo na lei penal, a elevação do grau de certeza, segurança e previsibilidade das decisões judiciais será alcançada justamente através do reconhecimento da atividade criativa do juiz, por mais contraditório que possa parecer, não podendo se falar mais em mera aplicação do direito, nem mesmo no âmbito criminal. Em outras palavras, ao enunciar a norma, fechando mais as possibilidades de sua aplicação, o juiz também deverá segui-la no futuro, principalmente no direito penal, evitando julgamentos aleatórios, diante da gravidade das suas consequências. Se de um lado isso confere mais poderes ao Judiciário, de igual forma limita sua liberdade, porque, uma vez fixada a norma decorrente da decisão judicial, os próprios juízes deverão segui-la, ainda que entendam que a solução não foi a melhor, ou mesmo que tenha sido equivocada.<sup>77</sup> Esta é uma das razões da existência de um sistema de precedentes obrigatórios.

Finalmente, a despeito de os precedentes penais serem importantes para apontar com mais precisão os comportamentos proibidos, aumentando os níveis de previsibilidade e segurança jurídica dos indivíduos, as próprias normas deles oriundas muitas vezes não serão completamente fechadas, ainda deixando margem a interpretações, haja vista que a imperfeição é inerente à natureza humana, insta repetir. Por isso, assim como no Brasil, na Alemanha também já se mencionou a preocupação com problemas decorrentes da interpretação de precedentes, ainda que tais questões sejam menos discutidas pelas cortes inferiores e mais

---

<sup>75</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 375.

<sup>76</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194-195.

<sup>77</sup> Os precedentes vinculantes em matéria penal tendem a ser mais garantistas do que a aplicação isolada de cada juiz, porque a “racionalidade” das decisões, com a previsibilidade que dela decorre, é essencial para o ordenamento jurídico. A adoção dos precedentes formalmente vinculantes visa a garantir mais vinculatividade dos juízes ao direito e menos arbítrio (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 113).

detalhadas em decisões das cortes superiores.<sup>78</sup> Mas, ao contrário de prejudicar, isso reforça a importância do instituto, como uma consequência da criação judicial do direito, não havendo mais espaço para imaginar o julgador como mero aplicador de um texto preexistente. Ademais, sua importância decorre da sua missão de, dentro do possível, reduzir a discricionariedade judicial, ainda que não seja capaz de impedi-la totalmente.

### **1.3 O ALCANCE DA NORMA CRIMINAL E O *HABEAS CORPUS* 126.292/SP**

É possível defender que qualquer tipo de texto admita variadas leituras, efetuadas de acordo com a ideologia de cada leitor, oriunda de toda sua particular experiência de vida, não sendo diferente o que acontece com a leitura de um texto normativo. Além disso, diante da impossibilidade humana de regular com precisão todas as formas de comportamento humano, há infinitos espaços não legislados, como também textos normativos abertos, ainda que, para nós, em algumas ocasiões, eles possam ser satisfatoriamente claros, aptos o suficiente para impedir interpretações divergentes.

Ao lerem o inciso LVII, da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, todos os ministros vencidos no julgamento do HC 126.292/SP sustentaram a ausência de espaço para interpretações variadas, concluindo pela impossibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação.

Utilizando o recurso linguístico da intertextualidade, ou seja, fazendo sua argumentação de terceiros, a ministra Rosa Weber, ao abrir a divergência, disse que estaríamos em face de regra expressa afirmada pela Constituição em todas as suas letras, havendo oposição, confronto, contraste bem vindicado entre o texto da Constituição e a execução antecipada da pena (p. 56).

O ministro Marco Aurélio, no mesmo caminho, enfatizou que o preceito não permite interpretações. De acordo com ele, há uma máxima, em termos de noção de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica e, no caso, o preceito constitucional (p. 77 e 78).

Embora de forma mais modesta quanto a este argumento, o ministro Celso de Mello também defendeu que a Constituição da República estabelece a norma claramente, em texto

---

<sup>78</sup> ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: GOODHART, Arthur L; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.), *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016, n.p..

inequívoco (p. 93), ainda que tenha deixado o aprofundamento da sua fundamentação para outras ponderações.

Por fim, o ministro Lewandowski afirmou o dever de prestigiar a presunção de inocência, que estaria estampada, em todas as letras, no art. 5º, LVII, da CF. Para ele, a clareza cessa a interpretação, não sendo possível ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional citado, o qual seria categórico, não passível de interpretações variadas (p. 97).

A maioria da academia jurídica brasileira caminha no mesmo sentido, parte dela utilizando-se da mesma fundamentação acima mencionada, de que a clareza do texto constitucional impediria a execução provisória de decisão penal condenatória em 2ª instância. Fiquemos apenas com três exemplos:<sup>79</sup>

Para Grandinetti, se a constituição garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado, vale dizer que a presunção só desaparece e, conseqüentemente, só é possível a prisão por condenação após a constituição da coisa julgada material, que só ocorreria com a rejeição do recurso extraordinário e especial.<sup>80</sup> No mesmo sentido, Gerson Godinho da Costa entende que se trata de uma regra, não de um princípio, frente a sua densidade e fraca abertura semântica, afirmando que a norma é concretizada a partir do enunciado legislativo ou disposição linguística, o qual teria sido desprezado no caso em exame, por meio de uma decisão da maioria que teria desbordado dos limites que orientam o aplicador da norma.<sup>81</sup> Não é outro o pensamento de Hüning e Ferreira, para quem o STF, no julgamento do HC 126.292/SP, demonstrou o seu protagonismo ofensivo da separação de poderes, utilizando argumentos subjetivos de política além dos limites estabelecidos em “lei”.<sup>82</sup>

A despeito da sabedoria própria daqueles que defendem uma objetividade da norma descrita no art. 5º, LVII, da CF, permitimo-nos, neste ponto específico, pensar de forma diferente. A letra do texto normativo diz que ninguém será considerado “culpado” até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas tem sido lido como se dissesse que ninguém será “preso” até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, salvo nos casos de necessidade cautelar. Sem dúvida é uma leitura defensável, mas não é a única, porque as letras

---

<sup>79</sup> Poderíamos, é claro, citar, na mesma trilha, outros artigos jurídicos de revistas especializadas, como também uma enorme variedade de manuais genéricos de processo penal, ou mesmo ensaios publicados em colunas eletrônicas. Isso, porém, aumentaria desnecessariamente o tamanho deste estudo, limitando-se a cansar o leitor.

<sup>80</sup> GRANDINETTI, L. G. Castanho de Carvalho. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 166.

<sup>81</sup> COSTA, Gerson Godinho da. A presunção de inocência e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Direito Federal*, ano 30, n. 96, São Paulo: Letras Jurídicas, 1º semestre 2017, p. 325 a 328.

<sup>82</sup> HÜNING, Agnes Carolina; FERREIRA, Rafael Fonseca. A Presunção de Inocência e o Abandono do Papel Contramajoritário pelo Poder Judiciário. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*, 2º quadrimestre de 2017, p. 649, disponível em [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em 26/02/2018.

não são idênticas, nem as palavras sinônimas. Sob o ponto de vista gramatical, culpado não é mesma coisa que preso; sob o ponto de vista jurídico, os termos, a despeito de próximos, também apresentam diferença.

A posição que vê no dispositivo constitucional uma previsão gramatical clara e inafastável na verdade efetua uma inferência lógica, não deixando de adicionar informações ao texto, deduzindo a verdade de sua conclusão em decorrência de uma premissa que tem como igualmente correta. A lógica nos permite organizar as ideias e ver com maior clareza se podemos chegar às conclusões às quais acreditamos, de forma tal que os outros terão que aceitá-las se concordarem com nossas premissas e se o raciocínio for rigoroso. É uma característica da inferência dedutiva válida a de que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão também terá que ser verídica. Mas, além de as comunicações diárias exigirem que transcendamos da lógica, a sua dificuldade principal consiste em assegurar que as premissas originais sejam efetivamente verdadeiras.<sup>83</sup>

Este é o grande problema da interpretação que se diz literal do art. 5º, LVII, da CF. Ela efetua o seguinte silogismo: ninguém pode ser preso sem ser considerado culpado; ninguém pode ser culpado antes do trânsito em julgado; logo, ninguém pode ser preso antes do trânsito em julgado. Mas a premissa é equivocada sob o ponto de vista literal, tanto que essa própria corrente admite a prisão cautelar antes do trânsito em julgado. Na verdade, a expressão “ninguém será considerado culpado” é aberta, subjetiva, estando relacionada à presunção de inocência, ou de não culpabilidade, a qual, porém, possui várias vertentes: 1) o réu é presumidamente inocente enquanto a acusação não provar que é culpado; 2) em caso de dúvida o réu deve ser absolvido, ou, para o *common law*, uma condenação exige prova além da dúvida razoável; 3) não se pode iniciar o juízo com uma ideia preconcebida contra o imputado; 4) a condenação de qualquer acusado exige um processo formal; 5) é proibida a antecipação da pena.

Se seguirmos uma trilha mais restritiva, o núcleo duro da presunção de inocência estará apenas na sua primeira vertente. Assim, caberá à acusação provar todas as suas alegações até o trânsito em julgado, não sendo sequer necessário que o réu prove sua inocência, embora isso não tenha sido muito reclamado, no Brasil, no âmbito das excludentes de ilicitude, de algumas excludentes de culpabilidade, nem, principalmente, nos crimes contra a liberdade sexual, já que nestes a palavra da vítima tem recebido grande valor. A propósito, ao longo de uma página do seu voto, o ministro Celso de Mello discorreu sobre a inviabilidade de o acusado ter que provar

---

<sup>83</sup> CARRAHER, David William. *Senso Crítico: do dia-a-dia às ciências humanas*. 5ª edição. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 77-78.

que não é culpado, isto é, de demonstrar sua inocência, o que, nesta linha de raciocínio, corresponde à parte inafastável da não culpabilidade.

Aliás, é interessante observar que o voto vencido mais aprofundado no HC 126.292/SP foi proferido pelo citado ministro Celso de Mello, o qual, repita-se, baseou-se na clareza do texto constitucional de forma modesta, em apenas uma frase (p. 93). Em contraste, ao longo de nove páginas, fortaleceu sua conclusão com base em uma interpretação histórica contra a “opressão do Estado e o abuso de poder”, assim como em interpretação sistemática, quase sempre em face do regime democrático, mas também utilizando a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, os dois últimos uma única vez cada (p. 81 a 84, 89, 91, 92, 94 e 95).

O mesmo ministro Celso de Mello efetuou, outrossim, uma interpretação “ampliativa” do preceito constitucional em pelo menos uma outra oportunidade, ainda que sem dizer isso expressamente, chamando-a de essencialmente emancipatória. Ele disse que do princípio da presunção de inocência emanam necessariamente duas regras, não só a probatória, abrangente do núcleo duro para a corrente restritiva, como também outra, de tratamento (p. 84), a qual foi igualmente abrangida por ele, mas por mera opção ideológica e discricionária, ainda que igualmente aceitável, pensamos nós.

O seu pensamento parece coincidir com o de Luigi Ferrajoli, para quem se exigiria, em sentido lato, que não houvesse culpa sem juízo, e em sentido estrito, que não houvesse juízo sem que a acusação se sujeitasse à prova e à refutação, o que postularia a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença “definitiva” de condenação. Todavia, ainda que tenha optado pelo sentido lato, ou seja, mais amplo, de forma mais coerente com o seu raciocínio o autor italiano defende a abolição também da prisão preventiva, o que não foi sustentado por nenhum dos vencidos, também não sendo defendido por nenhum doutrinador nacional que conhecemos. Além disso, Ferrajoli não esquece que a abolição de qualquer tipo de prisão provisória seria tanto mais fácil e plausível quanto mais aceleradas fossem as fases do processo, com uma redução de prazos à qual seguiria um aumento seguro da eficiência judicial.<sup>84</sup> Em outras palavras, o garantismo processual penal, ao efetuar uma interpretação ampla, não consegue separar as situações da prisão cautelar e de outros tipos de prisão, tampouco olvidando a necessidade de aceleração da marcha processual.

O “curioso” é que mesmo parte da posição majoritária no HC 126.292/SP caminhou equivocadamente no sentido de clareza gramatical do texto constitucional. O ministro Fachin disse estar interpretando o art. 5º, LVII, “sem o apego à literalidade”, parecendo entender, a

---

<sup>84</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 505 e 516.

*contrario sensu*, que a literalidade seria clara e objetiva (p. 21). O ministro Barroso também pareceu sugerir uma clareza do texto constitucional, dizendo que o entendimento contrário da corte, no julgamento do HC 84.078, teria feito uma “leitura mais literal do art. 5º, LVII”. Ora, se o texto constitucional fosse claro, utilizando a expressão “preso” em vez de “culpado”, como fez nos incisos LXI e LXVI, aí realmente seria difícil fugir da redação, embora não possamos afirmar se ela teria ou não sido seguida.

Em contraste, os ministros Fux e Cármen Lúcia não abordaram expressamente a questão, enquanto apenas dois julgadores utilizaram a defensável argumentação relativa a um alcance restritivo do texto constitucional em exame. O relator, o falecido ministro Teori, ao citar ensinamento acadêmico do ministro Gilmar Mendes, esclareceu que a norma brasileira está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado, de onde se deflui que o espaço de conformação do legislador é grande (p. 10), o que terminou repetido no voto do próprio ministro que foi citado (p. 67).

Diante da abertura normativa, o relator, então, optou por não relacionar a presunção de inocência necessariamente com a prisão, mas apenas com a produção das provas, com a distribuição do ônus probatório, com a legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. Ao nosso ver corretamente, disse que o seu núcleo duro, o seu sentido estrito, só dispensa o réu de demonstrar sua inocência, de fazer prova negativa das faltas que lhe são imputadas. Também se utilizando do recurso da intertextualidade, afirmou que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova, devendo o acusado ser considerado inocente mesmo que réu confesso de delito praticado e presenciado por todo o país (p. 8). No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes mencionou que o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação (p. 67).

Isso não quer dizer que entendamos necessariamente equivocado o resultado desejado pela linha de pensamento mais garantista. Dar interpretação ampla à norma constitucional é naturalmente possível, fazendo o dispositivo alcançar as cinco vertentes inerentes à presunção de inocência, especialmente quando realizada em face da história, a despeito de também ser ela questionável. O erro técnico daquela corrente, porém, está na argumentação de que isso não seja uma opção do intérprete, já que não existe no texto a precisão e clareza mencionadas, tampouco podendo se retirar uma objetividade de algum método seguro de interpretação da norma jurídica.

O acórdão proferido no HC 126.292/SP foi objeto do nosso estudo apenas como um exemplo para análise qualitativa do problema do alcance da norma criminal e da sua

possibilidade de falta de clareza, apta a permitir, inúmeras vezes, exegeses diferentes igualmente válidas. Apesar da sugestão do STF, ainda que indireta, no sentido de ter se limitado a aplicar o direito preexistente, não foi isso o que aconteceu no caso estudado, por absoluta falta de possibilidade humana, tendo o tribunal produzido norma, ao menos na prática.

Desta premissa, porém, não se pode extrair a ilação de ser possível a criação judicial de tipos e sanções penais, nem mesmo com base em interpretações constitucionais de textos abertos, porque a vedação é norma específica da própria Constituição, prevista no seu art. 5º, XXXIX. Dito de outra maneira, a missão do STF de produzir normas, no sistema de justiça penal, é limitada, não chegando ao ponto de lhe autorizar a criar crimes e penas não previstas em lei, por expressa vedação constitucional. Ou melhor, ao menos deveria ser assim.

#### **1.4 A EXIGÊNCIA DE LEI ESCRITA E ESTRITA EM FACE DA ADO 26/DF, DO MI 4733/DF E DO HC 113.857/AM**

Chegamos, agora, ao campo da exigência de lei escrita, com a vedação da criação de delitos e penas pelo costume, como também na imposição de lei estrita, proibitiva do uso da analogia para a mesma finalidade, assunto que tem próxima relação com o sistema dos precedentes obrigatórios.

A proximidade existe porque na origem do *common law* seria possível, *grosso modo*, o exercício e aplicação da pretensão punitiva em razão da violação dos costumes,<sup>85</sup> ainda que não pareça ser esta a realidade britânica atual.<sup>86</sup> Segundo, porque raciocinar por precedentes é essencialmente raciocinar por comparação, exigindo-se o cotejo entre situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos. Ao ser feito o cotejo, analogias e contra-analogias são elaboradas para que se possa concluir se tais comparações são fortes o suficiente para que coisas diferentes sejam tratadas de forma igual. A analogia consiste em indicar similaridades entre atributos de dois ou mais entes a fim de que, embora diferentes entre si, seja-lhes atribuído igual tratamento, pressupondo lacunas no ordenamento e uma pluralidade de alternativas a partir da qual se buscará construir a solução para o caso.<sup>87</sup>

Nos países de tradição do *civil law*, contudo, o princípio da legalidade penal há muito tempo tem exigido postura diferente. No caso brasileiro, o texto constitucional do art. 5º,

---

<sup>85</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 68.

<sup>86</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general*: Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 133.

<sup>87</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 310, 311, 321 e 322.

XXXIX, estabelece que não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, o que é repetido logo no art. 1º, do CP. Dito de outro modo, um fato praticado por alguém será entendido como criminoso se ele assim estiver definido em alguma lei, caso em que o seu autor sofrerá a sanção também nela descrita. Por outro lado, se para o fato houver uma lacuna sistêmica, sem a sua previsão como criminoso, não será cabível uma condenação, ainda que ele seja extremamente parecido com a definição de outro fato considerado ilícito penal, ou que ofenda gravemente os costumes do país. Em suma, em tese não é possível a analogia *in malam partem* neste ramo do direito, tampouco a criação de delitos pelos costumes, de maneira que a incidência do sistema de precedentes vinculantes fica limitada à utilização da mesma interpretação do texto legal para casos semelhantes. Isto é, o *stare decisis* se coaduna com a vertente relativa à lei certa, que necessita de uma releitura, mas não se compactua com as vertentes da lei escrita e estrita, estando proibidos os antigos *common law crimes*.

No STF, porém, temos problemas com a exigência de lei escrita e estrita. Diante disso, há o risco de ter sido iniciada uma fase da história brasileira que nos aproxima da tradição jurídica do *common law*, mas na sua origem, com a possibilidade de criação judicial de crimes e penas. Começamos examinando a questão em face do preceito primário da norma penal incriminadora.

No dia 13/06/2019 o Plenário do STF concluiu o julgamento da ADO (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão) 26/DF e do MI (Mandado de Injunção) 4733/DF,<sup>88</sup> quando, por maioria de oito a três, após reconhecer a omissão inconstitucional do Poder Legislativo em criminalizar a homofobia e a transfobia, enquadrando as condutas correspondentes, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, o que fez com eficácia geral e efeito vinculante.

Uma leitura apressada da decisão poderia gerar problemas até de excessiva abertura, já tratada anteriormente. Porém, ao que nos parece, a criminalização não foi da prática genérica de qualquer forma de homofobia ou transfobia, mas apenas daquelas condutas que se subsumam nas descritas na Lei 7.716/89, a exemplo da prevista no seu art. 4º, *caput*. Ele passa a também abranger a conduta de negar ou obstar emprego em empresa privada em razão do preconceito em exame, ou seja, em função da não aceitação das referidas opções sexuais.

Mas se não há adversidade com a exigência de lei certa, o mesmo não podemos dizer com a necessidade de lei escrita. À falta de criminalização específica, o STF passou a referendar

---

<sup>88</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> e em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>. Acesso no dia 05/11/2019.

um excelente costume do momento, o de não mais aceitar preconceitos de quaisquer espécies, especialmente aqueles que envolvam aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém. Tanto que a decisão fala em dimensão social de racismo, projetada para além de aspectos biológicos ou fenotípicos, correspondendo a uma manifestação histórico-cultural. Por seu turno, embora não tenhamos dúvidas do uso do costume atual, com forte carga valorativa, como razão para a criminalização judicial das respectivas condutas, é verdade que ele não foi utilizado para a redação dos tipos penais específicos. Para isso o STF se utilizou da analogia, mais precisamente da analogia *in malam partem*.

O uso da analogia de forma contrária aos acusados, como já explicado, ofende o princípio da legalidade penal na sua dimensão que imporia lei estrita. Embora tenha se justificado na dimensão social do racismo, para determinar a aplicação da Lei 7.716/89 à homofobia e transfobia, é fato que estas condutas não se enquadram na previsão legal utilizada. Aliás, isso era do conhecimento da corte, pois foi ela mesma quem disse que a utilização da aludida lei deve ocorrer “até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional”. Ora, se não fosse necessário o uso da analogia, não haveria omissão inconstitucional do Poder Legislativo, já que o ato normativo existente seria por si só suficiente para atender o ditame constitucional. Pelo contrário, ele regula os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 1º), não incluindo na sua proteção a ofensa à opção sexual.

Assim, sem entrar no mérito do acerto moral da decisão, por fugir ao objeto do nosso estudo, nos parece claro que, na melhor das hipóteses, mesmo se optando pela omissão legislativa, a posição tecnicamente correta seria aquela apresentada pelos ministros Lewandowski e Toffoli, parcialmente vencidos.<sup>89</sup> Eles apontaram que somente o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível a existência de lei em sentido formal. Neste ponto, o princípio constitucional da legalidade penal prevaleceria, por ser especial, a despeito de, no caso, ter havido a opção pela criação “judicial” de tipo penal incriminador, pelo *common law crime*.

Por sua vez, o problema da criação judicial de preceito secundário de norma penal incriminadora ainda nos parece menos complicado, embora já tenha sido aberto um espaço para o seu eventual embaraço futuro. No julgamento do HC 113.857/AM,<sup>90</sup> em 05/12/2013, o Pleno do STF não chegou a pronunciar a não recepção constitucional da vedação legal do *sursis* para

---

<sup>89</sup> O ministro Marco Aurélio ficou integralmente vencido.

<sup>90</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7012982>. Acesso no dia 05/11/2019.

o crime militar de deserção, diante de um placar empatado em cinco a cinco, decorrente de uma ausência. Mas terminou concedendo a ordem, com base no art. 146, p.u., do RISTF, determinando que o instituto fosse aplicado naquele caso concreto (p. 2 e 58). O mais importante, porém, é a argumentação desenvolvida pela posição que terminou prevalecendo naquela ação.

O relator, o ministro Toffoli, embora reconhecendo a existência de precedente específico da corte em sentido contrário, fez menção a outras decisões do Plenário que teriam relação com o tema: O HC 97.256/RS, afastando a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; o HC 104.339/SP, contrário à vedação legal da liberdade provisória; e o HC nº 111.840/ES, rechaçando a obrigatoriedade legal da fixação do regime inicial fechado nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes (p. 9).

A despeito de nenhum dos casos mencionados ser relativo à alteração dos limites mínimo e máximo das penas cominadas pelo legislador, apenas sendo declarada a incompatibilidade, com a Constituição, de preceitos legais que tornavam mais rigorosa a forma de cumprimento da sanção penal, foram apresentadas algumas ponderações que podem ser perigosas para o princípio da legalidade.

Fazendo uso da intertextualidade, o relator afirmou que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que se lhe afigura como expressão de um concreto balanceamento, que faça prevalecer o razoável, conciliando segurança jurídica e justiça material (p. 9 e 10). Acrescentou caber ao magistrado rechaçar toda e qualquer forma padronizada de aplicação da reprimenda (p. 18), além de, em várias passagens, ter utilizado a proporcionalidade e a igualdade como fundamento. O mais interessante, porém, é a afirmação de que o legislador, ao estabelecer tipos penais incriminadores, além de não poder fixar penas exageradas para infrações de menor potencial ofensivo, não pode igualmente cominar sanções ínfimas para crimes que violem bens jurídicos de maior relevo (p. 12). A pergunta que fica no ar é se, além da subjetividade dos critérios para afastamento da opção feita pelo legislador, abriu-se a porta até para aumento judicial das penas cominadas nos preceitos secundários das normas penais incriminadoras. Ainda que feita a colocação em *obiter dictum*, ela tem um caráter persuasivo para o futuro ou pelo menos sinalizador de uma tendência?

Não é do nosso conhecimento nenhum caso no qual a sanção penal em abstrato tenha sido modificada pelo STF, embora a avalanche de processos julgados anualmente faça com que

a possibilidade exista. Mas sabemos que, no RE 979.962/RS,<sup>91</sup> o Plenário Virtual da corte reconheceu a existência de repercussão geral na discussão relativa à constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, para aqueles que importam medicamento sem registro sanitário (Tema 1003). Embora reconhecendo haver precedente da corte pela ausência de inconstitucionalidade, decidiu-se que a questão não tinha sido examinada com a devida profundidade (p. 10), sendo importante analisar a alegada violação ao princípio da proporcionalidade, pela cominação de pena elevada e idêntica para condutas completamente distintas. A corte entendeu, então, que as questões constitucionais consistem em definir se a cominação da pena em abstrato, prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), à luz do que dispõem os princípios da separação de poderes e da legalidade penal (p. 7).

Obviamente não sabemos qual será a decisão final. E, se declarar a inconstitucionalidade, ela afastará a cominação legalmente efetuada de modo favorável ao réu. Neste caso, não haveria ofensa propriamente ao princípio da legalidade penal, ante a sua *ratio* de garantia. Mas Taipa de Carvalho, embora se referindo ao Executivo, diz que descriminalizar ou reduzir a pena afeta a separação de poderes, em caso de se desdizer o que o Legislativo disse. Demais disso, não haveria razoabilidade em atribuir ao outro Poder competência para vir dizer que certos bens não têm dignidade penal ou, se a têm, não devem ter uma proteção penal tão intensa como a que o Legislativo confere.<sup>92</sup> De qualquer forma, há pelo menos uma sinalização de formação de precedente contra a opção feita pelo Legislador, no exercício de uma atividade, se ocorrer, nitidamente criativa e produtora de norma.

## **2. A NORMA PRÉVIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

### **2.1 A ANTERIORIDADE DA LEI CRIMINAL**

O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal brasileira, dispõe que não há crime sem lei “anterior” que o defina, nem pena sem “prévia” cominação legal, enquanto o inciso XL externa que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. São, em resumo, os chamados princípios da anterioridade da lei penal, da irretroatividade da lei penal mais rigorosa e da

---

<sup>91</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5006518>. Acesso no dia 05/11/2019.

<sup>92</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 167 e 168.

retroatividade da lei penal mais benigna, os quais, com outras palavras, também foram adotados pelos arts. 1º e 2º do CP.

Referidas normas existem de longa data nos países ocidentais do *civil law*, apesar de ressalvas no direito penal internacional. As Constituições, a partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem, vêm consagrando expressamente os aludidos princípios, o que tem sido seguido no Brasil a partir da Carta Maior de 1934.<sup>93</sup>

Na Alemanha, Franz Von Liszt, ainda no final do século XIX, já dizia haver a regra, implicitamente contida no art. 2º, 1ª al., do Código Penal, de que as disposições penais são aplicáveis aos atos praticados sob o seu império, e inaplicáveis aos atos cometidos antes ou depois que a lei penal começou ou cessou de vigorar. Como exceção, se dá efeito retroativo à lei mais branda, ao mesmo tempo em que se admite que ninguém pode ser mais condenado por ato que a mesma lei qualifica e que tenha sido praticado anteriormente à época da revogação.<sup>94</sup>

Na Itália não é diferente. O princípio da não retroatividade significa que o direito penal é aplicado apenas aos fatos cometidos após a sua entrada em vigor, completado pelo princípio da não ultratividade, para o qual a lei não é aplicada aos fatos praticados após sua extinção. Ao delimitar a validade do direito penal em relação ao passado e ao futuro, esses princípios permitem voltar ao princípio superior da atualidade do direito penal (*tempus regit actum*), para o qual a validade do mesmo está estritamente escrita no momento em que está em vigor.<sup>95</sup> Da mesma forma que na Alemanha, Antolisei explica que lá o art. 2º do Código Penal acolhe o princípio geral da irretroatividade da lei, mas não de modo exclusivo, observando a exceção inspirada em outro princípio há tempo afirmado no campo do direito penal, que é o princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu.<sup>96</sup> No mesmo sentido, Ferrajoli afirma que o art. 25 da Constituição italiana externa que ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei que tenha entrado em vigor antes do fato praticado, estando claro que a lei prévia é somente aquela desfavorável ao réu.<sup>97</sup>

Outra não é a orientação de Santiago Mir Puig, na Espanha. Tratando da anterioridade da lei como corolário do princípio da legalidade, ensina que a exigência de uma lei prévia

---

<sup>93</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 26 e 27.

<sup>94</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão: Tomo I*. Trad.: José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 177.

<sup>95</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. 6ª edição. Milão: Cedam, 2009, p. 79.

<sup>96</sup> Em nota de rodapé o mesmo autor diz que o art. 25 da Constituição parece não admitir exceções ao princípio da irretroatividade da lei. Porém, se reconhece geralmente que, sendo o princípio expressão do *favor libertatis*, isso não vem a colidir com a retroatividade da lei mais favorável (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 16ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 105).

<sup>97</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 351.

determina a proibição da retroatividade que castigue novos delitos ou agravem sua punição, embora não vedando a retroatividade de leis penais mais favoráveis, que venham a suprimir algum delito ou atenuar sua pena.<sup>98</sup>

Portugal seguiu a mesma trilha. O art. 29, nº 1, 3 e 4º, 1ª parte, da sua Constituição, bem como o art. 1ª – 1 e 2, e art. 2º - 1, ambos do CP, estabelecem a irretroatividade da lei penal mais grave, com base em dois fundamentos: um jurídico-político, de garantia do cidadão face ao *ius puniendi* estatal; o outro preventivo-geral, de intimidação ou dissuasão imputada à pena.<sup>99</sup> Da mesma forma que nos outros países citados, a noção básica da proibição da retroatividade funciona apenas a favor do agente, não contra ele.<sup>100</sup>

Na Argentina, Zaffaroni parte do princípio geral do *tempus regit actum*, mas dizendo igualmente que ele não tem aplicação absoluta no direito penal, porque excepcionalmente pode aplicar-se, a um ato, uma lei posterior, como no caso da chamada *novatio legis in melius*.<sup>101</sup>

Porém, o assunto se complica quando entramos no campo do processo penal. É que a doutrina e a jurisprudência tradicionais restringiam, na generalidade, o problema do conflito temporal de leis penais ao direito denominado material, ou seja, às normas relativas ao preceito incriminador (à hipótese criminal) e ao preceito sancionatório.<sup>102</sup>

Em conformidade com o art. 2º, do CPP (Código de Processo Penal) brasileiro, “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Pela diretriz legal, terá aplicação imediata uma lei processual penal que entrar em vigor no curso de uma demanda relativa a conduta cometida anteriormente, seja favorável ou não ao agente. Apesar disso, a dificuldade aqui é saber se o raciocínio é aplicável a todo tipo de inovação processual legislativa.

Partindo da distinção entre norma processual penal material e norma processual penal formal, Grandinetti defende que a norma terá conteúdo material ou misto quando, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, caso em que a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.<sup>103</sup> No mesmo sentido, Taipa de Carvalho sustenta que as primeiras condicionam a efetivação da responsabilidade penal ou incidem diretamente nos

---

<sup>98</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición, Barcelona: Editorial Reppertor, 2009, p. 107.

<sup>99</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 179 e 180.

<sup>100</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral, Tomo I*. 1ª edição brasileira; 2ª edição portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 195-196.

<sup>101</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general*: Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 460.

<sup>102</sup> CARVALHO, Américo A. de. Taipa. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 347.

<sup>103</sup> GRANDINETTI, L. G. Castanho de Carvalho. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 135.

direitos do arguido ou recluso,<sup>104</sup> pelo que seguem as regras intertemporais do direito penal. De igual forma, Mir Puig argumenta que as normas processuais que restrinjam o conteúdo de direitos e garantias do cidadão não podem ser retroativas.<sup>105</sup>

A explicação é muito boa, mas, sozinha, é também passível de questionamentos. Isso porque, no plano da interpretação do direito vigente no território nacional, uma visão literal levaria a uma conclusão contrária: todo assunto que fosse semelhante àqueles tratados no CPP possuiria natureza processual e, portanto, seguiria a regra temporal do seu art. 2º. No entanto, uma interpretação teleológica é capaz de conduzir a outro raciocínio, que termina levando a resultado semelhante àquele defendido por Grandinetti, Taipa de Carvalho e Mir Puig. O objetivo do dispositivo é evitar o tumulto, preservando uma regularidade procedimental. É por isso que as novas regras atingem apenas os atos procedimentais futuros, mantendo válidos aqueles praticados na vigência da lei anterior. Se elas recebessem aplicação retroativa, muitos processos seriam anulados com frequência, com quebra de uma racionalidade mínima na administração da justiça. Da mesma forma, não se pode aplicar regras procedimentais antigas, já revogadas, para atos processuais que ainda serão praticados. Além de as últimas serem consideradas melhores, isso também evita uma grande confusão na gestão processual, com regras diferentes igualmente válidas no mesmo tempo, a depender apenas da data da conduta.

Destarte, concordamos com a explicação de que normas processuais são as que regulam o modo, a forma e o tempo dos atos processuais, desde a postulação até a execução, passando pela instrução probatória, pela fase decisória e pela fase recursal.<sup>106</sup> E que são exemplos delas as formas de citação ou convocação, de audição e registro dos intervenientes processuais, a redação dos mandados, os prazos de notificação do arguido, formalidades e prazos dos exames periciais, formalidades e horários das buscas, etc.<sup>107</sup> A modificação nesse tipo de normas deve seguir a orientação do art. 2º, do CPP.

Todavia, quando a inovação legal mais rigorosa é relacionada ao tema da prisão processual, dentre outros direitos fundamentais assegurados clara e diretamente na Constituição, não deve incidir o art. 2º, do CPP, o que, inclusive, não passou sem a percepção do nosso legislador. O ainda vigente art. 2º, do Decreto-lei 3.931/41 (Lei de Introdução ao CPP),

---

<sup>104</sup> CARVALHO, Américo A. de. Taipa. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 351-352.

<sup>105</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición, Barcelona: Editorial Reppertor, 2009, p. 113.

<sup>106</sup> GRANDINETTI, L. G. Castanho de Carvalho. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 134.

<sup>107</sup> CARVALHO, Américo A. de. Taipa. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 352.

ao tratar do direito intertemporal, determina que à prisão preventiva e à fiança sejam aplicados os dispositivos que forem mais favoráveis aos réus.

Deve-se registrar que foi e continuará a ser a perenidade do fundamento jurídico-político de necessidade de garantia e segurança do cidadão a âncora firme e inamovível da proibição da retroatividade penal desfavorável.<sup>108</sup> Em outras palavras, a principal razão de ser da anterioridade das leis criminais mais gravosas é óbvia: os indivíduos que praticaram condutas de acordo com as regras vigentes não podem ser surpreendidos com sua modificação superveniente, ainda mais se isso tiver forte influência sobre a sua liberdade, um dos valores mais caros aos tempos atuais. Coincidência ou não, a segurança jurídica também é uma das principais bases filosóficas do *stare decisis*, o que requer que analisemos, então, se a irretroatividade maléfica é limitada aos textos legais, ou se ele alcança, ou deve alcançar, também, as normas oriundas do Poder Judiciário no bojo de suas decisões.

## 2.2 A NATUREZA DECLARATÓRIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

A ideia sobre natureza declaratória ou constitutiva das decisões judiciais nasceu no *common law*, diante do debate a respeito da função da jurisdição, também existente naquela tradição jurídica. Pela primeira, a decisão judicial apenas declararia um direito anterior, já existente; pela segunda, ela também poderia formar um novo direito, havendo uma maior atividade criativa do juiz.

É verdade que as origens do *common law* e *civil law* eram muito diferentes. Aquela tradição foi construída a partir de uma série contínua de decisões, em casos específicos, que passaram a constituir um sistema vasto e complexo de regras e princípios.<sup>109</sup> Já no *civil law* existiu uma grande desconfiança em relação aos juízes, que eram membros da nobreza, contra a qual se levantaram os revolucionários, havendo ainda uma desconfiança para com o direito, identificado com o soberano. Daí a defesa de que a lei seria capaz de garantir a democracia pela representatividade das casas políticas e de que a sistematização fornecida pelos códigos daria uma razão escrita para a qual não seria necessária interpretação.<sup>110</sup> Como demonstramos anteriormente, se o pensamento daquela época não era tão absoluto na área cível, ele parecia mais radical no sistema de justiça penal, bastando recordar que Beccaria sustentava a

---

<sup>108</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 170.

<sup>109</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 49.

<sup>110</sup> ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 67-68.

necessidade de o juiz estruturar um silogismo perfeito, utilizando a lei como premissa maior, a conduta como premissa menor, para chegar à conclusão pela pena ou pela liberdade, sob pena de abrir-se a porta à incerteza.<sup>111</sup>

O juiz criminal, então, sendo um mero aplicador de leis claras e certas, não deveria ter nenhuma atividade criativa, não constituindo o direito, mas apenas o declarando mediante sua automática aplicação. No Brasil, mesmo no século XXI, ainda temos conhecidos autores de obras criminais que defendem a determinação taxativa do texto legal, vedando ao legislador a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas. A legalidade penal imporá normas de teor preciso e unívoco, fixadas com a certeza necessária, restringindo a discricionariedade do aplicador da lei.<sup>112</sup>

Todavia, se o *civil law* do passado partia, *grosso modo*, da ideia do juiz criminal como mero aplicador daquilo pré-determinado de forma clara pela lei, a situação começou a mudar na segunda metade do século XX. A chegada do constitucionalismo quebrou o principal pilar da sua tradição, do seu dogma de supremacia do texto de lei. Ao produzir um critério para considerar se a lei era válida ou não, acabou por afastar o mito de que o juiz apenas declarava o seu texto,<sup>113</sup> diante da supremacia e da força normativa da Constituição.

Ratificou-se, ainda, a aceitação de uma realidade: a impossibilidade de o legislador regulamentar todas as possíveis controvérsias que surgiriam, havendo espaços não legislados para a discricionariedade judicial, além de existirem variadas possibilidades interpretativas de um texto legal.

Ademais, o legislador tem se utilizado de regras de textura aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo aos magistrados uma maior liberdade criativa na prospecção da efetividade da tutela jurisdicional.<sup>114</sup> O juiz do *civil law* passou, então, a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos seus princípios clássicos e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradutores J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

<sup>112</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 24 e 25.

<sup>113</sup> CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. A utilização dos institutos uniformizadores do Common Law na efetivação dos princípios da Isonomia e Segurança Jurídica no Direito Brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 100, nov./dez. 2012, p. 226.

<sup>114</sup> CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. A utilização dos institutos uniformizadores do Common Law na efetivação dos princípios da Isonomia e Segurança Jurídica no Direito Brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 100, nov./dez. 2012, p. 227.

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69. O excesso de criação judicial do direito, no Brasil, não está ligado à amplitude de possibilidades decisórias, mas a julgamentos *contra legem*, sem menção a qualquer inconstitucionalidade da lei, na melhor das hipóteses com base em princípios extremamente fluidos, às vezes sequer positivados, com argumentação genérica e superficial.

Como já mencionado anteriormente, essa realidade foi admitida até mesmo para trazer uma certa limitação ao princípio da legalidade penal, no que toca à sua vertente da lei certa. A reivindicação de uma certeza absoluta do texto legal foi resultado de um liberalismo primitivo e ingênuo, quando se postulava uma aplicação mecânica e matemática da norma, o que hoje perdeu a razão de ser. É uma ilusão crer que a vontade contida na norma seja de apreensão imediata, porque até as leis mais claras também precisam ser interpretadas, a despeito da corrente de pensamento iluminista criminal, de caráter histórico e político,<sup>116</sup> e embora ainda hoje se deva tentar o máximo de clareza possível, não para acabar com a discricionariedade judicial, mas para reduzi-la, e para tentar diminuir ainda mais a arbitrariedade *contra legem*.

Não obstante, no *civil law* brasileiro não são muitos os autores que se preocupam com a natureza declaratória ou constitutiva de uma decisão judicial, nem mesmo partindo de uma nomenclatura diversa daquela utilizada nos EUA. E quando o fazem, a abordagem é superficial, geralmente desconectada de questões ligadas à limitação do juiz ao texto da lei, ou à sua maior liberdade, a despeito de esta relação possuir totais reflexos na eficácia temporal das decisões judiciais, incluindo a matéria criminal.

O entendimento tradicional, ainda que meramente generalizado, no sentido de que o juiz somente aplica o direito, influencia nessa deficiência, porque a relação entre os assuntos é muito próxima. Na família do *civil law*, o poder criativo do julgador ainda tem sido negado na teoria, ou reconhecido apenas em circunstâncias excepcionais, o que torna muito mais difícil justificar uma decisão judicial como formadora de uma nova regra apenas para o futuro. Em outras palavras, é muito mais difícil explicar que uma decisão admite que o direito era um, mas que está sendo alterado judicialmente. Se se presume que o tribunal não cria o direito, mas apenas descobre o que ele sempre foi, é difícil escapar à conclusão de que a decisão de hoje, embora talvez contrariando decisões anteriores, apenas encontre uma regra que estava em vigor desde a edição do código ou estatuto legal que a corte pretende interpretar.<sup>117</sup> Se a lei tem um alcance certo, o juiz apenas a aplica, sem papel criativo, deixando de constituir o direito, mas apenas o declarando, e, portanto, para o passado.

Ainda que neste estudo não tenhamos que aprofundar aspectos sobre a diferença entre a natureza declaratória ou constitutiva das decisões judiciais em matéria criminal, seus efeitos no tempo não podem ser esquecidos, diante de sua imensa importância prática. Se adotarmos as mesmas consequências que aquelas previstas para a corrente declaratória, os precedentes penais terão aplicação retroativa, mesmo para fatos praticados anteriormente, e mesmo nos

---

<sup>116</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 103 e 109.

<sup>117</sup> MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 621.

casos de superação. De outro lado, se optarmos pela posição constitutiva, teremos que dizer que as novas interpretações jurídicas, oriundas do Judiciário, somente se aplicam a fatos praticados posteriormente a elas. Salvo no caso de tais interpretações serem favoráveis aos acusados, situação em que se dará a retroatividade, não em função de uma natureza declaratória do pronunciamento jurisdicional, mas sim em razão de clara opção estabelecida no art. 5º, XL da CF.

### 2.3 A RETROATIVIDADE DOS PRECEDENTES

Frederick Schauer, em artigo que objetiva tratar de mudanças sistêmicas, de alteração de um regime jurídico inteiro, a partir de um ponto de vista macro, pontua alguns problemas relacionados a modificações de diretrizes para os indivíduos, como os da política de transição, da introdução gradual de novas regras, sobre a efetiva data da mudança e sobre o alcance dos atos baseados nas regras agora obsoletas, lícitas quando praticadas, mas ilícitas no momento subsequente.<sup>118</sup>

Preocupado com problemas desse tipo, nosso constituinte originário estabeleceu, além das normas constitucionais penais específicas quanto à legalidade e anterioridade penal, já abordadas, outras previsões relativas a um princípio da irretroatividade. No seu art. 5º, XXXVI, estipulou que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; e no art. 150, III, “a”, estatuiu que é vedada a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. Entretanto, talvez em face do cenário jurídico daquele momento, mais enraizado no âmbito do *civil law*, não estabeleceu nada a respeito da aplicação de precedentes no tempo, nem mesmo em matéria criminal.

No âmbito do direito infraconstitucional não limitado à análise do direito em abstrato, a situação começou a mudar com o CPC de 2015. Este, no seu art. 927, § 3º, veio a estabelecer a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração de “jurisprudência” dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, em vista do interesse social e da segurança jurídica. Abriu-se a possibilidade legal de concessão de eficácia temporal prospectiva da norma emitida na “superação” de precedente obrigatório, ou mesmo de jurisprudência dominante, o que parece-nos aplicar-se ao sistema de justiça criminal, no mínimo diante da ausência de norma contrária no CPP.

---

<sup>118</sup> SCHAUER, Frederick. *Legal Development and the Problem of Systemic Transition*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=427223>, acesso no dia 17/06/2016, p. 2-3.

Para Marinoni, uma norma afirmando a possibilidade da limitação dos efeitos retroativos das decisões revogadoras de precedentes, ou, caso se queira em outros termos, de jurisprudência consolidada e pacífica, jamais poderia ser vista como resultado de livre opção do legislador infraconstitucional. Tal norma, segundo ele, é necessária para o legislador cumprir com o seu dever de tutela da confiança justificada nos atos do Poder Público. A inexistência desta norma configuraria falta de lei, a ser suprida pelo Judiciário diante dos casos concretos. E, mais adiante, conclui que a possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder de julgar conferido aos tribunais superiores.<sup>119</sup>

Por também prestigiarmos não só a confiança, mas também a segurança jurídica e isonomia, não temos dúvidas em concordar com a argumentação de Marinoni, mas apenas sob o ponto de vista ideológico. Dogmaticamente, a fluidez de tais “princípios” não nos parece permitir uma interpretação tão elástica, não sendo ela apta a afastar o raciocínio de que a norma oriunda do art. 927, § 3º, do CPC, apresenta mera faculdade aos órgãos superiores do Judiciário nacional.

Tratando especificamente do direito tributário, ramo do direito que, assim como a área criminal, parte de uma filosofia de proteção de uma das partes contra o arbítrio estatal, Ravi Peixoto parece ir mais além. Ele entende que devem prevalecer os pilares dos precedentes até mesmo em benefício do Estado, dizendo que este campo do direito não parece ter qualquer especificidade que gere o impedimento da modulação de efeitos em favor do ente público. Se havia um entendimento consolidado a seu favor, é porque a legislação foi entendida como constitucional, legitimando eventual cobrança tributária, ainda que posteriormente haja uma alteração. Adotar o posicionamento doutrinário de que essa confiança depositada pelo ente público na cobrança não tenha qualquer relevância jurídica parece ser despida de fundamento. Defende, então, que da mesma forma que o particular age com base nos precedentes, assim também o faz o ente público.<sup>120</sup>

Além de ser discutível o ensinamento de Ravi para o ramo do direito tributário, embora pareça perfeito para outras áreas cíveis, ele é ainda mais difícil de ser aplicado no sistema de justiça penal. Se o Judiciário interpreta determinada norma penal incriminadora de forma mais prejudicial aos réus, mas depois muda o posicionamento para adotar uma postura mais favorável, embora a segurança jurídica pudesse justificar a prospectividade, não haveria mais a

---

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia Temporal da Revogação da Jurisprudência Consolidada dos Tribunais Superiores*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 906, p. 255-284, Abril, 2011.

<sup>120</sup> PEIXOTO, Ravi. *A Modulação de Efeitos em Favor dos Entes Públicos na Superação de Precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade*. Revista de Processo, São Paulo, v. 246, p. 381-399, Agosto, 2015.

função preventiva geral da pena. Se uma nova norma legal favorável tem aplicação retroativa para os acusados em geral, da mesma forma deve ter uma nova norma judicial favorável.

Problema maior, porém, enxergamos não só na desfavorável superação de precedentes criminais, como também na sua própria formação contrária aos réus, já que a literalidade da norma constitucional proveniente do art. 5º, XL, apresenta a irretroatividade da “lei”, até de acordo com a visão filosófica do direito brasileiro em 1988. A pergunta que cabe no momento, porém, é se as primeiras “interpretações” das leis criminais, feitas pelo Judiciário, ou mesmo as mudanças normativas de cunho jurisdicional, também devem ou não obedecer ao princípio da irretroatividade desvantajosa.

Figueiredo Dias não desconhece ser interessante a questão de saber se a proibição da retroatividade está só na lei ou também na “jurisprudência”. E, embora sugerindo uma série de cuidados que os tribunais deveriam tomar na modificação de uma corrente “jurisprudencial”, conclui que a inovação não constitui propriamente uma violação ao princípio da legalidade, ainda que determine a punição de fato praticado ao tempo da jurisprudência anterior, que o considerava criminalmente irrelevante.<sup>121</sup>

Esta posição vai ao encontro do pressuposto teórico assumido pelo modelo de cortes “superiores”, não preocupadas com o *stare decisis*. Se a norma legal é sempre anterior à sua interpretação judicial, com a “jurisprudência” se limitando à simples declaração de um único sentido intrínseco ao texto, o novo entendimento judicial é imediatamente aplicável a todos os casos em curso, com eficácia *ex tunc*, sem que isso implique em retroatividade normativa.<sup>122</sup>

Em contraste, porém, Zaffaroni afirma que as mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando alcançam certa generalidade, não podem deixar de compartilhar as razões que dão fundamento ao princípio da legalidade e à proibição da retroatividade mais gravosa: não é admissível que se puna quem não podia conhecer a proibição. Assim, não pode ocasionar a reprovação do agente uma ação que até a sua prática era considerada lícita, passando a ser tratada como ilícita posteriormente, em razão de um novo critério interpretativo. De outro lado, quando a jurisprudência com valor indicativo geral muda de critério e considera atípica uma ação que até então valorava como típica, provoca um escândalo jurídico,<sup>123</sup> pelo que mereceria aplicação retroativa.

---

<sup>121</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral, Tomo I*. 1ª edição brasileira; 2ª edição portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 197-198.

<sup>122</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

<sup>123</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 126.

Ele utiliza o mesmo raciocínio ao tratar das leis interpretativas, quando modificativas das leis penais, capazes de alterá-las substancialmente, ampliando seu campo de aplicação, dizendo que também são regidas pelo princípio da retroatividade da lei mais benéfica e irretroatividade da mais severa.<sup>124</sup> Ora, se um texto legal interpretativo de outro é capaz de ampliar o seu campo de aplicação, o mesmo se diga com a norma judicial interpretativa de um texto legal anterior, não havendo razão para conclusão diversa. A ambas, pois, deveriam ser aplicadas as mesmas conclusões atinentes à lei penal e processual penal no tempo.

É a interpretação jurisprudencial consolidada que determina os contornos da ação criminosa. Se essa interpretação consolidada muda, embora não exita alteração na definição legal, muda-se o próprio significado conceitual do crime.<sup>125</sup> Além disso, o que mais precisamos notar é que a *ratio* originária da proibição da retroatividade da lei penal desfavorável foi jurídico-política, ligada à segurança jurídica do indivíduo diante da possível arbitrariedade legislativa no exercício do *ius puniendi*.<sup>126</sup> Assim, se seu fundamento, em uma época na qual prevalecia uma maior vinculação do juiz à lei, era o de dar segurança jurídica aos indivíduos, nada melhor do que adaptar essa motivação à realidade atual, de maior liberdade do magistrado, com variadas possibilidades interpretativas, especialmente diante da força normativa da Constituição.

Se a doutrina dos precedentes é adotada como expressão de vários princípios e regras, dentre eles justamente as razões de segurança jurídica,<sup>127</sup> nada mais coerente do que entender que sua aplicação é prospectiva, por ser justamente assim que se preserva um dos pilares filosóficos que sustenta o regime. Salvo, insta repetir, no caso de retroatividade benigna em matéria criminal, outro pilar do regime jurídico brasileiro, adotado expressamente na Constituição (art. 5º, XL).

Embora sem fazer menção expressa à decisão judicial como produtora de norma jurídica, Mir Puig não deixa de demonstrar preocupação com a categoria da norma que não pode retroagir para prejudicar o réu. Interpretando a expressão “legislação vigente”, utilizada

---

<sup>124</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general: Tomo I*, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 472.

<sup>125</sup> BRANDÃO, Cláudio. Interpretação Constitucional da Aplicação da Lei no Tempo. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 41, n. 47. Bauru: Edite, jan./jun. 2007, p. 119.

<sup>126</sup> CARVALHO, Américo A. de. Taipa. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 125.

<sup>127</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 117.

pelo art. 25, 1, da Constituição espanhola, diz que ela é genérica e compreende o conjunto de todas as normas estatais.<sup>128</sup>

Curioso notar que o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabeleceu que “ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.<sup>129</sup> Observe-se bem que a expressão utilizada foi “lei”, consentânea com a época da sua redação. Posteriormente, todavia, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, no seu art. 11, § 2º, estipulou que ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o “direito” nacional ou internacional,<sup>130</sup> sendo interessante perceber a opção pela expressão “direito”, mais ampla.

Embora em 1988 estivéssemos atrasados sob o ponto de vista do elo entre direito e linguística, pensamos que, no sistema de justiça penal, pelo menos as superações de precedentes devam receber aplicação desvantajosa prospectiva, já que atualmente estamos cientes da incapacidade de o legislador prever todos os comportamentos dos membros em sociedade, além de já conhecermos os problemas de significados diferentes que variados leitores podem dar à linguagem. No que toca ao direito positivo, essa nova visão pode ser aplicada mediante reinterpretação do inciso XL, do art. 5º, da CF, ou, se isso não for cabível, pelo uso da descrição contida no art. 927, § 3º, do CPC. Este pensamento, aliás, também está em consonância com um papel de corte de precedentes, que seria exercido pelos tribunais de vértice que o seguisse. Apesar disso, analisemos, na prática, como o STF vem se comportando quanto ao assunto.

#### **2.4 A DIMENSÃO TEMPORAL DOS PRECEDENTES NO HC 126.292/SP, NAS CAUTELARES NAS ADCS 43 E 44/DF E NO ARE 964.246/SP (TEMA 925)**

Almejando analisar, no mundo real, a dimensão temporal dos precedentes do STF, embora apenas sob a perspectiva qualitativa, exploremos a sua decisão no HC 126.292/SP, posteriormente ratificada quando do indeferimento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44/DF, bem como no julgamento do ARE 964.246/SP, em repercussão geral, gerando o tema 925, daquela corte. O foco mais uma vez está na relação com um sistema de precedentes, mas agora especificamente ligado com a dimensão temporal de tais decisões.

---

<sup>128</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición, Barcelona: Editorial Reppertor, 2009, p. 109.

<sup>129</sup> Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acesso no dia 28/06/2016.

<sup>130</sup> Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>, acesso no dia 28/06/2016.

O Pleno do tribunal, no HC 84.087-7/MG, no dia 05/02/2009, depois de dizer expressamente que a regra do art. 637, do CPP, admitia que alguém fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, afirmou que ela não se compatibilizava com o art. 5º, LVII, da CF. Segundo a decisão, o entendimento contrário aceitaria uma execução imediata da pena, a qual não teria natureza cautelar, a única que seria admitida.<sup>131</sup>

A norma jurídica emitida pelo STF naquela oportunidade, certa ou errada, terminou sendo consolidada no país. Diante disso, era razoável considerar que o autor de um crime, ao praticá-lo a partir daquela data, sabia que só poderia ser preso após o término de toda a sua elástica possibilidade recursal, ressalvadas as hipóteses da prisão temporária ou preventiva.

Ocorre que nossa Suprema Corte, com composição bastante diferente daquela de 2009, entendeu de outra forma no já estudado HC 126.292/SP, posteriormente confirmado por outras decisões subsequentes já na vigência do CPC/2015.<sup>132</sup> Não obstante tenha mencionado o precedente de 2009, optou por inovar apenas seis anos depois, no dia 17/02/2016. Além do curto espaço de tempo, trazendo dúvidas sobre o cabimento da superação, não houve modulação temporal dos seus efeitos.

Ao longo das cento e três páginas do inteiro teor do acórdão proferido no julgamento do referido *writ*, a Suprema Corte não tocou no assunto da dimensão temporal do precedente no voto de nenhum dos seus ministros, seja dos que integraram a posição vencedora, seja até mesmo nos votos daqueles que formaram a posição vencida, não tendo a questão integrado a *ratio decidendi*, tampouco a tese firmada naquela ocasião.

Contra o referido acórdão, no entanto, foram opostos embargos de declaração. No que interessa para a nossa abordagem, o embargante alegou omissão quanto à modulação dos efeitos da decisão, dizendo ser necessária a estabilidade dos precedentes judiciais, evitando mudanças repentinas capazes de atentar contra a segurança jurídica e o princípio da confiança.<sup>133</sup>

No julgamento do aludido recurso, o voto do relator, ao rejeitar os embargos, argumentou, em primeiro lugar, que “eventual modulação não teria efeito prático em relação ao embargante” (p. 5), afirmação, porém, que nos parece de certa forma incoerente. Se, embora antes do início de vigência do CPC de 2015, o STF fixou uma tese no julgamento embargado, com o efeito prático de ser imediatamente seguida em todo o território nacional, isto é, com

---

<sup>131</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>, acesso no dia 04/07/2016.

<sup>132</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>, acesso no dia 04/07/2016.

<sup>133</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>, acesso no dia 02/10/2019.

eficácia não limitada às partes do processo,<sup>134</sup> ainda que a modulação não beneficiasse o embargante não haveria óbice à sua aplicação. Aliás, o segundo argumento utilizado pelo relator foi justamente o de que inúmeras outras decisões do tribunal, após o acórdão embargado, já tinham adotado o mesmo entendimento (p. 5), o que ratifica, no mínimo, um forte “caráter persuasivo *erga omnes*”. Nada mais foi mencionado pelo relator quanto ao assunto, não tendo ele chegado a apreciar as alegações de ofensa à segurança jurídica, confiança e estabilidade dos precedentes.

Também é muito curioso notar que, diferentemente do que aconteceu no acórdão embargado, formado com o apertado placar de seis a quatro, na decisão dos embargos apenas ficou vencido o ministro Celso de Mello, ainda que tenha havido ressalva do entendimento pessoal da ministra Rosa Weber quanto à questão de fundo. Mais curioso ainda que nenhum dos ministros, nem mesmo os dois mencionados, divergiu quanto à eficácia retroativa atribuída ao “novo precedente” (p. 11 a 14). Em outras palavras, a corte foi unânime em rejeitar a eficácia prospectiva da superação do precedente de 2009. Sua decisão, contudo, teve uma grande aptidão para trair a confiança das pessoas, gerando um total estado de insegurança jurídica, quebrando não apenas a filosofia de um sistema de precedentes que estava prestes a entrar em vigor, em estado de *vacatio legis*, mas igualmente ofendendo a filosofia por detrás do princípio penal da legalidade e do seu corolário da anterioridade.

Parece questionável se a eficácia formalmente vinculante do precedente formado quanto ao tema surgiu apenas com o indeferimento da medida cautelar no julgamento das ADCs 43 e 44/DF, embora na prática essa vinculação já tivesse sido iniciada. Por sua vez, o julgamento em sede de ações de constitucionalidade não tem total conexão com o sistema de precedentes obrigatórios, já que despreza os fatos em concreto, efetuando julgamento de leis em tese, de forma meramente abstrata. De toda forma, diante de alguma relação entre os institutos, ainda que parcial, não deixa de ser interessante percebermos que nas medidas cautelares, das referidas ADCs, o STF, além de reafirmar o entendimento fixado no HC 126.292/SP, afastou a sua aplicação meramente prospectiva no tempo.<sup>135</sup>

O relator para o acórdão, o ministro Edson Fachin, no seu voto afirmou não ser cabível atribuir ultratividade a atos interpretativos que não se confundiriam com produções normativas submetidas ao princípio da legalidade. Na mesma linha de raciocínio, ele foi ainda mais

---

<sup>134</sup> Note-se que houve imediata irrisignação da OAB no sentido de que “os tribunais de todo país passaram a adotar posicionamento idêntico” ao do STF no HC 126.292/SP. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>, acesso no dia 04/07/2016.

<sup>135</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>, acesso no dia 02/10/2019.

categorico, dizendo também, com todas as letras, não reconhecer a aplicabilidade da retroatividade benéfica, e da irretroatividade gravosa, no que toca aos “precedentes jurisprudenciais” (p. 44). Embora tenha admitido que os temas de direito penal material poderiam configurar exceções, delas ele excluiu qualquer tema de direito processual (p. 45 a 47), nos parecendo retornar a uma época em que o juiz supostamente não teria nenhum papel criativo, limitando-se a declarar um sentido prévio e claro dos textos normativos, inclusive baseando-se em entendimentos formados na última década do século passado, quando a visão sobre linguagem e direito era outra no país.

O ministro Barroso, ao contrário do relator, não chegou a fazer distinção entre a norma oriunda do Poder Legislativo e a norma oriunda do Poder Judiciário no tempo. Apesar disso, na mesma trilha, afirmou que a irretroatividade gravosa se limita aos tipos e sanções penais, bem como às leis penais de conteúdo misto, que a um só tempo disponham sobre direito material e processual, como seria o caso, por exemplo, do art. 366, do CPP, mas não o da “execução provisória”. Ademais, considerou que a aplicação imediata do novo entendimento não violaria a segurança jurídica, por não poder se falar em confiança na inefetividade do sistema (p. 104 a 106), o que nos parece questionável, sob pena de poder ser aplicado o mesmo raciocínio também ao direito material, ou a qualquer outra situação. É verdade que o seu voto citou precedentes mais recentes do próprio STF, mas todos relativos a normas meramente procedimentais.

O ministro Teori não entrou em muitos detalhes quanto ao tema, dizendo apenas que a decisão no HC 126.292/SP, ora ratificada, não representou aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, mas apenas “entendimento” relativo à dinâmica “processual” de execução das penas, talvez tendo pensado como o relator (p. 133), excluindo da irretroatividade gravosa as interpretações judiciais, bem como as questões de direito processual, mas sem dizer isso expressamente.

O ministro Fux também não aprofundou muito o debate sobre a questão, mas rejeitou o argumento de que a mudança do entendimento deveria produzir apenas efeitos prospectivos, porque o tema versava sobre direito estritamente processual, não sobre direito penal, razão pela qual o seu posicionamento teria que se aplicar aos feitos pendentes, imediatamente, apenas respeitando-se os atos já praticados (p. 150). Não encontramos manifestação específica, quanto ao tema, por parte dos outros ministros que acompanharam a posição vencedora.

Por fim, no mesmo ano de 2016, no julgamento do ARE 964.246/SP, em regime de repercussão geral, o Plenário do STF mais uma vez ratificou a posição tomada no HC 126.292/SP. Quanto à modulação dos efeitos da superação do precedente de 2009, o relator, o

ministro Teori, foi o único que se manifestou, mesmo assim se limitando a transcrever o seu voto no julgamento da medida cautelar nas citadas ADCs.<sup>136</sup>

Como dissemos, as normas jurídicas decorrentes das decisões das cortes superiores em matéria de direito penal, assim como de direito processual penal não meramente formal ou procedimental, devem produzir efeitos retroativos apenas no caso de serem mais benéficas aos acusados. O fundamento está no art. 927, § 3º, do CPC, ou até na interpretação teleológica e histórica que deve ser dada ao art. 5º, XL da CF, mormente após o reconhecimento da natureza constitutiva da decisão judicial, decorrente de um inevitável papel do juiz mais amplo. Afinal, nos dias atuais, mesmo no *civil law* é a “jurisprudência” que determina a aplicação concreta da lei, razão pela qual a mudança de sua interpretação determina a retroatividade somente benéfica, considerada em seu elemento mais palpável: sua aplicação.<sup>137</sup>

Sob o ponto de vista temporal, o fato é que o STF se comportou dentro de uma função de corte superior, no sentido de corte de justiça, despreocupada com este fundamental aspecto da teoria dos precedentes. Terminou atuando com um papel reativo, voltado também para o passado, mediante a simples declaração de uma norma preexistente, com efeitos *ex tunc*.<sup>138</sup>

Só o retorno à posição de 2009, ocorrido com o julgamento final das ADCs 43, 44 e 54/DF, mais vantajosa aos réus, justifica a retroatividade para alcançar os processos pendentes, ante a evidente natureza benéfica que o novo *overruling* tem, aplicando-se, neste caso, as normas específicas da área criminal. De qualquer forma, os casos estudados sugerem que a nossa corte de vértice pode não estar minimamente preocupada com a produção de norma criminal futura, produzindo-a para o passado, independentemente das especificidades atinentes ao sistema de justiça penal.

### **3. A NORMA ORIUNDA DOS PRECEDENTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

#### **3.1 A PREVISÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES**

Fora as hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, que não são totalmente iguais à essência do sistema de precedentes obrigatórios, a vinculação de decisões judiciais ao que foi estabelecido em pronunciamentos anteriores foi

---

<sup>136</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>, acesso no dia 03/10/2019.

<sup>137</sup> BRANDÃO, Cláudio. Interpretação Constitucional da Aplicação da Lei no Tempo. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 41, n. 47. Bauru: Edite, jan./jun. 2007, p. 119.

<sup>138</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

positivada no direito brasileiro, de certa forma, por meio do CPC de 2015, principalmente nos seus artigos 926 e 927.

No nosso modo de ver, a previsão também possui perfeita aplicação ao processo penal. Dogmaticamente, porque as disposições da legislação processual civil lhes são aplicadas subsidiariamente, naquilo que não confrontarem as suas normas específicas, como é o caso (art. 3º, do CPP). Filosoficamente porque a base da doutrina dos precedentes, reconhecida inclusive na exposição de motivos do CPC, é a necessidade de aumento da segurança jurídica e da isonomia, reduzindo na população o sentimento de incerteza sobre as regras que devem ser seguidas, o que tem maior razão de ser no âmbito criminal. A propósito, este ramo do direito abraça a mesma filosofia ao adotar a legalidade penal, como demonstramos.

Apesar disso, ao contrário do que muitos podem pensar, o art. 927, do CPC, não estabeleceu que todos os precedentes oriundos do STF são obrigatórios. Pelo contrário, a previsão legal de vinculação é limitada às suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e às suas súmulas vinculantes (inciso II), o que já acontecia antes da inovação legal, estendendo-se para as suas decisões nos incidentes de assunção de competência ou em recurso extraordinário repetitivo (inciso III), bem como às suas súmulas não vinculantes em matéria constitucional (inciso IV) e às orientações oriundas do seu plenário (inciso V).

No caso específico do sistema de justiça penal, não há esse caráter vinculante, de *lege lata*, nas seguintes situações: 1) nos julgamentos de infrações penais no âmbito da sua competência originária; 2) nas decisões proferidas em *habeas corpus* e recurso ordinário; 3) na revisão criminal de seus julgados; 4) nos conflitos de competência; 5) no recurso extraordinário não repetitivo. Salvo se as respectivas decisões formarem súmula vinculante, súmula em matéria constitucional, ou se elas forem proferidas no Pleno. Quanto a esta última situação, a doutrina nacional tem entendido que o enunciado do inciso V, do art. 927, do CPC, é bastante amplo, devendo a sua interpretação compreender como devido o respeito também aos precedentes emanados do STF, por meio do seu Pleno, em matéria constitucional,<sup>139</sup> embora nós sejamos até mais amplos, abrangendo as decisões daquele órgão máximo da corte inclusive em matéria infraconstitucional. E entendemos assim, em primeiro lugar, porque a lei não faz a distinção, no inciso V, entre matéria constitucional e outras; em segundo lugar, porque o art.

---

<sup>139</sup> MACÊDO, Lucas Buril. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 481. No mesmo sentido é a orientação de Ravi Peixoto (PEIXOTO, Ravi. Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais: art. 927, In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.), *Novo Código de Processo Civil Comentado*: Tomo III. São Paulo: Lualri, 2017, p. 236.

102, da Carta Maior, embora estabeleça que a guarda da Constituição caiba “precipualemente” ao STF, não determina que esta seja sua única atribuição, tanto que nos seus incisos estabelece uma série de competências para julgar matérias não necessariamente constitucionais.

De qualquer forma, a previsão legal aponta que, na realidade, sob o ponto de vista legislativo, o Brasil adotou o *stare decisis* de modo apenas parcial, mesmo quando pensado em face da Suprema Corte. Em inúmeras ocasiões o STF decide assuntos que até poderão ser seguidos por ele próprio e pelos outros juízes nacionais (caráter persuasivo), mas não o serão obrigatoriamente, de forma vinculante.

É verdade que parte da doutrina nacional defende o contrário, ou seja, que no Brasil haja um completo sistema de precedentes obrigatórios. A afirmação tem sido feita principalmente com base em três argumentos gerais: 1) interpretação do CPC; 2) interpretação da própria CF; 3) interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

Para Marinoni, as decisões proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário, não apenas em recursos extraordinários repetitivos, obrigam os juízes e tribunais, porque “a restrição do CPC é absurda”, já que implicaria na conclusão de que pudessem ser ignoradas decisões relevantes tomadas em recurso que não tem facilidade para se repetir. Segundo ele, a letra da norma legal parece supor que a função das cortes supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da justiça.<sup>140</sup> Entretanto, o conteúdo da sua argumentação parece demonstrar que sua discordância está mais dirigida à própria norma, não à interpretação do texto correspondente, ou seja, é mais ideológica do que dogmática.

Ravi Peixoto, chegando à mesma conclusão que Marinoni, sustenta que o rol do art. 927, do CPC, é meramente exemplificativo,<sup>141</sup> mas dogmaticamente entendemos ser difícil que as situações ali previstas não sejam taxativas. Se antes do CPC/2015 nós não tínhamos um sistema de precedentes obrigatórios, a inovação legal, ao descrever hipóteses específicas que o abraçaram, não permite uma extensão para situações outras não previstas.

Parecendo estar ciente da restrição da legislação infraconstitucional brasileira, ainda que no subconsciente, a corrente que defende a eficácia obrigatória de “todos” os precedentes

---

<sup>140</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 21, 22 e 24.

<sup>141</sup> PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 539.

do STF sustenta, igualmente, que isso é algo que “logicamente” deflui da leitura da Constituição.<sup>142</sup>

Consoante Mitidiero, a necessidade de formação de precedentes decorre de imposição do Estado Constitucional, existente para promover a dignidade da pessoa humana e a consequente tutela de direitos. Esta, por sua vez, estaria longe de uma dimensão puramente particular, como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas razões elaboradas pelos juízes em suas decisões, de onde resultaria a necessidade de afirmação e respeito aos precedentes. E, por debaixo da questão ligada ao precedente judicial, pulsaria a questão, de radical importância, atinente ao apropriado delineamento do papel das cortes judiciárias. O precedente judicial, então, converter-se-ia no instrumento a partir do qual o STF depende para desempenhar suas altas funções.<sup>143</sup>

Entendimento semelhante é apresentado por Lucas Buril, para quem, em respeito à segurança jurídica e à igualdade, é imprescindível que se estabeleça também o respeito aos órgãos fracionários do STF, não mencionados no art. 927, V, do CPC, quando inexista algum precedente dos órgãos maiores.<sup>144</sup>

Mesmo sem poder aprofundar o debate, por não ser o objeto único da nossa pesquisa, permitimo-nos, ainda que brevemente, expor um raciocínio contrário. Se a doutrina dos precedentes obrigatórios decorresse da Constituição atual, desde 1988 o sistema teria sido implementado no Brasil, o que evidentemente não aconteceu. Naquela época, aliás, mais enraizada na tradição do *civil law*, por aqui mal se falava em *stare decisis*. E não haveria necessidade da previsão do § 2º, do seu art. 102, que atribuiu “eficácia contra todos e efeito vinculante” para as decisões do STF proferida em sede do controle abstrato de constitucionalidade.

Poderia se defender que uma interpretação evolucionista autorizaria uma “mutação constitucional”, a qual permitiria a conclusão atual de que o *stare decisis* decorre da Carta Magna. Ocorre que as normas constitucionais que justificariam a sua previsão são extremamente vagas, admitindo qualquer interpretação que se queira, tanto que existe uma corrente contrária à vinculação a precedentes que se fundamenta justamente na sua inconstitucionalidade, como mencionamos brevemente na introdução.

---

<sup>142</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 24.

<sup>143</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27, 28, 31 e 98.

<sup>144</sup> MACÊDO, Lucas Buril. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 482.

Não fosse o bastante, ao menos no âmbito do sistema de justiça penal, objeto do nosso estudo, a ampla competência do STF, principalmente para julgar infrações penais com competência originária, bem como para decidir *habeas corpus* de forma praticamente ilimitada, sem nenhuma menção constitucional ao caráter obrigatório dos precedentes oriundos das respectivas decisões, ratifica mais uma vez que aquela corte também está focada na justiça de certos tipos de casos concretos, tendo feito preponderar esse valor, neste ponto, sobre os ideais de segurança, isonomia e coerência, ainda que outra também fosse a nossa opção.

É verdade que a filosofia por trás do sistema de precedentes obrigatórios, além de se basear num mínimo de coerência que deveria ser esperado do Poder Judiciário, também decorre de ideais de segurança jurídica e isonomia, os quais são refletidos em normas expressamente positivadas em nossa Constituição (art. 5º, *caput*, da CF). A sua fluidez, contudo, aliada à opção específica do constituinte originário (art. 102, § 2º, da CF, *a contrario sensu*), impede a conclusão de que o *stare decisis*, ou o papel do STF de corte de precedentes, decorra objetivamente de previsões constitucionais, ainda mais no campo da justiça criminal.

Aliás, a mesma corrente, ainda tentando convencer do seu acerto com um terceiro argumento, chega a dizer que a força vinculante do precedente judicial sequer depende de uma manifestação específica do direito positivo, resultando da consideração do ordenamento jurídico como um todo.<sup>145</sup> Todavia, a observância de precedentes vinculantes não é da nossa tradição jurídica, já que, ao menos originalmente, fazemos parte do *civil law*, não do *common law*.<sup>146</sup> Além disso, o raciocínio dispensaria a sua previsão, ainda que parcial, também no âmbito do Código de Processo Civil de 2015.

Embora dogmaticamente não vejamos como defender a existência de um completo *stare decisis* no Brasil, isso não impede de, ideologicamente, pensarmos que essa seria a melhor opção. Isso porque o ideal, de *lege ferenda*, nos parece a adoção da proposta de Zaneti, de uma teoria normativa formalmente vinculante dos precedentes judiciais, diante da constatação do grande equívoco de práticas contemporâneas de acentuar o ativismo judicial e de usar a distinção entre princípios e regras como uma válvula de abertura do ordenamento jurídico.<sup>147</sup> Se temos normas abertas, como já demonstrado, sua insegurança deveria ser diminuída

---

<sup>145</sup> MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 78.

<sup>146</sup> O direito é uma prática social profundamente tradicional, o que exige o entendimento sobre a natureza e comportamento das tradições na vida social. Em todo sistema legal, o passado é central para o presente, porque o direito preserva uma série de crenças, opiniões, valores, mitos, rituais, que são depositados ao longo de gerações (KRYGIER, Martin. Law as Tradition, In: Law and Philosophy, Aug, 1986, p. 239 e 241. Disponível em <https://www.jstor.org>, acesso no dia 06/09/2018).

<sup>147</sup> ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 17.

justamente por meio da observância de precedentes. Neste caso, eventual reforma do diploma processual penal deveria ir além daquilo previsto na lei processual civil, determinando a obrigatoriedade vinculante de todos os precedentes superiores naquele ramo do direito. Dificilmente isso resolveria imediatamente o nosso problema, mas talvez contribuísse mais, paulatinamente, para uma própria mudança da nossa cultura jurídica futura.

Contudo, para o que importa neste trabalho, o fato é que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou integralmente a teoria dos precedentes obrigatórios. Assim, partindo da sua adoção meramente parcial, passemos à sua relação com a forma de atuação do STF, especialmente continuando a aferir se o órgão tem ou não produzido norma criminal para o futuro.

### **3.2 A *RATIO DECIDENDI* E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**

Embora não tenhamos a pretensão de abordar o afastamento da aplicação de um precedente em razão de serem diferentes as situações comparadas, Duxbury relaciona a expressão *distinguishing* a dois aspectos: não só entre causas diferentes, o que foge ao âmbito do nosso estudo, mas também dentro da mesma causa, o que precisamos trabalhar para tentar descobrir se o STF tem exercido uma missão de produzir norma criminal para o futuro. Isso porque a situação do *distinguishing within a case* corresponde ao problema da diferenciação entre a *ratio decidendi* e *obiter dicta*, o que exigiria uma separação entre os fatos que seriam materialmente relevantes e aqueles que seriam irrelevantes para a decisão.<sup>148</sup>

No Brasil tem sido ensinado que, ao se falar no dever de aplicar determinado precedente, quer se falar, mais propriamente, no dever de aplicar a sua *ratio decidendi* ou a norma jurídica dele decorrente, que seria a sua parcela obrigatória, a sua única parte formalmente vinculante.<sup>149</sup> Por outro lado, não o integra o fundamento que é utilizado de passagem, aquele que não constitui razão suficiente para decidir, ou ainda o que não foi especificamente submetido para julgamento,<sup>150</sup> configurando mero *obiter dictum* não vinculante. Essa separação seria de extrema relevância, servindo como forma de regular a produção do direito pelos tribunais de acordo com o devido processo legal. Além disso, sua inexistência levaria a uma quantidade ilimitada de produção de normas judiciais, não

---

<sup>148</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

<sup>149</sup> MACÊDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 217.

<sup>150</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

necessariamente ligadas aos fatos da demanda, o que tornaria a aplicação dos precedentes impraticável.<sup>151</sup>

Influenciados pelo entendimento da academia jurídica nacional, já tivemos oportunidade de dizer que, para seguir um sistema de precedentes, seria preciso que os operadores do direito focassem na *ratio decidendi*, porque é dela que seria extraída a norma criada pelo Poder Judiciário.<sup>152</sup> Hoje, porém, não temos a mesma certeza.

Se os tribunais devem uniformizar sua “jurisprudência” e mantê-la íntegra e coerente, como diz expressamente o art. 926, *caput*, do CPC, talvez não haja sentido na distinção entre razões de decidir e afirmações passageiras. Se o julgador ficar mudando as últimas a seu bel-prazer, poderá ser igualmente contraditório, caso em que trairá a confiança das pessoas, ofendendo a segurança jurídica e a isonomia, base filosófica do instituto.

Por sua vez, a quantidade de normas judiciais oriundas dos precedentes já é ilimitada, ainda que a vinculação se restrinja à *ratio decidendi*. Além do mais, a dicotomia também pode contribuir para dificultar a aplicação dos precedentes sob o ponto de vista prático, já que existem vários métodos diferentes, variados critérios, que orientam a descoberta das razões determinantes de uma decisão.<sup>153</sup> Se interpretar o precedente, dele extraíndo o elemento dotado de força normativa, é atividade que incumbe ao aplicador do direito,<sup>154</sup> é possível que, ao interpretar um precedente formado num caso complexo, em acórdão com mais de cem páginas, os mais diversos aplicadores cheguem à mesma norma judicial? E o que dizer dos jurisdicionados?

Claro que, na teoria dos precedentes, a norma não deve ser formada com base em fatos não reconhecidos na causa correspondente, embora no Brasil tenhamos positivada essa possibilidade no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade. Mas talvez o melhor seja não apreciar argumentos que não estão relacionados aos fatos concretos, apenas deixando claro que eles são irrelevantes para a solução da controvérsia posta. E, com mais razão, o melhor seria deixar de, voluntariamente, apresentar argumentos que não tenham essa relação.

De todo modo, a dificuldade existe sob o ponto de vista prático, talvez sendo até inevitável. Certamente por isso, surgiu um terceiro elemento em várias decisões judiciais,

---

<sup>151</sup> MACÊDO, Lucas Buri. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 215 e 216.

<sup>152</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. In: *Revista da Ajuris*, v. 45, n. 144. Porto Alegre, jun. 2018, p. 344. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2>, acesso no dia 11/12/2018.

<sup>153</sup> MACÊDO, Lucas Buri. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 219 a 223.

<sup>154</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução, In: DIDIER JR. *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 315.

*maxime* naquelas oriundas do STF, ao lado da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*: a tese firmada no julgamento, a qual normalmente é estabelecida na sua parte final, antes do dispositivo, mas depois de toda a fundamentação recheada de possíveis razões determinantes e afirmações de passagem.

Como a tese firmada em determinado julgamento não deixa de ser um enunciado a ser seguido em ações futuras, idênticas ou assemelhadas, poderia ela ser acusada de generalidade, tal qual acontece com os textos oriundos do Poder Legislativo, afastando-se do *stare decisis*. Um precedente não se aplica no tudo ou nada, em razão de uma prévia generalização automática que estenda o critério jurídico aos limites máximos de possibilidade semântica.<sup>155</sup>

Mas talvez o problema não esteja na fixação da tese em si, e sim na forma de sua utilização pelos aplicadores do direito subsequentes, que costumam citá-la sem efetuar uma relação entre os contextos fáticos e jurídicos da sua criação. A construção de uma tese não significa a indicação prévia de uma norma clara, certa, acabada, únivoca, insuscetível de interpretação, porque isso é humanamente impossível. Pelo contrário, a descoberta do seu alcance, quando do julgamento do caso subsequente, exige um estudo do inteiro teor do acórdão que a formou. Não fazer isso é que nos parece trazer maiores transtornos, o que reduz o problema sob a perspectiva hermenêutica, mas o eleva no que toca à relação entre carga de trabalho e tempo disponível.

Sob o ponto de vista do direito positivo, a questão é igualmente difícil. Os arts. 926 e 927, do CPC, ao tratarem do sistema de precedentes, não fazem nenhuma relação direta do instituto com a necessidade de observância de *ratio decidendi*. O § 1º do art. 926 sugere sua conexão com súmula ou jurisprudência, enquanto os incisos do art. 927 mencionam genericamente a vinculação a decisões, acórdãos e orientação, repetindo mais uma vez a proximidade com as súmulas. Por sua vez, os §§ 2º e 4º do mesmo dispositivo aproximam o *stare decisis* à tese jurídica adotada nos julgamentos.

Todavia, o § 2º, do art. 926, parece começar a caminhar em sentido mais conforme o sistema de precedentes do *common law*. Embora limitado à edição de enunciado de súmulas, diz que os tribunais devem se ater “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Ao relacionar as decisões judiciais aos fatos que a embasam, bem como aos motivos da sua formação, o dispositivo, de forma contrária aos anteriores, se aproxima do desejo da doutrina nacional, com o qual concordamos sob este aspecto.

---

<sup>155</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 173.

O mesmo acontece quando observamos o art. 927, § 1º, mais propriamente a remessa que ele faz ao art. 489, § 1º, o qual, no seu inciso V, diz não estar fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente sem identificar seus “fundamentos determinantes” nem demonstrar “que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Aí sim, é clara a relação com *ratio decidendi*, mas, diante da análise global dos dispositivos mencionados, parece-nos que o legislador deveria ter sido mais claro.

Em face da confusa previsão do CPC, dogmaticamente a posição da doutrina nacional é defensável. Porém, se consideramos a estrita relação entre precedentes vinculantes e *ratio decidendi*, devemos ter em mente a mesma afinidade do instituto com a transcendência dos motivos determinantes da decisão. Ou, melhor dizendo, afirmar que são as razões determinantes da decisão que obrigam, é o mesmo que dizer que os motivos que levaram à sua conclusão transcendem para a solução das causas futuras.

Aí surge outro grande problema. Ao apreciar especificamente a questão, o STF tem afirmado e reafirmado que o Brasil não adotou a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões judiciais, inclusive no sistema de justiça penal, o que equivale a dizer que não há vinculação ao fundamento principal utilizado para a adoção de uma decisão. Esse seu pensamento, é bom frisar, continua a valer inclusive depois do início de vigência do CPC/2015. A título de exemplo, esse foi o entendimento ratificado no julgamento do agravo regimental na reclamação 26.752/PR, no dia 27/04/2018, efetuado no Plenário da corte, por maioria, vencido apenas o ministro Marco Aurélio.<sup>156</sup> Na ocasião, dentre outros argumentos, o ministro Edson Fachin, relator, seguido pela maioria, confirmou que a “jurisprudência” da órgão não admite o manejo da reclamação constitucional calcada na teoria da transcendência dos motivos determinantes. E depois, usando a mesma expressão utilizada pela teoria dos precedentes, asseverou expressamente que descabe potencializar a extensão da *ratio decidendi* que sustenta o ato paradigma invocado, concluindo por não haver perfeita identidade entre o verbete da súmula vinculante 14, relativa ao acesso a elementos de prova incorporado a procedimento investigatório, e a pretensão articulada pelo reclamante (p. 13).

O raciocínio da corte de vértice, portanto, é justamente o contrário daquele pronunciado pela nossa doutrina. E se não há vinculação nem aos motivos determinantes, isto é, à *ratio decidendi*, com maior razão não haverá ao *obiter dicta*, tampouco parecendo haver muita relação com as circunstâncias fáticas que ensejaram o precedente, especialmente porque aqui, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos, os acórdãos narram, na parte chamada

---

<sup>156</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14770756>. Acesso no dia 08/11/2019.

de relatório, o rito procedimental e as alegações das partes, mas não os fatos reconhecidos nos órgãos inferiores. Destarte, se o STF tiver mesmo o papel de produzir normas criminais para o futuro, somente o estaria exercendo por meio da fixação de teses. No caso citado acima, disse não haver ofensa direta à “tese” estampada na súmula vinculante 14.

Demais disso, ao decidir o tema objeto de nosso estudo de caso, no HC 126.292/SP, o STF, por maioria, expressamente fixou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (p. 19). Ou, na redação diferente utilizada pelo ministro Barroso, a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade (p. 54), a qual foi confirmada no julgamento do tema 925, por meio da ARE 964.246/SP, em repercussão geral (p. 39 e 48).

Mas não podemos deixar de observar que a vinculação restritivamente ligada à tese fixada, nos casos estudados, não levaria ao alcance prático que se deu. Considerando apenas a tese, a prisão, ou melhor, a execução provisória da condenação em 2º grau, poderia ser adotada, por não violar a presunção de inocência. Mas em momento algum a tese determinou, diretamente, que após a condenação em 2ª instância os acusados deveriam, em regra, ser presos, o que somente se poderia deduzir do inteiro teor do acórdão. Assim, a situação parece muito complicada: a legislação é confusa, a doutrina tem uma posição teórica e o STF tem outra, embora não a siga na prática em todas as oportunidades. E as dificuldades não param por aqui. A pretendida vinculação à *ratio decidendi* diz respeito apenas àquela apresentada pelo relator, ou os motivos determinantes devem ser formados pela maioria do Plenário conjuntamente?

### **3.3 A INDIVIDUALIDADE NOS ACÓRDÃOS DO STF**

Se considerarmos os ensinamentos da doutrina nacional, no sentido de ser a *ratio decidendi* que vincula os julgamentos futuros, surge outra preocupação: os motivos determinantes da decisão deverão ser acolhidos pela maioria do órgão colegiado para haver formação de precedente vinculante.

Quando os votos são tomados como se cada um dos julgadores estivesse sozinho diante da causa, a solução não expressa uma decisão colegiada, mas uma mistura de decisões individuais sobre várias questões. A apresentação de voto individual de cada ministro, sem comunicação com o dos outros, aumenta a probabilidade de prolação de decisões plurais, assim

entendidas como as decisões majoritárias que contêm mais de um fundamento determinante, sem que nenhum deles esteja amparado pela maioria do colegiado. É uma decisão majoritária quanto ao resultado, mas incapaz de gerar uma *ratio decidendi*, eis que não se baseia em razões sustentadas pela maioria.<sup>157</sup>

Embora reconhecendo que uma “corte suprema” não possa sempre formular *rationes decidendi* claras, tampouco podendo extrai-las a qualquer custo de uma decisão plural, Marinoni defende que este tipo de julgamento não é o ideal, por algumas razões: por não permitir o desenvolvimento do direito, já que uma decisão incapaz de formular *ratio decidendi* não é suficiente para definir uma regra jurídica válida para regular os casos futuros; porque elas desfavorecem a previsibilidade, beneficiando aqueles que podem manipular as decisões, estimulando a irracionalidade da distribuição da justiça e favorecendo a corrupção; por fim, porque a ela não se vinculam os novos integrantes da corte, tampouco os juízos inferiores, havendo ainda maior liberdade de novo entendimento pelos próprios julgadores.<sup>158</sup> No mesmo sentido, Sedlacek afirma que se os votos não encontram ponto de conexão no tratamento de um conflito e só convergem na parte resolutive, dificilmente cumprem o objetivo de lograr efeito sobre os juízes das instâncias inferiores, o que é absolutamente incompreensível.<sup>159</sup>

Existem, de fato, alguns problemas decorrentes da deliberação a partir do voto individual escrito do relator. Para nós, a distribuição prévia da causa a um único julgador, que a estudará e levará seu voto pronto, completo, para uma futura sessão de julgamento, termina com grande possibilidade de dificultar um trabalho mais apropriado dos outros julgadores. Sem a possibilidade de um estudo prévio, e diante da impossibilidade de conhecimento humano sobre todas as matérias, os demais membros podem se ver obrigados a formular pedido de vista dos autos, evitando que julguem a matéria sem um conhecimento mínimo. Por outro lado, esses pedidos de vista podem ter a função não declarada de apenas retardar a solução final da causa, o que termina indo ao encontro de interesses antidemocráticos.<sup>160</sup> Ademais, quando os interlocutores antecipadamente justificam por escrito as suas posições, pode não haver ambiente propício a um diálogo frutífero.

---

<sup>157</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 33 e 39.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 59 a 62, 68 e 141.

<sup>159</sup> SEDLACEK, Federico D. Misceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación con el nuevo CPC de Brasil, In: DIDIER JR. et al (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p 380.

<sup>160</sup> Em tese, esta conduta agora está prevista como delituosa no art. 37, da Lei 13.869/2019, que dispôs sobre os crimes de abuso de autoridade.

Como solução, então, Marinoni sustenta que o relator deveria redigir um “projeto de julgamento” e uma “proposta de voto”, como um convite à discussão e não um convite à adesão.<sup>161</sup> Contudo, a ideia não nos parece suficiente. A entrega de um “projeto de julgamento”, ou de uma “proposta de voto” escrita, é diferente apenas sob o aspecto gramatical da expressão, não nos parecendo ter nenhuma diferença no mundo real, porque na prática a proposta de voto já será o próprio voto do relator.

Marinoni também defende que seria melhor se o relator apresentasse o caso e abrisse oportunidade para a definição dos pontos a serem discutidos. Bastaria um relatório atento aos fatos e aos fundamentos do “recurso”, a partir do que seria aberta a oportunidade para o colegiado definir o objeto da discussão.<sup>162</sup> É uma boa sugestão, mas ela não impediria uma certa visão preconcebida do relator. Ao elaborar o relatório, de certa forma ele já teria conhecimento sobre a causa, quando seu subconsciente poderia trabalhar em algum caminho. Além disso, em sessão pública ele seria o primeiro a expor um fundamento oral, o que traria exatamente a mesma dificuldade de diálogo. Não fosse o bastante, como poderia o ministro se limitar a apresentar um relatório em cada caso, ficando a confecção do voto/acórdão para um momento posterior aos debates, diante da sua alta carga de trabalho?<sup>163</sup>

Por sua vez, trazer a redação de uma decisão prévia, por escrito, ou nas ideias, no pensamento, para apresentação oral em sessão, também não faria tanta diferença na prática. De outra parte, chegar à sessão de julgamento sem conhecer nada da causa, a despeito de reduzir um resultado preconcebido, impediria a sua melhor compreensão e a consequente obtenção de um resultado aceitável, o qual não se pode alcançar quando não se sabe nada sobre a questão em debate.

Na verdade, a ausência de ambiente propício ao diálogo entre os julgadores nos parece agravada pelo fato de as sessões de julgamento serem públicas e transmitidas ao vivo na TV. Embora possa haver ganho em transparência,<sup>164</sup> também é possível que o julgador, mesmo convencido de uma posição contrária melhor, não queira desistir da sua, seja por fatores externos que a influenciem, seja para não passar a impressão, ainda que equivocada, de fraqueza, ou de pouco conhecimento jurídico, diante de tantos telespectadores, ainda mais em

---

<sup>161</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 104 e 105.

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 105 e 106.

<sup>163</sup> Abordaremos o comportamento do STF em face da sua carga de trabalho adiante.

<sup>164</sup> Talvez esse ganho em transparência nem seja tão grande, diante de fatores não externados, metajurídicos, que podem influenciar a decisão judicial, o que abordaremos de alguma forma mais à frente.

casos de repercussão. Aliás, a própria solenidade de um julgamento público, a exigir uma certa organização ritual, também pode dificultar bastante o desejado diálogo.

Porém, não conseguimos pensar em um modelo perfeito. No momento, concordamos apenas que o ideal seria o colegiado delimitar tanto as circunstâncias fáticas como os fundamentos de direito, que serão discutidos no julgamento, deixando claro o que almeja resolver. Isso poderia reduzir o trato de questões irrelevantes, podendo também melhorar a participação dos julgadores na discussão. Concordamos, outrossim, que uma corte suprema deva discutir e votar em separado cada questão autônoma, como a alegação da violação de uma norma “x”, discutindo em separado sobre os fundamentos elencados pelo “recurso” para demonstrar a violação da norma.<sup>165</sup> Embora entendamos que isso não seja suficiente para a fixação de uma *ratio decidendi* precisa, funcionaria ao menos como tentativa de diminuir as deficiências atuais.

Mesmo se entendermos, de forma ampliativa, que a vinculação ocorre também quanto ao *obiter dictum*, ou, de forma mais restritiva, que abrange só a tese fixada, ainda se exigiria o necessário respaldo da maioria, sob pena de não ser formado um entendimento do órgão colegiado a ser seguido. De toda forma, a ausência de julgamento de questão por questão, submetida ao debate separado antes da solução final, optando-se pelo julgamento “voto por voto”, é que nos parece o principal problema.

Finalmente, é interessante analisar a existência de relação entre a individualidade ou colegialidade dos julgamentos e as “cortes superiores” ou “cortes supremas”. No cenário nacional, há uma corrente de pensamento que relaciona o incentivo a uma atuação individualista do julgador com um baixo sentimento de unidade institucional e, portanto, com um modelo de “corte superior de justiça”. Para este modelo, oposto ao de “corte suprema”, estaria dispensada a unidade da jurisdição, pois seria suficiente a mera unidade da legislação, a qual teria um sentido unívoco,<sup>166</sup> situação que, porém, já demonstramos não corresponder às possibilidades humanas do momento.

Mas a afirmação não é incontroversa. Primeiro por ser questionável que em um modelo de “corte suprema”, típico do *common law*, se prestigie tanto a reclamada colegialidade dos julgamentos, ao menos com alcance que tem se pensado por aqui.<sup>167</sup> Segundo porque, fora do Brasil, já se afirmou que a tendência das mais altas cortes de países do *civil law* é justamente a

---

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 103 e 104.

<sup>166</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52.

<sup>167</sup> Efetuaremos esta análise na segunda parte do trabalho.

de tomar suas decisões de maneira fortemente colegiada. Nos locais que seguem a referida tradição jurídica, como é o nosso caso, seria anunciada a decisão, sem enumeração dos votos prós e contras, concorrentes e dissidentes, exatamente para se pensar na corte como uma unidade sem rosto. Isso põe em xeque a relação efetuada pela doutrina nacional, embora tenha se admitido que existem exceções e que ocorreram mudanças nos últimos anos,<sup>168</sup> talvez sendo esta a situação do STF, onde algumas vezes há a declaração de voto de cada um dos ministros individualmente, como veremos a seguir.

### **3.4 OS VOTOS NO HC 126.292/SP E NO ARE 964.246**

No STF, alguns precedentes não são formados verdadeiramente de uma posição colegiada do órgão, mas de uma mistura de entendimentos individuais com vários fundamentos diferentes, sem se saber quantos julgadores sustentam um ou outro, tampouco se sabendo se cada um foi discutido por todos os membros do órgão,<sup>169</sup> o que acontece principalmente em casos de mais repercussão, como ocorreu no julgamento do HC 126.292/SP.

Na linha da doutrina nacional, em casos como este, para sabermos se a conclusão majoritária do STF formou um verdadeiro precedente, ou uma simples decisão plural, é preciso analisarmos os votos de cada um dos ministros que integraram a maioria. Para efetuar esta abordagem no bojo do HC 126.292/SP, tomado como exemplo, podemos indicar três grupos de fundamentos como integrantes da orientação majoritária: 1) Análise do alcance do texto constitucional relativo à presunção de inocência; 2) Avaliação da legislação infraconstitucional; 3) Utilização do critério de efetividade da jurisdição penal. Mas a grande questão aqui é saber se, ao efetuar a exposição de cada um deles, os ministros utilizaram ou não os mesmos argumentos.

Começemos com o primeiro grupo. O argumento já mencionado por nós, de que o art. 5º, LVII, da CF, é aberto, dando margem a variadas interpretações, apresentando como núcleo duro apenas a necessidade de a acusação provar a culpabilidade do réu até o trânsito em julgado, sem necessidade de o último ter que provar sua inocência, foi utilizado pelos ministros Teori (p. 8 a 10) e Gilmar (p. 67). Talvez tenha sido também a ideia da ministra Cármen Lúcia, ao dizer que a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta a norma de que todos são inocentes até prova em contrário, embora ela não tenha sido muito expressa (p. 61).

---

<sup>168</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 37.

<sup>169</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

O ministro Barroso pode ter tido a mesma intenção, diante da sua explanação no sentido de que a norma constitucional não obsta a prisão, embora haja outros efeitos da condenação que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado (p. 37). Mesmo assim, no máximo seriam quatro ministros utilizando este argumento. Aliás, como dito anteriormente, o mesmo ministro Barroso, assim como o ministro Fachin, não obstante tenham integrado a maioria, também pareceram sugerir o contrário em certo momento, afirmando haver uma clareza do texto, embora afastando o que seria uma interpretação literal (p. 30 e 21, respectivamente).

Ainda dentro do alcance da presunção de inocência, os ministros Teori (p. 9 a 11), Barroso (p. 41), Fux (p. 58 e 60) e Gilmar (p. 68 e 69) aduziram que ela evolui de acordo com o estágio do procedimento, o que implicaria num tratamento mais gravoso após o julgamento em 2ª instância, a partir de quando não pode mais haver reexame de fatos e provas. Assim, podemos ver que este questionável argumento, diante da clareza constitucional em exigir trânsito em julgado, também não foi adotado pela maioria da corte, mas apenas por quatro dos seus ministros. Por sua vez, apenas os ministros Barroso (p. 31 e segs.) e Fux (p. 59 e 60), este último de forma implícita, utilizaram o argumento da mutação constitucional, apresentando a discutível ideia de ter havido uma transformação informal do sentido e alcance da norma relativa à presunção de não culpabilidade, mais uma vez sem adesão da maioria da corte. Por fim, enquanto apenas o ministro Barroso se baseou na interpretação sistemática da Constituição (p. 35 e segs.), tanto ele (p. 40 e segs.), como os ministros Fachin (p. 21) e Gilmar (p. 72), falaram na duvidosa necessidade de ponderação entre os “princípios constitucionais envolvidos à luz do mandamento da proporcionalidade”, o que, de toda forma, ocorreu sem alcançar a maioria da corte.

Passamos ao plano do segundo grupo de fundamentos, aquele baseado na legislação infraconstitucional, a despeito de para muitos discutível sob o ponto de vista de formação de precedentes pelo STF. Neste ponto, o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, atualmente revogado, foi utilizado somente pelos ministros Teori (p. 10) e Fachin (p. 24). Ainda que devamos fazer uma equivalência com o pronunciamento de Barroso, que mencionou o art. 1.029, § 5º, do CPC/2015, em vias de entrar em vigor, foram apenas três os julgadores que caminharam nesse sentido. Já o art. 637, do CPP, foi mencionado igualmente por três deles, Teori (p. 10), Barroso (p. 41) e Gilmar (p. 68), enquanto apenas Barroso se embasou numa garantia da ordem pública em abstrato, a qual estaria prevista no art. 312, do CPP (p. 43 e segs), mas que, além de não corroborada pelos outros, foi objeto de discordância parcial do ministro Gilmar, ao sustentar que sua aplicação dependeria do caso concreto (p. 75).

Na nossa análise, até então, nenhum fundamento dos ministros vencedores recebeu adesão da maioria da corte. O contrário só aconteceu quando entramos no terceiro grupo de argumentos, os quais não decorrem de uma dogmática jurídica, estando relacionados ao critério de efetividade da jurisdição penal, especialmente no tocante à preocupação com a interposição de recursos protelatórios, direta ou indiretamente mencionada por todos os seis (p. 17, 24, 46, 60, 65, 66 e 71). Até aceitamos este tipo de argumento, mas, para isso, parece-nos que a maioria teria que ter concordado com a abertura do texto constitucional, a qual permitiria um variado leque de opções extrajurídicas legítimas. Sozinho, porém, o motivo de existirem recursos protelatórios não parece integrar a *ratio decidendi*, sob pena de poder ser utilizado o mesmo argumento em qualquer outra situação, até mesmo para afastar textos legais claros, o que não nos parece aceitável.

O julgamento do ARE 964.246/SP, relativo inclusive ao mesmo réu e ao mesmo fato, distribuído à relatoria do falecido ministro Teori por prevenção, por envolver idêntica pretensão (p. 4), não nos parece ter mudado o cenário da decisão plural tomada no HC 126.292/SP.

O voto do relator na prática não trouxe quase nada de novo, tendo sido apresentado por meio de motivação *per relationem*, isto é, transcrevendo o seu voto nas ADCs 43 e 44 MC/DF, o qual, por sua vez, em boa parte já transcrevia também o seu voto no HC 126.292/SP e julgamento dos respectivos embargos de declaração. Com efeito, depois de redigir o relatório e efetuar a admissibilidade do recurso, tratou expressamente dos precedentes formados naquelas duas ocasiões, fazendo referência *ipsis litteris* a sua argumentação nas referidas ADCs (p. 5 a 6 e 29 a 38), a qual já fazia remissão, ainda mais longa, também literal, ao citado HC, com subsequentes embargos (p. 6 a 29). Finalizou dizendo que o caso dos autos reproduz o pedido e a causa de pedir já formulados no HC 126.292/SP, em favor do recorrente e já decidido pela corte, finalizando por propor a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria (p. 38 e 39).

Da maioria que caminhou no mesmo sentido do relator, apenas o ministro Barroso apresentou uma fundamentação escrita por meio de voto próprio. Na ocasião, porém, limitou-se a fazer um resumo dos seus mesmos argumentos já apresentados nas ações anteriores sobre a mesma temática, não inovando em absolutamente nada, concluindo igualmente pela reafirmação da jurisprudência do tribunal sobre a matéria (p. 41 a 48).

Somente mais dois ministros apresentaram voto escrito, ambos vencidos: o ministro Celso de Mello, que também entendeu haver repercussão geral, embora entendendo não se tratar de reafirmação de jurisprudência (p. 40); e o ministro Marco Aurélio, que se pronunciou expressamente pela inadequação da repercussão geral, não por inexistir transcendência no tema,

mas por se tratar de agravo, julgado fora do Plenário físico, com a finalidade de imprimir sequência a recurso extraordinário que não tinha merecido prosseguimento (p. 85 e 86).

Como resultado do julgamento, o inteiro teor do acórdão apresentou o seguinte: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a ministra Rosa Weber (p. 1).

Questionável ter constado a atribuição de repercussão geral por unanimidade, diante do voto escrito acima mencionado do ministro Marco Aurélio. Por sua vez, ao votarem pela reafirmação da jurisprudência, ao contrário dos ministros Teori e Barroso, os ministros Gilmar, Fux, Fachin e Carmén Lúcia não apresentaram fundamentação escrita, limitando-se a marcar a opção correspondente no Plenário Virtual. Ao se restringirem a isso, a nosso juízo a maioria firmou uma tese, ou a confirmou, mas não necessariamente formando uma *ratio decidendi* colegiada. Além disso, a redução do número de votos individuais não quer dizer que os ministros tenham usado os mesmos argumentos, já que a situação aconteceu apenas em razão da opção de confirmar-se o entendimento formado no HC 126.292/SP, quando os referidos votos individuais existiram, com fundamentos não exatamente iguais, fortalecendo a ideia de se tratar, mais uma vez, de uma decisão plural, que não formaria precedente vinculante.

Destarte, se considerarmos a noção de ser inerente a uma corte de correção o provimento ou não de um recurso a partir da conjugação de votos que afirmam violação de diferentes normas,<sup>170</sup> nesta espécie estaria o STF, ao menos no âmbito dos casos examinados. Porém, maior desordem, para nós, decorre da existência de um voto isolado para cada julgador, sequer tendo havido adesão “expressa” à tese fixada pelo ministro Teori, relator, inclusive existindo tese com redação diferente, ainda que no mesmo sentido, apresentada pelo ministro Barroso, também integrante da maioria.

## **II. O STF E A MISSÃO DE DAR UNIDADE AO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

### **1. A COMPETÊNCIA CRIMINAL DO STF**

#### **1.1 O FORO PRIVILEGIADO**

---

<sup>170</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 120.

Segundo o art. 102, *caput*, da CF, compete ao STF, “precipualemente”, a guarda da Constituição. Para o nosso estudo, porém, o importante é o direcionamento a regras específicas, com o fim de saber se a sua competência foi estabelecida para que a corte simplesmente aplique a solução mais “correta” para os diversos casos concretos, ou para que ela crie normas uniformes para todos. Em outras palavras, de *lege lata*, ela deve fazer preponderar o valor justiça, voltada para o direito subjetivo das partes, ou o valor isonomia e segurança, focado na unidade do direito objetivo? Em suma, deve agir como corte de justiça, ou como corte de precedentes?

Embora a norma do *caput* do art. 102 da CF até pudesse sugerir indiretamente a segunda opção, a questão se complica quando passamos aos seus incisos, alíneas e parágrafos. No âmbito do sistema de justiça penal, único que nos interessa neste trabalho, fora o controle concentrado de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o STF também atua concretamente em várias situações, seja com competência originária (art. 102, I), seja com competência recursal ordinária (art. 102, II), seja, por fim, com competência recursal extraordinária (art. 102, III). Então, sinteticamente, em matéria penal e processual penal, o STF possui amplíssima competência,<sup>171</sup> a qual será abordada separadamente, sempre de maneira exclusivamente ligada ao papel daquele órgão jurisdicional e ao sistema de precedentes obrigatórios.

Iniciando pela competência originária, encontramos o art. 102, I, da CF, segundo o qual compete ao STF, no sistema de justiça penal, excluídas as hipóteses de *habeas corpus* e reclamação,<sup>172</sup> que serão tratadas adiante, processar e julgar originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

(...)

j) a revisão criminal (...) de seus julgados;

---

<sup>171</sup> ROMERO, Eneas. O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?: O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido, *In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8, 2015, p. 395, disponível em <https://www.zis-online.com>. Acesso em 04/07/2019.

<sup>172</sup> Embora em vários aspectos possa se argumentar que a extradição, prevista na alínea “g” do mesmo dispositivo, tenha uma proximidade com os processos criminais, optamos por também excluí-la desta pesquisa, por nos parecer apresentar caráter predominantemente diplomático e de cooperação internacional entre Estados independentes, conforme sugere a previsão do art. 81, *caput*, e § 1º, da Lei 13.445/17 (Lei de Migração).

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

Trabalhemos aqui apenas com as alíneas “b” e “c”, porque as demais apenas estabelecem competência originária que são delas naturalmente decorrentes. Elas tratam do que tem se chamado de foro por prerrogativa de função, não obstante preferamos falar em “foro privilegiado”. Primeiro, por entendermos insuficiente o argumento de necessária proteção ao cargo, em oposição ao de benefício da pessoa que o ocupa; segundo, porque não concordamos que o julgamento de altas autoridades por juízes de 1ª instância acarrete subversão da hierarquia; terceiro, por não acreditarmos que o fim da vantagem acarretaria maiores pressões sobre o julgador, não sendo do nosso conhecimento a existência de nenhum dado concreto que possa subsidiar a afirmação.<sup>173</sup>

Parece-nos que o motivo para a opção adotada pelo constituinte originário, na realidade, foi o prestígio da hierarquia, tanto que a competência criminal originária foi fixada de modo a impedir que instâncias inferiores pudessem julgar autoridades aparentemente superiores a elas. Ideologicamente, porém, talvez o benefício se justificasse apenas para o Presidente da República, mesmo assim, não por uma questão hierárquica. Para isso, teríamos que admitir que o seu julgamento seria não só jurídico, mas também político, fazendo prevalecer uma preocupação com possíveis repercussões na economia do país e na vida das pessoas em geral, raciocínio que também seria questionável, claro.

A importância do combate à corrupção, especialmente no mais alto escalão do Executivo e do Legislativo, associada à sensação de impunidade com relação aos crimes de colarinho branco, e em particular com relação aos crimes contra a administração pública, têm motivado discussões acerca da conveniência e eficiência do foro privilegiado. Nesta linha de pensamento, são duas as críticas mais comumente feitas ao atual modelo: a primeira, ligada à sua conveniência política, moral e ética; a segunda, conectada à capacidade dos tribunais brasileiros de processar e julgar de forma adequada os inquéritos e ações.<sup>174</sup> Para o âmbito deste estudo, todavia, nossa preocupação se limita à segunda crítica, e mesmo assim somente a parte dela, naquela importante para investigar o papel do STF sob este aspecto.

Pois bem. O número de autoridades com foro privilegiado no STF, em face da alínea “b” acima citada, supera os seiscentos, havendo outras tantas, em número possivelmente

---

<sup>173</sup> Os argumentos que justificariam o tratamento diferenciado são de Tourinho (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*: volume 2. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 111 e 112).

<sup>174</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *V Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 11 e 13.

superior a cem, que possuem o mesmo benefício com base na alínea “c”. Além da vasta previsão constitucional, já houve época em que a interpretação do texto ainda foi extensiva, valendo lembrar o exemplo da Súmula 394, do STF. Até ser cancelada, em 25/08/99, se um crime fosse cometido durante o exercício funcional, prevalecia a competência especial mesmo que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação daquele exercício. Isso não parecia fazer sentido, já que o imputado não ocupava mais o cargo, não havendo razão, nem previsão constitucional, para proteção da sua pessoa.

Mesmo depois do cancelamento da Súmula 394, porém, o raciocínio inverso continuou a valer. Embora a perda do cargo finalizasse o privilégio, a sua obtenção após a prática do crime faria o processo subir ao STF. A despeito de existirem inúmeras razões para discordar do texto constitucional, não era fácil fugir da sua redação, diante da atribuição de competência originária para o julgamento de certas autoridades, sem nenhuma limitação temporal à prática da conduta. Em outras palavras, o simples fato de exercer o cargo favorecido, por si só, daria o direito ao foro privilegiado, ao menos sob a ótica de uma interpretação gramatical.

As alíneas “b” e “c” em estudo, outrossim, não limitam expressamente o foro privilegiado para os crimes cometidos em razão da função exercida. Pelo contrário, ambos os dispositivos se referem a todas as “infrações penais comuns” praticadas pelas referidas autoridades. Assim, sua interpretação literal permitia, em tese, uma enorme abrangência da competência criminal originária do STF.

É muito importante observar, igualmente, que a redação atual do RISTF atribui ao Pleno competência para o julgamento de algumas causas nas quais há o foro privilegiado, mas atribui às Turmas a competência para julgamento de outras. Enquanto é da competência do primeiro o julgamento do Presidente da República, do seu Vice, dos Presidentes do Senado e da Câmara, bem como dos seus próprios Ministros e do Procurador-Geral da República (art. 5º, I), totalizando somente dezesseis autoridades, cabe aos órgãos fracionários, em princípio, o julgamento não apenas de todos exercentes de cargos descritos na alínea “c” acima transcrita, como também de todos os deputados e senadores que não estejam no exercício da presidência dos órgãos respectivos (art. 9º, I, “j” e “k”), ainda que eventualmente a causa possa ser remetida ao Plenário (art. 11).

Destarte, em face do ordenamento jurídico atualmente vigente, parece claro que a competência das Turmas é bem maior que a do Pleno no que toca ao julgamento das ações penais decorrentes do benefício processual em questão. Em consequência, essa maior parte não forma precedente obrigatório, por estar fora das hipóteses do art. 927, do CPC, o que se confirma na prática, embora baseada em dados de um período anterior. Com efeito, de um total

de 237 réus identificados em uma amostra aleatória de 107 processos entre 2007 e 2016, 68,78% sequer possuía foro privilegiado, 28,69% ocupava o cargo de deputado federal e 2,53% exercia o cargo de senador. Nenhum dos processos tinha como réu pessoa que exercia outra função na data de início do processo no STF.<sup>175</sup>

A alteração no RISTF pela Emenda Regimental n. 49, de 3 de junho de 2014, atribuindo para as Turmas parte da competência que antes era do Plenário no que toca à competência criminal originária, talvez tenha ajudado a tornar o processo mais célere, por exigir um quórum menor para julgamento, de cinco ministros, em vez de onze. Todavia, além de não resolver alguns problemas processuais,<sup>176</sup> pode aumentar a insegurança jurídica, diminuindo a isonomia e a coerência institucional do tribunal, diante da possibilidade de interpretações diferentes pelos dois órgãos distintos, o que é ainda mais grave no âmbito do sistema de justiça penal.

Ademais, há uma incongruência sistêmica no âmbito do julgamento das autoridades com foro privilegiado no STF, porque, como dito, a regra geral é a de que ele seja o guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da CF), mas, no exercício da competência criminal originária, formará precedente em matéria infraconstitucional quando a decisão for tomada pelo Plenário, o que termina confundindo a sua tarefa, neste ponto, com a do STJ, de guardião da legislação federal (art. 105, III, da CF).

É necessário perceber ainda que, de 2002 a 2010, o número de decisões colegiadas nas ações penais e inquéritos girava em torno de 10% a 20% (do número de decisões, não de processos), tendência que se manteve até 2016 quanto aos segundos, mas que aumentou em relação aos primeiros, chegando a 80% em 2016.<sup>177</sup> Embora os números tenham melhorado, se observarmos que a maior parte dessas decisões colegiadas são tomadas pelas Turmas, não pelo Plenário, podemos ter a noção da quantidade enorme de julgamento do STF que não forma precedente no âmbito deste tipo de ação.

Por sua vez, entre janeiro de 2011 e março de 2016 a estimativa é de que duas a cada três ações penais no STF não receberam decisão sobre o mérito, seja por ter havido declínio da competência em 63,61% delas, seja em face do reconhecimento de prescrição em outros 4,7%. A situação não muda tanto de figura se for tomado como parâmetro o período de janeiro de

---

<sup>175</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *V Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 65 e 71.

<sup>176</sup> ROMERO, Eneas. O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?: O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido, *In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8, 2015, p. 408 e 409, disponível em <https://www.zis-online.com>. Acesso em 04/07/2019.

<sup>177</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *V Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 52.

2012 a dezembro de 2016, quando o percentual de declaração de incompetência é reduzido pouco, para 59,38%, com pequeno aumento do número de prescrições, para 5,99%. A prescrição das ações penais não tem o mesmo efeito para o réu que o declínio de competência, é claro, mas o relevante para a nossa avaliação é a determinação do que essas decisões significam para o órgão julgador, e não para o imputado. Para aquele, a prescrição e a incompetência significam a mesma coisa: o mérito da acusação não foi analisado. Demais disso, como dito, entre 2007 e 2016 notou-se uma grande quantidade de processos sem qualquer réu com foro especial por prerrogativa de função, um fenômeno peculiar que não era fato isolado, diante da ausência de clareza de critérios que sinalizassem para as instâncias inferiores quais inquéritos e ações penais deveriam ou não ser enviados à mais alta corte do país, o que contribuía com a insegurança jurídica. Apenas 5,94% das ações do período começaram e terminaram no STF. Se também imaginarmos que o declínio da competência, com a redistribuição do feito para outra instância, adiciona ainda mais tempo de tramitação àquela já realizada no Supremo, é possível inferir que este é um fator que contribui decisivamente para o aumento da taxa de prescrição, o que, além de gerar impunidade,<sup>178</sup> quebra a isonomia, permitindo que autores de condutas semelhantes sejam julgados de formas diferentes, uns pelo mérito propriamente dito, outros pela prejudicial, com a única diferença do tempo de tramitação da ação penal.

Também nos parece imprescindível efetivar uma breve análise qualitativa sobre a matéria. Não obstante nos seja impossível analisar o inteiro teor do acórdão da Ação Penal 470 (Mensalão),<sup>179</sup> diante da necessidade de delimitação temporal e espacial deste estudo, apenas para exemplificar o “drama”, verificamos que o número de páginas dos autos daquele processo, antes do julgamento, chegou ao número de 51.615. Nele foram denunciadas quarenta pessoas perante o STF, ou seja, uma grande quantidade de réus, o que contribuiu para uma enorme quantidade de provas documentais e testemunhais e todo o aparato burocrático decorrente de um processo tão difícil, tornando a instrução criminal extremamente demorada e complexa. Além do interrogatório dos denunciados, foram ouvidas mais de seiscentas testemunhas da acusação e da defesa. A complexidade do processo impôs enormes desafios procedimentais ao STF, a despeito da discutível delegação da prática de vários atos instrutórios. Para nós, porém, o que mais importa é que no caso “Mensalão” o STF atuou como um tribunal penal de instrução e julgamento de primeira e única instância, desde a fase de investigação, passando pela

---

<sup>178</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *V Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 57, 59, 62, 70, 73 e 82.

<sup>179</sup> Disponível em [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em 04/07/2019.

instrução e julgamento, até a fase recursal do processo penal,<sup>180</sup> de onde se infere um foco maior, senão único, na solução “justa” da causa.

Com o julgamento da questão de ordem na AP 937/RJ, em 03 de maio de 2018, o Plenário do STF terminou modificando outra vez a sua posição a respeito do foro privilegiado, restringindo ainda mais o seu alcance. Embora ideologicamente louvável e dogmaticamente discutível, alterou a sua linha de entendimento para limitar o benefício processual aos crimes praticados no cargo e em razão dele.<sup>181</sup> Antes da mudança, quando havia uma simples proposta de alteração “interpretativa”, a FGV Direito Rio também já apresentava alguns números a ela relativos. Com base na mencionada amostra aleatória de 107 processos entre 2007 e 2016, chegou ao resultado de que apenas 5,44% dos crimes e 5,71% dos processos satisfaziam a inovação. Ou seja, se a restrição já existisse em 2006, dezenove em cada vinte ações penais processadas no STF até 2016 teriam ocorrido em instâncias diferentes.<sup>182</sup>

Mesmo com a restrição do alcance da norma constitucional a tendência numérica é de que algumas ações penais originárias ainda sejam iniciadas no STF. Todos os crimes praticados por aquelas mais de setecentas autoridades durante o exercício do cargo, se relacionados com suas funções e cometidos durante seu exercício, ainda terão o benefício do foro privilegiado. Este modelo, por opção do constituinte originário, acarreta algumas consequências, das quais ressaltamos uma das mencionadas por Márcio André Cavalcante: ele afasta o papel do STF de “suprema corte”, assemelhando-o ao de um órgão criminal de primeiro grau, segundo ele, contra uma concepção de corte de teses jurídicas, por focar no julgamento de fatos e provas.<sup>183</sup> Talvez por isso, até Mitidiero admita que o STJ funcione como uma corte de justiça quando atua em face de sua competência originária,<sup>184</sup> não podendo ser outro o raciocínio aplicável ao STF, contrariando a afirmação do próprio autor de que a Constituição exigiria do órgão um papel de corte de precedentes.

## 1.2 O HABEAS CORPUS

---

<sup>180</sup> ROMERO, Eneas. O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?: O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido, *In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8, 2015, p. 394, 395 e 399, disponível em <https://www.zis-online.com>. Acesso em 04/07/2019.

<sup>181</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso no dia 19/10/2019.

<sup>182</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* V *Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 79 e 80.

<sup>183</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Foro por prerrogativa de função: panorama atual. *In: Dizer o Direito*, Jun. n.p., 2018, disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>. Acesso em 03/07/2019.

<sup>184</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 94.

Tem-se afirmado que, apesar de variações naturais, nos países do *civil law* em geral foi o constitucionalismo que procurou garantir e expandir direitos individuais. Os antigos direitos de personalidade, propriedade e liberdade contratual, que seriam o objetivo da revolução, teriam recebido sua proteção nos códigos civis, sendo em grande medida solidificados no trabalho de cortes comuns, mediante a aplicação discreta das fontes e métodos tradicionais de direito. As constituições, por outro lado, se tornariam o lugar de novos direitos individuais, dentre eles o devido processo legal na área criminal, tendo o embate de litígios constitucionais como o meio de sua definição e execução, no caso europeu por meio de tribunais especiais com poder de revisão judicial, as Cortes Constitucionais, no caso da América Latina, por meio das supremas cortes nacionais.<sup>185</sup>

Nessa linha de raciocínio, na mesma família jurídica cresceu a preocupação com os direitos e garantias fundamentais, que passaram a ser protegidos também por tratados internacionais. No caso Latino-Americano, por exemplo, uma Convenção de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), assinada em 1969, entrou em vigor em 1978, sendo ratificada pelo Brasil em 1992, fazendo surgir a doutrina do controle de convencionalidade que substancialmente colocou a Corte Interamericana como última intérprete do alcance dos direitos protegidos por ela.<sup>186</sup>

Diante dessa ampla filosofia protetiva, mesmo para Taruffo, jurista italiano que pesquisou sobre o direito norte-americano, compete à jurisdição não só em todos os seus órgãos, mas também em todos os seus níveis, a função de tutela dos direitos fundamentais, o que deve ser exercido sobretudo pelas cortes “supremas”, tanto nacionais como supranacionais. Ainda que defenda uma função proativa daquelas, sustenta também ser importante sua missão reativa quanto ao assunto, pondo remédio à violação de um direito fundamental em um caso específico. Em outras palavras, não obstante entenda ser outra a regra geral, como uma espécie de exceção sustenta que, no âmbito da proteção aos direitos fundamentais, as cortes constitucionais devem admitir “recurso” direto de qualquer sujeito que alegue sua violação, porque esse tipo de impugnação direta, segundo ele, faz efetiva a tutela desses direitos em todos os casos concretos em que sejam violados.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 157 e 158.

<sup>186</sup> OTEIZA, Eduardo. Jurisprudencia y Debido Proceso. La Corte Suprema Argentina y la Corte Interamericana, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, pp. 123-156.

<sup>187</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 241 e 249.

Seguindo a mesma linha ideológica, ainda mais forte nos países latinos, de ampliar a proteção dos direitos fundamentais aos órgãos jurisdicionais de cúpula, o art. 102, I, da CF, também estabeleceu caber ao STF processar e julgar originariamente:

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; (...)

(...)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999).

As hipóteses descritas na alínea “d” estão exatamente em consonância com aquelas antes mencionadas nas alíneas “b” e “c”. Se o constituinte originário optou por dar competência criminal originária ao STF para o julgamento daquelas centenas de autoridades, nada mais coerente, na sua linha de pensamento, do que atribuir idêntica competência originária nos casos de *habeas corpus* impetrados em favor das mesmas autoridades.

Só que agora a CF foi além, estabelecendo igualmente a competência originária do STF para o julgamento de *habeas corpus* nas situações estabelecidas na alínea “i”, as quais não se limitam ao julgamento de questões relacionadas a autoridades cuja acusação estaria igualmente no âmbito da sua competência primeira.

Ocorre que originariamente o *habeas corpus* era simplesmente um meio de se obter o comparecimento físico de alguém perante uma Corte, consistindo numa ordem ao detentor para imediatamente apresentar o preso e o caso pendente perante o juízo, talvez algo semelhante à nossa recente audiência de custódia. A Inglaterra, criadora do remédio, sequer conhece a sua modalidade preventiva,<sup>188</sup> enquanto nos Estados Unidos, apesar da sua ampla aceitação no que tange à impugnação da restrição da liberdade, há uma tendência impeditiva à revisão de processos judiciais,<sup>189</sup> ficando o *writ* praticamente limitado aos casos de excesso de prazo na prisão provisória. Em ambos os locais ele consiste em remédio sumário contra as violações da liberdade física, com função especial e única que se circunscreve a livrar da prisão, ou de quaisquer constrangimentos ao direito de locomoção, os que alegarem e provarem insuficiência

---

<sup>188</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 4. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 439 e 466.

<sup>189</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 346.

de razões para isso.<sup>190</sup> Nada obstante, seguindo a bem intencionada ideologia de “ampla proteção ao direitos fundamentais”, o instituto ganhou dimensão muito maior aqui do que a existente, ainda hoje, na sua origem anglo-saxônica, sustentando a doutrina pátria que ele é cabível para o trancamento de ação penal, ou até de inquérito policial, mesmo que o acusado ou investigado não esteja preso ou com ordem de prisão expedida,<sup>191</sup> não impedindo o exame das provas, ainda que, em tese, ele não permita a verificação “aprofundada” dos fatos, tudo isso já demonstrado por nós em outra oportunidade.<sup>192</sup>

Diante desta realidade, já há quem diga que o emprego indiscriminado de variados meios de impugnação da decisão judicial, dificultando a imposição de penas, num sistema recursal como o nosso, pede que o Supremo avance num combo de medidas racionalizadoras, por exemplo, fixando limites ao emprego do *habeas corpus*,<sup>193</sup> embora preferamos que essa atitude se dê, no que toca à sua competência originária, por meio de emenda constitucional. Mesmo antes de falar da questão quantitativa, a própria amplitude dogmática do remédio heroico no STF já dificulta uma uniformização do direito criminal, até porque o foco nos parece estar na solução “justa” do caso concreto, teoricamente de forma preocupada com a efetividade dos direitos fundamentais. Para verificar se esta preocupação é factível, entretanto, seria necessária a realização de uma pesquisa empírica que, se não apresentasse o nível econômico dos pacientes beneficiados com a concessão das ordens, ao menos indicasse as espécies de crimes favorecidos, se próprios da criminalidade tradicional ou pós-moderna. Isso seria importante para saber se, na prática, realmente há proteção aos direitos fundamentais ou, pelo contrário, apenas aos detentores do poder econômico, o que, porém, foge do alcance deste estudo.

Para nós, aqui, o importante é que, diante da amplíssima competência originária do STF também para o julgamento de *habeas corpus*, oriunda da exegese constitucional, seria muito difícil o julgamento de todos eles pelo Plenário, o que é confirmado pela questão numérica, a ser demonstrada adiante. Não é por outra razão que o art. 6º, I, “a”, do RISTF, prevê que a competência daquele órgão maior, para julgamento do *writ*, é limitada aos casos em que for coator ou paciente o Presidente da República, a Câmara, o Senado, o próprio

---

<sup>190</sup> MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*, tomo I. 1ª edição, Campinas: Bookseller, 1999, p. 143.

<sup>191</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 344, 345 e 351.

<sup>192</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. Do “Habeas Corpus” e seu Processo (arts. 647 a 667): enunciado 6. In: CARVALHO, César Arthur Cavalcanti de; MENDONÇA, Jorge André de Carvalho (coord.), *Enunciados FONACRIM: Fórum Nacional dos Juizes Federais Criminais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 135 e 136.

<sup>193</sup> BATINI, Silvana. A Política Criminal do Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.), *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 125.

Tribunal, qualquer de seus Ministros, o Procurador-Geral da República, ou aos casos em que a coação provier do Tribunal Superior Eleitoral, como também, em algumas situações, do Superior Tribunal Militar, bem assim quando se relacionar com extradição requisitada por Estado estrangeiro. De outra parte, nas situações descritas no art. 9º, I, “a”, do mesmo RISTF, cabe a uma das suas Turmas processar e julgar originariamente o *habeas corpus* quando o coator ou paciente for Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam diretamente subordinados à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, assim como nos casos de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância, claro que ressalvada a competência do Plenário.

Destarte, da mesma forma que comentamos quanto ao foro privilegiado, muitos *habeas corpus* julgados pelo STF não têm aptidão para formar precedente obrigatório, já que estão fora do âmbito de aplicação do art. 927, do CPC, aqueles decididos por apenas uma das suas Turmas, não tendo natureza vinculante.

É verdade, mais uma vez, que na forma do art. 11, do RISTF, as Turmas podem remeter o feito ao julgamento do Plenário, ao que nos parece com o objetivo de uniformizar entendimentos. Essa foi, por exemplo, a atitude tomada pela 2ª Turma, no dia 15/12/2015, no bojo do estudado HC 126.292/SP, quando, por votação unânime, afetou o julgamento do feito ao Plenário, por indicação do Relator.<sup>194</sup> A decisão de afetação, aliás, fez muito sentido, já que o voto do relator foi contra o entendimento do tribunal, propondo uma superação. Uma das previsões de remessa está justamente relacionada à existência de divergência entre turmas ou com o pleno, ou até à necessidade de prevenir contradição entre os órgãos fracionários do tribunal (art. 11, p.u. c/c o art. 22, p.u.).

Ao lado da possibilidade mencionada no parágrafo anterior, o RISTF também admite a transferência da competência das Turmas por decisão do próprio Relator em *habeas corpus*, agora, porém, de forma ainda mais discricionária, baseada nos art. 6º, II, “c” e 21, XI, do mesmo Diploma. Tais dispositivos não estabelecem nenhum requisito específico para remessa dos autos, o que pode contribuir, da mesma forma, para a uniformização de entendimento por julgamento de todos os membros do tribunal.

Todavia, as hipóteses normativas de remessa dos autos ao Plenário são, em maior ou menor proporção, muito abertas, de difícil objetivação para todos os casos submetidos às Turmas, inaptas a impedir que a mesma matéria seja eventualmente julgada por órgãos fracionários distintos, com risco de decisões em sentido contrário, o que nos parece confirmado pelos dados da corte. Se, por exemplo, levarmos em consideração apenas o número de *habeas*

---

<sup>194</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso no dia 09/07/2019.

*corpus* concedidos entre 2014 e 2018,<sup>195</sup> o que é facilmente verificável no *website* do tribunal, encontraremos os seguintes números: 1) em 2014, de 421 ordens concedidas, nenhuma foi oriunda do Pleno; 2) em 2015, das 331, apenas seis foram julgadas no Pleno; 3) em 2016, das 473, só uma foi concedida pelo Plenário; 4) em 2017, das 543, nenhuma foi decidida pelo Pleno; 5) em 2018, das 633, igualmente nenhuma ordem foi concedida pelo Pleno,<sup>196</sup> o que equivale a 3,44% no período de cinco anos.

É importante recordar que eventuais divergências no julgamento do *writ* não desafia os embargos previstos no art. 330, do RISTF, já que sua literalidade só o prevê para impugnar decisões tomadas em recurso extraordinário ou em agravo, tendo o Pleno da corte, repetidas vezes, limitado esta espécie recursal uniformizadora de suas decisões conflitantes àqueles, isto é, aos recursos extraordinários.<sup>197</sup> Portanto, além de a maioria dos *habeas corpus* julgados pelo STF não formarem precedentes obrigatórios, eles estão sujeitos a eventuais soluções finais diversas, ainda que a situação fática seja muito parecida e mereça tratamento igual.

E as dificuldades não param por aí. Como é evidente, o *habeas corpus* é um meio de impugnação em benefício exclusivo dos acusados, somente podendo formar precedente em seu favor. Ainda que também possa ser impetrado pelo Ministério Público, na forma do art. 654, *caput*, do CPP, a norma dele oriunda, mesmo neste caso, teria que necessariamente ser formado em benefício único do réu, ou seja, em favor apenas de uma das partes, o que pode dar margem a questionamentos sobre sua legitimidade na formação de eventual precedente obrigatório.

Vale lembrar, outrossim, que o art. 654, § 2º, do CPP, estabelece que os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal, situação que também se aplica ao STF, com previsão específica no art. 193, II, do seu Regimento. Na forma do art. 927, V, do CPC, parece-nos que a concessão do *writ* de ofício também tem aptidão para formar precedente, caso ela seja oriunda do Plenário da corte, a despeito de poder versar sobre questão jurídica, inclusive infraconstitucional, sequer debatida pelas partes da ação penal correspondente. Levando em consideração o mesmo interregno de cinco anos, entre 2014 e 2018, verificamos que, em 2014, 40,61% das ordens concedidas o foram de ofício; em 2015,

---

<sup>195</sup> Embora em 2014 e 2015 ainda não estivesse em vigor o sistema de precedentes obrigatórios objeto do CPC, incluímos aqueles anos nos dados, visando apresentar melhor a questão numérica.

<sup>196</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>. Acesso no dia 10/07/2019.

<sup>197</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+ADJ+CORPUS+MESMO+EMBARGOS+ADJ2+DIVERGENCIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y37s2zq5>. Acesso no dia 09/07/2019.

35,34%; em 2016, 45,03%; em 2017, 29,28%; finalmente, em 2018, 34,78%,<sup>198</sup> o que demonstra ser muito comum a atitude no STF. É verdade que, na prática, este problema é quase inexistente. Como consequência do baixo número de ordens concedidas pelo Pleno, conforme números acima apresentados, vale observar que no período avaliado nenhum dos sete remédios concedidos pela totalidade do tribunal foi deferido de ofício. Mesmo assim, na teoria fica aberta a porta para eventual formação de precedente sem um mínimo de democratização da norma respectiva, como também sem um estudo mínimo suficiente, que nasceria do maior debate da questão resolvida. Ademais, fica a possibilidade de algum ministro ou Turma submeter o caso ao Pleno, sugerindo uma concessão de ofício naquele órgão, apenas com o intuito de formar o precedente sem a prévia discussão com as partes e interessados.

Taruffo, embora sustentando a competência das supremas cortes para a tutela dos direitos fundamentais, não deixa de admitir que essa tutela é mais efetiva quanto mais se dirigir ao futuro, prevenindo contestações e outras violações desses direitos.<sup>199</sup> Para atender esse pleito no Brasil, no entanto, teríamos que aceitar uma normatização limitada a beneficiar apenas uma das partes, e algumas vezes sem debate suficiente. Aceito isso, manteríamos a competência originária do STF em exame, mas fazendo com que todos os *habeas corpus* fossem necessariamente julgados pelo Pleno do tribunal, o que, por outro lado, traria o risco de inviabilizar o seu funcionamento.

### 1.3 O RECURSO ORDINÁRIO

A preocupação dos juristas que defendem a proteção jurisdicional das liberdades por meio de ações e recursos apresentados diretamente à Suprema Corte também foi acolhida pelo constituinte originário ao prever uma primeira hipótese de recurso ordinário em matéria criminal, valendo aqui a mesma consideração ideológica efetuada no item 1.2 supra. Em conformidade com o art. 102, II, “a”, da CF, compete ao STF julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

A própria denominação “recurso ordinário”, em oposição aos recursos extraordinários em sentido lato, implica no seu efeito equivalente ao de apelação, permitindo que no seu âmbito haja amplo reexame das questões decididas no tribunal *a quo*, abrangendo não apenas as

---

<sup>198</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>. Acesso no dia 10/07/2019.

<sup>199</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 241 e 242.

matérias de direito, como também as questões de fato.<sup>200</sup> Nesta linha de raciocínio, o STF, ao julgar os recursos ordinários, não se limitará à análise de questões de direito em face dos fatos reconhecidos nas instâncias inferiores, como também terá que necessariamente entrar no trabalhoso exame do conteúdo das provas, o que, em alguma medida, também já aconteceria na via do *habeas corpus*.

Diante da previsão constitucional, se for recebida uma denúncia contra uma autoridade que tenha foro privilegiado num Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, ela poderá impetrar *habeas corpus* no STJ, pedindo, por exemplo, o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Eventual decisão denegatória, por sua vez, desafiará o recurso ordinário ao STF, com possibilidade, em tese, de antecipar o julgamento do próprio mérito da causa pela corte nacional de vértice, não só com revisão sobre os fatos, como também com base no direito infraconstitucional, mesmo que sem o acusado ter foro privilegiado no último tribunal, o que a rigor não aconteceria na via extraordinária.

Apesar da ampla possibilidade de utilização desse tipo de recurso ordinário, ainda é possível a opção do *habeas corpus* no seu lugar, diante do texto constitucional, porque agora a impugnação não seria baseada na existência de decisão denegatória de *writ* em única instância, mas contra coação exercida pelo Tribunal Superior, deslocando a situação, do art. 102, II, “a”, da CF, para o art. 102, I, “i”, da mesma Carta, estudado acima. Embora a 1ª Turma do STF tenha passado um tempo sem admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, como vemos no julgamento do HC 131.108 AgR/SP, em 14/16/2016, com maioria formada pelos ministros Barroso, Fux, Rosa Weber e Fachin, vencido o ministro Marco Aurélio,<sup>201</sup> a 2ª Turma parece sempre ter caminhado em sentido oposto, consoante decisão no HC 130.780/SP, tomada em 21/09/2016, à unanimidade.<sup>202</sup> Além disso, em 2018, vencidos os ministros Fachin, Barroso, Fux e Cármen Lúcia, o Pleno do tribunal, no HC 152.752/PR, impetrado pelo ex-presidente Lula, num acórdão de 464 páginas, preliminarmente decidiu pelo cabimento do remédio heroico em tal situação (p. 2, 10 e 11),<sup>203</sup> o que, na letra da Constituição, realmente nos parece difícil evitar, a despeito da redação contrária do art. 6º, p.u., do RISTF, anterior a 1988.

Aliás, o HC 126.292/SP, já detalhadamente estudado por nós, foi impetrado porque o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tinha negado provimento ao recurso da defesa e

---

<sup>200</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 388 e 389.

<sup>201</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4874800>. Acesso no dia 11/07/2019.

<sup>202</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4865309>. Acesso no dia 11/07/2019.

<sup>203</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso no dia 11/07/2019.

determinado a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar (p. 2). Embora não se tratasse de um *writ* denegado em única instância pelo STJ, mas apenas de uma decisão provisória no âmbito daquela ação, contra ela a defesa impetrou *habeas corpus* diretamente no STF, o que foi aceito sem maiores controvérsias. Embora dogmaticamente a impetração seja realmente cabível (art. 102, I, “i”, da CF), a sua amplitude indica uma incongruência constitucional sistêmica, capaz de antecipar o julgamento do mérito das questões, sem ao menos haver exaurimento das instâncias inferiores.

Por sua vez, segundo o art. 102, II, “b”, da CF, também cabe ao STF julgar, em recurso ordinário, uma segunda situação, a do crime político. Este tipo de infração penal corresponde aos tipos previstos na Lei 7.710/83 – Lei de Segurança Nacional, exigindo-se, porém, para sua configuração, diante de uma interpretação sistemática dos seus arts. 1º e 2º, um duplo requisito, subjetivo e objetivo: 1) motivação e objetivos políticos do agente, e 2) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito, segundo decisão tomada pelo Pleno do órgão, no “Recurso Crime” 1.472/MG, em 25/05/2016 (p. 8).<sup>204</sup>

Esta possibilidade de interposição nos parece ainda mais interessante que a anterior. Os crimes políticos são julgados, em 1º grau, pelos juízes federais, face ao disposto no art. 109, IV, da CF, com sentenças que desafiam recurso ordinário diretamente para a nossa mais alta corte, sem passar pelo TRF correspondente ou pelo STJ, consoante o mesmo precedente citado. Naquela oportunidade, foi conhecido e provido o recurso interposto diretamente contra a sentença do juízo da 2ª Vara Federal da Subseção de Uberlândia (p. 4), quando foi ratificado o entendimento de que este tipo de recurso tem a natureza de apelação, da mesma forma como são elas julgadas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais (p. 12).

É curioso que não tenhamos encontrado no RISTF esta possibilidade recursal. Seu art. 310 trata somente da primeira hipótese, embora a chamando de “recurso de *habeas corpus*”, que não se confunde com o *habeas corpus* originário, previsto nos seus arts. 188 a 199. Todavia, o julgamento do supramencionado “Recurso Crime” 1.472/MG confirma que ela continua cabível.

Na verdade, a previsão regimental quanto ao recurso ordinário no STF é confusa, por não estar atualizada com a CF/88. Quando procuramos o órgão competente para seu julgamento, encontramos o Plenário nos casos do art. 6º, III, “a” e “b”, enquanto a competência

---

<sup>204</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4585810>. Acesso no dia 11/07/2019.

das Turmas ficaria para as situações descritas no art. 9º, II, “a” e “b”, ambas do RISTF. Todavia, nas disposições ainda consta a possibilidade de interposição contra denegação de *habeas corpus* por tribunal de 2º grau, antes da existência do STJ, como também contra a denegação dos remédios em última, não apenas em única instância, tornando realmente difícil entender a situação sob o ponto de vista “regulamentar”. Na prática, todavia, verifica-se facilmente que eles normalmente são julgados pelas Turmas,<sup>205</sup> sem poder desafiar embargos de divergência para o Pleno, por falta de previsão legal ou regimental.<sup>206</sup> Esta realidade, na mesma linha de raciocínio apresentado para o foro privilegiado e para o *habeas corpus*, não apenas dificulta bastante a uniformização do direito como impede a formação de precedente vinculante, haja vista que as decisões respectivas são tomadas fora das hipóteses do art. 927, do CPC.

Por fim, entrando numa análise quantitativa, percebemos que em 2018 foi distribuído somente um “recurso crime” (RC) no STF,<sup>207</sup> ou seja, um único recurso ordinário interposto contra decisão de juiz federal de 1ª instância no julgamento do crime político, o que é insignificante em face do montante total, praticamente anulando o problema aqui apresentado sob o ponto de vista prático. Por outro lado, no entanto, embora no mesmo ano tenha sido percentualmente baixo o número de recursos ordinários em *habeas corpus* (RHC), o problema aumenta se levarmos em conta o total de 1049 interposições.<sup>208</sup> Com efeito, ainda que se deseje atribuir o seu julgamento ao Pleno, de forma mais preocupada com a unidade do direito, este número impede a decisão de focar na formação de norma. Se considerarmos dez meses úteis no ano, veremos que a distribuição foi superior a cem RHCs por mês, os quais, sozinhos, teriam aptidão para retirar considerável tempo dos ministros caso eles tivessem que se dedicar ao estudo detalhado de cada um, de maneira colegiada, valendo lembrar a abrangência cognitiva aprofundada deste tipo de recurso, não só jurídica, mas também fática, diante da sua natureza equivalente à de uma apelação.

Em face de todas estas dificuldades, assim como Mitidiero admite a atuação de uma corte como sendo de justiça quando ela está diante de sua competência originária, também

---

<sup>205</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+ADJ+CORPUS+MESMO+RECURSO+ADJ+ORDINARIO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4zsbjtj>. Acesso no dia 12/07/2019.

<sup>206</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RECURSO+ADJ+ORDINARIO+MESMO+EMBARGOS+ADJ+DIVERGENCIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2saj5eb>. Acesso no dia 12/07/2019.

<sup>207</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso no dia 12/07/2019.

<sup>208</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso no dia 12/07/2019.

reconhece esse papel quando ela atua em face da sua competência recursal ordinária.<sup>209</sup> Realmente, diante da larga amplitude cognitiva desta modalidade recursal, bem como da existência de dois órgãos distintos com idêntica competência para julgamento, também nos parece claro que nele haja um foco de preocupação com um resultado “justo” para o caso concreto.

#### 1.4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Comenta-se que o recurso extraordinário, em sentido lato, é um remédio típico dos sistemas federativos, nos quais a pluralidade de fontes normativas federais, estaduais e municipais, como também de órgãos judicantes federais e estaduais, recomenda a previsão de mecanismos por meio dos quais seja possível a revisão das decisões de tribunais locais, sempre que houver discussão de uma questão federal. Para tanto, a proteção do direito constitucional federal no Brasil caberia ao STF, como guardião da Constituição, enquanto ao STJ incumbiria o julgamento de matérias de direito federal infraconstitucional. Por sua vez, a sua distinção doutrinária para o recurso ordinário, também em sentido lato, tem sido feita segundo critérios diversos, um deles levando em conta a finalidade da impugnação, argumentando-se que este têm por objetivo a proteção do direito subjetivo das partes, enquanto àquele cabe a tutela do próprio direito objetivo, assegurando a autoridade e uniformidade da interpretação do direito federal.<sup>210</sup> Neste sentido, o recurso extraordinário estaria preso, como galhos e troncos à raiz, à necessidade de assegurar, em todo o território nacional e em todas as dimensões do ambiente jurídico, a aplicação uniforme da legislação federal.<sup>211</sup> De outra parte, contudo, há quem diga que os recursos interpostos perante tribunais constitucionais, embora sejam classificados como extraordinários, possuem uma tendência a converter-se em ordinários, o que faz com que a corte passe de uma instância extraordinária para uma ordinária de última instância.<sup>212</sup>

Passemos, então, à análise da competência do STF para julgar o recurso extraordinário em sentido estrito (RE), especialmente diante da nossa necessidade de investigar o seu papel no sistema de justiça penal, iniciando por um estudo dogmático do direito positivo, seguindo

---

<sup>209</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 94.

<sup>210</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 267 a 269.

<sup>211</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*: tomo IV. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 82.

<sup>212</sup> KERN, Christoph A. El Rol de la Corte Suprema, *In*: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 54.

depois a uma análise numérica, no intuito de descobrir, se possível, a missão do órgão neste âmbito de atuação.

Na forma do art. 102, III, da CF, por intermédio desta espécie recursal, compete ao STF julgar as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Uma leitura do texto constitucional demonstra, em primeiro lugar, que o julgamento do recurso extraordinário pelo STF não se presta apenas para a revisão das decisões de tribunais locais, abrangendo, pelo contrário, as causas decididas por qualquer outra corte estadual ou federal do país. De mais a mais, não podemos dizer que ele seja inerente ao regime federativo, porque não é impossível o Estado federal com unidade de Justiça, nem o Estado unitário com Justiça múltipla.<sup>213</sup> Além disso, ele não está adstrito, nem mesmo em tese, a assuntos constitucionais, bastando ver a hipótese da alínea “d”, acima transcrita, inserida pela EC 45/2004, de onde se infere sua competência para, de certa forma, também proteger a lei federal infraconstitucional. De todo modo, o que mais no interessa aqui é a análise da alegação de lhe caber dar unidade de interpretação à Constituição em todo o território nacional. Será mesmo assim?

Se ao STF cabe guardar a Constituição, dando-lhe a “correta” interpretação, ao decidir ele estará conferindo unidade à norma constitucional para o país inteiro, considerando que seu entendimento seja seguido por todos, é natural o silogismo. O problema, porém, é que o texto constitucional não limita o RE, ou sequer o relaciona, a casos nos quais um tribunal der à Constituição interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, diferentemente do que expressamente faz com parte do recurso especial a ser interposto no STJ. Assim, é possível que determinado dispositivo constitucional venha sendo interpretado da mesma forma por todos os órgãos do Judiciário, sem nenhuma controvérsia. Neste caso, ainda seria cabível a interposição do recurso extraordinário sob o argumento de ofensa à Carta Magna e, acolhida a ponderação, todos os juízes se adequariam ao posicionamento superior diverso, o que, em vez de uniformizar o que era divergente, ao menos no primeiro momento estará justamente

---

<sup>213</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*: tomo IV. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 82 e 83.

rompendo a unidade então existente. Embora saibamos que na prática isso seja difícil de acontecer, sob o ponto de vista dogmático não se pode negar uma maior amplitude da competência do STF e do cabimento do recurso extraordinário.

Mas não é só. Na forma do art. 9º, III, do RISTF, compete às Turmas, não ao Plenário, o julgamento dos recursos extraordinários, o que a princípio exclui a formação de precedente obrigatório, já que a decisão não se enquadraria no art. 927, V, do CPC. Aqui, porém, além das hipóteses que admitem remessa dos autos para julgamento do Pleno, na forma dos já mencionados arts. 11 e 22, do RISTF, cabem embargos de divergência à decisão da Turma que divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal, em consonância com o art. 330, do mesmo RISTF, e do art. 1.043, do CPC. Isso, sem dúvida, contribui para a uniformização da interpretação a ser conferida pela totalidade da corte, a ser seguida de forma vinculante, ainda que nossa preferência fosse pelo julgamento, de logo, efetuado pela integralidade dos ministros.

Outro ponto que conta em favor da uniformização a ser conferida pelo STF, no âmbito desta modalidade recursal, está no art. 927, III, do CPC, isto é, na natureza vinculante de suas decisões tomadas em sede de recurso extraordinário repetitivo, assim entendido como aquele que representa uma multiplicidade interposta com fundamento em idêntica questão jurídica, de acordo com o art. 328, *caput*, do RISTF, e, especialmente, com o art. 1.036, do CPC. Aliás, a seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia, prevista no art. 328, p.u., do RISTF, deve levar em consideração aqueles que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito do assunto a ser decidido, consoante o art. 1.036, § 6º, do CPC, justamente para que ele deixe o interesse meramente subjetivo das partes, focando na unidade do direito mediante análise e fundamentação a mais ampla possível.

A mesma trilha é seguida pelo art. 1.038, do CPC, que prevê a possibilidade de o relator, em tal situação, solicitar ou admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria. Pode ele, também, designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, além de requisitar informações aos tribunais inferiores, ouvindo ainda o Ministério Público, o que ratifica o intuito legal de ampliar o debate, para que a norma oriunda do precedente seja democraticamente formada de modo uniforme para todo o país.

Por sua vez, em consonância com o art. 1037, § 4º, do CPC, os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano. Inicialmente, a sanção para o descumprimento deste prazo estava prevista no §5º subsequente, segundo o qual a sua inobservância faria cessar automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que

retomariam o seu curso normal. A despeito de ser permitido a outro relator afetar outros recursos representativos da mesma controvérsia, para evitar negligência ou estratégia do original (§ 6º), a previsão do § 5º tentava aproximar os nossos tribunais superiores a uma corte preocupada com a administração da justiça. Ainda que sem gerar um automático não conhecimento dos recursos extraordinários, os processos não deveriam ficar indefinidamente sobrestados. Todavia, seu texto foi revogado pela Lei 13.256/2016, não mais cessando a suspensão passado o prazo legal, o que parece diminuir aquela preocupação, jogando-a para a formação de precedente nacional, ainda que tardio.

Apesar disso, não se pode negar a existência de alguns paradoxos do recurso extraordinário, não apenas como mecanismo de controle da constitucionalidade, mas igualmente como ferramenta de atribuição de unidade ao direito federal, o que mais nos importa neste trabalho.

Em primeiro lugar, o sistema deixa ao condão da parte apresentar sua peça impugnativa, havendo liberdade de interposição ou não do recurso, podendo o interessado se omitir conscientemente. Se a causa versa sobre direitos indisponíveis, como é o caso das ações criminais, talvez o Ministério Público tenha o dever de apresentar os recursos necessários à salvaguarda da ordem jurídica.<sup>214</sup> Entretanto, a uniformização será obstada se ele também for omissor, seja porque já teve atendido o seu pedido, seja por negligência, seja por omissão estratégica, questionável, mas possível no plano fático.

Outro paradoxo está na necessidade de apreciação do mérito do recurso, o que pressupõe juízo de admissibilidade favorável ao recorrente. Apesar do texto do art. 1.029, § 3º, do CPC, que permite aos tribunais superiores desconsiderar vício formal não reputado grave, eles têm sido deveras rigorosos quanto ao ponto, exigindo uma perfeição formal nem sempre compatível com a instrumentalidade do processo, ainda que isso também ocorra muitas vezes por inabilidade do advogado.<sup>215</sup> Um outro critério que, segundo a doutrina brasileira, distingue os recursos ordinários dos extraordinários, está nos requisitos de admissibilidade de cada um deles. Ao contrário daqueles, que se submetem a requisitos gerais, estes seguem exigências especialíssimas, sujeitos a rígidos controles de admissibilidade fixados na Lei 8.038/90 (nesta parte agora substituída pelo CPC/15), nos regimentos internos dos tribunais superiores, bem

---

<sup>214</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do Recurso Extraordinário como Ferramenta do Direito Processual Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, p. 47 a 49.

<sup>215</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do Recurso Extraordinário como Ferramenta do Direito Processual Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, p. 49, 50 e 52.

como a óbices consagrados nas súmulas de jurisprudência das mesmas cortes.<sup>216</sup> Embora a carga de trabalho explique a situação, não há como negar que a inadmissibilidade do recurso extraordinário por questões formais termina sendo outro óbice à tarefa de uniformizar decisões inferiores divergentes, porque o contraste eventualmente existente entre elas não chegará a ser apreciado.

Por fim, entremos na questão numérica. Para tanto, é importante inicialmente observar que as classes processuais são divididas, no STF, entre recursais e originárias. São classes recursais o recurso extraordinário (RE), o recurso extraordinário com agravo (ARE) e o agravo de instrumento (AI); por outro lado, são classes originárias todas as demais, incluídos os recursos ordinários.<sup>217</sup>

Seguindo a divisão didática efetuada pela própria corte, verificamos que nos anos de 2014 a 2018 o total das classes processuais recursais, que na teoria correspondem a julgamentos menos preocupados com a proteção do direito subjetivo das partes, e mais com a tutela do próprio direito objetivo, realmente equivaleram à maior parte do trabalho do STF, variando de 69,9% a 84,59% do volume de causas distribuídas naquele local, conforme a seguinte tabela:<sup>218</sup>

	Processos Distribuídos	AI Distribuídos	RE Distribuídos	ARE Distribuídos	Soma de AI, RE e ARE	%AI/Total Distribuído	%Re/Total Distribuído	%ARE/Total Distribuído	%AI, RE e ARE/Total Distribuído	%Outras Classes
2.018	55.205	162	10.082	28.345	38.589	0,29%	18,26%	51,34%	69,9%	30,1%
2.017	56.265	241	9.227	30.904	40.372	0,43%	16,4%	54,93%	71,75%	28,25%
2.016	57.383	497	8.531	37.006	46.034	0,87%	14,87%	64,49%	80,22%	19,78%
2.015	65.167	687	11.396	42.505	54.588	1,05%	17,49%	65,22%	83,77%	16,23%
2.014	57.884	850	9.672	38.443	48.965	1,47%	16,71%	66,41%	84,59%	15,41%

Mesmo assim, tais números não permitem concluir que a missão predominante do STF seja dar unidade ao direito federal, mormente constitucional. Além dos problemas já mencionados acima, os mesmos números demonstram que a maioria do volume não está no julgamento dos recursos extraordinários propriamente ditos (cujo percentual variou entre 16,4% e 18,26%), mas nos agravos regimentais contra as decisões tomadas no seu âmbito (com variação de 51,34% a 66,41% no mesmo período), sugerindo um grande número de decisões

<sup>216</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 267.

<sup>217</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competenciarecursal>. Acesso em 19/07/2019.

<sup>218</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competenciarecursal>. Acesso em 19/07/2019.

tomadas fora do plenário, ao menos num primeiro momento, o que, além de não formar precedente obrigatório, é potencialmente passível de contrariar decisão de outro órgão fracionário do mesmo tribunal, podendo falhar na missão uniformizadora.

Com efeito, levando em consideração apenas as três classes recursais acima mencionadas, percebemos que no mesmo interregno de 2014 a 2018 o Pleno julgou uma média aproximada de 2.133 processos por ano.<sup>219</sup> Já a média da 1ª Turma em idêntico período foi de quase 5.087 por ano,<sup>220</sup> enquanto a da 2ª Turma girou em torno de 4.093,<sup>221</sup> de onde se deduz que menos de 20% dos julgamentos colegiados das classes recursais é realizado pela integralidade dos ministros.

Se limitarmos a análise apenas ao RE, com base nas mesmas fontes, aferimos que os números aproximados foram, respectivamente, 173 por ano no Plenário; 1300 na 1ª Turma; e 933 na 2ª Turma, o que reduz ainda mais o percentual daquele para 7,19% do total, ratificando a baixa probabilidade de formação de precedente uniforme a ser seguido em todo o Brasil.

Malgrado não encontremos a informação diretamente, também é importante observarmos que uma pesquisa estatística por classe demonstra que a soma apenas entre o número de *habeas corpus* (HC) e recurso ordinário em *habeas corpus* (RHC) indica 6.608 processos recebidos em 2019, até 22/07/19, o que correspondeu a 12,44% do total.<sup>222</sup> Por sua vez, utilizando o novo critério de informação processual por ramo do direito, aferimos que exatamente no mesmo período, *grosso modo*, o número de processos criminais autuados na corte foi de 10.466, equivalendo a 19,71% do total.<sup>223</sup> Tais números insinuam que a maior parte da atividade criminal do órgão não está no julgamento dos recursos extraordinário, havendo uma maior preocupação com o direito subjetivo das partes, não com uma unidade do direito federal objetivo.

Se considerarmos que a atividade criminal do STF no julgamento das classes recursais não chega a 40%, bem como o fato de que, deste percentual, menos 20% é oriundo do Plenário, fica difícil realmente afirmar que a missão principal do tribunal seja voltada à proteção à unidade do direito objetivo. Além disso, há ainda um último paradoxo, que é relacionado ao

---

<sup>219</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoespленario>. Acesso em 22/07/2019.

<sup>220</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoes1aturma>. Acesso em 22/07/2019.

<sup>221</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoes2aturma>. Acesso em 22/07/2019.

<sup>222</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso em 22/07/2019.

<sup>223</sup> Soma entre os ramos direito penal, direito penal militar, direito processual penal e direito processual militar. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>. Acesso em 22/07/2019.

instituto da repercussão geral, o qual, diante da sua importância, merece uma abordagem separada, a ser efetuada logo em seguida.

## 1.5 A REPERCUSSÃO GERAL

No Brasil, tem crescido a noção de que um modelo de “corte superior” se baseia no pensamento de que o recurso seja concebido como um verdadeiro direito subjetivo da parte, incompatível com a existência de filtros recursais e com técnicas de julgamento em bloco das referidas impugnações. Entendendo atrasada essa ideologia no que toca ao trabalho das cortes de vértice, a mesma corrente de pensamento tem defendido ser imprescindível que o STF adote uma prática que conduza apenas ao exame de casos dotados de repercussão geral.<sup>224</sup>

Embora tradicionalmente hostis à ideia, os países de tradição romano-canônica não escaparam e não escapam a este relevante debate.<sup>225</sup> Para o professor italiano Michele Taruffo, por exemplo, uma função pública da corte de vértice, em oposição à função privada, se manifestaria quando o acesso a ela estivesse subordinado a uma seleção, bem como quando ela estivesse orientada principalmente à produção e governo dos precedentes. E fazendo uma comparação com outro país da família do *civil law*, mas já fora da cultura latina, lembra que o recurso ao *Bundesgerichtshof* alemão apenas tem sido autorizado quando se refere a uma questão de direito de importância fundamental, não tanto para as partes, mas para a evolução do ordenamento jurídico. Segundo ele, aquela corte tem emitido pouco mais de 10% da quantidade de julgados da Corte de Cassação italiana, tratando-se de quantidade tão reduzida quanto aquela das cortes inglesa e estadunidense.<sup>226</sup>

Nos países de tradição jurídica do *common law*, o recurso à corte suprema não tem nenhuma razão para ser encarado como um direito subjetivo da parte. A admissibilidade de um recurso na Suprema Corte dos Estados Unidos não é uma questão de direito, mas de expressa discricionariedade judicial, submetida à demonstração do interesse público no seu julgamento, o que aprofundaremos na segunda parte deste trabalho. A submissão do recurso à corte a filtros

---

<sup>224</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48, 49 e 131.

<sup>225</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 36.

<sup>226</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 238, 239 e 247.

recursais viabiliza a abertura de um espaço significativo de autogoverno na seleção dos seus casos, o que lhe permitirá trabalhar menos e render mais para a nossa ordem jurídica.<sup>227</sup>

A ideia de filtro à admissão de recursos interpostos para a corte de vértice não é tão nova nem mesmo no Brasil. Na vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 1, de 1969, o RISTF, e depois o próprio texto constitucional, com a EC 7, de 1977, previam a arguição de relevância da questão federal, embora ela representasse justamente o contrário, um meio de remoção de impedimentos regimentais à admissibilidade, ensejando o seu processamento quando a relevância fosse reconhecida.<sup>228</sup> Ela funcionava como um instituto que visava possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva.<sup>229</sup> Em vez de objetivar excluir do conhecimento do STF as controvérsias que não fossem relevantes, tinha por fim incluir aquelas que não seriam conhecidas por força de “filtros” regimentais.

Mas depois de abolida a arguição de relevância com a Carta de 1988, a Reforma do Judiciário, efetuada em 2004, passou a exigir, para a admissão do recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas,<sup>230</sup> agora sim, com natureza excludente do julgamento dos recursos. Deveras, na vigência do atual Pacto Fundamental, a EC 45/2004 introduziu um novo pressuposto recursal, a repercussão geral, ligada à significação política dos temas constitucionais versados na impugnação, aferida em face de uma possível influência da decisão para a solução de outros casos. Agora, a matéria constitucional não estaria mais restrita ao âmbito do feito examinado, ao direito subjetivo das partes, havendo uma probabilidade de se apresentar também em situações futuras.<sup>231</sup> Destarte, cresceria a relação desta espécie recursal com a proteção à unidade do direito federal objetivo. Vejamos a redação do texto constitucional:

§ 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. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

---

<sup>227</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71, 99 e 101.

<sup>228</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 272 e 273.

<sup>229</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 37.

<sup>230</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do Recurso Extraordinário como Ferramenta do Direito Processual Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, p. 54.

<sup>231</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 272.

Especificando o dispositivo constitucional, o art. 1035, do CPC, estabelece que o STF “nem conhecerá” do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, sequer chegando a analisar o mérito da controvérsia. Ao rejeitar a repercussão geral, o tribunal efetua um juízo prévio, processual, de “admissibilidade” apenas, não ratificando nem substituindo a decisão recorrida, não se pronunciando sobre a tese adotada, deixando a última palavra com a instância inferior,<sup>232</sup> o que pode dificultar a uniformização do direito federal.

Todavia, pelo texto da Lei Maior, a presunção é de que a repercussão geral existe, não o contrário. Basta que o recorrente alegue, para que a recusa dependa da manifestação de oito dos onze ministros, o que talvez contribua para a continuidade do recebimento e julgamento de alto número de recursos extraordinários todos os anos, como demonstrado no item anterior. Ademais, há outras situações nas quais a legislação presume haver repercussão geral. Conforme o art. 322, § 2º, do RISTF, e art. 1035, § 3º, I, do CPC, ela existirá sempre que o recurso impugnar acórdão que alegadamente contrariar súmula ou jurisprudência dominante do órgão, previsão que caminha no sentido de tentar proteger uma uniformidade, não se pode dizer o contrário. Se a decisão inferior contraria o entendimento do STF, ela deve ser reformada, evitando que situações idênticas sejam tratadas de forma desigual. Todavia, revogado o inciso II, o art. 1035, § 3º, III, do CPC, parece tomar direção oposta, ao também presumir a repercussão geral sempre que o acórdão impugnado tiver reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Além disso, o art. 324, *caput*, do RISTF, estabeleceu um prazo de vinte dias para que os ministros se manifestem sobre a questão, prazo este que, se descumprido, reputará existente a repercussão geral, salvo se o relator, ao submeter a controvérsia, tiver declarado que a matéria era infraconstitucional (art. 324, §§ 1º e 2º, do RISTF). Nestas duas últimas hipóteses de presunção de repercussão geral há um retorno à preocupação com um julgamento “justo” em face da Constituição, independentemente da divergência de posicionamento quanto ao tema nas instâncias inferiores. Para manter uma congruência sistêmica, seria necessário desfazer o nexo, cada vez mais forte, entre a questão constitucional e a competência do STF, quebrando o mito pelo qual lhe compete a última palavra sobre a constitucionalidade, confiando às cortes inferiores a solução do caso e deixando o órgão de vértice apenas com o controle daquilo que

---

<sup>232</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do Recurso Extraordinário como Ferramenta do Direito Processual Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, p. 55.

exorbita o interesse local ou particular.<sup>233</sup> Em contraste, isso poderia vedar a subida de decisões conflitantes pronunciadas por diferentes órgãos do Judiciário.

Mas sigamos. Na forma do §1º, também do art. 1035, do CPC, 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, redação quase igual à do art. 322, p.u., do RISTF. Poderíamos dizer, de outra maneira, que o conhecimento do Recurso Extraordinário, ou sua admissibilidade, depende da mais alta importância da questão para a nação, ficando em segundo plano o interesse subjetivo do autor e réu, o que se harmoniza, na linha da doutrina citada, com um papel de formar precedentes. Realmente, a preocupação com a justiça do caso concreto, ainda que constitucional, perde força, não temos dúvida, mas não podemos olvidar a existência de inúmeras causas iguais, com resultados discrepantes, que findarão não chegando ao alcance do STF, quando não tiverem relevância suficiente, situações as quais, certas ou erradas, nos impedem de falar em unidade do direito.

Ainda no âmbito do art. 1.035, do CPC, os §§ 4º e 5º também cuidam de questões importantes para a formação de precedente. De acordo com o primeiro deles, admite-se a manifestação de terceiros sobre a repercussão geral, da mesma forma que o faz art. 323, § 3º, do RISTF, contribuindo com a uniformização do direito, sobretudo em caso de o terceiro convencer sobre a importância de se decidir o tema objeto de decisões conflitantes nas instâncias inferiores.

Por último, em conformidade com o § 5º, reconhecida a repercussão geral haverá a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão no território nacional. A medida tem o condão de fazer aplicar, em momento posterior, o mesmo precedente para todos eles, mas em detrimento da administração da justiça. Também pensando nesta, o dispositivo legal prevê o prazo de um ano para julgamento do recurso que tiver a repercussão geral reconhecida, conquanto a única consequência para a sua inobservância fosse cessar o sobrestamento dos feitos análogos, que retomariam o curso normal. O decurso do prazo nunca teve o condão de anular o reconhecimento da relevância da questão, muito menos de gerar uma “inadmissibilidade” superveniente do recurso. E, no momento, nem mais encerra a suspensão dos processos idênticos, diante da revogação da sua previsão, que estava no § 10, insinuando um prestígio da

---

<sup>233</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do Recurso Extraordinário como Ferramenta do Direito Processual Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, p. 55 e 56.

unidade do direito, mas que termina sendo muito pequeno quando verificado o contexto do recurso extraordinário como um todo.

## 1.6 A RECLAMAÇÃO

Optamos por tratar da reclamação por último, voltando à competência originária do STF depois de abordar a sua competência recursal, diante da sua hipotética relevância na contribuição com o *stare decisis* e com a consequente atribuição de unidade ao direito no país. Isso porque, na forma do citado art. 102, I, “I”, da CF, cabe à nossa corte de vértice processá-la e julgá-la para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, o que naturalmente tem relevância no sistema de justiça penal objeto do nosso estudo.

Diante do crescente estudo da teoria dos precedentes obrigatórios no Brasil, podemos pensar que a reclamação tem a finalidade de justamente garantir a sua observância. Como o texto constitucional se utilizou de conceitos vagos,<sup>234</sup> *maxime* no que toca ao alcance da expressão “autoridade de suas decisões”, à primeira vista é normal imaginar que o instituto seria utilizado como meio de impugnação aos atos jurisdicionais contrários a precedentes formados em demandas diferentes, não estando limitado a fazer cumprir as decisões tomadas nos próprios autos. Embora uma hermenêutica evolucionista da nossa Lei Maior, oriunda de uma mutação constitucional, possa eventualmente legitimar este ponto de vista, outra é a conclusão a que se chega a partir de sua interpretação histórica no Brasil.

Em profunda e detalhada pesquisa sobre o instituto, Navarro Dantas o divide em cinco fases no tempo: a primeira, uma fase de formulação, foi dos primórdios do STF até 1957, quando a reclamação foi introduzida em seu regimento interno; a segunda, de 1957 até a CF/1967, tida com sua fase de discussão; a terceira, da CF/67, passando pela EC 1/69, até a edição da EC 7/77, denominada fase de consolidação; a quarta, desde as modificações trazidas pela EC 7/77 até a CF/88, chamada de fase de definição; a quinta e última, desde o início do regime constitucional atual até o presente, em que se tem a fase de plenificação constitucional.<sup>235</sup> Considerando nossa intenção de estudar o assunto apenas de forma relacionada com o papel do STF e a teoria dos precedentes no sistema de justiça penal, delimitaremos nossa abordagem apenas a partir da última fase.

---

<sup>234</sup> MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação Constitucional, In: DIDIER JR. *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 763.

<sup>235</sup> DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 46 e 47.

Pouco tempo depois da promulgação da Carta de 1988, o Pleno do STF interpretava restritivamente a previsão constitucional, dizendo ser reiterado o seu entendimento no sentido da inadmissibilidade da reclamação pelo suposto descumprimento de decisão tomada até mesmo em sede de ação direta de inconstitucionalidade, acentuando que a eficácia geral, vinculante e obrigatória, deste tipo de ação, se referia tão somente ao ato impugnado, conforme se vê na Rcl 385-0/MA, decidida em 26/03/92, à unanimidade. Apesar disso, quatro dos seus membros já sinalizavam, naquela oportunidade, para possível temperamento da afirmação de não caber a reclamação no processo de controle concentrado.<sup>236</sup> Posteriormente, no dia 16/02/95, no julgamento da Rcl 447-3/PE, o Plenário lembrou que somente estava admitindo reclamações relacionadas a seus acórdãos em ações diretas de inconstitucionalidade, de forma excepcional, e quando apresentadas por quem nela tivesse figurado como parte formal ou informante. Embora a porta começasse a abrir, a reclamação continuava sem servir para o STF fazer cumprir suas decisões fora do controle concentrado, tendo sido ratificado o seu entendimento de que os julgamentos no controle difuso de constitucionalidade, de eficácia *inter-partes*, não ensejavam reclamação, por não haver que se falar em ofensa à autoridade de suas decisões sem eficácia *erga-omnes*.<sup>237</sup>

Assim, nos primeiros anos de vigência da CF/88, quando pouco se falava no *stare decisis*, não se poderia pensar na previsão constitucional da reclamação como um meio de fazer valer os precedentes do STF formados fora do controle abstrato de constitucionalidade. Nem mesmo no âmbito do Recurso Extraordinário, ainda que ele fosse considerado uma forma de proteção do direito federal objetivo.

No controle abstrato, mas apenas nele, o entendimento foi sendo ampliado ao longo da última década do século passado,<sup>238</sup> já sendo diferente em 28/04/2003, quando o Pleno do STF julgou procedente reclamação contra ato que ofendia decisão tomada até mesmo em sede de provimento de urgência neste tipo de ação.<sup>239</sup> Com efeito, naquela época já se admitia reclamação contra pronunciamento que desobedecesse suas decisões proferidas em sede de ADI, ADC ou ADPF, fosse ela definitiva ou liminar,<sup>240</sup> o que, ao nosso ver, ficou

---

<sup>236</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87531>. Acesso em 24/07/2019.

<sup>237</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86838>. Acesso em 24/07/2019.

<sup>238</sup> DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 359 a 363.

<sup>239</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87011>. Acesso em 24/07/2019.

<sup>240</sup> MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *Reclamação Constitucional*, In: DIDIER JR. *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 764.

implicitamente ratificado pela “Reforma do Judiciário”, já que o art. 103-A, § 3º, da CF, inserido pela EC 45/2004, passou a prever o seu cabimento contra ato judicial ou administrativo que contrariar o conteúdo de súmula vinculante. Isso aconteceu justamente diante da necessidade de obrigar a observância da natureza vinculante desta espécie de súmula, o que já era inerente ao controle concentrado.

O cabimento da reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante, e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, passou a constar expressamente do art. 988, III, do CPC. Tal diploma normativo, ademais, no seu inciso IV, também a estendeu para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de incidente de assunção de competência (IAC), pelas mesmas razões.

Para parte da doutrina nacional, uma das modificações mais importantes ligadas ao sistema de precedentes é justamente a ampliação do cabimento da reclamação, passando a instrumento de controle de verticalização e aplicação dos precedentes obrigatórios.<sup>241</sup> Ela indicaria a relevância e interesse na prática harmônica do sistema, potencializada ainda pelo CPC, onde se tem um alargamento do elenco de decisões aptas ao respeito vinculante por parte de juízes e tribunais, configurando-se como um dos instrumentos voltados à racionalidade do sistema judicante, com função de imprimir-lhe coerência.<sup>242</sup>

Porém, se a intenção do legislador era proteger o cumprimento dos precedentes obrigatórios, uma congruência sistêmica na verdade lhe exigiria admitir a reclamação não apenas para as hipóteses mencionadas acima, mas também para garantir a autoridade das decisões do STF tomadas em todas as situações previstas nos cinco incisos do art. 927, do CPC, o que não aconteceu.

A redação original do inciso IV, do art. 988, do CPC, assegurava o seu cabimento para garantir a observância “de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos”, o que, na forma do art. 928, do mesmo diploma, abrangia o IRDR, como também os recursos especial e extraordinário repetitivos. Apesar do ânimo com o alongamento desta “ação” para alcançar o controle do atendimento de julgamento advindo dessas demandas reiterativas,<sup>243</sup> o inciso IV em

---

<sup>241</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Reclamação Constitucional e os Precedentes Vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local, *In: Revista de Processo*, fev. 2016, p. 2 e 4, disponível em <https://www.academia.edu/>. Acesso em 26/07/2019.

<sup>242</sup> GAIO JR, Antônio Pereira. Ação de reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no Novo CPC, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 609, 610, 626 e 629.

<sup>243</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Reclamação Constitucional e os Precedentes Vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local, *In: Revista de Processo*, fev. 2016, p. 2, disponível em <https://www.academia.edu/>. Acesso em 26/07/2019.

comento, ainda antes do seu início de vigência, teve sua redação alterada pela Lei 13.256/16, a qual eliminou justamente a possibilidade de reclamação na última situação, excluindo a viabilidade de sua utilização para garantir o cumprimento de decisão tomada em RE repetitivo, prevendo-a apenas para o IRDR e para o IAC. Na verdade, temos que admitir que o CPC parece dúbio quanto ao assunto, já que do § 5º, II, do mesmo art. 988, pode se deduzir, igualmente, a admissibilidade da reclamação proposta para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, o que só não seria cabível quando não esgotadas as instâncias ordinárias. É confuso, porque, retirada essa possibilidade das hipóteses legais de cabimento, ela ainda está prevista, *a contrario sensu*, nas hipóteses de não cabimento. De qualquer forma, independentemente da conclusão a que se chegue, o art. 988, do CPC, jamais abrangeu a proteção contra as ofensas à “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, o que também é precedente obrigatório, diante do art. 927, V, do CPC. Em suma, a reclamação, em tese, não serve para garantir a autoridade de todos os precedentes vinculantes do STF.

Uma outra barreira ao funcionamento do instituto em benefício da teoria dos precedentes está nos seus números. É que o controle do cumprimento das decisões emanadas da corte de vértice, por parte dos tribunais locais ou regionais, compreende-se em um dos pontos de estrangulamento processual enfrentado por aquela.<sup>244</sup> De um acervo total de 38.474 processos que se encontravam em tramitação no dia 24/07/2019, 3.885 correspondiam a reclamações, correspondendo a um alto número que gira em torno de 10%. Ainda que, para fins estatísticos, elas sejam elencadas fora das classes criminais pelo STF,<sup>245</sup> até por também abrangerem outros ramos do direito, é perfeitamente possível a apresentação de uma reclamação no bojo do sistema de justiça penal, a exemplo do que vimos no julgamento da Rcl 5.161-7/ES.<sup>246</sup> Para um instituto que não tem por fim garantir a autoridade de todos os precedentes vinculantes do STF, não podemos descartar que ele ainda esteja servindo mais para reclamar o descumprimento de decisões tomadas dentro dos próprios autos, contribuindo pouco para a preservação da filosofia do *stare decisis*, ou até que esteja sendo utilizado aleatoriamente, independentemente de suas hipóteses de cabimento.

---

<sup>244</sup> GAIO JR, Antônio Pereira. Ação de reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no Novo CPC, In: DIDIER JR. *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 620.

<sup>245</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em 24/07/2019.

<sup>246</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=512011>. Acesso em 24/07/2019.

Mas ainda enxergamos uma última dificuldade: os casos de reclamação para a “preservação da competência” do tribunal podem, eventualmente, ir de encontro à unidade do direito, bastando para isso que estejam relacionados à sua competência originária ou ao recuso ordinário em *habeas corpus*, diante do seu foco na proteção ao direito subjetivo das partes, valendo aqui o raciocínio já efetuado nos itens equivalentes.

## **2. A VINCULAÇÃO E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES CRIMINAIS NO STF**

### **2.1 A VINCULAÇÃO VERTICAL, HORIZONTAL E A AUTOVINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES**

Quando levamos em conta a ligação hierárquica entre o órgão prolator de uma decisão e aquele subsequente que se depara com ela, no Brasil tem se dividido os precedentes “obrigatórios” em duas categorias: vertical e horizontal.<sup>247</sup>

Para aqueles que aderem ao sistema de precedentes vinculantes, não há racionalidade em sustentar que o efeito das decisões do STF esteja limitado apenas às partes do processo em que emitidas, não sendo sustentável que elas não se prestem a parametrizar a solução de outros casos onde venha agitada análoga questão. Estando aquela corte em posição sobranceira em face de todos os demais tribunais do país, cabe-lhe a última palavra “em matéria constitucional”, não havendo excesso em reconhecer que seus pronunciamentos, especialmente os plenários, se beneficiam de uma sorte de legitimidade até mesmo pela inexistência de uma instância superior que possa contrastá-los.<sup>248</sup>

Indo ao encontro dessa forma de pensar, os incisos do art. 927, do CPC, já muitas vezes mencionados por nós, estabelecem a obrigação de os juízes e tribunais seguirem decisões de órgãos judiciais que lhes são superiores, o que corresponde à eficácia vertical de precedentes, de cima para baixo.

A vinculação vertical afeta os juízes e tribunais situados em posição inferior na hierarquia judiciária, e é tida como decorrência lógica da sua própria organização, por conta da competência recursal, já analisada por nós no âmbito específico do sistema de justiça penal no STF. A verticalidade da eficácia obrigatória é justificada pela competência dada a determinados tribunais para enunciar a última palavra sobre certa matéria de direito, não sendo razoável que

---

<sup>247</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 103.

<sup>248</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 555, 556 e 559.

o órgão inferior possa tratar das questões jurídicas de forma diferente daquilo que enunciou o tribunal que revisa suas decisões, sob pena de sujeitar o jurisdicionado a uma prestação contraditória e ao penoso trâmite recursal.<sup>249</sup> Esta primeira categoria se consolida, portanto, na aplicação dos precedentes das cortes “supremas” em função de uma hierarquia institucional vertical, que separa e distingue as funções de cada órgão do Poder Judiciário.<sup>250</sup>

Mas, voltando ao âmbito exclusivo da competência do STF no sistema de justiça penal, não custa recordarmos que muitas das suas decisões criminais não formam precedentes obrigatórios, à luz das regras do art. 927, do CPC, bastando mencionar as inúmeras ações e recursos julgados fora do Plenário e da sistemática dos “repetitivos”. Isso sem falar na oscilação jurisprudencial, que contribui bastante para a dificuldade na observância até mesmo dos precedentes vinculantes da corte, como demonstraremos adiante, seja por incentivar uma má vontade do magistrado inferior, já criado sob uma cultura jurídica diferente, seja até mesmo em razão das dificuldades de se compreender o que exatamente deve ser seguido. Isso termina trabalhando contra uma eficácia vertical dos precedentes.

Nas palavras de Mancuso, o STF está postado à cumeeira da organização judiciária nacional, sendo natural, por isso, que os comandos dele emanados se revistam de impositividade geral. Mas não só na perspectiva vertical, também chamada por ele de hierárquica, isto é, em face dos demais órgãos judiciais, mas ainda na perspectiva horizontal, ou seja, no âmbito interno da própria corte.<sup>251</sup> Chegamos, então, à segunda categoria acima mencionada.

Precedentes horizontalmente vinculantes são aqueles que possuem autoridade sobre o próprio órgão prolator. Caso determinada decisão seja tomada, a norma que dela emana deve ser seguida pelo próprio tribunal ou juiz nos casos subsequentes.<sup>252</sup> Também chamada de “hierarquia institucional horizontal”, representa a vinculação da própria corte entre os juízes do passado (caso-precedente) e os juízes do presente (caso-atual), que devem seguir o princípio do *stare decisis*. Por meio dela, a observância obrigatória do precedente deve ultrapassar a hierarquia vertical, não se limitando a esta, mas atingindo também a horizontal, gerando um ônus argumentativo forte em seu favor, ou seja, acarretando uma presunção em benefício dos

---

<sup>249</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 104.

<sup>250</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 313 e 314.

<sup>251</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 555.

<sup>252</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 104.

precedentes.<sup>253</sup> Diante disso, na teoria uma corte somente poderia deixar de seguir seu próprio precedente em caso de “superação” ou “distinção”, não no caso de simples “modificação” do entendimento sobre a mesma questão, o que lhe exige uma fundamentação específica que justifique as razões pelas quais uma nova norma, diferente da anterior, deve ser gerada, o que veremos com mais detalhes adiante.

Seguindo esta trilha, o art. 926, *caput*, do CPC, prescreve que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, de onde podemos inferir a determinação para que as cortes, dentre elas a corte de vértice, sigam seus próprios precedentes. No mesmo sentido, Zaneti entende que do referido dispositivo se extrai a vinculatividade normativa formal horizontal, da qual se deduz que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação.<sup>254</sup>

É curioso notar, porém, que a classificação apontada pela doutrina brasileira não é uniforme entre todos os autores de países do *civil law*. Para Couso, no Chile, por exemplo, a vinculação vertical ou hierárquica realmente diz respeito àquela que obriga a observância dos precedentes dos tribunais superiores, mas a vinculação ao precedente do mesmo tribunal que deve decidir o caso atual é chamada por ele de autovinculação. Por sua vez, o autor elenca na categoria da vinculação horizontal os precedentes de outros tribunais do mesmo nível hierárquico, ou até mesmo de um nível inferior, ainda que estabeleça variados graus de vinculação de acordo com situações específicas, não os relacionando genericamente com a referida classificação.<sup>255</sup>

A nomenclatura é importante para fins didáticos, não temos dúvidas, mas nos parece menos importante para efeitos práticos. No caso brasileiro, os arts. 926 e 927, do CPC, acima mencionados, estabelecem a vinculação dos juízes e tribunais apenas aos seus próprios precedentes, ou ao de tribunais que lhes sejam superiores, não fazendo o mesmo quanto aos precedentes de juízos inferiores ou de outras cortes de mesma hierarquia.

Destarte, a obrigatoriedade sempre dependerá da perspectiva subjetiva, ou seja, do órgão do qual emanou o precedente e daquele que irá decidir. Admitindo-se, por hipótese, o *stare decisis* brasileiro, o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo seria vinculante apenas para os juízes de direito do mesmo Estado, e meramente persuasivo, por exemplo, para

---

<sup>253</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 313 e 314.

<sup>254</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 353 e 354.

<sup>255</sup> COUSO, Jaime. El uso de precedentes em materia penal: retórica y realidad en perspectiva comparada. In: COUSO, Jaime; MERA, Jorge (org.). *Precedentes y Justicia Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, p. 49 a 53.

um juiz do Recife. Ademais, precedentes dos tribunais ou juízes inferiores hierarquicamente não são considerados obrigatórios para o tribunal superior, mas, da mesma maneira, apenas persuasivos.<sup>256</sup>

Mesmo assim, a questão da vinculação aos precedentes não é tão simples, especialmente quando muitos deles são formados por órgãos fracionários dos tribunais, problema que se agiganta quando esta situação acontece no STF, como passaremos a observar.

## 2.2 O JULGAMENTO POR ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS

No Chile, país do *civil law*, assim como o Brasil, a Corte Suprema, órgão máximo do Poder Judiciário,<sup>257</sup> é composta não só pelo Pleno, mas também por Câmaras especializadas. Todavia, essas Câmaras possuem competência diferente por matéria, ficando a jurisdição penal com a 2ª delas. Embora os juízes mudem de “sala” de tempo em tempo,<sup>258</sup> o que pode ser ruim para a observância de precedentes, ao menos eles não possuem diferentes Turmas com idêntica competência, ao contrário do que acontece com o nosso STF.

Conforme já comentamos, Turmas diferentes do STF possuem a mesma competência e decidem sobre o mesmo tema, inclusive no âmbito do sistema de justiça penal. Mas o pior é que os números demonstram que nele é muito mais frequente o julgamento de causas justamente por meio dos referidos órgãos fracionários, mediante a divisão entre Primeira e Segunda Turmas,<sup>259</sup> com competência a ser dividida apenas pelo critério da distribuição.<sup>260</sup> Esta divisão existe para otimizar o trabalho do órgão, o que é importante diante do alto número de processos admitidos, mas termina gerando outros problemas, a exemplo da possibilidade de órgãos distintos decidirem o direito de partes que se encontram exatamente na mesma situação fático-jurídica.

A propósito, é importante observar que ao longo do primeiro semestre de 2019 a 1ª Turma do STF, certa ou errada quanto ao mérito, aqui não importa, manteve uma coerência interna no julgamento colegiado das causas que lhes foram submetidas para decidir sobre a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau, ainda não

---

256 MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 103 e 105.

257 O Tribunal Constitucional é um órgão autônomo.

258 RAGONE, Álvaro Péres. El Complejo de Sísifo y la Corte Suprema Chilena, *In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 15 e 23.

259 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoTurma>, acesso no dia 15/05/2106.

260 Art. 8º a 10 do RISTF.

transitado em julgado. Dos trinta e sete acórdãos encontrados no banco de dados da corte, mediante pesquisa com uso dos termos “execução provisória” e “presunção de inocência”, nenhum deles entendeu que a medida ofendia o princípio constitucional.<sup>261</sup>

De uma pesquisa no mesmo período, com idênticos critérios, na 2ª Turma do tribunal, verificamos que seu entendimento não foi totalmente pacífico. De dezenove acórdãos encontrados, dezessete caminharam no mesmo sentido da 1ª Turma, é verdade, mas um deles concluiu pela impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado (RE 1.175.109 AgR/MG), enquanto outro decidiu que tal execução provisória somente seria possível após o julgamento do recurso ou *habeas corpus* no STJ (HC 166.899 AgR/SP).<sup>262</sup> Isso caracteriza a criticada “jurisprudência lotérica”, por deixar a questão ser resolvida na sorte, pela distribuição, a despeito da existência do dever de uniformizar, positivado expressamente no art. 926, *caput*, do CPC. Este dever pressupõe que o tribunal não possa ser omissivo diante de divergência entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica.<sup>263</sup>

Quanto à 2ª Turma, é importante observar ainda duas peculiaridades. Primeiro, que no dia 08/02/2019, no julgamento do HC 149.812 AgR/SP, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, o colegiado seguiu o voto do relator que entendeu cabível a “execução provisória” após a condenação em 2ª instância, fazendo referência a precedente do Plenário, vencido apenas o ministro Lewandowski. Todavia, no julgamento do referido HC 166.899 AgR/SP, menos de dois meses depois, mais precisamente no dia 05/04/2019, o mesmo relator votou de forma diferente, o que também aconteceu no mencionado RE 1.175.109 AgR/MG, em 12/04/2019, gerando em ambos um resultado oposto. Não conseguimos descobrir, no *website* do tribunal, se houve alguma ausência, se outro ministro mudou de posição nos dois casos, ou mesmo se alguém votou sem conhecimento do que estava acontecendo, mas o fato é que o tratamento não foi isonômico. Por sua vez, uma segunda particularidade é que o ministro Celso de Mello, embora entendendo de forma pessoalmente contrária, tem seguido a posição dominante,

---

<sup>261</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28EXECUCAO+ADJ+PROVISORIA+MESMO+PRESUNCAO+ADJ2+INOCENCIA%29%28%40JULG+%3E%3D+20190101%29%28%40JULG+%3C%3D+20190630%29%28PRIMEIRA%2E%2E%29&pagina=1&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y65cqbds>. Acesso no dia 26/08/2019.

<sup>262</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28EXECUCAO+ADJ+PROVISORIA+MESMO+PRESUNCAO+ADJ2+INOCENCIA%29%28%40JULG+%3E%3D+20190101%29%28%40JULG+%3C%3D+20190630%29%28SEGUNDA%2E%2E%29&pagina=1&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y54ow8sx>. Acesso no dia 26/08/2019.

<sup>263</sup> DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 384.

colaborando bastante para a diminuição da instabilidade, especialmente diante de vários acórdãos finalizados com o placar de 3x2 na sua Turma. Mesmo assim, 10% dos julgamentos do referido órgão fracionário não caminharam no mesmo sentido do entendimento da 1ª Turma, o que termina deixando a decisão da liberdade da pessoa para a sorte, não para o direito.

Muitos precedentes brasileiros não estão seguindo um mínimo de coerência. Não é possível que o mesmo tribunal venha a sustentar, ao mesmo tempo, posições distintas. Ainda que dividido em órgãos, é um só, e precisa atuar em conformidade com sua unidade, assumindo uma única posição acerca da mesma questão jurídica.<sup>264</sup>

Em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há espaço para que a convicção pessoal do juiz seja o critério exclusivo para resolver as indeterminações da lei, embora a prática jurídica brasileira revele que existem decisões diferentes para casos que são simetricamente iguais, sendo flagrante a incoerência jurídica. Integrantes do Poder Judiciário, em casos semelhantes, ora invocam determinadas preocupações, ora não as invocam, a depender, ao que tudo indica, do pragmatismo essencialmente momentâneo inerente ao ir e vir da conjuntura política, econômica e social,<sup>265</sup> sem falar na impossibilidade de estudo cuidadoso das demandas, diante da avalanche de recursos admitidos.

A sistemática de julgamento em cortes superiores, por meio de turmas diferentes, com idêntica competência, nos leva a três conclusões alternativas: ou a questão não tem importância suficiente para ser julgada por um tribunal superior; ou ela já foi julgada naquele local, não devendo mais ser repetida; ou seu primeiro julgamento, por apenas uma delas, implicará em novas discussões futuras do mesmo tema, não apenas com perda de tempo e trabalho, de forma contrária à economia processual, como também em nítida possibilidade de quebra de isonomia, diante da grande quantidade de resultados diferentes para casos iguais. As demandas objeto de nosso estudo referem-se a um único tema, dentre vários outros, que empiricamente confirmam esta afirmação.

De outro lado, além de cada Turma do STF ser composta de apenas cinco ministros,<sup>266</sup> número bastante reduzido para julgamento de questões de mais alta importância para o país, é possível que a decisão seja tomada por um número ainda menor, como pode ter acontecido nos

---

<sup>264</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 432.

<sup>265</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de Precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 507.

<sup>266</sup> Art. 4º, *caput*, do RI do STF.

aludidos HC 166.899 AgR/SP e RE 1.175.109 AgR/MG, apesar de a corte ter um número total de onze.<sup>267</sup>

Situação ainda mais problemática ocorre no âmbito dos julgamentos monocráticos na nossa Suprema Corte, o que é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio. No Brasil fez-se uma clara opção por aceitar, em muitas situações, a prolação dessas decisões monocráticas de mérito no âmbito dos tribunais, a exemplo do que ocorre nos casos previstos nos incisos IV e V, do art. 932, do CPC, bem como naqueles descritos no art. 21, XV, e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do STF (RISTF).

Diante da autorização normativa, depois de alterado o precedente do STF sobre o tema que estamos estudando, no HC 126.292/SP, ou mesmo no ARE 964.246/SP, ambos julgados em 2016, percebemos que os seus ministros continuaram a decidir seguidamente a mesma questão também de forma isolada. A nosso sentir, uma vez decidida a questão, causas com a mesma discussão sequer deveriam voltar à corte de vértice, ao menos por um bom tempo. Não haveria necessidade, diante da existência do precedente, bastando que ele fosse obedecido. Todavia, quando utilizamos, mais uma vez, as expressões “execução provisória” e “presunção de inocência”, como critério de pesquisa no *website* do STF, selecionando apenas a opção “decisões monocráticas”, encontramos o surpreendente número de 1.196 documentos num período de dois anos e meio, entre 01/01/2017 e 30/06/2019, o que equivale a aproximadas quarenta decisões monocráticas por mês sobre a matéria,<sup>268</sup> excluídos da conta os períodos de recesso forense. Assim, ao menos em face do tema estudado, a existência de precedente obrigatório não está contribuindo com a celeridade e a economia processual, ao contrário do que poderia se pensar.

Mas não é só. Diante do grande número de decisões monocráticas encontradas, para nós não é viável analisar uma a uma. Mesmo assim, verificando as decisões mais recentes, no período citado, percebemos a seguinte tendência: 1) o ministro Gilmar Mendes vem decidindo monocraticamente que a execução provisória somente pode acontecer após o julgamento do recurso no STJ (HC 171.730/PR, HC 172.163/MG, HC 168.510/SP, HC 170.353/SP, HC 171.730/PR, etc.), embora algumas vezes, após entender da mesma forma, ele tenha mantido a prisão ao argumento de ser ela necessária para a garantia da ordem pública, “em casos graves”

---

<sup>267</sup> Art. 101, *caput*, da Constituição Federal (CF).

<sup>268</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28EXECUCAO+ADJ+PROVISORIA+MESMO+PRESUNCAO+ADJ2+INOCENCIA%29%28%40JULG+%3E%3D+20170101%29%28%40JULG+%3C%3D+20190630%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yyzfmrpp>. Acesso no dia 27/08/2019.

(HC 169.691/MS, HC 171.380/BA, HC 171.688/RN, etc.). Por outro lado, quanto às penas restritivas de direito, tem suspenso a execução provisória até o trânsito em julgado da condenação (HC 161.140/PR); 2) o ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, tem decidido monocraticamente que o réu aguarde em liberdade o julgamento final, pelo Plenário, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44/DF, ou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que ocorrer primeiro (ARE 1.217.425/SP, RHC 165.318/SP, HC 169.438/SP, etc.); 3) em contraste, os ministros Fachin, Barroso, Fux, Celso de Mello, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia aplicaram monocraticamente o entendimento da maioria do Plenário, válido no período, no sentido de que a execução provisória pode ocorrer ainda que a causa esteja sujeita a recurso especial ou extraordinário, sem distinguir entre pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (HC 172.973/SP, HC 173.004/DF, HC 173.017/SP, HC 172.980 MC/BA, HC 172.954/PR, HC 170.939/SP, ARE 1.218.458/SC).

Não foi fácil encontrar decisões monocráticas dos ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, o último certamente por ter presidido a corte nos últimos meses do período pesquisado. Porém, quanto a eles, aconteceu um fato importante no final de 2018. Após o julgamento do HC 126.292/SP, ratificado pelo indeferimento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44/DF, e pelo julgamento do ARE 964.246/SP no Plenário Virtual, no dia 18/04/2018 o Partido Comunista do Brasil ajuizou uma nova ADC, a ADC 54/DF, tratando exatamente da mesma matéria, aduzindo que no julgamento do HC 152.752/PR, impetrado em favor do ex-presidente Lula, julgado no dia 04 de abril de 2018, apesar de ter sido denegada a ordem e de não ser possível assegurar a existência de maioria em favor da sua tese, a posição majoritária teria se consolidado em seu favor (p. 3).<sup>269</sup>

Distribuída a ação para o ministro Marco Aurélio por prevenção, considerada a identidade de objeto com a ADC 43/DF (p. 8), na qualidade de relator ele resolveu deferir a liminar, monocraticamente, às 14:00 horas do dia 19 de dezembro, quatro horas antes do início do recesso forense, determinando a suspensão da execução da pena baseada em decisão não transitada em julgado, com a consequente ordem de libertação de todos aqueles que estivessem presos sob tal fundamento (p. 18). Disse que assim estava agindo, isoladamente, por ter liberado o processo para inclusão em pauta desde 19 de abril daquele ano, mas que, num primeiro momento, tinha sido designado apenas o dia 10 de abril do ano seguinte para decisão colegiada (p. 9).

---

<sup>269</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307371&ext=.pdf>, acesso no dia 06/10/2019.

Já temos o problema de a legislação permitir a prolação de decisões monocráticas em várias situações. Porém, neste caso específico, de ação declaratória de constitucionalidade, o art. 21, *caput*, da Lei 9.868/99, estabelece que a medida cautelar somente pode ser deferida por decisão da maioria absoluta dos membros do tribunal. Ademais, a questão já tinha sido apreciada no colegiado, na ação que ensejou a prevenção por “identidade de objeto”, quando o provimento de urgência já tinha sido negado. Tanto assim que, poucas horas depois, às 19:39 do mesmo dia, o ministro Dias Toffoli, na qualidade de presidente do órgão, suspendeu os efeitos da decisão proferida na ADC 54, na suspensão de liminar 1.188/DF, ao argumento de que a decisão do ministro Marco Aurélio ofendia o precedente formado no HC 126.292/SP, do Pleno, mantido no indeferimento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44/DF, com entendimento reafirmado no julgamento do tema 925, em sede de repercussão geral (p. 4, 6 e 8).<sup>270</sup>

Ao que nos parece, a alegação de existência de um fato novo superveniente, qual seja a sinalização de retorno ao entendimento de 2009, ainda que realmente existente, deveria ser avaliada quando do pronunciamento final do Pleno no âmbito das ADCs, pendentes de julgamento final. A demora em seu julgamento não justificaria a prolação de uma decisão monocrática *contra legem*, e contra a posição momentânea do colegiado, até porque, mesmo ideologicamente, esse não seria o único julgamento atrasado no âmbito do STF.

Uma equipe da FGV Direito Rio já vem trabalhando há algum tempo com o problema. Para eles, no STF há uma tensão entre sua ação institucional e o comportamento individual de seus ministros, quase sempre discricionário, decidindo temas que consideram importantes, mas fora do controle do plenário. Os dados do projeto Supremo em números revelaram há anos que, em termos quantitativos, decisões colegiadas são a exceção no funcionamento do tribunal. E, dando exatamente o exemplo da execução provisória da pena após uma condenação em 2ª instância, diz que se um ministro discorda da orientação do plenário, ele usa o poder da decisão monocrática para ignorar ou contrariar a manifestação colegiada. Mesmo vencido, continua a promover sua posição, agora jogando sozinho, correndo o risco de ser visto como um empreendedor da causa, em vez de juiz imparcial, em um perigoso exemplo para as instâncias inferiores.<sup>271</sup> Aliás, em outra análise, agora limitada ao sistema de justiça penal e às ações de

---

<sup>270</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339311633&ext=.pdf>, acesso no dia 07/10/2019.

<sup>271</sup> FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: Todos contra o Plenário, *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.), *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 20, 21, 23, 24 e 26.

improbabilidade, o mesmo grupo de pesquisa demonstra que 77,59% das decisões foram produzidas monocraticamente no período de 2007 a 2016.<sup>272</sup>

Mesmo os países europeus do *civil law* possuem uma aversão a julgamentos por juiz único. Até onde não existe júri, a exigência de três juízes reduz o risco de decisões arbitrárias.<sup>273</sup> Se o pensamento é esse para instâncias inferiores, imagine-se para a corte de vértice. Mesmo que para quem não queira adotar um sistema de precedentes vinculantes, o julgamento monocrático no STF não tem a menor razão de ser, ampliando muito a possibilidade de arbítrio. Todavia, a prática demonstra uma produção maciça de decisões individuais em detrimento da produção institucional, resultando, ao final, em quinze Supremos criminais, considerando os onze ministros, mais as duas Turmas, a Presidência e o Pleno.<sup>274</sup>

A larga prolação de decisão monocrática nas nossas cortes superiores, inclusive de forma contrária à orientação do plenário, com posições individuais diferentes entre os diversos ministros, termina gerando resultados diferentes para casos iguais, mesmo em curto espaço de tempo. Todavia, infelizmente isso acontece, como demonstrado empiricamente, o que tem consequências ainda mais graves quando isso acontece dentro do sistema de justiça penal.

### 2.3 A SUPERACÃO DE PRECEDENTES NA LEI E NA TEORIA

A despeito de não acontecer na maioria dos casos, em algumas oportunidades o STF também decide matérias por meio do seu plenário, claro. Mas também é possível que o pleno do tribunal volte a analisar a mesma questão que já tinha decidido, o que exige o nosso estudo sobre a superação de precedentes, chamada de *overruling* nos países de origem anglo-saxônica.

O tema já tem previsão legal no Brasil, também tendo recebido a atenção da doutrina nacional, mas geralmente de forma meramente teórica, sem estudo empírico sobre a forma de atuação do Poder Judiciário quanto ao assunto. Por isso, agora iremos comparar aspectos teóricos da matéria com sua aplicação prática, objetivando descobrir quais critérios são aplicados para que um precedente não seja seguido pela própria corte que o formou. Iniciemos pela dogmática jurídica.

No Brasil, embora já existisse uma previsão inicial de modulação de efeitos das decisões do STF no que toca ao controle de constitucionalidade (art. 27, da Lei 9868/99), um

---

<sup>272</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 32.

<sup>273</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 133.

<sup>274</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 38.

novo marco foi estabelecido pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015. No que interessa para este estudo, vejamos a atual previsão legal:

Art. 927.

(...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

(...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Mais uma vez, pareceu-nos tímido o legislador ao escolher a técnica de normatização aberta como critério para a superação de precedentes. Nos §§ 2º e 4º, do art. 927, do CPC, se limitou a admitir a possibilidade de prévias audiências públicas, além de exigir uma fundamentação “adequada”, mas sem dizer os requisitos que deveriam basear a superação, ainda que tenha mencionado os fluidos princípios da segurança, confiança e isonomia. Perdeu a oportunidade de fixar critérios menos subjetivos para a superação de precedentes no Brasil, mesmo que, no estado atual do Judiciário nacional, sua fixação legal talvez não fosse realmente seguida na prática.

Nossa doutrina, de certa forma, já tem debatido bastante o assunto, ainda que no aspecto teórico, e fora do sistema de justiça penal. Ela tem sustentado haver uma forte pressão normativa pela manutenção do precedente, sendo a superação a última opção a ser feita pela corte que o formou, o que termina impondo um maior esforço argumentativo para que ela possa ocorrer.<sup>275</sup> O *overruling* constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da formulação do precedente, e mesmo assim mediante um complexo encargo argumentativo.<sup>276</sup> Se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus argumentativo contrário,<sup>277</sup> o que inclusive pode ser inferido do art. 927, § 4º, acima transcrito, ainda que não diretamente. Mas quais argumentos podem ser utilizados para justificar a superação de um precedente?

Mudanças na tecnologia, comércio e indústria, no posicionamento social em matérias como gênero, relações familiares e propriedade, além de mais um sem número de considerações

---

<sup>275</sup> PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 557-558.

<sup>276</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 76.

<sup>277</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 449.

similares pode dar razão a um sentimento de que as normas jurídicas estão na contramão das necessidades e aspirações da sociedade. Por isso, para Macêdo, mudanças substanciais em particularidades técnicas, sociais, econômicas, políticas ou jurídicas que embasaram um precedente faz com que ele não mais se justifique.<sup>278</sup>

Esses critérios, com os quais concordamos, foram basicamente os mesmos adotados pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Segundo o seu enunciado 322, a modificação de precedente vinculante poderá fundar-se na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.<sup>279</sup> Não obstante, o referido enunciado também mencionou a possibilidade de superação por “outros motivos”, sem especificar quais, o que terminou deixando a situação excessivamente aberta, da mesma forma que fez a lei ao optar por não positivizar as situações específicas que ensejariam a alteração do entendimento. Esses outros motivos, para serem legítimos, na nossa visão devem estar necessariamente ligados à demonstração de alguma mudança relevante no cenário sob o qual foi formado o precedente a ser superado.

Havendo a opção pelo *stare decisis*, para nós os precedentes deveriam incidir independentemente do juízo valorativo do magistrado, cabendo-lhe aplicá-los da mesma forma que deveria aplicar uma lei para ele moralmente inadequada ou injusta. Deveriam evitar a possibilidade de superá-los livremente, dando, assim, maior segurança e racionalidade ao direito, protegendo mais a confiança e a isonomia. Nesta linha de pensamento, as hipóteses acima citadas deveriam ser as únicas capazes de autorizar a superação, embora reconheçamos que o assunto não possui previsão legal tão “específica”.

A previsão legal aberta, limitada à simples proteção da segurança, confiança e isonomia, obviamente permite variadas opções interpretativas, permissivas de outras hipóteses de superação. A questão, aliás, já é objeto de debate há anos nos Estados Unidos, o que veremos posteriormente, também já tendo se iniciado no Brasil. A pergunta, agora, é a seguinte: não havendo modificação econômica, política, cultural, social ou jurídica, pode um precedente deixar de ser seguido em razão de arrependimento na sua formação, ou mesmo do reconhecimento de um equívoco anterior, ainda que decorrente de erro na interpretação de uma lei clara?

---

<sup>278</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 378 e 380.

<sup>279</sup> Disponível em <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>, acesso no dia 29/08/2017

Para Ravi Peixoto, quando existem possibilidades interpretativas do texto normativo, o precedente da corte não deve ser superado como regra, mas o contrário pode acontecer se houver demonstração de incongruência social ou sistêmica. De outro lado, se o precedente corresponde a uma interpretação contrária ao texto legal, tem-se a hipótese de erro evidente, situação que também admitiria a superação, sem necessidade de lidar com argumentos de alteração social, jurídica, etc., bastando invocar a incorreção do argumento e a violação do texto, com ônus menor de manutenção da posição original.<sup>280</sup>

Não podemos concordar. Em primeiro lugar, se o texto legal possui mais de uma opção interpretativa válida, como consequência da sua abertura, qualquer uma delas é igualmente legítima, não cabendo ao julgador subsequente simplesmente fazer uma valoração diferente, sob pena de trair a segurança, isonomia e confiança dos jurisdicionados. Já realizada a escolha, sendo ela uma daquelas possíveis, já se levou em conta os critérios de congruência social ou sistêmica já foram considerados, somente podendo ser afastados em caso de mudança superveniente devidamente demonstrada.

Mais complicada é a segunda situação, de alegado precedente evidentemente *contra-legem*, temos que reconhecer. Porém, mesmo nestes casos nos parece que a superação exigiria comprovação de alteração econômica, política, cultural, social, legal, ou pelo menos alguma outra mudança relevante do cenário, diante da subjetividade do que seja certo ou errado, verdade ou mentira, valendo lembrar que nem nas ciências as certezas absolutas são consideradas um atributo,<sup>281</sup> quanto mais no âmbito das decisões judiciais.

Para Peixoto, o nosso entendimento corresponde à adoção de uma “teoria forte” do *stare decisis*, que poderia trazer problemas, tais como a realização de “distinções” inconsistentes diante da ausência de razões para a “superação”.<sup>282</sup> Pensamos, todavia, independentemente da nomenclatura apresentada, que o uso indevido do *distinguishing*, diante da impossibilidade de utilização do *overruling*, nada mais é que uma conduta ilegítima, um subterfúgio para contornar o sistema, da mesma forma que várias outras atitudes práticas podem fazer o mesmo nos mais diversos assuntos. Se inexistente alteração das circunstâncias sob as quais o precedente foi formado, não há razão para sua inobservância, nem mesmo no caso de erro, sob pena de esse argumento ser sempre utilizado aleatoriamente. Afinal, a discordância do

---

<sup>280</sup> PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 560 e 561.

<sup>281</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 63, p. 188-230, 2006.

<sup>282</sup> PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 560 a 562.

precedente sempre terá relação com a ideia de ser ele equivocado, mas se o *stare decisis* focar apenas em precedentes corretos, ele será inútil, porque o resultado necessariamente será o mesmo independentemente da sua existência.

É importante lembrar, por fim, do conteúdo do art. 1.043, § 3º, do CPC, especialmente em face da sua relação com o papel do STF no sistema de precedentes obrigatórios. Segundo o dispositivo, cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, mas desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros. Se, por um lado, a regra contribui para a unidade do direito produzido pelo STF, viabilizando a pacificação de alguns conflitos existentes no mesmo órgão fracionário, de outro lado veda a uniformização quando as decisões conflitantes tiverem sido tomadas pelos mesmos julgadores. Dito de outro modo, permite que os mesmos integrantes de uma Turma decidam a mesma questão de formas diferentes, sem nenhum remédio para curar “a doença”, o que de certa forma se choca com a filosofia que embasa o *stare decisis*. Por sua vez, se o fim do legislador não era prestigiar a unidade do direito, mas apenas permitir a superação de precedente, deveria ter ligado a situação à mudança do estado das coisas, não à mera modificação na composição do órgão. O fato é que, ainda que não possamos falar em precedente vinculante oriundo de Turma, a superação dos seus precedentes persuasivos é autorizada legalmente pela modificação dos integrantes que a compõem, o que nos parece um contrassenso.

De toda forma, depois de estudados aspectos legais e doutrinários relativos à superação de precedentes, passamos à prática. Qual o tratamento que o STF vem dando ao tema? Para sugerir uma possibilidade de resposta, voltemos aos estudos de caso, lembrando que nosso foco é qualitativo, não quantitativo, inapto a mostrar uma tendência do comportamento da corte quanto ao assunto.

#### **2.4 A MUDANÇA DE PRECEDENTE NO HC 126.292/SP**

Em 2016, ao decidir o HC 126.292/SP, posteriormente ratificado no indeferimento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44/DF e, ainda que resumidamente, no ARE 964.246/SP, em repercussão geral (Tema 925), o STF modificou o seu precedente firmado no HC 84.078-7/MG. É certo que este já tinha ido de encontro à “jurisprudência dominante” anterior, mas no ano de 2016 quiçá houvesse ainda mais razão para o colegiado ter apresentado preocupações relativas a critérios para a superação do entendimento. Mais precisamente, deveria ter apresentado os parâmetros objetivos que refletem o texto aberto art. 927, § 4º, do CPC, inclusive os

relacionando concretamente, não apenas em tese, com o tema examinado. Ou, no mínimo, o fechamento da norma legal aberta teria que ter sido efetuado nos julgamentos subsequentes do Plenário sobre a mesma matéria, diante do estado de *vacatio legis* do CPC quando da decisão no *habeas corpus*.

No referido julgamento, inúmeros argumentos foram utilizados não apenas pelo relator, como também pela maioria que o acompanhou, para justificar a adoção de uma posição diferente daquela tomada em 2009 pela mesma corte. Todavia, o que aqui nos interessa não é acerto ou erro de tais argumentos, mas a compatibilização da decisão com a filosofia por trás de um sistema de precedentes.

O voto do relator mencionou expressamente a anterior posição da corte, adotada no HC 84.087-7/MG, de 2009, não se podendo falar, portanto, em desconhecimento. E, no seu final, concluiu da seguinte forma: essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, “restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte” (p. 19). No entanto, não se verificou sua preocupação em justificar a necessidade de nova mudança da orientação, não se mencionando uma alteração social, política, econômica, cultural ou jurídica suficiente para isso.

É aí que vemos o problema. Dentre os argumentos da douta maioria podemos citar os seguintes: distribuição do ônus da prova como único núcleo duro da presunção de inocência; exaurimento do exame de provas e fatos com o julgamento em 2ª instância; presunção de inocência como norma aberta, sujeita a complementação pelo legislador; cenário internacional; interposição de recursos extraordinários protelatórios; necessidade de um sistema prisional mais funcional e equilibrado; diminuição da sua seletividade; quebra da impunidade, etc., como já mencionado.

Poderia se inferir, no máximo, que dois dos votos vencedores trabalharam com a questão, a despeito de fazê-lo indiretamente, no âmbito da abordagem da mutação constitucional. O ministro Barroso disse, referindo-se à mudança de entendimento efetuada em 2009, que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal (p. 32).

Disse ele que, em primeiro lugar, o entendimento fixado em 2009 funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Ao justificar esta afirmação com base em dados do mundo real, sustentou que o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5% e que, de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e

agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total (p. 32 e 33). Porém, não nos parece que a argumentação seja suficiente. Para comprovar uma modificação do cenário apta a justificar a superação do precedente, ele teria, no mínimo, que demonstrar esses números comparando-os com os dados anteriores a 2009, demonstrando que houve um aumento de recursos criminais desproporcional ao crescimento da população ou ao de outras espécies recursais, ou uma redução no percentual de êxito desses recursos criminais.

Aliás, pesquisa da FGV Direito Rio não comprova exatamente que isso tenha acontecido. Ela indica ser perceptível que há um pico na quantidade de processos criminais no STF em 1997, seguido de um declínio, antes do retorno do crescimento no começo dos anos 2000, a partir de quando voltou sempre a crescer, salvo um período de estabilização entre 2009 e 2012, justamente depois da formação do precedente que foi superado em 2016.<sup>283</sup> Assim, não definitivamente não foi precedente fixado no HC 84.078-7/MG que aumentou o número de recursos criminais no STF, embora sua superação talvez pudesse ser justificada com aumento severo na referida quantidade ocorrido a partir de 2012. Em contraste, o crescimento muito elevado continuou até o ano de 2017, sugerindo que a superação efetuada em 2016 não resolveu esse problema.

A mesma pesquisa da FGV Direito Rio demonstra, outrossim, que o percentual de novos processos criminais no STF, em relação ao total, até diminuiu em 2009, seguindo-se pequena variação de diminuição e aumento entre 2010 e 2013, mantendo uma certa estabilidade até 2015, dados que sugerem que o HC 84.078-7/MG, de 2009, não contribuiu para um aumento percentual no número de recursos criminais. Por sua vez, embora realmente tenha havido um forte aumento no ano de 2015, o que caminharia iria ao encontro da conclusão do ministro Barroso, esse grande crescimento continuou até 2017, mesmo depois da superação do entendimento, confirmando que o julgamento do HC 126.292/SP não resolveu o problema.<sup>284</sup>

Em segundo lugar, continuou o ministro Barroso, o entendimento de 2009 teria reforçado a seletividade do sistema penal, uma vez que a ampla e quase irrestrita possibilidade de recorrer em liberdade aproveitaria sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Os réus mais pobres não teriam dinheiro, nem a Defensoria Pública teria estrutura, para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, tornar-se-ia mais fácil prender um jovem de periferia do que um agente

---

<sup>283</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 18.

<sup>284</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 19.

político ou empresário que comete uma fraude milionária (p. 33 e 34). Ora, é fato notório que a população carcerária brasileira é composta, na sua imensa maioria, por pessoas das classes mais baixas da população, existindo várias pesquisas empíricas sobre o problema.<sup>285</sup> No entanto, para justificar a superação o precedente de 2009 ele teria que ter demonstrado que a seletividade do sistema penal aumentou ainda mais depois dele, em termos proporcionais, o que pode até ter acontecido, mas não foi concretamente comprovado.

Em terceiro lugar, finalizou o ministro Barroso, o entendimento a superar teria contribuído significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, embora um sistema de justiça desmoralizado não sirva ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. Justificando sua afirmação, faz menção a dados do CNJ no sentido de que, nos anos de 2010 e 2011, prescreveram 2.918 crimes de corrupção e lavagem de dinheiro (p. 34). Os números de fato são alarmantes, diríamos até absurdos, mas a preocupação que o ministro não teve foi de demonstrar se eles eram proporcionalmente menores antes de 2009. Além disso, existem dados que comprovem, comparativamente, o descrédito do Judiciário antes e depois? Se antes o processo do “mensalão”, de 2007,<sup>286</sup> talvez tenha melhorado um pouco o conceito do Judiciário perante a população, não se pode *a priori* descartar o mesmo efeito oriundo dos processos da “operação lava-jato”, já em 2014.

Em complemento, o ministro Fux defendeu que a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer, acrescentando que ela não corresponde mais àquilo que se denomina de sentimento constitucional (p. 59 e 60). O que ele não explicou, porém, foi se a mesma sociedade pensava de forma diferente em 2008 ou se naquele ano o sentimento constitucional era outro.

Destarte, embora o ministro Barroso tenha mencionado expressamente a existência de uma alteração na compreensão da realidade social (p. 35), essa alteração não foi devidamente demonstrada, ainda que, sob algum aspecto, ela até possa ter existido. Por isso, o STF terminou apenas entendendo que sua anterior decisão, no HC 84.087-7/MG, de 2009, não era a melhor opção interpretativa, sendo esta a única justificativa para não mais segui-la. Não se pode negar que a douta maioria se desincumbiu de um ônus argumentativo, mas relacionado somente a razões para aderir a outra interpretação do preceito constitucional, tanto que alguns ministros têm variado suas posições quanto ao tema ao longo do tempo. O necessário ônus de demonstrar um motivo concreto para a superação do precedente não foi atendido.

---

<sup>285</sup> Disponível em <http://www.justica.gov.br/>, acesso no dia 05/03/2018.

<sup>286</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>, acesso no dia 11/10/2019.

Como vimos, a opção por outra interpretação igualmente válida, de um texto normativo aberto, não justifica o *overruling*. Ainda que sigamos a linha de Ravi Peixoto, explicada no item anterior, no sentido de ser possível a superação em razão de precedente formado *contra legem*, este não seria o caso, até porque apenas os vencidos se fundamentaram na existência de uma “regra” constitucional clara e fechada, o mesmo não acontecendo com a posição vencedora, que pendeu, direta ou indiretamente, para a abertura do “princípio” então examinado.

Claro, não tendo sido o tema debatido e julgado no bojo de ações de constitucionalidade naquele ano de 2009, não se poderia falar em *stare decisis* sob o ponto de vista dogmático, eis que a decisão foi anterior ao atual CPC. Contudo, se o HC 84.087-7/MG, de 2009, não tinha natureza de precedente vinculante, da mesma forma não teria HC 126.292/SP, de 2016, julgado antes da vigência do CPC. Além disso, se eles não tinham efeitos vinculantes sob o ponto de vista do direito positivo, efetivamente tiveram sob o ponto de vista prático, ambos com suas teses seguidas nas instâncias inferiores por um determinado momento. Aliás, alguns importantes precedentes em matéria penal foram efetivamente fixados em HC ou em recursos ordinários em HC, impulsionados pela via larga de acesso que esses feitos parecem ter junto ao STF.<sup>287</sup>

Em acréscimo, insta acentuar que a ausência de efeito vinculante terminaria gerando um alto nível de incerteza e insegurança em relação a um dos bens mais preciosos do ser humano, a liberdade, como também no que toca aos bens jurídicos mais importantes para o convívio social, justamente aqueles protegidos pelo direito penal. Para vários órgãos do Judiciário espalhados pelo país, os condenados em 2º grau seriam presos, para outros vários, permaneceriam em liberdade.

Exigindo que os juízes sigam decisões anteriores, o *stare decisis* supõe tornar mais fácil para as pessoas que enfrentam uma situação nova prever como os tribunais vão lidar com isso: eles vão lidar da maneira como lidaram com situações semelhantes no passado, em vez de atuar de forma imprevisível, com uma nova abordagem própria. A previsibilidade que sua adoção promove, supõe tornar mais fácil para as pessoas exercer sua liberdade, ou seja, os seus poderes autônomos de planejamento e ação.<sup>288</sup> É exatamente a mesma razão que originou o princípio da anterioridade penal: a necessidade de preservar a segurança jurídica individual.

---

<sup>287</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 14.

<sup>288</sup> WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1942557>, acesso no dia 27/06/2016, p. 9.

Os precedentes obrigatórios precisam garantir aos jurisdicionados o conhecimento das normas jurídicas que determinam seus deveres e direitos, evitando insegurança jurídica proveniente de mudanças abruptas e infundadas, o constante zigzague jurisprudencial, ou o tratamento diferente para pessoas na mesma situação.<sup>289</sup> Isso, porém, ao menos algumas vezes, não tem sido objeto de preocupação do STF, conforme exemplificativamente se vê no tema da prisão após condenação em 2ª instância.

Se as cortes puderem mudar precedentes sempre, e por qualquer razão que desejem, a doutrina do *stare decisis* simplesmente não existirá. Portanto, parece seguro dizer que a superação de um precedente não pode ser uma licença para os juízes fazerem tudo o que almejam.<sup>290</sup> O que se espera de juízes que queiram se afastar de precedentes é que a superação não seja simplesmente arbitrária, mas feita mediante a publicação de razões especialmente sérias ou fortes para isso.<sup>291</sup>

Apesar de tudo isso, há ainda outro ponto muito importante, por mais paradoxal que possa parecer. Embora sob o ponto de vista teórico entendamos imprescindível que o STF se desincumba de um forte ônus argumentativo apto a comprovar a necessidade de superação de um precedente criminal, em face da mudança do cenário sob o qual ele foi formado, é humanamente possível aos ministros assim agirem diante do quadro no qual estão atualmente emoldurados, ou, mais claramente, diante do número de causas que têm que decidir?

### **3. O COMPORTAMENTO DO STF NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

#### **3.1 A CARGA DE TRABALHO**

Em 2015 tivemos a oportunidade de analisar aspectos culturais, positivados na competência constitucional dos tribunais superiores brasileiros, que refletem problemas incompatíveis com a efetivação mínima de um sistema de precedentes sob o ponto de vista prático. Depois de estudar alguns dados, concluímos que para o nosso *stare decisis* alcançar o objetivo de aumentar os níveis de segurança jurídica, isonomia, previsibilidade e confiança, para patamares minimamente aceitáveis, seria imprescindível uma urgente mudança estrutural

---

<sup>289</sup> MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 384.

<sup>290</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 163.

<sup>291</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

do Poder Judiciário brasileiro, com reflexos principais nas possibilidades recursais.<sup>292</sup> Atualmente já pensamos que esse não seja o único problema. De toda forma, a mudança não veio e os resultados não parecem ter melhorado, o que pede nova abordagem da situação, atualizada, e agora de forma restrita ao STF e ao sistema de justiça penal, tema delimitado neste estudo.

No pós-guerra, muitos países europeus de tradição do *civil law* passaram a permitir a análise da constitucionalidade das leis e dos atos oficiais, o que resultou na criação de tribunais especiais com esse poder. Na maioria da América Latina, no entanto, em razão da influência dos Estados Unidos, surgiu um poder de revisão judicial atribuído às próprias cortes jurisdicionais de vértice.<sup>293</sup> No caso brasileiro, terminou havendo a opção por uma espécie de soma dos sistemas, resultando na mais variada gama de possibilidades de acesso ao STF, inclusive no âmbito do sistema de justiça penal, em razão da sua ampla competência. Se o modelo foi escolhido como uma resposta ao triste período ditatorial, por outro lado ela terminou gerando insegurança, incerteza e tratamento anti-isonômico, com consequências extremamente graves, ainda mais quando falamos da área criminal.

Na Itália, a propósito, parcialmente influenciadora do nosso modelo de cortes, Taruffo diz ser frequente a existência de uma jurisprudência confusa e sincrônica ou diacronicamente contraditória, defendendo que seria preferível poucos precedentes do que dúzias de enunciados repetitivos. Para o mesmo autor italiano, a experiência das cortes supremas que, segundo ele, operam como cortes de precedentes, mostra claramente que a força do *stare decisis* é inversamente proporcional ao número de precedentes, dependendo de um método de seleção das causas destinadas a serem efetivamente decididas no mérito.<sup>294</sup>

Visando facilitar a abordagem didática da questão, sob o ponto de vista empírico-quantitativo partimos de estudos da FGV Direito Rio para separar a natureza institucional do STF quanto à sua competência. Nesta trilha, o Supremo não atua como um só tribunal, mas sim como três cortes distintas, como um tribunal com três *personas*, dividido em: 1) corte constitucional; 2) corte recursal; 3) corte ordinária.<sup>295</sup> Esta classificação não se confunde com

---

<sup>292</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O Sistema de Precedentes e a Necessidade de Reestruturação do Poder Judiciário Brasileiro. In: *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 08. Recife: Seção Judiciária PE, 2015, p. 114 e 115.

<sup>293</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 157.

<sup>294</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 246 e 247.

<sup>295</sup> FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011, p. 13.

aquela apontada como relacionada ao papel, missão ou função das cortes, dividida entre cortes de justiça ou de precedentes, mas pode ajudar na sua descoberta.

Pois bem. Em primeiro lugar, não aprofundaremos a investigação quanto à carga de trabalho do STF como corte constitucional abstrata. Embora não deixemos de reconhecer que suas decisões sobre a constitucionalidade das leis em tese produzam efeito vinculante e eficácia *erga omnes* no território nacional, o que de alguma forma as conecta ao sistema de precedentes, elas não partem da aplicação do direito “a fatos concretos”, afastando-se parcialmente do *stare decisis*. De toda forma, o principal motivo para não detalhar mais a análise sobre esta primeira *persona* é que numericamente a atuação do tribunal em tais questões constitucionais é virtualmente nula.<sup>296</sup>

Já a competência do STF como corte recursal tem extrema importância com o nosso objeto de estudo. O tribunal recebe milhares de recursos versando sobre questões atinentes ao sistema de justiça penal, até porque a CF/88 incorporou as principais garantias penais e processuais penais, franqueando acesso amplo aos recursos extraordinários nesta área do direito, ao que se soma o julgamento de milhares de *habeas corpus* e mandados de segurança criminais. Entre 2013 e 2017, 30,27% dos seus processos criminais corresponderam a agravo em recurso extraordinário (ARE), enquanto mais 5,35% equivaleram ao próprio recurso extraordinário (RE) e 5,59% ao recurso ordinário em *habeas corpus*. Embora tecnicamente tenha natureza jurídica de ação, aqui também podemos incluir 3,78% de reclamações, já que elas visam, ao fim e ao cabo, a reforma de uma decisão judicial inferior. E pelas mesmas razões podemos incluir uma grande fatia dos 48,65% de *habeas corpus*,<sup>297</sup> considerando ainda que muitos deles foram julgados, na prática, como verdadeiros recursos “de direito”. Daí nos parecer válida a inferência de que a maior parte da atuação do órgão está aqui, como corte recursal.

Mas o STF também atua, por último, como corte ordinária, quando faz a apreciação individual de fatos e provas. Isso acontece muitas vezes em tempo real, simultaneamente ao processamento originário das causas nas instâncias inferiores, por exemplo, quando reexamina fatos para julgar *habeas corpus*, o que abrange a outra fatia dos 48,65% acima mencionados. *Habeas corpus* são “ações” que veiculam questões individuais e são resolvidas, muitas vezes, com base no conhecimento de situações de fato específicas, raramente fixando precedentes, a

---

<sup>296</sup> FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011, p. 22.

<sup>297</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 19 e 22.

despeito de algumas exceções.<sup>298</sup> Dito de outra maneira, embora talvez não seja tão grande quanto a competência criminal recursal, não é pequena a atribuição do STF como corte ordinária, analisando fatos já examinados em instâncias inferiores, ainda que se diga não ser possível o exame “aprofundado” de provas.

Ademais, o STF também atua como corte criminal ordinária ao julgar os réus que possuem foro privilegiado, tendo sido autuadas quinhentas ações penais originárias no STF entre janeiro de 2007 e dezembro de 2016.<sup>299</sup> É verdade que o número é pequeno para um período de dez anos, mormente quando comparado aos números das outras classes, equivalendo, na média, a apenas cinco ações por ministro relator em cada ano. Isso poderia sugerir que a competência por prerrogativa de foro na suprema corte não atrapalha um sistema de precedentes criminais obrigatórios.

Todavia, é importante ter em mente que uma característica peculiar do foro privilegiado é a análise colegiada também do recebimento da inicial acusatória, reduzindo as chances de uma denúncia infundada ou leviana ser aceita. No caso do STF, isso significa um filtro que já elimina dezenove em cada vinte investigações,<sup>300</sup> indicando um aumento na carga de trabalho dos ministros diante da necessária participação deles na fase pré-processual.

Além disso, se consideramos que os outros ministros do mesmo órgão, ainda que não sorteados como relatores, também deverão participar do julgamento dessas causas, o número anual de cada um já sobe para, no mínimo, vinte e cinco ações, partindo do pressuposto que a competência será de uma das Turmas, diante de mudança regimental ocorrida em 2014. Em face da necessidade de aprofundado exame de fatos extremamente complexos, isto é, das próprias provas produzidas, possivelmente nas ações criminais mais difíceis do país, o cenário muda de figura, o que se agrava diante da necessidade de decidir não apenas em face da Constituição, como também da vasta legislação infraconstitucional. Não fosse o bastante, quando o voto do relator elenca todos os argumentos formulados pelas partes, nas questões apenas de direito, a sua leitura pelos demais membros é quase sempre suficiente para a concordância ou discordância com a solução apresentada, o que é praticamente impossível de acontecer quando há necessidade de análise das provas, diante da sua maior subjetividade, exigindo o estudo detalhados de volumosos autos de processos.

---

<sup>298</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 14 e 24.

<sup>299</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *V Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 65.

<sup>300</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *V Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 65 e 82.

Repita-se: o foro privilegiado no STF gera a tendência de análise fática e probatória profunda, em processos complexos, que envolvem pessoas que ocupam importantes cargos públicos e são acusadas, muitas vezes, de vários crimes em concurso. Com tantas e tão difíceis causas, no exercício de sua competência originária é muito difícil para o STF compatibilizar a sua atuação com as atividades extremamente demoradas que são exigidas de um juiz penal que atue enquanto juiz de instrução e julgamento. Isso, inclusive, tem tornado impossível que toda a instrução seja acompanhada diretamente pelos ministros,<sup>301</sup> ocorrendo sua discutível delegação. Além disso, é inegável que a decisão final, se efetivamente tomada, será igualmente complexa, exigindo dedicação de boa parte do tempo dos ministros para a solução “justa” da causa.

Ora, como qualquer organização, a capacidade de trabalho do STF é limitada pelos recursos materiais e humanos, rotinas e demais elementos do processo produtivo. Na ótica administrativa, o incremento na demanda pode exceder a capacidade de trabalho, criando gargalos nas etapas produtivas e, possivelmente, diminuindo a própria qualidade do produto final.<sup>302</sup> Há uma incongruência em iniciativas que não podem se concretizar sem nova e ponderável carga de trabalho para os órgãos do aparelho judicial, porque, na prática, elas tiram com a mão esquerda o que porventura deram com a direita, bastando agravar a lentidão da marcha processual para esvaziar as vantagens acaso concebíveis de outro ponto de vista. Embora o raciocínio de Barbosa Moreira estivesse preocupado com a compatibilidade entre o volume de serviço e a efetividade do processo,<sup>303</sup> ele também se aplica, *mutatis mutandis*, à convergência entre unidade ao direito e a carga de trabalho dos ministros. Quanto mais processos, não limitados a apreciar divergências de órgãos jurisdicionais inferiores, maior a dificuldade em manter uma coerência no raciocínio jurídico e, conseqüentemente, uma uniformidade do direito para todo o país.

A preocupação com a quantidade de processos no STF não é recente. Em 1972, Buzaid já falava em uma crise no órgão, entendida como o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por ele proferidos, preocupado com a entrada consideravelmente superior à capacidade de sua decisão. Menciona que os primeiros sintomas dessa crise apareceram em 1931, quando o número de processos que subiam à corte não chegava

---

<sup>301</sup> ROMERO, Eneas. O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?: O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido, *In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8, 2015, p. 395 e 408, disponível em <https://www.zis-online.com>. Acesso em 04/07/2019.

<sup>302</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do Recurso Extraordinário como Ferramenta do Direito Processual Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, p. 49.

<sup>303</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 41.

a duzentos por ano, o que teria se agravado com o aumento gradativo da quantidade de recursos extraordinários desde então, chegando a números que variaram entre seis e sete mil nos anos de 1956 e 1957.<sup>304</sup> Naquela época talvez não se pudesse imaginar o que estaria por vir.

No ano de 2018 foram recebidos e distribuídos na corte, respectivamente, 101.497 e 55.201 processos, o que lhe exigiu 112.218 julgamentos monocráticos e outras 14.535 decisões colegiadas.<sup>305</sup> Esses números ratificam a tendência geral de monocratização, já enfatizada anteriormente no âmbito exclusivo do sistema de justiça penal. Isso acontece, talvez principalmente, porque o Supremo se inviabilizaria se tivesse que apreciar de forma colegiada a quantidade de processos de efeitos *inter partes* que aportam por lá. Mas a saída pela ampliação das competências monocráticas, projetada para resolver o problema da gestão do volume, gera outros problemas institucionais. O ministro, de forma monocrática, ao julgar mais casos, supostamente acresce seu poder individual porque decide sozinho, mas a força das suas decisões, produzidas em escala inflacionária, decresce. O Supremo que aceita esse volume de casos particulares não gera precedentes fortes, perdendo em adesão às suas decisões, precisando reafirmar suas posições em cada caso, já que não produz a interpretação de forma coletiva e genérica.<sup>306</sup> Não fosse o bastante, se contarmos aproximadamente cento e noventa dias úteis do ano, excluídos os períodos de férias e recesso forense,<sup>307</sup> estimamos cada ministro solucionando, sem a participação dos demais, cinquenta e três processos por dia.

A esse grande problema deve ser acrescentado que cada ministro, excluído o presidente, ainda teve 1.453 processos para relatar e votar por escrito, estimando-se um número aproximado de mais sete processos para cada um, mas sem que possamos olvidar que o julgamento colegiado deve, em tese, gerar o estudo e participação efetiva, ainda que meramente oral, também em processos relatados pelos outros ministros, seja nas Turmas, seja no Plenário. De qualquer forma, se contarmos todos os ramos do direito, cada ministro não teve como decidir ou proferir voto escrito em menos de sessenta processos por dia.

Diante do número humanamente impossível de administrar, obviamente o tribunal precisa contar com uma grande equipe de apoio, iniciando-se por vinte e sete magistrados “auxiliares” que estavam convocados no dia nove de outubro de 2019.<sup>308</sup> A esse número

---

<sup>304</sup> BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito I*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 144 e 145.

<sup>305</sup> Disponível em <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso no dia 15/10/2019.

<sup>306</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 33.

<sup>307</sup> Disponível em [https://www.dias-uteis.com/dias-uteis\\_feriados\\_2018.htm](https://www.dias-uteis.com/dias-uteis_feriados_2018.htm). Acesso no dia 16/10/2019.

<sup>308</sup> Disponível em <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=transparenciaMagistradoConvocado>. Acesso no dia 15/10/2019.

somam-se 1.135 cargos de servidores efetivos, dos quais 1.086 estavam providos,<sup>309</sup> mais 794 cargos em comissão e funções de confiança, com 773 ocupados, fora o pessoal terceirizado e os estagiários.<sup>310</sup> Embora não tenhamos encontrado informações relativas à quantidade de assessores por gabinete, os números ligados à equipe que trabalha junto à corte permite a ilação de que ela está fazendo boa parte do trabalho, o que pode terminar atrapalhando ainda mais a atribuição de dar unidade ao direito.

É curioso observar, outrossim, uma tendência de majoração proporcional da quantidade de processos criminais no STF neste século. O aumento tem continuado até que, em 2017, a concentração chegou a aproximadamente 1 em cada 5 processos,<sup>311</sup> equivalendo a 20% da sua carga de trabalho. A tendência se manteve em 2019, quando o percentual esteve em 20,39% até o dia 15 de outubro, somando-se processo penal, processo penal militar, direito penal e direito penal militar.<sup>312</sup> Em outras palavras, em torno de um quinto da carga quantitativa de trabalho atual do tribunal está relacionado ao sistema de justiça penal, o que levaria a números que já impediriam um trabalho cuidadoso dos ministros em todas as causas que lhes são submetidas, mesmo se o STF só tivesse competência criminal.

Para confirmar o tamanho do problema, é importante observar ainda, apenas como exemplo, que o ministro Marco Aurélio tinha um acervo de 5.443 processos em 15 de outubro de 2019, mesmo tendo baixado mais processo do que a quantidade recebida ao longo do ano. Desse acervo, 1.409 estavam cadastrados como classes recursais, nelas abrangidas apenas o recurso extraordinário, o agravo em recurso extraordinário e o agravo de instrumento, enquanto os outros 4.034 foram cadastrados nas demais. Excluídas as “classes recursais”, que também podem abranger questões criminais, as classes criminais “originárias” contavam 2.327 processos, dos quais 1.773 eram *habeas corpus* e 524 eram recurso ordinário em *habeas corpus* pendentes, valendo ainda a observação de que o processo mais antigo na sua relatoria data de 1986, com mais de 30 anos de idade.<sup>313</sup>

A abertura de competência do STF, aliada a uma Carta dirigente, implica o aumento da carga de trabalho e a necessidade constante de otimização de fluxos e rotinas e de adequação

---

<sup>309</sup> Disponível em <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConcursoPublico>. Acesso no dia 15/10/2019.

<sup>310</sup> Disponível em <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoPessoa>. Acesso no dia 15/10/2019.

<sup>311</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 19.

<sup>312</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>. Acesso no dia 15/10/2019.

<sup>313</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=mmaurelio>. Acesso no dia 15/10/2019.

da estrutura disponível. Como distribuir competência entre as várias unidades do sistema, sem atenção a este aspecto, pode causar lentidão e *deficit* de realização de direitos, outro problema é que a corte tem se utilizado da técnica de inadmissibilidade de recurso extraordinário por questões formais, como "regulador de vazão", diminuindo o aporte mensal de processos mediante uma análise mais rigorosa dos requisitos legais.<sup>314</sup> A tática, porém, além não ser o melhor meio de superar a dificuldade, incapaz de contribuir com uma melhor administração da justiça, dificulta a missão de conferir unidade ao direito no país.

Tem sido afirmado que o STF, quando age como corte constitucional, produz decisões com efeitos *erga omnes*; quando decide como corte recursal, opera efeitos, via de regra, *inter partes* e, excepcionalmente, *erga omnes*, valendo lembrar que os julgamentos monocráticos, bem como aqueles proferidos no âmbito das Turmas, estão fora da abrangência do art. 927, do CPC; por fim, quando julga como corte ordinária, produz efeitos *inter partes*, embora, na nossa visão, possa excepcionalmente gerar efeitos *erga omnes*, quando a decisão for oriunda do Pleno (art. 927, V, do CPC). De qualquer forma, não se pode negar que os números apontam que as decisões de dimensão criminal do STF trazem mais utilidade individual do que coletiva,<sup>315</sup> ao menos sob o ponto de vista da "formação" dos precedentes vinculantes.

Antes do início de vigência do atual CPC não éramos os únicos a imaginar a tendência de não funcionamento, a contento, do sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. Wolkart também já defendia que, dada nossa cultura analítica e quantidade de processos, tudo levava a crer que, apesar das exortações do novo Código, o juiz brasileiro continuaria a decidir da mesma forma.<sup>316</sup> Quando fizemos um estudo empírico de casos reais submetidos ao Judiciário, especialmente de temas julgados tanto antes como depois da inovação legislativa, realmente verificamos que a norma mudou, mas a prática do Judiciário brasileiro permanecia a mesma, especialmente nas cortes de vértice,<sup>317</sup> o que parece agora ratificado no âmbito exclusivo da competência criminal do STF.

Porém, se na perspectiva da formação e superação de precedentes o STF talvez penda mesma para exercer um papel de corte de justiça, o mesmo não podemos inferir no que toca ao critério da "observância" de precedentes, sendo possível que o seu alto número de processos

---

<sup>314</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do Recurso Extraordinário como Ferramenta do Direito Processual Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, p. 50 a 52.

<sup>315</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 14 e 24.

<sup>316</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 243, Maio, 2015, pp. 409-433.

<sup>317</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A forma de julgamento dos tribunais superiores brasileiros e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41 n. 260, out. 2016, pp. 327-351.

trabalhe inclusive para uma resposta contrária. Realmente, diante da grande carga de trabalho, talvez seja mais fácil, na maioria dos casos, replicar entendimentos já adotados anteriormente, ainda que no mero intuito de se livrar facilmente do problema, e mesmo que diversos aspectos relativos à aplicação de precedentes não sejam seguidos em casos de maior relevância.

### 3.2 A FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA DAS DECISÕES

Tem se falado em cinco fases históricas a respeito do dever de motivação das decisões judiciais. Após as duas primeiras, que não interessam para o nosso trabalho, a terceira teria surgido no final do século XVIII, com o marco relevante da Revolução Francesa, quando se diz ter havido uma positivação forte do dever de motivar, ainda que alguma normatização já houvesse anteriormente.<sup>318</sup>

A situação daquela época, porém, não nos parece tão clara e objetiva assim, especialmente quando pesquisamos a sua prática. Se voltarmos ao caso *Bossoul v. Laffeuille et comp.*, julgado em 1894, veremos que a decisão de 2º grau foi proferida em apenas uma página, talvez porque a obrigação legal fosse apenas de decidir, na forma do art. 4º, do Código Civil Francês.<sup>319</sup> Naquela época não prevalecia no *civil law* uma tradição de observar precedentes, sendo natural questionar a obrigação de fundamentar, até para prevenir que as razões de decidir se tornassem norma futura. Um fato curioso a respeito da vedação do julgamento com base em precedente poderia ser exatamente a tendência de um pequeno esforço no desenvolvimento do raciocínio jurídico para justificar as decisões. Seguindo esta trilha, para a velha corte de correção não importaria a *ratio decidendi*, ou a fundamentação da decisão, mas somente o resultado do recurso.<sup>320</sup>

O quarto estágio, por sua vez, surgiu com as Constituições do século XX, que passaram a assegurar assento constitucional ao dever de motivação.<sup>321</sup> Neste caminho, a nossa CF/88 estabeleceu, realmente bem antes da positivação legal de um sistema parcial de precedentes obrigatórios, no seu art. 93, IX, que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser

---

<sup>318</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC, *In: DIDIER JR. et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 686 e 689. Vale lembrar, todavia, como mencionado anteriormente, que muitas cortes italianas, mesmo antes da Revolução Francesa, já tinham a obrigação de dar os motivos para a conclusão das suas decisões, inclusive mediante o método de argumentação por temas semelhantes.

<sup>319</sup> Disponível em [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf), acesso no dia 17/12/2018.

<sup>320</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 109.

<sup>321</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC, *In: DIDIER JR. et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 690.

fundamentadas, sob pena de nulidade. Embora concebido na tradição jurídica do *civil law*, ainda enraizada no ano da promulgação da nossa Carta Magna, era natural a intenção do constituinte de tentar evitar o arbítrio do juiz, ainda mais naquele momento histórico sucessor de um período ditatorial.

Mas a Lei Maior não disse quando uma decisão judicial estaria ou não fundamentada, deixando de estabelecer requisitos mínimos para tanto. Assim, num momento inicial, essa análise cabia ao próprio Judiciário, na sua missão de fechar a vagueza da norma constitucional; depois, esse fechamento foi efetuado pelo próprio legislador, o que aconteceu primordialmente por meio do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, quando no Brasil teria sido inaugurado o quinto estágio, o da fundamentação “adequada”.<sup>322</sup> No que se relaciona ao *stare decisis*, objeto da nossa preocupação, assim se manifesta o texto legal:

Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V - se limitar 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 entendimento.

A despeito da importante previsão legal, não podemos olvidar uma séria dificuldade em sua aplicação prática, especialmente quando pensamos no papel do STF. Tendo que redigir diariamente mais de sessenta decisões por dia, ou pelo menos conferi-las e assiná-las, nos parece difícil que os ministros consigam cumprir a missão de demonstrar que cada caso sob julgamento se ajuste perfeitamente, de modo específico, aos motivos determinantes de precedentes que venham a ser citados. Da mesma forma, a carga de trabalho atrapalha a tarefa de demonstrar motivos concretos que justifiquem a superação de determinado entendimento. Como explicamos no item 2.4 do capítulo anterior, foi assim que o STF se comportou no julgamento do HC 126.292/SP, quando superou o precedente por ele formado no HC 84.078-7/MG, bem como a sua jurisprudência neste sentido, sem indicar os motivos para a superação.

---

<sup>322</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 690. A despeito da relação apresentada pela doutrina nacional entre motivação das decisões judiciais, Estado Democrático de Direito e devido processo legal, pensamos que os inteligentes estudos devem servir para convencimento do legislador, sem poder, porém, para superar a sua opção naquilo que não for claramente inconstitucional.

O que chegou mais perto foi o voto do ministro Barroso, conquanto indiretamente, sem menção expressa a motivos para a superação, e apesar de alguns lapsos cometidos.

A relação entre carga de trabalho e fundamentação das decisões judiciais, embora geralmente negligenciada, não é totalmente despercebida da academia nacional. Já se reconhece uma crise decisória, decorrente da falta de estrutura em vários níveis do Judiciário, o que não seria o caso do STF, mas também oriunda do excesso de litigiosidade, aí sim, atingindo fortemente nossa corte de vértice. Apesar da constatação, tem se pensado que o maior rigor do legislador quanto ao alcance do art. 93, IX, da CF, seja capaz de evitar decisões arbitrárias ou insuficientemente motivadas,<sup>323</sup> o que, todavia, nos parece inalcançável, ao menos no âmbito daquele órgão.

Pensemos, novamente, na matéria objeto do tema 925/STF (possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau). Em 2009, o HC 84.078/MG foi julgado por meio de um acórdão de 166 páginas,<sup>324</sup> enquanto em 2016 o HC 126.292/SP julgou a mesma questão por meio de 103 páginas.<sup>325</sup> O tamanho de tais decisões talvez se justificasse se ele tivesse sido utilizado para mostrar motivos concretos para a superação de precedente, efetuada por ambas, o que não aconteceu prioritariamente. Mas o pior é que uma simples aplicação de precedente teve que ser posteriormente ratificada, em sede de mera medida cautelar, em acórdão de 250 páginas, nas ADCs 43 e 44/DF,<sup>326</sup> o que foi confirmado, mais uma vez, em outras 86 páginas, no ARE 964.246/SP, no Plenário Virtual.<sup>327</sup> E o precedente então vigente foi aplicado, dentre inúmeras outras vezes, no julgamento do HC 152.752/PR, impetrado em favor do ex-presidente Lula, agora em acórdão de mais 464 páginas.<sup>328</sup>

Fora a enorme quantidade de causas as mais diversas, que tramitam diariamente no STF, pensemos ainda em outras citadas anteriormente. O julgamento da AP 937/RJ, relativo ao foro privilegiado, aconteceu por meio de acórdão escrito em 429 páginas.<sup>329</sup> E, certamente o

---

<sup>323</sup> CAMBI, Eduardo; HELMMAN, René Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 648 e 649.

<sup>324</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso no dia 19/10/2019.

<sup>325</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso no dia 19/10/2019.

<sup>326</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452541>. Acesso no dia 19/10/2019.

<sup>327</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso no dia 19/10/2019.

<sup>328</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso no dia 19/10/2019.

<sup>329</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso no dia 19/10/2019.

caso mais emblemático, foi o da AP 470 (Mensalão), com acórdão julgando o mérito em 8.405 páginas, ao qual se seguiram outras decisões relativas a recursos para o mesmo tribunal, inclusive com reversão de parte do resultado para alguns réus.<sup>330</sup> Embora ela tenha sido decidida antes da vigência do art. 927, V, do atual CPC, não formando precedente obrigatório, não deixa de ser um bom exemplo do problema, que pode voltar a surgir.

Talvez acórdãos tão grandes apareçam no âmbito do STF para atender a necessidade de que o colegiado se pronuncie não apenas sobre cada um dos pedidos, mas sobre cada uma das causas de pedir, seja diante de um recurso, seja quando do julgamento de uma ação originária.<sup>331</sup> Ou mesmo para que se manifeste sobre cada argumento relevante apresentado pelas partes, na forma do art. 489, § 1º, IV, c/c o art. 1038, § 3º, ambos do CPC. O que não se pode perder de vista, porém, é que alguns advogados podem se dedicar meses ao estudo de uma única causa, elaborando petições ou recursos sem limite máximo de páginas ou palavras, enquanto cada ministro tem que se dedicar, repita-se, a mais de sessenta causas por dia.

Os incisos V e VI, do § 1º, do art. 489, do CPC, exigem que o julgador, para aplicar ou deixar de aplicar precedente, perquirir sobre sua *ratio decidendi* e, em seguida, realize o devido *distinguishing*<sup>332</sup> ou superação. Mas é mesmo possível, com uma dose mínima de segurança e consenso, identificar os motivos determinantes do acórdão de 8.405 páginas, proferido no caso mensalão, ou mesmo dos outros acima citados? Quais os motivos determinantes para a decisão tomada quanto ao tema 925/STF? Aliás, já demonstramos que algumas vezes não foi observada nem mesmo a tese nele fixada, sem que para isso tenha havido a menor preocupação com os dispositivos legais em exame.

Na verdade, os textos legais em análise fariam muito mais sentido no caso de aplicação de precedentes a outras causas que não fossem exatamente iguais, mas cuja semelhança fática e jurídica justificassem a aplicação do mesmo raciocínio. Realmente, a rigor a observância de precedente envolve a construção de analogias entre os predicados fáticos considerados relevantes, para um juízo de semelhança entre o caso concreto e um precedente paradigmático.<sup>333</sup> No Brasil, porém, o *stare decisis* tem sido mais usado para a solução de ações

---

<sup>330</sup> ROMERO, Eneas. O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?: O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido, *In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8, 2015, p. 394, disponível em <https://www.zis-online.com>. Acesso em 04/07/2019.

<sup>331</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

<sup>332</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 696.

<sup>333</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 285.

judiciais idênticas, nas quais a reprodução daquilo que já foi decidido deveria exigir apenas a demonstração de que as controvérsias são realmente iguais.

A superação do precedente efetuada por meio do HC 126.292/SP foi objeto de rediscussão no julgamento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44/DF, do ARE 964.246/SP, em regime de repercussão geral (tema 925), sem falar no seu julgamento no bojo de milhares de ações individuais, a exemplo do citado HC 152.752/PR, até finalmente haver a superação da superação no julgamento final das referidas ações de constitucionalidade. Tais reiterações talvez nem devessem existir, mas, como de fato existem, no mínimo deveriam dispensar os ministros de uma ampla fundamentação, de uma argumentação complementar, quando da manutenção do entendimento. Não há sentido em obrigar que, no instante em que aplica o precedente vinculante, ele novamente enfrente toda argumentação jurídica que já fora apreciada no momento de sua formação.<sup>334</sup>

Embora admitamos que dogmaticamente não possamos questionar a obrigação de identificação da *ratio decidendi* na aplicação de precedentes, em qualquer tipo de causa, repetitiva ou não, diante do texto do art. 489, § 1º, V, do CPC, sob o ponto de vista ideológico e empírico não pensamos da mesma forma. Ao menos em decorrência da sua ampla competência atual, a quantidade de trabalho no STF não permite isso. E mesmo que um dia permita, a missão seria das mais difíceis, sequer havendo unanimidade de critérios que a oriente, o que geraria muita divergência. Se na teoria o texto legal deseja melhorar a aplicação dos precedentes, na prática pode ter o efeito reverso, sendo usado exatamente para tentar justificar a sua inobservância.

### 3.3 AS SÚMULAS, AS EMENTAS E A JURISPRUDÊNCIA

É imprescindível ter em mente a necessidade de que os precedentes se tornem de conhecimento público, para poderem conduzir a atitude das pessoas. Preocupado com isso, o § 5º, do art. 927, do CPC, estabelece que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Se a norma oriunda do precedente é vinculante, devendo ser seguida em casos futuros, os indivíduos precisam conhecê-la, especialmente no sistema de justiça penal.

---

<sup>334</sup> KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la, *In: Revista de Processo*, ago. 2016, p. 3 e 5, disponível em <https://www.academia.edu/>. Acesso em 18/10/2019.

Todavia, com tantos acórdãos, alguns deles bem grandes, é praticamente impossível o acompanhamento de todos os precedentes, sem falar na constante modificação de posicionamento. Na prática não é fácil efetuar a leitura do inteiro teor de todas as decisões do STF, nem mesmo daquelas que possuam efeitos vinculantes no sistema de justiça penal, o que ocorre em relação aos indivíduos, não sendo diferente a situação para os profissionais do direito e até para os próprios ministros.

Talvez por isso, assim como em razão da subjetividade na extração da *ratio decidendi*, o STF tem fixado algumas súmulas, as quais vêm recebendo muita atenção não só dos seus ministros, mas também da comunidade jurídica em geral, inclusive com respaldo do legislador. Além da súmula vinculante, instituída no art. 103-A, da CF, por meio da EC 45/2004, o CPC positivou as outras súmulas em alguns dos seus dispositivos. No art. 926, § 1º, previu que os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, estabelecendo, no art. 927, não só que as súmulas vinculantes deverão ser obrigatoriamente observadas pelos juízes e tribunais (inciso II), como também as súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV).

A solução não é bem vista pela doutrina especializada, sob o argumento de que as súmulas criam inegável entrave à boa operação da teoria dos precedentes obrigatórios, já que teriam por objetivo apenas veicular o resumo editado, numerado e sintético das teses vencedoras sobre matéria específica.<sup>335</sup>

Para Mitidiero, a utilização das súmulas seria inerente a um modelo de “corte superior”, que terminaria neutralizando a importância da fundamentação das decisões judiciais como verdadeiro juízo sobre questões fático-jurídicas. Nele, haveria uma tendência à compreensão da jurisprudência à luz tão somente do resultado do julgamento da causa, com enunciados abstratos redigidos sem referência ao contexto fático que deu lugar à solução.<sup>336</sup>

Marinoni, no mesmo sentido, se utiliza inclusive de asserção forte para criticar o instituto. Ele entende que a experiência das súmulas, destinadas a expressar a solução de uma questão de direito em abstrato ou uma interpretação isolada de um contexto fático, é um fracasso no direito brasileiro.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil, In: DIDIER JR. et al (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343 e 347.

<sup>336</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 50/51.

<sup>337</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 102.

Porém, se formos falar do fracasso de um instituto jurídico no país, ele certamente não será exclusivo das súmulas, não podendo ser negada a mesma afirmação sequer quanto ao próprio sistema brasileiro de precedentes, ao menos sob o ponto de vista empírico do momento. É certo que a elaboração de súmulas possui alguns problemas, o principal decorrente de sua possível aplicação futura fora do mesmo contexto fático e jurídico em que foram elaboradas. A maior dificuldade está é na sua utilização apenas de maneira isolada, sem conhecimento da fundamentação que as embasa, já que elas também merecem interpretação, o que também decorre da carga de trabalho.

De todo modo, reconhecemos nas súmulas alguma utilidade para a teoria dos precedentes, no mínimo no tocante à sistematização do que já foi decidido. E, além de acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, é fato que elas vêm sendo utilizadas na prática do STF, como dito, sendo várias as súmulas vinculantes, algumas em matéria criminal,<sup>338</sup> havendo mais de setecentas súmulas “não vinculantes”, várias também relativas a este ramo do direito.<sup>339</sup>

Por sua vez, quem sabe em razão da dificuldade de os destinatários da norma conhecerem seus precedentes, em função da enorme quantidade de páginas que teriam que ser diariamente lida por eles, por aqui também se adotou a prática da elaboração de ementas, as quais, porém, deveriam servir apenas como um breve resumo identificador do tema que teria sido decidido.

Entretanto, a nossa prática é outra. Enquanto os representantes das partes transcrevem as ementas ou conclusões de julgados anteriores, pretendendo uma vinculação da decisão a tais transcrições, os próprios juízes fazem o mesmo, com o intuito de justificar o acerto do seu ato processual. São muitas as ementas invocadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos – sem que o jurista que a está utilizando tenha lido o inteiro teor da decisão, não investigado os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção do precedente, os quais seriam importantes, pelo menos, como condução da interpretação.

Não se pode pretender a vinculação das decisões a simples ementas de julgados anteriores, que correspondem apenas à sinopse do precedente, talvez apontando algumas conclusões, mas sem a certeza de abrangerem os pontos centrais que tenham recebido o respaldo da maioria. Ainda nos parecem importantes no Brasil, especialmente em face da

---

<sup>338</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso no dia 22/10/2019.

<sup>339</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso no dia 22/10/2019.

grande quantidade de acórdãos oriundos do STF, mas apenas para que o operador do direito possa entender qual o assunto tratado no caso, a partir de quando deverá procurar, no mundo ideal, a leitura do inteiro teor do acórdão. Só então poderá saber se realmente há aplicação do precedente para aquilo que lhe interessa.

O nosso costume de seguir apenas as ementas, de forma despreocupada com o inteiro teor do acórdão, sem a ciência, portanto, da exata correlação entre elas e as matérias efetivamente resolvidas pela maioria, como também sem o conhecimento do contexto fático e jurídico no qual elas foram redigidas, pode fragilizar a coerência de manutenção do mesmo raciocínio jurídico para casos futuros, o que pode acontecer inclusive sob o ponto de vista horizontal, com o tribunal se afastando de seus próprios entendimentos.

A mesma prática de utilização aleatória de ementas ocorre com o nosso STF. Ele igualmente deixa de efetuar uma correta aplicação do sistema de precedentes, geralmente se omitindo em analisar o inteiro teor do acórdão que supostamente está seguindo, embora isso possivelmente influenciado pela sua carga de trabalho.

Era natural que em 2009, ano ainda distante da positivação legal do sistema de precedentes vinculantes, os acórdãos do STF costumassem citar ementas de julgados anteriores para fundamentar as suas conclusões. Neste sentido, contamos dezoito ementas citadas ao longo das 166 páginas da decisão tomada no HC 84.078/MG,<sup>340</sup> embora seja muito curioso que alguns votos também citaram trechos de fundamentações pretéritas, assim como fragmentos de motivações apresentadas em votos vencidos do passado, o que os aproximava, em parte, da teoria dos precedentes.

A situação melhorou no julgamento do HC 126.292/SP, em 2016, pouco antes do início de vigência do sistema positivo parcial de precedentes obrigatórios. Mesmo assim, ainda identificamos a citação de cinco ementas no inteiro teor do acórdão respectivo,<sup>341</sup> mesmo número que detectamos no julgamento ao ARE 964.246/SP, no mesmo ano, mas já na vigência do CPC/2015, e em sede de repercussão geral, isso excluindo da conta a transcrição que o ministro Marco Aurélio fez, no seu voto vencido, do voto vencedor.<sup>342</sup>

Mas obstáculo ainda maior nós encontramos na cultura jurisprudencial brasileira, diferente da tradição de observar precedentes. A jurisprudência consubstancia-se na atividade

---

<sup>340</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso no dia 19/10/2019.

<sup>341</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso no dia 19/10/2019.

<sup>342</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso no dia 19/10/2019.

de interpretação da lei, desempenhada pelas cortes, para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro para esse fim, mas não gozando de autoridade formalmente vinculante.<sup>343</sup> Explicada de outra forma, compreende o conjunto de decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo reiterado e uniforme, resultando de um grupo de pronunciamentos judiciais harmônicos em relação a uma mesma questão jurídica, mas com força meramente persuasiva no sistema. O precedente, por outro lado, consiste naquela decisão da qual emerge uma referência específica para o julgamento de novos casos, caracterizado por sua natureza transcendental, mesmo sendo oriundo de um único julgado individual, com capacidade de irradiar seus efeitos para além do caso concreto que o originou.<sup>344</sup>

Em alguns países do *civil law* as cortes são relutantes em observar um precedente singular, mesmo que ele possa ir exatamente no ponto, sendo mais fácil de serem persuadidas por uma sequência de decisões no mesmo sentido.<sup>345</sup> Esquecem que um precedente singular que não é superado, e é seguido por décadas, tem uma eficácia muito maior do que aquela adstrita a uma máxima que se encontra em uma lista que contém dúzias de enunciações repetitivas.<sup>346</sup>

Além disso, se focarmos exclusivamente no STF, pensamos que seria melhor se o órgão inadmitisse uma causa verde, para, se fosse o caso, julgamento da matéria uma única vez, após suficientes debates nas instâncias inferiores, e certeza da sua relevância para toda a nação. Isso poderia gerar uma falta de uniformidade temporária entre os Estados, é verdade, mas diante das limitações humanas o problema ficaria na conta do pacto federativo. A opção por decidir sempre os mais variados temas, suficientemente desenvolvidos ou não, de forma reiterada, e não raramente conflitante, além de gerar desigualdade entre jurisdicionados das mesmas localidades, termina se caracterizando como um grande entrave à própria possibilidade de as pessoas saberem exatamente aquilo que podem ou não fazer, impedindo-as, outrossim, de saberem como devem proceder a suas defesas no âmbito de eventual processo criminal.

Não temos a possibilidade de estudar, quantitativamente, se o STF se comporta mais como corte preocupada com os precedentes, ou como órgão focado no julgamento reiterado de

---

<sup>343</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 46.

<sup>344</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil, In: DIDIER JR. *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343.

<sup>345</sup> MATTEI, Ugo A *et al*. *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 620.

<sup>346</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 246.

demandas idênticas. Porém, os inúmeros casos que abordaram repetitivamente a mesma matéria objeto do tema 925 podem servir como exemplo de uma cultura jurídica ainda muito ligada à reprodução da jurisprudência, piorada quando nem ela é seguida, como tem acontecido em algumas vezes, em prejuízo da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados.

### 3.4 COMO DECIDEM OS MINISTROS

Ao longo do tempo, o estudo jurídico no Brasil tem primordialmente mantido relação como os aspectos teóricos ou filosóficos do direito, como também com aspectos dogmáticos, de hermenêutica ou revisão da literatura. Nos últimos anos, porém, vem crescendo a análise do comportamento judicial, e especificamente de fatores que influenciam na tomada da decisão judicial, principalmente no âmbito dos cursos de pós-graduação, embora ainda minoritariamente.

A despeito de várias pesquisas nacionais já abordarem inúmeros desses fatores, optamos por reuni-los em três grandes grupos, mencionados por autores norte-americanos que serão citados na segunda parte deste trabalho. A escolha foi feita por entendermos ser ela capaz de uma melhor sistematização da matéria, como também para facilitar a comparação que tentamos efetuar entre as duas cortes de vértice: o Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em trabalho anterior já tivemos a oportunidade de sugerir um modelo de decisão judicial que prestigie a segurança jurídica, ainda que sem esquecer a impossibilidade de a lei disciplinar todas as condutas, muito menos de forma precisa e objetiva, diante da alta complexidade das sociedades atuais. Diante disso, naquela oportunidade defendemos um rigoroso *stare decisis*, justamente para que ele estabeleça as normas aplicáveis nos espaços abertos deixados pelo legislador, mesmo cientes da impossibilidade de os precedentes obrigatórios efetuarem um fechamento total do sistema.<sup>347</sup>

Embora este modelo possa apresentar algumas diferenças em relação ao positivismo clássico,<sup>348</sup> optamos por chamá-lo também de “modelo positivista” de tomada de decisão judicial, haja vista que, segundo ele, os julgamentos devem necessariamente ser efetuados com

---

<sup>347</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. In: *Revista da Ajuris*, v. 45, n. 144. Porto Alegre, jun. 2018, p. 346 e 347. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2>, acesso no dia 11/12/2018.

<sup>348</sup> O positivismo jurídico, numa perspectiva extremada que se opôs ao jusnaturalismo, é a doutrina que reduz a justiça à validade, somente sendo justo aquilo que é comandado e pelo fato de ser comandado (BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradutores Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª edição. Bauru: Edipro, 2008, p. 58 e 59).

base em normas previamente existentes, sejam elas oriundas da lei em sentido lato, sejam elas decorrentes dos precedentes judiciais. Afinal, no âmbito do positivismo desenvolvido na segunda metade do século XX, o direito passa ser definido mediante a consideração não somente dos enunciados normativos, postos pelo legislador, mas também das normas jurídicas, postas pelos aplicadores do direito, sobretudo pelo Poder Judiciário.<sup>349</sup> Apenas na sua ausência, e nos casos de obscuridade, ambiguidade ou imprecisão, outros critérios poderiam ser utilizados, sendo claramente vedada a decisão *contra-legem*, como também o julgamento ofensivo ao precedente.

Não que este modelo positivista seja perfeito, claro que não é. Mesmo para os seus adeptos, como nós, certamente fatores outros, subconscientes, influenciarão a tomada da decisão, porque nenhum ser humano é totalmente neutro, isento de valores preconcebidos. Esta “falha”, porém, quando inconsciente, não vai além daquela inerente a todas as pessoas; por outro lado, quando consciente, ela decorre da natural imperfeição humana, sem que possamos fazer nada no momento para mudar a situação.

Mas vejamos se este modelo tem sido sempre seguido no STF. Para tanto, tomemos mais uma vez como exemplo o inteiro teor do acórdão proferido no HC 126.292/SP, posteriormente confirmado no ARE 964.246/SP, em regime de repercussão geral. Naquela oportunidade, o ministro Teori, então relator, afirmou que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças, destinando-se à preservação do sistema normativo (p. 15), parecendo sugerir o citado modelo positivista.

O ministro Fachin pareceu ainda mais farto no seu voto individual. Segundo ele, o exercício do papel do STF se dá por meio da formulação de teses jurídicas, para orientar e conferir segurança na aplicação das normas constitucionais (p. 20), em detrimento de uma missão de fazer justiça nos casos concretos (p. 21). Acrescentou que o acesso individual às instâncias extraordinárias visa oportunizar o exercício do papel da corte de estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais (p. 23), sendo necessário ao recorrente demonstrar a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada (p. 24).

O ministro Gilmar, no mesmo julgamento, em certa passagem também afirmou algo parecido, dizendo que a análise das questões em recursos extraordinários não serve preponderantemente ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da “jurisprudência” (p. 68).

---

<sup>349</sup> BEZERRA NETO, Bianor Arruda. *O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?* São Paulo: Noeses, 2018, p. 231).

O curioso é que alguns dos votos vencidos também não deixaram de tecer considerações que os ligariam a um modelo positivista, embora tenham chegado a conclusão diversa, obviamente. A ministra Rosa Weber disse que o melhor caminho, naquele momento, não passava pela alteração da compreensão do texto constitucional fixado pela corte, optando por não referendar a revisão da “jurisprudência” (p. 57). Já o ministro Marco Aurélio criticou o fato de integrantes que buscam sempre a preservação da “jurisprudência” estarem, naquele momento, a revendo, o que seria pior em função de ser ela recente (p. 76). Nada obstante, mais curioso ainda é o fato de, em momentos posteriores, os mesmos ministros terem manifestado posição contrária ao precedente da casa, no ARE 964.264/SP, a primeira, por exemplo, no julgamento final, conjunto, das ADCs 43, 44 e 54/DF,<sup>350</sup> o segundo por mais de uma vez, o ápice quando concedeu a liminar na ADC 54/DF, já mencionada anteriormente. Ao que parece, então, na verdade a irresignação deles não era quanto à ofensa ao sistema de precedentes, mas à própria convicção pessoal de cada um.

Mas não é só. O afastamento do modelo positivista pode ser inferido de vários outros trechos da própria posição majoritária. Retornando ao voto do ministro Teori, ele disse que eventuais equívocos poderiam ser coibidos mediante o uso de medidas cautelares para suspender a execução provisória da pena, para controlar situações de injustiças ou excessos (p. 19). A afirmação foi ratificada pelo ministro Fachin, que acrescentou o uso de *habeas corpus*, inclusive de ofício, para tal finalidade (p. 25 e 26). No mesmo sentido os votos do ministro Barroso (p. 48 e 49) e Gilmar (p. 72), ambos igualmente integrantes da posição majoritária daquele momento. Em outras palavras, a despeito de terem fixado o precedente, pareceram abrir-lhe exceções vagas, que talvez não justificassem um *distinguishing*, muito menos de forma genericamente antecipada.

Há, outrossim, fragmentos do acórdão estudado que questionam, ainda mais claramente, uma efetiva adesão ao modelo positivista de decisão, tanto em votos de integrantes da posição vencedora, como da posição vencida, por invocarem expressamente argumentos metajurídicos.

O ministro Barroso tratou de fundamentos pragmáticos, abrindo tópico específico para esta abordagem. Na ocasião, disse que os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas que a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional nos chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política. Na atribuição de dar sentido a cláusulas abertas e realizar escolhas entre soluções

---

<sup>350</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>. Acesso no dia 25/10/2019.

alternativas possíveis, caberia ao intérprete, segundo ele, desempenhar uma atuação criativa, inclusive pensando nas consequências práticas de suas decisões (p. 49). Não discordamos desta afirmação, como explicamos no capítulo I, mas não podemos esquecer que foi o próprio ministro Barroso quem disse que o precedente que estava “superando”, aquele formado no julgamento do HC 84.078-7/MG, tinha adotado uma posição “literal” do art. 5º, LVII, CF (p. 30). Se era possível uma interpretação literal, isto é, se o texto era claro o suficiente para se deduzir o seu alcance, argumentos de política judiciária poderiam levar o intérprete a posição oposta?

No mesmo caminho, os seis ministros que formaram a maioria no julgamento do referido *writ* também invocaram a necessidade de obstar recursos protelatórios (p. 17, 24, 46, 60, 64 e 66), o que não nos parece um argumento puramente jurídico. Além disto, a rota extrajurídica foi utilizada pelo ministro Teori ao usar o argumento do infrequente êxito dos recorrentes, não sendo diferente a postura dos ministros Barroso e Gilmar ao se justificarem na necessidade de obstar a impunidade (p. 53 e 65).

Aos menos dois dos votos vencidos não agiram de forma diferente. Embora tenham afirmado expressamente que o texto constitucional era claro, sem margem para interpretações variadas (p. 93 e 97), os ministros Celso de Mello e Lewandowski se fundamentaram igualmente, respectivamente, na luta contra o autoritarismo e na falência do sistema criminal (p. 91 e 98), ambos falando, ainda, em dados estatísticos (p. 93 e 101). Isso abre margem para imaginarmos que fatores outros, não jurídicos, são os que podem ter influenciado mais o pensamento dos dois. Se o motivo da conclusão deles era a interpretação literal do texto constitucional, ela já seria suficiente por si só, independentemente de razões políticas ou sociológicas.

Destarte, ainda que não possamos apontar um percentual de vezes no qual o fator preponderante para a decisão judicial seja ou não a norma, o caso estudado sugere um segundo modelo, que agora chamamos de ideológico, por ter a ideologia como principal influenciador no resultado adotado.

Já tem sido afirmado por aqui que, em geral, os juristas brasileiros agem de maneira personalista ao decidir casos concretos, com a tendência de naturalizar seus conceitos ao refletir sobre o direito em abstrato. Quando pensam sobre um caso concreto, eles estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analiticamente a “correção” da solução que defendem.<sup>351</sup> Não obstante

---

<sup>351</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 6 e 7.

críticável, no mundo real talvez não seja tão fácil agir de outra forma, ainda mais quando pensamos na atuação do STF, que tem o grande poder de decidir por último, muitas vezes em espaços abertos deixados pelo legislador.

Embora pensemos que a influência ideológica deva ser evitada ao máximo possível, a decisão judicial, como qualquer conduta humana, é tomada sob influxo de ideias e percepções conscientes e inconscientes, o que impediria ao juiz, como também ao ministro, purificar o ato de decidir, eliminando totalmente quaisquer fatores externos ou mesmo sua influência no resultado do julgamento. Fatores externos ao processo, alheios aos fatos, provas e fundamentos jurídicos apresentados e discutidos pelos sujeitos processuais, influenciam o ato de julgar e, conseqüentemente, o resultado dos julgamentos. Tais influências não figuram na fundamentação da decisão, mas possuem um papel significativo como insumos subliminares, infiltrando-se no raciocínio do julgador a partir de seu inconsciente.<sup>352</sup>

Lembremos mais uma vez da decisão do STF que, em 2019, criminalizou a transfobia e a homofobia por meio da ADO 26/DF e do MI 4733/DF, a despeito da falta de tipificação por ato do Poder Legislativo, mencionada no item 1.4, do capítulo I. Ela se justifica na dimensão “social” de racismo, projetada para além de aspectos biológicos ou fenotípicos, correspondendo a uma manifestação “histórico-cultural”,<sup>353</sup> com forte cara valorativa. Não obstante concordemos, sob o ponto de vista ideológico, com a proteção das vítimas de tais condutas, nem todos pensam da mesma forma, bastando lembrar não apenas os diferentes tempos, mas também os lugares diversos do momento atual.

O fato é que ao emprestar significado ao significante, o intérprete encaixa em sua construção hermenêutica concepções inerentes à sua condição e ao seu contexto. Elementos históricos, sociais, psicológicos, axiológicos interferem, mesmo que imperceptivelmente, no resultado da exegese.<sup>354</sup>

O inconsciente, com tudo aquilo que carrega, atua fortemente na formação dos critérios de decisão do julgador e em sua particular forma de enxergar o mundo, o que repercute, inevitavelmente, no processo de tomada de decisão e no resultado de seus julgamentos. Assim, é extremamente duvidosa a possibilidade de os ministros agirem com neutralidade, porque a própria ideia de neutralidade contrasta com a atividade de julgar. Juiz neutro seria apenas aquele

---

<sup>352</sup> ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virginia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial, *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, Brasília, 2018, p. 666.

<sup>353</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> e em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>. Acesso no dia 05/11/2019.

<sup>354</sup> COSTA, Gerson Godinho da. A presunção de inocência e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista Direito Federal*, ano 30, n. 96, São Paulo: Letras Jurídicas, 1º semestre 2017, p. 326 e 327.

que conseguisse se desconectar das condições históricas que lhe moldaram a personalidade e o caráter durante toda a vida, deixando de ser a pessoa que era para se tornar uma não pessoa, um ser indiferente, sem identidade, situação que evidentemente não existe como fato da vida real.<sup>355</sup>

Construir a decisão judicial é realizar duas grandes travessias, da narrativa dos fatos apresentados pelas partes para a narrativa do julgador, e do enunciado jurídico para a norma jurídica. No STF, apenas a última deve ser realizada no âmbito da sua competência recursal extraordinária (art. 102, III, da CF), enquanto ambas podem ser efetuadas no bojo da sua competência originária (art. 102, I, da CF) e da recursal ordinária (art. 102, II, da CF). As duas são realizadas no plano da linguagem, mas não sem a subjacente valoração, simplesmente porque toda compreensão e atribuição de sentido coloca o intérprete diante de escolhas, ainda que filosoficamente seja muito defensável a exigência de exposição de tais valorações.<sup>356</sup>

Na prática não é fácil encontrar na fundamentação linguística os motivos que orientaram realmente o julgador, pois os vestígios das influências externas são praticamente imperceptíveis, o que nos parece dificultar bastante uma análise empírica que identifique o modelo de tomada de decisão mais usado no STF. Apesar disso, eles podem estar ali, cristalizados na decisão judicial,<sup>357</sup> como nos pareceu ter acontecido nos casos estudados, os quais, apesar de apenas qualitativamente, sugerem um distanciamento do modelo positivista, não apenas de forma inconsciente, como talvez até mesmo de modo consciente.

De outra parte, se partirmos do pressuposto de que os juízes de tribunais que precisam decidir mais processos têm menos tempo para tomar suas decisões, como acontece no STF, parece natural imaginar que eles prefiram acompanhar seus colegas, em vez de desperdiçar seu escasso tempo.<sup>358</sup> A alta carga de trabalho, apesar de trazer a questionável necessidade de julgamento por órgãos fracionários, pode ajudar a incrementar a observância de precedentes, nos casos de rotina, sob o aspecto quantitativo. Em contraste, não podemos esquecer, especialmente nesses casos mais rotineiros, que o juiz, assim como o cidadão em seu dia a dia, e como os profissionais de outras áreas do conhecimento, se vale de heurísticas para fazer

---

<sup>355</sup> ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virginia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial, *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, Brasília, 2018, p. 672 e 673.

<sup>356</sup> BEZERRA NETO, Bianor Arruda. *O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?* São Paulo: Noeses, 2018, p. 333).

<sup>357</sup> ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virginia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial, *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, Brasília, 2018, p. 675.

<sup>358</sup> ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira. Explicando o Dissenso: Uma Análise Empírica do Comportamento Judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos, *In: Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2. Rio de Janeiro, 2016, p. 902 e 903.

escolhas e decidir as questões que lhe são apresentadas, utilizando atalhos mentais que facilitam e agilizam a tomada de decisões, por meio de um pensamento automático, intuitivo. Uma das formas de decidir ocorre a partir de informações que estão disponíveis previamente em sua mente, a partir de seu conhecimento jurídico, de sua experiência profissional, sem que isso, porém, o isente de equívocos. Buscar rapidamente pela memória uma informação, e logo decidir, é arriscado quando há tantos ramos do direito, incontáveis leis em vigor, constantes mudanças legislativas e milhares de preceitos normativos primários e secundários a serem observados. Decidir prontamente, sem pesquisar, sem checar informações, sem examinar regras, pode redundar em falhas cognitivas,<sup>359</sup> prejudicando a aplicação de precedentes sob o ponto de vista qualitativo, o que pode contribuir com o modelo ideológico, ou mesmo com uma terceira espécie de influência das decisões judiciais.

Com efeito, além de critérios de direito positivo e de ideologia, questões táticas também podem influenciar o comportamento do STF, o que nos faz chegar, então, a um terceiro modelo de tomada das suas decisões judiciais, o qual chamamos de modelo estratégico.

No geral entendia-se que a fragmentação do Supremo em onze ministros monocráticos, por exemplo, decorria do acúmulo de processos, caracterizando uma técnica administrativa focada em uma tática, ainda que patológica, principalmente naquele nível de jurisdição. Mas a situação parece ter piorado a partir de 2016, quando ficou mais clara uma nova dimensão do fenômeno, vindo à luz a sua verdadeira natureza, de uso deliberado pelos ministros, revelando-se como estratégia política, empregada em disputas internas de poder. Em outras palavras, um Supremo fragmentado abre as portas para o comportamento político, para o artifício individual, o que pode ocorrer pelo menos de três diferentes maneiras: 1) emparedando-se o plenário; 2) contrariando-se o plenário; 3) evitando-se o plenário.<sup>360</sup>

A estratégia de pelo menos tentar emparedar o Plenário pode ser demonstrada com a concessão de liminar pelo ministro Marco Aurélio, monocraticamente, poucas horas antes do recesso forense de 2018/2019, na ADC 54/DF, já mencionada. Além de ir de encontro ao precedente vinculante do colegiado, formado no julgamento do ARE 964.246/SP, em repercussão geral, a decisão objetivou a soltura imediata de inúmeros presos no país, inclusive de um ex-presidente da república. Não tivesse sido imediatamente reformada, poderia criar

---

<sup>359</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1. Porto Alegre, jan-abr 2019, p. 523. Disponível em <http://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>. Acesso no dia 26/10/2019.

<sup>360</sup> FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: Todos contra o Plenário, In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.), *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 21 a 23.

fatos consumados que talvez tornassem muito mais custoso ao Plenário discordar da decisão individual tomada.

O exemplo acima também demonstra a tática de julgar contrariando o Plenário. Aliás, além de outros exemplos já citados de decisão que seguem este modelo, lembramos que a ministra Rosa Weber, vencida no HC 126.292/SP, manteve sua posição vencida no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44/DF. Pouco tempo depois, terminou não se manifestando no julgamento do ARE 964.246/SP, em repercussão geral, como se pudesse utilizar o *non liquet*, vedado pelo art. 140, do CPC. Já no julgamento do HC 152.752/PR, impetrado em favor do ex-presidente Lula, optou por seguir o precedente vinculante do colegiado, contra a sua posição, mas o pior é que não fez o mesmo posteriormente, no julgamento final, conjunto, das ADCs 43, 44 e 54/DF, embora o precedente vinculante da corte não tivesse sido superado.

Mas não é só. O ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto individual no HC 84.078-7/MG, em 2009, entendeu ser necessária uma “revisão da jurisprudência” do tribunal, quando seguiu a posição da maioria do momento, no sentido de que a ordem de prisão somente poderia ser expedida com base no art. 312, do CPP (p. 154 a 164). Por outro lado, em 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, aderiu a uma nova maioria, decidindo ser possível a execução da pena após condenação em 2ª instância, posição que foi mantida por ele na medida cautelar nas ADCs 43 e 44/DF, bem como no ARE 964.246/SP, em repercussão geral, no mesmo ano. Todavia, em 2017 parece ter passado a adotar uma terceira posição, claramente contrária ao posicionamento do Plenário, no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Nos autos do HC 146.815/MG ele deferiu liminar suspendendo o início de cumprimento da pena em função de sentença condenatória em 2º grau, para tanto dizendo que já tinha sinalizado em só admiti-la após a condenação no STJ, passando a seguir o entendimento do ministro Dias Toffoli.<sup>361</sup> Mas depois, no dia sete de novembro de 2019, voltou à sua posição de 2009, quando do julgamento final das aludidas ações declaratórias de constitucionalidade do art. 283, do CPP.<sup>362</sup> Em suma, em aproximados dez anos, ele mudou de posição pelo menos quatro vezes em relação à mesma matéria, deixando de seguir o precedente do colegiado que então estava valendo.

---

<sup>361</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5242908>. Acesso no dia 29/08/2017. No julgamento final ele terminou denegando a ordem em razão de o recurso interposto no STJ ter sido julgado.

<sup>362</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>. Acesso no dia 09/11/2019.

Por fim, a tática de evitar o plenário começa com o poder discricionário dos relatores de liberar os processos para julgamento, podendo optar por adiar a manifestação colegiada por longos períodos de tempo. Ela pode ser agravada por um pedido de vista que interrompa o julgamento, sem qualquer prazo, na prática, para o seu retorno, embora esta conduta, agora, tenha sido, em tese, criminalizada (Lei 37, da Lei 13.869/19 – Lei de abuso de autoridade). O comportamento pode, igualmente, ser de responsabilidade do presidente da corte, a despeito de o espaço na pauta ser escasso, o que piora com o fato de muitos processos pautados não serem de fato decididos.<sup>363</sup>

Como exemplo deste tipo de estratégia, consciente ou por necessidade, é importante verificar a irresignação do ministro Marco Aurélio ao deferir a liminar na ADC 54/DF, quando disse ter liberado o processo para inclusão em pauta no dia 19 de abril de 2018, mas somente tendo ele sido pautado para o dia 10 de abril de 2019 (p. 9). Embora não concordemos com a solução dada pelo douto relator, o fato é que mesmo antes disso já poderiam ter sido julgadas em definitivo as ADCs 43 e 44/DF, valendo lembrar, demais disso, o que o julgamento marcado para abril de 2019 somente foi iniciado efetivamente em outubro do mesmo ano.

Na verdade, conquanto sejamos adeptos do primeiro modelo analisado, o positivista, reconhecemos que, além de ele não ser perfeito, sua predominância parece muito difícil na atualidade, diante não só da falta de neutralidade do ser humano, como também da sua imperfeição, o que aparenta estar confirmado no STF, ao menos no âmbito dos casos que estudamos, a despeito de as consequências serem graves para todos os jurisdicionados, ainda mais no âmbito daquela corte.

---

<sup>363</sup> FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: Todos contra o Plenário, *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.), *Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 22, 26 e 27.

## **SEGUNDA PARTE: O PAPEL DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

### **III. A SUPREMA CORTE DOS EUA E A TAREFA DE PRODUZIR NORMAS CRIMINAIS PARA O FUTURO**

#### **1. A NORMA NORTE-AMERICANA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

##### **1.1 A CONSTRUÇÃO DE SENTIDO AO TEXTO**

O Brasil de hoje, ao menos na teoria, está voltando a ter consciência do estado de falibilidade humana, incapaz de redigir textos perfeitos, absolutamente claros e objetivos, percebendo também a impossibilidade de vetar leituras diferentes, decorrentes de visões de mundo diversas entre aqueles que os leem.

Essa percepção, evidentemente, não é diferente no mundo anglo-saxão. Lá também se reconhece que os textos constroem posições de leitura para os leitores, mas sem que eles sejam meros recipientes passivos de significados fixos. Pelo contrário, eles, os leitores, já estão discursivamente equipados quando interagem com o texto, o reconstruindo como um significado que talvez seja mais ou menos congruente com a ideologia que o subjaz.<sup>364</sup>

Essa realidade não poderia ser diferente no plano jurídico. Malgrado os adeptos da teoria originalista norte-americana entendam que a interpretação constitucional e legal deve partir de um sentido fixo, considerando o momento de entrada em vigor do texto respectivo, a descoberta desse sentido não é objetiva. Aliás, na Inglaterra do século XVIII já se falava que os juízes deveriam decidir inclusive em todos os casos de dúvida,<sup>365</sup> de onde se deduz a inexistência de um direito claro, certo, que leve a um único resultado possível.

É de conhecimento também dos estudiosos do direito que a linguagem é cheia de textura aberta, ambiguidade e imprecisão, razão pela qual a sua interpretação, mesmo por contemporâneos, está fadada a produzir leituras diferentes. Além do mais, tem sido ensinado que o significado do texto é afetado pela natureza e mudanças da sua própria tradição, o que acontece continuamente ao longo do tempo, de maneira que o intérprete é confrontado por muito mais do que um simples texto a interpretar.<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> FOWLER, Roger. Sobre a Linguística Crítica. In: *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, v. 4, n. especial. Tubarão, 2004, p. 212.

<sup>365</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 69.

<sup>366</sup> KRYGIER, Martin. Law as Tradition, In: *Law and Philosophy*, Aug, 1986, p. 252 e 253. Disponível em <https://www.jstor.org>, acesso no dia 06/09/2018.

Ainda que para o Brasil o máximo de clareza devesse ser buscada quando da elaboração de normas jurídicas pelo Poder Legislativo, o que se agiganta quando pensamos na criação de normas penais incriminadoras, não podemos negar a frequente necessidade de construção de sentido aos textos legais respectivos, o que, com maior razão, não é diferente nos EUA, diante da sua tradição jurídica no *common law*.

O direito feudal na Inglaterra também forneceu o contexto para o desenvolvimento de um sistema costumeiro, o qual, porém, diferentemente do que aconteceu no *civil law*, resistiu aos efeitos da romanização e subsequente “humanização”, com instituições desenvolvidas no período medieval que sobreviveram até quase o final do século XIX.<sup>367</sup> Neste período, se um novo e imprevisto problema surgisse em um país do *civil law*, a solução, *grosso modo*, deveria ser buscada nas regras existentes, diante de um sistema concebido como completo e sem lacunas, com legislação que parecia estabelecer normas para resolver todos os casos futuros; se a mesma coisa acontecesse em um país do *common law*, eles deveriam prever como o juiz lidaria com a situação, com base em decisões pretéritas, reconhecendo seu caminho como gradual, de caso a caso, passo a passo, procedendo cautelosamente.<sup>368</sup> Apesar de este traço distintivo não ser tão absoluto e objetivo, ele pode ser percebido na diferença entre o marco normativo norte-americano, a Constituição, que entrou em vigor com sete artigos no ano de 1.789, e o marco normativo francês, o Código Civil de 1.804, com seus 2.281 artigos, grande influenciador de outros países integrantes da mesma família jurídica.

O fato é que o direito não pode ser visto como um sistema fechado, como se fosse um jogo de xadrez, no qual todos os movimentos podem ser encontrados nas suas regras. Pelo contrário, é inevitavelmente e especialmente sujeito a imprevisíveis complexidades da condição humana.<sup>369</sup> Não é por outra razão que MacCormick diz sempre ter uma inclinação a lembrar que certeza é inatingível, razão pela qual o máximo que se pode fazer é diminuir a incerteza para um nível razoável.<sup>370</sup> Embora os juízes não devam decidir em qualquer caminho que gostem, mas de acordo com as opções que o direito lhes permite, dentro dos limites de sua competência, no *common law* é natural reconhecer que em algumas vezes ele terá que usar o

---

<sup>367</sup> SAMUEL, Geoffrey. Common Law, In: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006, p. 145.

<sup>368</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, HEIN. *Introduction to Comparative Law*. Translator Tony Weir. 3a ed. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 69 e 70.

<sup>369</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 5 e 6.

<sup>370</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, n.p.

seu arbítrio, a discricionariedade, como acontece, por exemplo, na interpretação de duas leis contraditórias.<sup>371</sup>

Mesmo o controverso “originalista e textualista” Scalia dizia que textualismo não poderia ser confundido com construcionismo estrito, com literalismo, embora entendendo que as palavras possuem significados de alcance limitados, discordando de interpretações que vão além daquele alcance. Até para ele, uma norma não deveria ser sempre construída estritamente, ainda que isso fosse melhor do que concebê-la de uma maneira não textualista. E ao tratar especificamente da Constituição, acrescentava que o seu contexto determina não se pegar em detalhes, devendo ser dada interpretação expansiva às palavras e frases, em vez de uma interpretação limitada - embora não seja admissível uma interpretação que a linguagem não possa suportar.<sup>372</sup>

Na verdade, parece-nos que a atribuição de interpretação ampliativa ou restritiva depende de uma opção do julgador, dentro dos espaços deixados pelo legislador, ainda que existam alguns critérios para a escolha. De toda forma, como não poderia deixar de ser, o que aqui importa é que não é possível, ao menos no estágio atual de desenvolvimento da humanidade, seja nos EUA, no Brasil, ou em qualquer lugar do mundo, criar normas penais incriminadoras que sejam certas e precisas ao ponto de sabermos previamente qual o seu âmbito exato, sem necessidade de valoração ou interpretação.

Talvez a questão do alcance de tais normas, no sistema jurídico norte-americano, seja até mais problemática do que no Brasil. Segundo Abrams, Beale e Klein, as proibições penais naquele país geralmente possuem duas abordagens básicas: 1) a adoção de uma descrição do tipo de forma muito geral pelo legislador; 2) a opção pela descrição de uma série de condutas criminais bem específicas. Porém, ao tratarem dos crimes de obstrução de justiça, previstos no 18 U.S.C., §§ 1.503 a 1.519, dizem que no caso de tais espécies delituosas houve opção legislativa por ambos os critérios, resultando no grande número de diferentes previsões legais sobre o assunto, inclusive coincidindo com outras categorias de ilícitos penais.<sup>373</sup>

Na teoria pode ser fácil imaginar que basta haver a opção legislativa pela descrição das condutas criminais de forma bem específica. O problema é que são muitos os tipos penais

---

<sup>371</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 120-121.

<sup>372</sup> SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1.997, p. 23, 24 e 37.

<sup>373</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 1.203. As redações originais dos referidos tipos penais estão disponíveis, respectivamente, em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1503> e <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1519>. Acesso no dia 15/01/2019.

que, talvez tentando seguir essa orientação, terminam com uma redação muito densa, com longa previsão incriminadora que termina sem conseguir a desejada precisão total. O crime de *mail fraud*, previsto no 18 U.S.C., § 1.341,<sup>374</sup> é outro exemplo, dentre inúmeros, do que parece ser intenção do legislador de detalhar a conduta de forma específica, mas sem êxito, findando por proibir, em tese, qualquer tipo de fraude cometida por meio de correio físico, ainda incluindo o meio eletrônico mais atual no *wire fraud* do 18 U.S.C, § 1.343.<sup>375</sup>

Para os membros do órgão acusatório federal que atuam contra os crimes de colarinho branco, aliás, a lei relativa ao *mail fraud* tem sido seu verdadeiro amor. Eles podem flertar com outros tipos penais também amplos, mas sempre voltando para as “virtudes” do 18 U.S.C. § 1341, diante não só de sua simplicidade e familiaridade confortável como também justamente da sua “adaptabilidade”,<sup>376</sup> o que é uma característica típica dos tipos penais abertos.

Por isso, é difícil imaginar que a Suprema Corte norte-americana, no julgamento dos seus processos, deixe de dar sentido ao texto da norma oriunda do Poder Legislativo, analisando a sua constitucionalidade, interpretando-a, como também efetuando o fechamento daqueles seus pontos que sejam abertos. Em outras palavras, ela também construirá o exato sentido do texto legal, o que é facilmente compreendido naquele país, sem falar na possibilidade de influência de fatores externos a influenciar essa construção, o que será trabalhado mais à frente.

## 1.2 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Mesmo em países do *civil law*, como ainda é o caso brasileiro, não é fácil sustentar a absoluta ausência de papel criativo do juiz na formação do direito, sendo a opinião contrária questionável, inclusive, durante o período imediatamente posterior ao da Revolução Francesa. Ainda que, na teoria, se defendesse o contrário, especialmente no âmbito do sistema de justiça penal, na prática já não era possível prever legalmente tudo de forma clara e precisa, situação que não seria diferente justamente nos EUA.

No *common law* do passado também já se pensava no tema criação judicial do direito. Os costumes, como também as regras e máximas estabelecidas,<sup>377</sup> ganhavam autoridade pela recepção e uso geral, mas mediante prova de que sua observância realmente existia. Segundo Blackstone mencionava, ainda no século XVIII, a sua demonstração deveria ser feita perante os juízes, que tomariam decisões que já eram, naquela época, a principal e maior prova do

---

<sup>374</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1341>, acesso no dia 15/01/2019.

<sup>375</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1343>, acesso no dia 15/01/2019.

<sup>376</sup> RAKOFF, Jed S. The Federal Mail Fraud Statute (Part I). In: *Duquesne Law Review*, v. 18, n. 4. Pittsburgh, Summer, 1.980, p. 771. Disponível em <https://heinonline.org>. Acesso no dia 11/12/2018.

<sup>377</sup> A exemplo daquela pela qual nenhum homem era obrigado a se acusar.

reconhecimento oficial dos costumes válidos. As decisões judiciais no *common law*, então, seriam o guia para o futuro.<sup>378</sup>

É verdade que, segundo o mesmo autor, ao observar os costumes conhecidos em determinado tempo e lugar, e não o seu próprio julgamento privado, o magistrado não pronunciava um novo direito, apenas mantendo e interpretando o antigo. Explicado de outro modo, o juiz seria somente o seu depositário e oráculo vivo.<sup>379</sup> Mas se na teoria não se falava em atividade criativa do juiz, fica difícil imaginar que ela não existisse na prática, até em face da maior imprecisão dos usos e costumes, que dificilmente impediriam pelo menos a complementação judicial daquele direito costumeiro.

Talvez na própria infância da lei anglo-saxã pudesse ter se pensado que os tribunais eram meros expositores da prática social geralmente aceita; e certamente, mesmo na plena maturidade do *common law*, uma prática social bem estabelecida poderia servir de base para a decisão de um tribunal. Mas desde cedo – desde os primeiros registros de decisões judiciais inglesas entre o fim do século XIII e o início do século XVI - qualquer equivalência entre o direito costumeiro e o *common law* deixara de existir, exceto se pensarmos num sentido de decisões judiciais prévias formando o “costume”. Os assuntos que chegavam aos tribunais envolviam, cada vez mais, questões refinadas, às quais a prática costumeira não dava resposta.<sup>380</sup>

Mesmo assim, na teoria, até a segunda metade do século XIX a maioria dos advogados, juízes e comentaristas entendia que a mudança do *common law* era um processo de descoberta e não de criação. Para eles, o desenvolvimento do direito não envolvia apenas localizar aquele que já existia o tempo todo, mas também seria caracterizado como uma marcha lógica e dedutiva de um caso para outro. No início do século XX, quando ainda se concordava que um “modelo legal” determinava o resultado das causas, acreditando-se que somente as categorias jurídicas eram importantes na previsão de consequências legais, surgiu a ideia de que os juízes faziam escolhas políticas não ditadas pela lógica, nem pelo direito preexistente. Já hoje em dia seria difícil encontrar muitos dissidentes do ponto de vista de que quando os juízes mudam o

---

<sup>378</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 68, 69 e 71.

<sup>379</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 69.

<sup>380</sup> SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1.997, p. 4.

direito, eles baseiam suas decisões em uma mistura de política e princípio que dificilmente pode ser pensada como um exercício dedutivo ou lógico.<sup>381</sup>

O *common law* não é mais um direito consuetudinário, nem um reflexo da prática do povo, mas sim um direito desenvolvido pelos juízes.<sup>382</sup> No entanto, o direito que eles criam, bem como o caminho seguido para o seu cumprimento, corresponde a atos deliberativos, da mesma forma que as decisões negociais e as decisões feitas pelo Legislativo também o são. Eles não se limitam a aplicar claras regras de direito criadas pelos legisladores, pela administração, pelos constituintes ou por outra fonte extrajudicial. Mesmo aqueles que pensam que os juízes deveriam ser simples aplicadores de regras não acreditam que é dessa forma que os magistrados norte-americanos se comportam, porque na verdade eles têm e exercem discricionariedade, atuando como legisladores ocasionais.<sup>383</sup> Na família jurídica do *common law* os juízes abertamente declaram que criam o direito, não apenas o descobrindo, havendo pouca dificuldade teórica em dizer que as cortes, como os legisladores, em princípio têm o poder de estabelecer novas regras oriundas do *case law*.<sup>384</sup>

Eisenberg lembra que a capacidade do Legislativo para gerar regras legais é limitada. Ele menciona ainda que grande parte dessa capacidade deve ser alocada para algumas áreas específicas, como para a produção de regras que são consideradas fora da competência dos tribunais, a exemplo do que acontece com a definição de crimes, situação que, mesmo assim, não impede a construção de sentido ao texto legal, e que ainda permitirá alguma margem de liberdade, conforme veremos a seguir. Por isso, ao tratar de um modelo de corte não limitado à solução das lides postas a exame, ele explica que o estabelecimento de normas jurídicas para reger a conduta social é tratado como desejável em si mesmo, fazendo os tribunais assumirem conscientemente a função de desenvolver o direito em certas matérias. Nesta linha de raciocínio, chega a sustentar até que deveríamos esperar que as decisões frequentemente anunciassem mais regras do que aquelas estritamente necessárias para a resposta ao conflito de onde ela surgiu.<sup>385</sup>

Durante a época do crescimento acadêmico da doutrina norte-americana dos precedentes obrigatórios, críticos apontaram prontamente que os respectivos julgamentos não

---

<sup>381</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 125.

<sup>382</sup> SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1.997, p. 4.

<sup>383</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 5.

<sup>384</sup> MATTEI, Ugo A *et al. Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 621.

<sup>385</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 5 e 6.

eram objetivos, mas necessariamente baseados nos valores e crenças pessoais dos juizes sobre o que era certo. E, então, questionaram por que regras derivadas de tal fonte do direito deveriam ser respeitadas. Para eles, ninguém acreditaria que as regras que refletiam as pressuposições morais e políticas de homens, anglo-saxões, brancos, de religião protestante e proprietários, que constituíam o Judiciário, a maioria já morta, eram justas ou adequadas às condições de mudança rápida da vida moderna no início do século XX. Passou a se trabalhar não apenas com precedentes, mas também com argumentos de política pública, de valores sociais e de justiça, numa atividade judicial mais criativa do direito,<sup>386</sup> de forma que até hoje talvez ainda influencie os julgamentos da Suprema Corte dos EUA.

Mesmo que se pense de forma diferente, uma consequência indireta da atenção ao precedente também entra em jogo quando um juiz conclui que nenhuma regra existente se aplica ao caso. Agora, diante desta situação, o juiz assume o papel de “legislador”: mesmo que sua decisão não anuncie uma regra para casos futuros, as razões que oferece serão tratadas pelo público como sendo o direito.<sup>387</sup>

Aliás, é importante não perder de vista que, nos Estados Unidos, resultados ditados por uma regra ou precedente são improváveis de serem litigados ou, se litigados, dificilmente serão objeto de recurso. Assim, a população de casos, especialmente no nível da sua Suprema Corte, é fortemente direcionada a disputas cujos resultados não são previamente determinados ou guiados pelos precedentes existentes,<sup>388</sup> o que parece realmente dar razão ao forte posicionamento daqueles que admitem a possibilidade de seu papel criativo.

Como as decisões das cortes norte-americanas determinam a “legalidade” em assuntos que são judicialmente contestados, debatidos, disputados, elas necessariamente criam o direito. Todos não totalmente desconectados da realidade reconhecem esse papel criativo. Embora para alguns a ausência de discricionariedade judicial ainda sobreviva, esse pensamento não passa de conto de fadas.<sup>389</sup>

---

<sup>386</sup> HASNAS, John. Hayek, the Common Law, and Fluid Drive. In: *NYU Journal Law and Liberty*, 2.005, disponível em

[https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyujlawlb1&div=12&g\\_sent=1&casa\\_token=&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyujlawlb1&div=12&g_sent=1&casa_token=&collection=journals). Acesso em 03/01/2019, p. 94 a 96.

<sup>387</sup> SHERWIN, Emily. *Judges as Rulemakers*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=790666>. Acesso no dia 27/06/2016, p. 17.

<sup>388</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 89 e 90.

<sup>389</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 8 e 10.

### 1.3 O ALCANCE DA NORMA PENAL E OS CASOS *DURLAND* E *SKILLING*

Já apresentamos a nossa posição de que o legislador deve elaborar as normas de forma mais clara possível, permitindo que os seus destinatários saibam as consequências de suas condutas, ainda mais no âmbito do sistema penal. Apesar disso, também vimos que uma precisão absoluta não é factível, o que se repete no mundo inteiro, não sendo diferente com os EUA, podendo surgir a possibilidade de o Judiciário efetuar a construção de sentido do texto escrito pelo legislador, criando o próprio direito, não estando limitado a uma atividade de mera aplicação de uma norma preexistente.

Essa realidade é um grande problema prático, com maiores consequências no âmbito criminal, sendo por isso estudado já há algum tempo naquele país, geralmente por meio do que eles chamam de doutrina do *void for vagueness*, cuja tradução literal leva à expressão portuguesa “vazio por imprecisão”. O seu sentido é relacionado à grande preocupação ali existente com a capacidade de regras legais controlar as condutas, mais especificamente com a “clareza” da distinção da lei entre comportamento aceitável e proibido, tanto para orientar as condutas dos cidadãos, quanto para restringir a discricionariedade dos funcionários do governo.<sup>390</sup>

O problema também é evidente para a Suprema Corte dos EUA, o que é perceptível no estudo de dois casos cujos julgamentos distam mais de cem anos, sobre os já mencionados tipos de *mail fraud*<sup>391</sup> e *wire fraud*.<sup>392</sup> Embora com opções diferentes, as decisões demonstram a continuidade da imprecisão do texto legislativo, mesmo com o legislador inovando, em determinado momento entre ambas, justamente para tentar ser mais claro, mas sem conseguir o êxito desejado.

A primeira das decisões objeto da nossa atenção foi proferida no julgamento do caso *Durland v. United States*, no ano de 1896,<sup>393</sup> ainda no final do século XIX, correspondendo à oportunidade inicial na qual a Suprema Corte interpretou o *Mail Fraud Act*. Antes dela, no âmbito estadual as pessoas não eram condenadas pela aquisição fraudulenta de propriedade quando tivessem afirmado que efetuariam o pagamento no futuro, ainda que já não existisse

---

<sup>390</sup> POST, Robert C.. Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders, *In: California Law Review*, May, 1.994, p. 491, disponível em <https://www.jstor.org/stable/3480970>. Acesso em 21/01/2019.

<sup>391</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1341>, acesso no dia 15/01/2019.

<sup>392</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1343>, acesso no dia 15/01/2019.

<sup>393</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=14910353068320316997&q=durland+v+united+states&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=14910353068320316997&q=durland+v+united+states&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 16/01/2019.

essa intenção prévia de pagar.<sup>394</sup> No caso, o réu tentou enganar os menos cautelosos, conseguindo dinheiro deles para uma aplicação que seria atraente, mas que na verdade era enganosa e irreal. Sua alegação foi de que a lei alcançava apenas as situações nas quais a deturpação da realidade se relacionava a um fato já existente, não a uma mera promessa para o futuro (p. 1), alegação que não foi acolhida pelo órgão julgador máximo daquele país.

Segundo a Suprema Corte, a lei era mais ampla do que a defesa alegou. Disse que sua literalidade demonstrava que bastava “qualquer esquema ou artifício para fraudar”, devendo sua leitura abranger tudo que fosse arquitetado para isso, tanto para o passado, como para o futuro. Se alguém fizesse uma compra, sabendo que não teria condições de pagá-la, e com o intento de enganar o vendedor, a conduta configurava uma clara fraude punível, diante da importância do objetivo do autor, da sua intenção (p. 2).

A decisão em *Durland* foi uma decisão radical, porque ela estabeleceu que o *Mail Fraud* não estava limitado ao objetivo da fraude punível com base nas leis estaduais, podendo ter uma cobertura mais ampla no âmbito federal. Ademais, ao aceitar este amplo alcance da lei penal incriminadora, a corte terminou se afastando do conceito de “esquema para fraudar” que vinha sendo aplicado pelos antecedentes no *common law*.<sup>395</sup>

Embora não vejamos problema na disposição legal, tal como redigida no ponto questionado, diante da impossibilidade humana de prevê-la de forma detalhada o suficiente,<sup>396</sup> é fato que ela é aberta. A própria utilização da palavra “qualquer”, antes da expressão “esquema ou artifício para fraudar”, evidencia a amplitude normativa, que terminou aceita pelo julgado abordado, o qual inclusive foi expresso em reconhecê-la.

Quase cem anos depois, o Congresso norte-americano decidiu inovar, trazendo uma definição de “esquema ou artifício para fraudar”, no âmbito dos mencionados tipos de *mail fraud* e *wire fraud*, o que fez por meio do 18 U.S.C., § 1.346, em 1988.<sup>397</sup> A partir de então, ficou estabelecido que a expressão incluía o esquema ou artifício para privar outrem de direito até mesmo “intangível” a serviços honestos. O mesmo raciocínio efetuado no julgamento do caso *Durland* poderia levar à rápida conclusão de que qualquer conduta praticada para fraudar, nela incluídas as ofensas até mesmo ao direito da vítima de receber um mero serviço honesto

---

<sup>394</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 312.

<sup>395</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 314 e 320.

<sup>396</sup> O art. 171, do nosso Código Penal, também se utiliza de expressão ampla, qual seja “qualquer outro meio fraudulento”, sem maiores questionamentos específicos.

<sup>397</sup> Segundo a letra da lei, para fins do respectivo capítulo o termo “esquema ou artifício para defraudar” inclui um esquema ou artifício para privar outro do direito intangível a serviços honestos. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1346>. Acesso no dia 15/01/2019.

de terceiro em que confiou, já corresponderia ao crime prescrito legalmente, não fosse mais uma vez o problema da abertura normativa.

Realmente, como o Congresso não definiu o conceito de "serviços honestos" na § 1.346, os tribunais chegaram a conclusões variadas sobre o que constitui a sua violação, lutando para definir o seu alcance, uns divergindo dos outros,<sup>398</sup> justamente diante da referida amplitude. Em razão disso, a questão terminou chegando novamente à mais alta corte dos EUA, que a resolveu no julgamento do caso *Skilling v. United States*.<sup>399</sup>

Ao “interpretar” o texto legal no julgamento da causa, a corte terminou reduzindo o alcance da lei penal incriminadora, dizendo não bastar uma fraude a direitos intangíveis para a configuração do delito, sendo necessário pelo menos que a conduta tenha sido praticada de forma relacionada a subornos e propinas. Disse a corte que, ao proibir privações fraudulentas do "direito intangível a serviços honestos", o Congresso pretendeu alcançar os esquemas de forma limitada a tais situações, até porque a criação de lei para além disso seria excessivamente aberta (p. 1).<sup>400</sup> Assim, para que a traição da confiança da vítima fosse criminosa, a prática do serviço desonesto não era suficiente por si só, sendo preciso que ela estivesse ligada a subornos e propinas.

Skilling tinha sido executivo e presidente da empresa Eron, uma das líderes mundiais em energia, estando entre as setenta maiores receitas do país naquela época, mas que terminou falindo pouco depois de seu pedido de demissão. Ele empregou uma variedade de práticas contábeis para disfarçar suas perdas, ocultando a realidade de empreendimentos sem sucesso, numa “conspiração” elaborada para sustentar os preços das ações de curto prazo da corporação, exagerando o seu bem-estar financeiro. Entretanto, como a sua conduta não implicava suborno ou propina, ela não se enquadrava na proibição da § 1.346, segundo decidiu a maioria (p. 1 e 2). Em outras palavras, repita-se, “o direito intangível a serviços honestos” significava o direito da vítima de não ter a pessoa em quem confiou aceitando subornos e propinas.

Embora à primeira vista o texto legal pudesse parecer claro, preciso, delimitado, sem deixar margem a dúvidas, sua comparação com o mundo real mostrou o contrário. Tanto que,

---

398 PITTMAN, Elizabeth Wagner. Mail and Wire Fraud, In: *American Criminal Law Review*, 2010, p. 813 e 814, disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/amcrimlr47&id=801&men\\_tab=src\\_results](https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/amcrimlr47&id=801&men_tab=src_results). Acesso em 16/01/2019.

<sup>399</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=18392132448989054180&q=skilling&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=18392132448989054180&q=skilling&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 15/01/2019.

<sup>400</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=18392132448989054180&q=skilling&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=18392132448989054180&q=skilling&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 15/01/2019.

em vez de optar por uma interpretação meramente literal, a corte disse estar fazendo uma interpretação teleológica (p. 1 e 18) e histórica (p. 15 a 18) para chegar a sua conclusão restritiva. O fez sob o fundamento de que antes de declarar uma lei como vagamente inadmissível, como inconstitucional, deve considerar se a prescrição legal é passível de uma construção restritiva, podendo ser utilizada qualquer interpretação que seja razoável neste sentido (p. 18).

A posição adotada pela corte não foi unânime, mas a divergência também afirmou que a previsão textual da norma penal incriminadora era vaga (p. 23), portanto com uma ampla moldura apta a aceitar inúmeras “pinturas” as mais variadas. De fato, a expressão “serviços honestos” configura o que no Brasil chamaríamos de elemento normativo do tipo, exigindo um juízo de valor do “intérprete”. Não há dúvida de que a prática de conduta para fraudar, traindo a confiança da vítima mediante a simples prática de serviços desonestos, tem aptidão para incluir uma série de condutas, algumas até leves, o que para a Suprema Corte dos EUA foi um grande problema.

Aqui surge ainda outra questão muito importante: ao formar precedentes, a Suprema Corte deverá produzir normas penais mais fechadas e claras, para o seu destinatário poder saber com mais precisão ainda o que é proibido sob pena de aplicação de uma sanção penal? Ou poderá agir também de forma inversa, ampliando mais o alcance e a vagueza da norma penal?

Parece-nos que, na sua atuação criativa, a Suprema Corte devesse fechar, não abrir ainda mais, o âmbito dos textos legais, já que o *stare decisis* foi pensado para reduzir a incerteza e a insegurança do *common law*, então baseado nos costumes, da mesma forma que servia a lei para o *civil law*.

Todavia, como o desejável não é humanamente possível, um fechamento normativo total das normas penais incriminadoras, ou mesmo das normas processuais, procedimentais ou não, também não será alcançado. Além do problema dos limites da lide, da mesma forma que o legislador, o juiz, mesmo aquele integrante da corte de vértice, não será capaz de prever todas as específicas situações que surgirão nas complexas sociedades atuais, não conseguindo conferir uma certeza absoluta sobre aquilo que seja exatamente proibido sob ameaça de uma sanção na área da justiça penal.

Isso não é diferente no Brasil ou nos Estados Unidos. No caso deles, basta ver que foram inúmeras as oportunidades nas quais a sua Suprema Corte julgou recursos relativos a acusações de *mail Fraud* e *wire Fraud*. Além de *Durland* (1896) e *Skilling* (2010), outras abordagens foram efetuadas sobre os mesmos crimes no julgamento, pelo menos, nos casos

*McNally v. United States* (1987),<sup>401</sup> *Neder v. United States* (1999),<sup>402</sup> *Cleveland v. United States* (2000)<sup>403</sup> e *Pasquantino v. United States* (2005)<sup>404</sup>, sem falar em inúmeros outros julgamentos ao longo do tempo realizados pelos tribunais federais de 2ª instância. Se fosse possível aos *justices* produzir normas perfeitamente claras e fechadas para o futuro, aptas a alcançar todos os casos a surgir, praticamente não teria havido mais necessidade de novas decisões após o caso *Durland*, especialmente diante da ausência de superação expressa daquele precedente.

De qualquer forma, não há dúvidas que a dificuldade maior, no momento, está na linguagem imprecisa da lei, o que, ao lado de criar problemas de discricionariedade na sua aplicação, impede os cidadãos de saberem o que podem fazer para obedecê-la. As cortes respondem à vagueza legal mediante a atividade interpretativa, ainda que com as limitações mencionadas acima, abastecendo a necessidade de redução do arbítrio e de direcionamento dos indivíduos. Mas, se algumas vezes elas externam o significado da norma, em outras elas podem optar por invalidar a lei aberta, em vez de interpretá-la,<sup>405</sup> numa opção que ao nosso ver tem sido extremamente subjetiva. No geral, porém, ao menos em face dos casos estudados, a Suprema Corte dos EUA tem construído o sentido das normas também no âmbito do sistema de justiça penal. E, ao assim agir, ela termina criando o direito, numa atividade produtora inevitável, ainda que algumas vezes possa ser excessiva. Esse papel criativo, todavia, não chega ao ponto de permitir a criação judicial de tipos penais, ainda que a questão seja mais aberta quanto ao preceito secundário das normas penais incriminadoras, como veremos a seguir.

#### **1.4 O NULLUM CRIMEN SINE LEGE E O CASO HUDSON AND GOODWIN**

Pelo menos na teoria, o princípio da legalidade penal não é um grande problema para os países do *civil law*. Ricardo de Brito, por exemplo, embora debatendo sua relação com o Estado democrático de direito, afirma desconhecer a existência de estudiosos que se recusem a apontá-lo como uma espécie de base, que se encontra praticamente imune a questionamentos

---

<sup>401</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10446424144381294593&q=mcnally+v+united+states&hl=en&as\\_sdt=2006](https://scholar.google.com/scholar_case?case=10446424144381294593&q=mcnally+v+united+states&hl=en&as_sdt=2006), acesso no dia 04/02/2019.

<sup>402</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=5991174548998035518&q=neder+v+united+states&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=5991174548998035518&q=neder+v+united+states&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 16/01/2019.

<sup>403</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=16956123768073754537&q=cleveland+v+united+states&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=16956123768073754537&q=cleveland+v+united+states&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 16/01/2019.

<sup>404</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10492942452633893716&q=pasquantino+v+united+states&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=10492942452633893716&q=pasquantino+v+united+states&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 16/01/2019.

<sup>405</sup> COOTER, Robert D.. Void for Vagueness: Introduction to a Symposium, In: *California Law Review*, May, 1.994, pp. 487 e 488, disponível em [https://works.bepress.com/robert\\_cooter/111/](https://works.bepress.com/robert_cooter/111/). Acesso em 21/01/2019.

acerca de sua legitimidade, sendo provável não existir na doutrina do direito penal outro princípio tão unanimemente festejado.<sup>406</sup>

Na história do *common law* a situação era diferente. Mesmo poucos anos depois da impressão, na Itália, do livro intitulado “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, durante o “Iluminismo”,<sup>407</sup> Blackstone, na Inglaterra, enfatizava os costumes gerais que guiavam e direcionavam as cortes de justiça naquele país, inclusive no sistema de justiça penal e, ao que parece, de forma bastante aberta. Segundo ele, a quebra da paz pública, por exemplo, era uma ofensa punível não apenas com multa, mas também com o aprisionamento, o que não era estabelecido em nenhuma regra legal, dependendo apenas dos usos passados para o seu sustento.<sup>408</sup>

Talvez diante da realidade daquele tempo e lugar, tem se sustentado que para nós, do *civil law*, cortes do *common law* parecem violar o *nullum crimen nulla poena sine lege* todos os dias, não só quando aplicam punições por danos em ações cíveis, ou quando sumariamente punem indivíduos por desobediência ou desrespeito à corte, mas também ao condenarem pessoas por “*common law crimes*”.<sup>409</sup> Entretanto, essa situação não acontece há muito tempo nos Estados Unidos, ao menos com o alcance mencionado.

Ao contrário do que alguns brasileiros ainda podem pensar, não é de agora que os Estados Unidos afastam a possibilidade de condenação criminal baseada no reconhecimento de ofensa aos costumes, ou mesmo a precedentes. A sua Suprema Corte federal, no julgamento do caso *United States v. Hudson and Goodwin*,<sup>410</sup> decidiu que apenas o Congresso pode criar um crime federal, o que aconteceu em fevereiro de 1812, apenas quarenta e um anos depois do ensinamento de Blackstone quanto à situação contrária na Inglaterra, e vinte e dois anos depois de o art. 7º, da Declaração de direitos do homem e do cidadão, prescrever o princípio da legalidade penal, na França revolucionária.

Segundo o precedente, ainda válido nos dias de hoje, multar por desacato, prender por recusa a obediência à autoridade da corte, impor o cumprimento de suas ordens, etc., são poderes que não podem ser retirados do órgão jurisdicional, porque são necessários para o

---

<sup>406</sup> FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. O Princípio da Legalidade Penal e o Estado Democrático de Direito: Do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 363 e 364.

<sup>407</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradutores J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36 e 40.

<sup>408</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 68.

<sup>409</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 126.

<sup>410</sup> Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/32/>. Acesso no dia 07/01/2019.

exercício de todos os outros. Para a corte, esses são poderes implícitos, não imediatamente derivados da lei, devendo necessariamente ser concedidos ao Judiciário em razão da própria natureza da instituição (p. 2).

Contudo, afirma a decisão, a jurisdição criminal não está entre esses poderes não expressos, ou seja, todo o exercício da jurisdição penal em *common law cases* está fora do alcance dos poderes implícitos. As cortes não são investidas de jurisdição sobre qualquer ato particular praticado por um indivíduo em suposta violação da paz e dignidade do poder soberano, exigindo-se que a autoridade legislativa da União, primeiro, torne um ato como crime, fixe para ele uma punição, além de ter que declarar o tribunal que terá a competência sobre a ofensa criminalizada (p. 2).

Com esse precedente do início de 1812, a Suprema Corte foi de encontro a pelo menos oito decisões de cortes inferiores de 2º grau, além de desconsiderar o entendimento de todos os *justices* que a compunham antes de 1804, com exceção de um único. A divergência decorria da tensão entre o *common law* e a Constituição, pois esta tinha criado integralmente uma nova estrutura de governo, mas tinha sido escrita por homens que tinham sua cultura oriunda de conceitos daquela tradição jurídica. A posição ao final vencedora, ao abolir os *common law crimes*, representou um momento que cristalizou a orientação, sugerida pela primeira vez em 1798, de que a Lei Maior não poderia com eles coexistir, já que ela teria fixado um sistema de governo norte-americano que havia se separado de seus antecedentes ingleses mais nitidamente do que qualquer um tinha percebido. Ao assim decidir, a Suprema Corte deu definição formal à noção de que o *common law* só operaria dentro da estrutura constitucional.<sup>411</sup>

Destarte, o modelo norte-americano parece caminhar em sentido semelhante ao brasileiro quando estudamos o princípio da legalidade penal sob as vertentes da exigência de lei escrita oriunda do legislador, como também de lei estrita. Ou melhor, em sentido similar na teoria, considerando que na prática o STF criou os crimes de homofobia e transfobia por meio da ADO 26/DF e do MI 4733/DF, em 13/06/2019. Naquele país, a vedação da criminalização de conduta por precedentes, ou decorrente dos costumes, termina igualmente impedindo o uso da analogia *in malam partem*. Ainda que tenhamos como certa a distinção feita por Schauer, no sentido de que o uso da analogia ocorre apenas para dar suporte a um argumento atual, mas

---

<sup>411</sup> ROWE, Gary D. The Sound of Silence: United States v. Hudson & Goodwin, The Jeffersonian Ascendancy, and the Abolition of Federal Criminal Law. In: *Yale Law Journal*, v. 101, n. 4. New Haven: Sheridan, Jan., 1.992, p. 920, 922 e 923. Disponível em <http://scholarship.law.yale.edu/stable/796878>, acesso no dia 08/01/2019. Interessante notar que não havia norma expressa sobre a matéria, tendo a inovação se baseado em fundamentos abertos relacionados ao pacto federativo, à soberania popular e ao equilíbrio entre o Judiciário e o Legislativo, ou seja à separação de poderes.

com possibilidade de escolha, enquanto o uso de precedentes obrigatórios impõe um resultado diverso do preferido, sem margem de liberdade,<sup>412</sup> nosso raciocínio não fica invalidado. Apesar da diferença, o certo é que alguém que cometa um fato não previsto em lei penal incriminadora não será processado, ainda que se verifique omissão do legislador, que o fato praticado seja muito semelhante a outro proibido criminalmente, ou mesmo que ele seja contrário àquilo que o *common law* entenda como penalmente reprovável.

Já o processo penal norte-americano é regido, acima de tudo, por várias normas constitucionais, havendo ainda a aplicação não só de leis federais, mas também estaduais. Sobre este ramo do direito também incidem, além de códigos de ética, normas oriundas das próprias cortes,<sup>413</sup> inclusive da corte de vértice, claro,<sup>414</sup> o que sugere a possibilidade de criação de regras processuais por meio do Judiciário, situação que, a nosso ver, não se afasta tanto do modelo brasileiro, a não ser pela viabilidade de leis estaduais. Por sua vez, quando se fala na criação judicial do direito processual por precedentes, que não tem como ser humanamente evitado, normalmente o tema é relacionado ao reconhecimento de “direitos” pela Suprema Corte, o que também é plenamente viável, tendo acontecido inúmeras vezes, assunto que, porém, tem maiores consequências sobre a sua aplicação no tempo, o que será visto adiante.

Na verdade, é muito importante ter em mente que, também ao contrário do que muito se imagina no Brasil, foram poucos os países ocidentais que escaparam do fenômeno de codificação do século XIX, situação que não foi tão diferente com os EUA, mesmo tendo sido colônia inglesa no passado. A ideia surgiu da cultura jurídica do *civil law*, mas foi transmitida ao mundo novo, até mesmo àquela nação. A edição de Códigos Civis, por exemplo, teve sucesso em alguns Estados norte-americanos, embora tenha fracassado em Nova York. E, mesmo neste Estado, em 1848-1849 o Poder Legislativo editou um Código de Processo Civil, quando substituiu a distinção entre ações de direito costumeiro e de equidade por um tipo único, com um sucesso que terminou servindo de modelo para outros países da mesma família jurídica. Além disso, o que nos interessa mais neste estudo é que um Código de Processo Penal lá entrou em vigor em 1881, ano anterior ao seu Código Penal também se tornar lei, o que sequer foi alvo de muita resistência.<sup>415</sup> Assim, embora possa se pensar que as codificações representam uma

---

<sup>412</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 88 e 90.

<sup>413</sup> CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L.. *Criminal Procedure*. 2th edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 1.

<sup>414</sup> 28 U.S.C. § 2.071, disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2071>, acesso no dia 06/03/2019.

<sup>415</sup> REIMANN, Mathias. The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code. In: *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, n. 1. Berkeley, Win, 1.989, p. 97 e 99 a 101.

das maiores diferenças entre as famílias jurídicas estudadas, parece-nos que essa não é uma diferença tão grande assim, ao menos quando temos em mente os norte-americanos.

### **1.5 O NULLA POENA SINE LEGE E O CASO BOOKER**

A questão relacionada ao princípio da legalidade penal nos EUA começa a complicar quando a analisamos sob o aspecto do *nulla poena sine lege*, isto é, em face do preceito secundário da norma penal incriminadora, embora o precedente no caso *United States v. Hudson and Goodwin* tenha abrangido este aspecto, em tese, ao dizer que a autoridade legislativa deve, primeiro, não apenas prescrever qual a conduta criminosa, mas também fixar uma punição para ela (p. 2).

É que até o final do século XX, a despeito da fixação legal da pena abstrata para os crimes federais, sua aplicação em concreto ocorria de forma incontrolada, com base na discricionariedade do julgador, diante da existência de um amplo alcance estabelecido para a maioria das condutas ilícitas,<sup>416</sup> sequer havendo direito de recurso quanto ao ponto, o que terminava gerando muita disparidade para condutas idênticas. Procurando uma solução, em 1984 o Congresso editou o *Sentencing Reform Act (SRA)*, criando uma comissão – uma agência federal independente localizada dentro do Poder Judiciário, com competência para criar diretrizes (*Guidelines*) que deveriam ser seguidas pelo juiz nesta fase da sentença, as quais terminaram sendo fixadas por meio de um conjunto de normas longo, detalhado e complexo.<sup>417</sup>

A intenção do legislador nos pareceu clara: ele visou estabelecer critérios menos subjetivos que resolvessem o problema da ampla distância entre a pena mínima e a máxima cominada, estabelecida abstratamente por ele próprio. Mas o fez mediante delegação desse trabalho para a “comissão”, até porque o *Guidelines*, como dito, corresponde a um grande e complexo conjunto de regras,<sup>418</sup> com suas seiscentas páginas,<sup>419</sup> difícil de ser transportado para a lei em sentido formal.

Mesmo assim, a adoção de solução parecida, no *civil law*, dificilmente superaria as exigências do princípio da legalidade penal, na parte que veda a aplicação de pena sem cominação “legal”. E o debate desse assunto tampouco passou despercebido nos EUA, país da

---

<sup>416</sup> O delito chamado de *mail fraud* (18 U.S.C., § 1.341), por exemplo, tem pena em abstrato prevista legalmente que varia entre zero e vinte anos, ou entre zero e trinta anos, a depender da situação específica.

<sup>417</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 1.377 e 1.378.

<sup>418</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 1.382.

<sup>419</sup> Disponível em <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso no dia 04/11/2019.

família jurídica do *common law*, uma vez que a alegação de inconstitucionalidade do *SRA* já se encontrava perante a Suprema Corte daquele país mais ou menos cinco anos depois da sua promulgação. Apesar disso, a corte, no julgamento do caso *Mistretta v. United States*, formou o precedente no sentido de que a criação da Comissão de Sentença não constituiu uma delegação legislativa inconstitucional, nem uma violação da separação de poderes.<sup>420</sup>

Deveras, naquela oportunidade o órgão decidiu, por maioria, que ao criar a Comissão de Penas, o Congresso não delegou poder legislativo excessivo, nem perturbou o equilíbrio de poderes constitucionalmente. Entendeu que as proteções estruturais da Constituição não proíbem o Congresso de delegar a um órgão especialista, localizado no Poder Judiciário, a tarefa intrincada de formular diretrizes para a aplicação da pena, consistentes com os parâmetros legais. Segundo a decisão, o sistema de autoridade controlada e equilibrada também não proíbe o Congresso de recorrer à sabedoria e experiência acumuladas do Poder Judiciário na criação de políticas sobre um assunto exclusivamente da competência dos juízes, concluindo que a lei é constitucional (p. 16).<sup>421</sup>

Em 2005, no julgamento do caso *United States v. Booker* pela Suprema Corte dos EUA, a validade e alcance do *Guidelines* norte-americano foram novamente postos em discussão. Booker tinha sido acusado de portar, com intenção de distribuir, pelo menos cinquenta gramas de base de cocaína (crack). Entendendo haver prova de que ele possuía 92,5 gramas, o júri o condenou pela violação do 21 U.S.C. § 841 (a) (1), cuja pena variava de 10 anos à prisão perpétua, na forma da § 841 (b) (1) (A) (iii). Com base na sua história criminal e na quantidade de drogas reconhecida pelos jurados, a sentença deveria fixar a pena entre 210 e 262 meses, de acordo com o *Guidelines*. O juiz, no entanto, concluiu haver evidência de que Booker possuía, na verdade, mais de 566 gramas de crack, e que ele também era responsável por obstrução da justiça, o que o fez considerar uma variação mais alta, entre 360 meses e prisão perpétua, fixando a pena em definitivo naquele mínimo. Assim, em vez de ser condenado no “máximo” de 21 anos e 10 meses (262 meses), o réu terminou sendo condenado à pena “mínima” de 30 anos. A sentença, todavia, foi anulada no 2º grau, pelo Tribunal Federal do 7º

---

<sup>420</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 1.380.

<sup>421</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10855858816503634838&q=mistretta+v+united+states&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=10855858816503634838&q=mistretta+v+united+states&hl=en&as_sdt=6,34). Acesso no dia 16/11/2018.

Circuito, com determinação de nova decisão dentro dos parâmetros reconhecidos pelos jurados, ou para que fosse realizado outro julgamento perante o júri.<sup>422</sup>

Desta decisão, a acusação recorreu para a Suprema Corte, perante a qual vários assuntos interessantes foram apresentados. Em um deles, foi rejeitada mais uma vez a alegação, embora desta vez formulada pela acusação, de haver vício do *Guidelines* em razão de não ter ele sido promulgado pelo Congresso, mas pela Comissão de Sentença, o que aconteceu sob o fundamento de que isso não tinha significância constitucional. Em outro, também se afastou novamente a afirmação de ofensa à separação de poderes, quando a corte disse que o Legislativo pode delegar ao Judiciário funções que lhes sejam apropriadas e que não ofendam as prerrogativas de outro Poder, concluindo que tal delegação não excedia os poderes do Congresso. Embora tais afirmações, agora, tenham sido proferidas como *obiter dictum*, servem para ratificar nossa afirmação sobre a diferente visão norte-americana quanto à ideia de *nulla poena sine lege*. Poderia uma agência independente, vinculada ao Poder Judiciário brasileiro, mas sem função jurisdicional, editar normas obrigatórias para fixação da pena de forma mais específica em casos futuros? Importante notar, ainda quanto a este ponto, que no mesmo julgamento foi esclarecido justamente que a comissão tinha função legislativa e não judicial, esta não podendo ser por ela exercida, diante da existência de membros que não eram juízes, sob pena de afronta ao artigo III, da Constituição.

Além disso, com a decisão tomada em *Booker* a aplicação judicial da pena entrou em uma nova fase nos EUA, diante de dois votos majoritários proferidos no mesmo caso, o que aconteceu de maneira incomum, senão única.<sup>423</sup> Visando responder uma primeira pergunta formulada pelo recorrente, a Suprema Corte, por maioria, decidiu que a Sexta Emenda, instituidora da garantia do julgamento pelo tribunal do júri, se aplica ao *Guidelines*. Em consequência, formou o precedente no sentido de que, fora uma condenação prévia, ou a admissão de culpa, qualquer outro fato utilizado pela sentença, que aumente a pena máxima prevista no *Guidelines*, exige o seu reconhecimento pelo júri.

Porém, para responder uma segunda pergunta formulada pelo recorrente, sobre em qual medida o *Guidelines* permanecia válido, a corte, agora por uma maioria ligeiramente diferente, apresentou um segundo e “estranho” *holding*, invalidando duas previsões legais, formando o precedente de que as “diretrizes” eram apenas consultivas, não obrigatórias,

---

<sup>422</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=11853896925646326770&q=united+states+v+booker&hl=en&as\\_sdt=6.34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=11853896925646326770&q=united+states+v+booker&hl=en&as_sdt=6.34). Acesso no dia 07/11/2018.

<sup>423</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 1.377 e 1.396.

cabendo recurso para a revisão das penas somente em caso de alegação de falta de razoabilidade, não de inobservância das diretrizes normativas. Em conclusão, manteve a anulação da sentença determinada pelo órgão de 2º grau, mas dizendo que o rejuízo deveria ocorrer de acordo com os novos padrões estabelecidos pela Suprema Corte, não de acordo com os critérios das decisões recorridas.

Apesar de a decisão em *Booker* ter ido, talvez, de encontro ao *nulla poena sine lege* do *civil law*, além de ter sido confusa, a Suprema Corte produziu norma futura naquela oportunidade? A princípio, podemos dizer que sim, o que é visto em ambos os votos vencedores, de forma ainda mais clara no segundo.

Com efeito, naquele voto foi afirmado que a exigência constitucional do júri afetaria todos os casos (fl. 13). Além disso, mais adiante afirmou que a bola agora estaria no Congresso, dizendo que a legislação nacional estava preparada para elaborar e instalar, a longo prazo, o sistema de sentenças compatível com a Constituição, que o Congresso julgasse melhor para o sistema federal de justiça (fl. 23). Ou seja, em outras palavras, normatizou daquela forma para todos os casos, até que o Poder Legislativo quisesse atuar. E, já no final, ela deixou claro que ambos os *holdings* deveriam ser aplicados a todos os casos objeto de recursos (fl. 24).

Porém, mais uma vez estamos diante do problema de saber, no caso de normas legais abertas estabelecidas para o sistema de justiça penal, se a formação de precedente pelo Judiciário, especialmente pela Suprema Corte, deve fechá-las ou abri-las ainda mais. Como já dissemos, ao que nos parece a filosofia do *stare decisis* e, portanto, de uma corte de precedentes, coincide com a base principal do princípio da legalidade penal: a intenção de reduzir a incerteza e insegurança jurídica, trazendo uma maior previsibilidade e uniformidade de tratamento para os destinatários da decisão judicial. No caso *Booker*, contudo, depois de o Legislador norte-americano fechar a abertura da cominação legal por meio da criação da Comissão responsável pela elaboração do *Guidelines*, a Suprema Corte o transformou em meramente consultivo, estabelecendo critérios subjetivos de razoabilidade para a decisão dos casos concretos, voltando, ainda que em menor proporção, ao estado anterior de maior incerteza jurídica. De toda forma, ela não chegou a autorizar, ao menos neste caso, que os limites legais da cominação em abstrato sejam desobedecidos pelos juízes. Se de um lado lhes deu muita discricionariedade, com conseqüente poder criativo pela grande abertura legal, de outro não lhe permitiu que a criação saia dos limites legais.

Além disso, fora a preocupação com a reserva legal que possivelmente nós teríamos, ainda haveria outro problema, relacionado com a possibilidade de aplicação retroativa da norma oriunda do caso *Booker*, a fatos praticados antes da decisão, o que não é fácil de conciliar com

o trabalho de uma corte cujo objetivo predominante seja julgar de acordo com os fundamentos da teoria dos precedentes. Dito de outra maneira, os problemas de uma suposta corte de precedentes com o princípio da legalidade penal não param por aí, o que continuaremos a estudar.

## 2. A NORMA PRÉVIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL DOS ESTADOS UNIDOS

### 2.1 O *EX POST FACTO*

A exigência de anterioridade da lei penal não é recente nos Estados Unidos, o que pode passar despercebido por alguns brasileiros, sendo talvez até mais antiga do que sua previsão no direito positivo da família do *civil law*. É que a proibição da retroatividade da lei penal desfavorável foi acolhida pelas primeiras Constituições liberais de fins do século XVIII e início do século XIX,<sup>424</sup> sendo prevista, desde o início, na Constituição norte-americana, que entrou em vigor em 1.789.

Com efeito, apesar de algum debate nos Estados Unidos sobre a proibição alcançar também causas cíveis, sequer parece ter havido controvérsia sobre a abrangência de ações criminais, terminando vencida uma certa resistência que existiu quanto à inclusão da proibição no texto constitucional.<sup>425</sup>

Como resultado, o art. I, seção 9ª, cláusula terceira, da Constituição dos EUA, impossibilitou a incidência de lei federal *ex post facto*, o que na realidade nada mais é do que a vedação da aplicação retroativa de “norma jurídica” elaborada depois da ocorrência de certo fato, o que vale igualmente para o âmbito estadual, por força do seu art. I, seção 10, cláusula primeira.<sup>426</sup>

Neste sentido, Zaffaroni e Pierangeli mencionam que pelo princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável “ficam eliminadas as chamadas leis *ex post facto*”.<sup>427</sup> Perceba-se que a expressão latina utilizada pelos autores sul-americanos é exatamente a mesma descrita no art. I, seção 9ª, cláusula terceira, e art. I, seção 10, cláusula primeira, da Constituição dos EUA.<sup>428</sup>

---

<sup>424</sup> CARVALHO, Américo A. de. Taipa. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 179.

<sup>425</sup> CROSSKEY, William Winslow. The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws. In: *The University of Chicago Law Review*, Jun. 1.947, disponível em <https://www.jstor.org/stable/1597207>. Acesso em 16/01/2019, p. 540 e 565.

<sup>426</sup> Disponível em <http://constitution.findlaw.com/articles.html>, acesso no dia 25/06/2016.

<sup>427</sup> ZAFFARONI, Eungenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 7ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 199.

<sup>428</sup> Disponível em <http://constitution.findlaw.com/articles.html>, acesso no dia 25/06/2016.

De fato, apesar de a proibição ser seguida do referido termo românico, preferido pelos “fundadores”, literalmente ele corresponde à desautorização de uma lei retroativa, isto é, de uma lei feita após a prática da conduta a que se refere com objetivo de alcançá-la.<sup>429</sup>

Segundo a academia jurídica daquele país, a previsão constitucional proíbe não só a criminalização de uma conduta que não era delituosa quando praticada, mas também o aumento da gravidade da classificação de um ilícito, transformando-o, por exemplo, de contravenção em crime, além de igualmente barrar mudança retroativa nas leis que tenham um potencial substancial para aumentar a permanência de um infrator na prisão, impondo obstáculo a uma soltura mais cedo. Da mesma forma, os indivíduos devem ainda ter conhecimento do intervalo de penalidades antes da consumação do crime.<sup>430</sup> Até aqui, na teoria, não nos parece haver diferença para o Brasil.

Todavia, já houve quem entendesse que a irretroatividade varia de caso a caso, sendo inexistente em três hipóteses: 1) nos casos de práticas de condutas hediondas; 2) diante de eventos imprevistos supervenientes, que poderiam dar origem a ações que eliminam qualquer injustiça; 3) em razão do bem-estar público, às vezes exigindo que a legislação seja aprovada em certa medida desconsiderando os direitos de antecedentes estritos dos indivíduos.<sup>431</sup>

Se, nos dias de hoje, pensamos de forma diferente no campo cível, ainda com mais razão vale a discordância para a área criminal. A questão não é simples, ainda mais quando analisamos o direito penal na prática da história recente. Os delitos econômico-políticos cometidos na 2ª Guerra, por exemplo, tais como a exploração de trabalho de prisioneiros nos campos de concentração, ou o saque de bens nos territórios ocupados pelo exército alemão, não puderam fugir do castigo nos julgamentos de Nuremberg, afastando-se argumentos como o da ofensa ao princípio da irretroatividade penal.<sup>432</sup> A defesa alegara que a Lei nº 10, do Conselho Aliado, de 1945, não poderia ser aplicada para fatos cometidos anteriormente à sua vigência, sem conseguir o êxito desejado, no entanto. Os processos de Nuremberg teriam remarcado a

---

<sup>429</sup> CROSSKEY, William Winslow. The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws. In: *The University of Chicago Law Review*, Jun. 1.947, disponível em <https://www.jstor.org/stable/1597207>. Acesso em 16/01/2019, p. 539.

<sup>430</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 42 a 44.

<sup>431</sup> CROSSKEY, William Winslow. The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws. In: *The University of Chicago Law Review*, Jun. 1.947, disponível em <https://www.jstor.org/stable/1597207>. Acesso em 16/01/2019, p. 539.

<sup>432</sup> Situação não muito diferente aconteceu ainda mais recentemente, após a queda do muro de Berlim, com o julgamento dos responsáveis pelos disparos nas pessoas que pretenderam deixar a antiga Alemanha Oriental durante a Guerra Fria. Não foi considerado o argumento de que o direito local previa uma causa de justificação para o uso de arma de fogo na fronteira.

proibição da irretroatividade, cujo objetivo seria apenas de proteger os cidadãos sem acesso à possibilidade de legislar, os chamados súditos da lei, sendo reestruturada contra a grande criminalidade. Esta, a grande criminalidade, poderia ser captada mediante outras regras que não as positivas, o que constituiria um âmbito penal autônomo.<sup>433</sup>

O argumento é forte, especialmente porque o órgão julgador talvez tenha sido “justo” ao não seguir as regras gerais do direito penal, ante a necessidade de punição das atrocidades cometidas no passado recente. A sociedade pode não querer proteger a confiança em muitas configurações de direito penal, faltando motivos para renunciar à punição quando a conduta representa um perigo para os outros, mesmo que ela não tenha sido criminalizada previamente.<sup>434</sup> Mas se é assim, o tão combatido direito penal do inimigo, especialmente diante do atual terrorismo, também seria justificado, caminhando na mesma linha a repressão ao desvio de dinheiro público no Brasil. O problema é que, ao lado da instabilidade da concepção de “justiça”, a aceitação desse ponto de vista traria um nível de insegurança tal, que ninguém saberia exatamente o que poderia ou não fazer sob ameaça de uma sanção penal.

No entanto, há outro argumento ainda mais forte: o de que a anterior ciência do destinatário da norma é fictícia em muitos aspectos, já que a maioria dos membros da sociedade não aprende o código penal e não entende os requisitos legais sem uma ajuda considerável. Ademais, poucos ofensores conhecem a punição que podem receber, sendo duvidoso que esse conhecimento deva, de qualquer forma, servir como uma condição precedente para o aumento da punição. Eles não calculam possíveis penalidades antes de se engajarem em uma conduta proibida específica, tampouco prevendo com muita precisão qual seria seu verdadeiro tempo de permanência na prisão. Portanto, qualquer objetivo de justificar a exigência de prévio conhecimento da conduta criminosa e consequente sanção parece utópico.<sup>435</sup>

Mesmo assim, as leis retroativas são geralmente consideradas “injustas”, porque as pessoas envolvidas no comportamento mencionado por ela não terão tido nenhum aviso sobre a aplicação da lei posterior, ainda que em tese.<sup>436</sup> Os indivíduos têm o direito de confiar na lei

---

<sup>433</sup> NAUCKE, Wolfgang. Ob. cit. p. 49-54. *El Concepto de Delito Económico-político*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 49 a 54.

<sup>434</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 46.

<sup>435</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 45 a 47.

<sup>436</sup> CROSSKEY, William Winslow. The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws. In: *The University of Chicago Law Review*, Jun. 1.947, disponível em <https://www.jstor.org/stable/1597207>. Acesso em 16/01/2019, p. 539.

para poderem estruturar suas ações, devendo ter a liberdade de escolher entre transgredir as proibições criminais da sociedade ou não. Se a legislatura pudesse alterar, de forma retroativa, regras de conduta criminal e sua equivalente punição, seu poder se expandiria exponencialmente, sendo-lhe permitido isolar as pessoas para sanções em resposta a notícias de atos antissociais que para elas seriam horripilantes. A exigência de prospectividade da lei penal desfavorável minimiza o risco de os legisladores utilizarem a norma para prejudicar indivíduos ou grupos diante de condutas cometidas anteriormente, restringindo excessos e preservando uma faixa mais ampla de liberdade individual. Por causa da pressão exercida pelos contribuintes ou constituintes, os legisladores podem desejar punir comportamentos ofensivos que de outra forma escapariam à punição baseada em estatutos existentes. Além disso, quando a punição obedece a anterioridade, um infrator psicologicamente talvez seja capaz de aceitar o que é devido, trabalhando para se reintegrar na sociedade, ou seja, o “modelo contratual” pode ajudá-lo a aderir à legitimidade da perda da sua liberdade. As preocupações com o Estado de Direito e preservação da liberdade individual, no contexto do “mal proibido”, apoiam a cláusula *ex post facto*.<sup>437</sup> Em suma, se a irretroatividade maléfica não se justificar pela confiança e segurança jurídica, se legitima para evitar abusos propositais do poder público.

De qualquer forma, independentemente do debate filosófico sobre a questão, na mesma linha não só do Brasil, mas também do resto do mundo ocidental, o texto constitucional norte-americano não permite que o legislador crie leis penais desfavoráveis de forma retroativa, tendo a restrição do impacto da proibição também alcançado as alterações das regras relacionadas às provas e ao processo penal.<sup>438</sup> Todavia, se admitimos a construção do sentido dos textos legais por meio das decisões judiciais, isto é, se é permitida a criação judicial do direito penal, qual a situação temporal das normas oriundas dos precedentes? Em outras palavras, e de forma limitada ao nosso objeto de estudo, a Suprema Corte dos EUA, ao julgar as causas produzindo normas no sistema de justiça penal, o faz somente de forma prospectiva? Vejamos.

## 2.2 A NATUREZA CONSTITUTIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS

---

<sup>437</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 44, 45 e 47 a 49.

<sup>438</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 42.

Discutiu-se intensamente, no *common law*, sobre o significado da decisão judicial, ou mais propriamente, sobre o significado da função jurisdicional, desejando-se esclarecer se ela constituía o direito ou se somente o declarava, debatendo-se uma verdadeira teoria da jurisdição.<sup>439</sup>

No século XVIII, inclusive naquela família jurídica se defendia uma natureza declaratória das decisões judiciais, assim entendida pela alegação de que mesmo em casos difíceis é o direito prévio que rege as decisões judiciais.<sup>440</sup> Se um precedente fosse evidentemente contrário à razão, um posterior pronunciamento judicial que não o seguisse não estaria criando um novo direito, mas retirando-o da deturpação. Neste caso, haveria uma “declaração” não de que a sentença anterior tinha criado um direito ruim, mas de que ela sequer tinha criado um direito. Em outras palavras, ela não teria estabelecido um costume do reino, já que ele tinha sido equivocadamente determinado.<sup>441</sup>

No final do século XX, a academia jurídica norte-americana ainda conhecia quem parecia defender um ponto de vista semelhante. Para George Fletcher, por exemplo, a interpretação judicial e a legislação são processos inerentemente diferentes, porque a promulgação de novas leis não são atos interpretativos, mas criativos, com valorações que não pretendem ser leituras ou interpretações do significado implícito em algum objeto externo independente existente. As interpretações, de outra parte, podem estar certas ou erradas, mas uma corte não pode consistentemente alegar que tanto as novas quanto as antigas são leituras corretas do mesmo documento.<sup>442</sup>

Embora ainda hoje o pensamento sobre o assunto não seja uniforme, como não poderia deixar de acontecer, desde o início do século XX a teoria declaratória começou a declinar, não somente no *common law* em geral, como também especificamente nos Estados Unidos.<sup>443</sup> De fato, no período anterior ao século XX, os juristas daquela família frequentemente relacionavam suas tarefas a descobrir as regras incorporadas na tradição legal e na prática comum. De outro lado, porém, os juízes da atualidade admitem que na fundamentação de suas decisões eles criem

---

<sup>439</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

<sup>440</sup> KRYGIER, Martin. Julius Stone: Leeways of Choice, Legal Tradition and the Declaratory Theory of Law, *In: University of New South Wales Law Journal*, 1.986, p. 26, disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/swales9&div=18&g\\_sent=1&casa\\_token=&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/swales9&div=18&g_sent=1&casa_token=&collection=journals). Acesso em 18/01/2019.

<sup>441</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 69 e 70.

<sup>442</sup> FLETCHER, George P. Paradoxes in Legal Thought, *In: Columbia Law Review*, Oct., 1.985, pp. 1273. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1122394>, acesso no dia 18/01/2019.

<sup>443</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016, p. 39.

o direito,<sup>444</sup> como já visto anteriormente, passando a prevalecer a teoria constitutiva. Neste caminho, estaria errado o juiz que afirmasse, mesmo num caso difícil, que sua decisão teria sido regida pela lei, no sentido de ter decorrido de uma mera dedução oriunda da combinação de uma regra legal aos fatos que lhes foram apresentados.<sup>445</sup>

Marinoni sustenta que tanto a natureza declaratória quanto a constitutiva adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes, não importando saber qual a teoria correta para tal finalidade.<sup>446</sup> A afirmação é questionável, já que a mudança sobre a ideia da natureza da decisão judicial coincidiu aproximadamente com o período no qual um sistema de precedentes obrigatórios foi fortalecido sob um ponto de vista formal. Ainda que historicamente pareça realmente possível defender a força dos precedentes e a natureza declaratória das decisões ao mesmo tempo, como aconteceu com Blackstone no passado, o *stare decisis* nos parece fazer mais sentido quando relacionado à natureza constitutiva das decisões judiciais, ainda mais nos espaços de discricionariedade do julgador, com ele exercendo um papel reconhecidamente criativo. Criação do direito no sentido de sua constituição por meio da decisão judicial, na sua tarefa de interpretar e integrar o ordenamento jurídico, fechando mais, ainda que não totalmente, ainda que não perfeitamente, os espaços abertos deixados pelo legislador. De qualquer forma, mesmo que aceitemos como correta a assertiva do professor da UFPR, nela não está a maior dificuldade prática, mas sim na relevância ou não da distinção no que tange à aplicação das decisões judiciais no tempo.

Shannon argumenta não se seguir que o desaparecimento da teoria declarativa exija uma rejeição da retroatividade, questionando que a declaração ou constituição judicial do direito tenha alguma relevância para essa questão. Mesmo assim, segundo ele, geralmente os proponentes da técnica prospectiva buscam forçar os oponentes da posição *blackstoniana* (da natureza declaratória) de modo que, ao refutarem a alegação de que os juízes apenas descobrem a lei preexistente, eles teriam que concordar com o uso da prospectividade que propõem.<sup>447</sup> Em outras palavras, quando alguém entender pela natureza constitutiva da decisão judicial, necessariamente terá que lhe dar eficácia prospectiva.

---

<sup>444</sup> SHERWIN, Emily. *Judges as Rulemakers*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=790666>. Acesso no dia 27/06/2016, p. 2-3.

<sup>445</sup> KRYGIER, Martin. Julius Stone: Leeways of Choice, Legal Tradition and the Declaratory Theory of Law, *In: University of New South Wales Law Journal*, 1.986, p. 37, disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/swales9&div=18&g\\_sent=1&casa\\_token=&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/swales9&div=18&g_sent=1&casa_token=&collection=journals). Acesso em 18/01/2019.

<sup>446</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26 e 33.

<sup>447</sup> SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decision, *In: Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2.003, p. 836, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlp26&collection=journals&id=825&startid=&endid=890>. Acesso em 24/01/2019.

Pensamos na mesma linha de Kay, ao menos na teoria e como regra geral. O raciocínio de aplicar-se às condutas anteriores os julgamentos que anunciam novas regras, ou derrubam as antigas, deriva da teoria declaratória, também vinculada à ideia de que são as legislaturas que criam novas leis, cabendo aos tribunais apenas encontrar e declarar aquelas preexistentes.<sup>448</sup> Para nós, a retroatividade é inerente à expressão “declaração”, enquanto a prospectividade é própria do termo “constituição”. Se a decisão judicial apenas declara um direito, é porque esse direito preexiste a ela, possuindo “validade” desde então, resultando daí o efeito *ex tunc*; se, de forma oposta, constitui um novo direito, isso significa que antes ele não existia, sendo essa a razão do efeito *ex nunc*. Salvo se razões outras, por questões filosóficas, preponderarem sobre a técnica, como aconteceria no caso da retroatividade benéfica da formação de precedente criminal.

A defesa contrária de Shannon parece decorrer, na realidade, de uma concepção diversa da nossa sobre o papel das cortes, a dele ligada à ideia tradicional. A despeito de admitir que o Judiciário cria o direito no julgamento de casos concretos, sustenta que o foco permanece nas partes e na questão submetida à análise, tal como uma das duas correntes brasileiras mencionadas na introdução. Seguindo esse pensamento, sustenta que o direito anunciado deve ser somente aquele aplicado aos envolvidos, na resolução das suas questões. Além disso, defende, os tribunais não podem decidir o que deve ser o direito em abstrato para, em seguida, apenas como uma reflexão tardia, considerar a medida em que esse direito deve aplicar-se aos envolvidos no caso e a todos os outros.<sup>449</sup>

Embora tenhamos o mesmo ponto de partida, admitindo a criação judicial do direito no âmbito do julgamento de causas concretas, depois disso passamos a um raciocínio diferente, optando pelos valores confiança, segurança, coerência e igualdade, em detrimento do valor “justiça” individualizada. Afinal, em uma só hipótese poderíamos aceitar reconhecer como direito unicamente o que é justo: se a justiça fosse uma verdade evidente ou pelo menos demonstrável como uma verdade matemática, de modo que nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou injusto.<sup>450</sup>

Diante do exposto, retiramos a predominância do foco nas partes específicas, deslocando-o para o anúncio do direito, embora esse trabalho tenha relação com fatos, e no

---

<sup>448</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016, p. 37.

<sup>449</sup> SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decision, *In: Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2.003, p. 874 e 875, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlpp26&collection=journals&id=825&startid=&endid=890>. Acesso em 24/01/2019.

<sup>450</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Edipro, 2008, p. 56.

juízo de causas concretas. É por isso que, para nós, à medida que a teoria declaratória foi cedendo espaço à constitutiva, a ideia de limitar o efeito dos julgamentos a “transações” futuras foi cada vez mais proposta, como uma abordagem razoável não somente nos casos de superação de precedentes, como até mesmo quando os tribunais criarem novas normas jurídicas.<sup>451</sup> É isso que, com mais detalhes, abordaremos a seguir.

### 2.3 A PROSPECTIVIDADE DOS PRECEDENTES

Importante repetir que a Constituição dos EUA, no seu art. I, seção 9ª, cláusula terceira, impossibilita a incidência do direito *ex post facto*, vedando a aplicação retroativa de “norma” elaborada depois da ocorrência de certo fato, o que é ratificado para o âmbito estadual no art. I, seção 10, cláusula primeira.<sup>452</sup>

No geral, então, novas regras de direito penal não podem ser aplicadas retroativamente.<sup>453</sup> Não obstante, assim como no Brasil, questão mais difícil nos Estados Unidos é saber se a limitação constitucional se refere apenas à legislação ou também aos atos judiciais, até porque a interpretação literal da previsão constitucional enxerga uma terminologia que não sugere fortemente nenhum limite às decisões judiciais. Isso porque o Judiciário não “aprova” o direito, ainda que possa de certa forma criá-lo, já que a palavra “aprovar” estaria ligada ao poder formal do *enactment*, inerente aos atos legislativos. Demais disso, a previsão constitucional está inserida no seu art. I, que trata do Poder Legislativo, não no art. III, que trata do Poder Judiciário, valendo lembrar, outrossim, que o contexto histórico fornece poucos motivos para aplicar a cláusula constitucional aos atos judiciais. Os eventos que provavelmente a precipitaram não se concentraram em abusos cometidos por juízes, mas por legislaturas estaduais, bem como pelo Parlamento inglês, que já havia passado medidas criminais retrospectivas em casos políticos. Assim, *o ex post facto* serviu para impedir que as majorias ou as minorias influentes usassem a legislatura para romper as expectativas estabelecidas.<sup>454</sup>

Se o intérprete for um “originalista” talvez não haja mesmo como fugir dessa compreensão e aplicação da norma constitucional, até porque naquela época realmente não prevalecia a teoria constitutiva das decisões judiciais. Contudo, o problema a respeito da

---

<sup>451</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016, p. 39.

<sup>452</sup> Disponível em <http://constitution.findlaw.com/articles.html>. Acesso no dia 25/06/2016.

<sup>453</sup> COGER, Jack. *Georgia Criminal Trial Practice*. Eagan: West, 2010/2011, p. 1.728.

<sup>454</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 49 e 50.

prospectividade cresce na medida em que a criação judicial do direito passa a ser uma preocupação,<sup>455</sup> o que, para nós, tem relação com a predominância atual da natureza não meramente declaratória dos atos jurisdicionais, apesar da controvérsia mencionada anteriormente.

No Brasil, Mitidiero, utilizando como um dos exemplos o caso norte-americano, defende que a função de uma corte suprema de precedentes é proativa, visando orientar a interpretação e aplicação do Direito por parte da sociedade civil, de seus próprios membros e de todos os órgãos jurisdicionais, tendo sua atuação direcionada para o futuro.<sup>456</sup> Embora ideologicamente concordemos com seu pensamento,<sup>457</sup> não só no campo criminal, mas até na área cível estudada por ele, a afirmação quanto à sua aplicação prática nos Estados Unidos não é tão simples como poderia parecer.

A forma como vem sendo vista a aplicação retroativa ou prospectiva de um precedente nos EUA é bem explicada por Richard Kay, professor da Universidade de Connecticut, no resumo do seu trabalho submetido ao XIX Congresso Internacional de Direito Comparado, em 2014.<sup>458</sup>

Kay inicia o seu exame demonstrando o tratamento do assunto em matéria cível, separando sua abordagem na Justiça Federal e Estadual dos EUA. Nesta, a situação parece bem complicada, porque, segundo ele, algumas cortes analisam certos campos do direito, como o dos contratos e propriedade, como indutores da confiança, considerando serem áreas nas quais os indivíduos podem prestar atenção nas regras de direito existentes, talvez até se aconselhando com consultores; de outro lado, geralmente olham o âmbito da responsabilidade civil como raramente perturbador da referida confiança. Muitas outras cortes, entretanto, têm se baseado nos critérios estabelecidos pela suprema corte dos Estados Unidos, em 1971, no julgamento do

---

<sup>455</sup> WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1942557>. Acesso no dia 27/06/2016, p. 21.

<sup>456</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55 e 80.

<sup>457</sup> Insta recordar que para Shannon, contrariamente, apesar de a prospectividade ter certa atratividade, seu custo é simplesmente alto demais em termos de seu impacto sobre as funções judiciais (SHANNON, Bradley Scott. *The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decision*, In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2.003, p. 874, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlp26&collection=journals&id=825&startid=&end=890>. Acesso em 24/01/2019.

<sup>458</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>, acesso no dia 20/06/2016, p. 37.

caso *Chevron Oil Co. v. Huson*,<sup>459</sup> enquanto outras, ainda, mantêm a opção de não retroatividade.<sup>460</sup>

Mas não é só. Naquele país também é possível que uma corte conceda efeito retrospectivo apenas parcial, aplicando a nova regra sobre alguns, mas não sobre todos os eventos passados. Não fosse o bastante, pode-se falar em efeito prospectivo puro, quando nem os litigantes do caso que anunciou a nova regra, nem quaisquer outras pessoas cujas pretensões estejam baseadas em eventos anteriores, estarão sujeitos à novidade; em efeito prospectivo-prospectivo, aquele dado por uma decisão judicial que apenas anuncia qual será futuramente o direito, postergando o momento em que a nova regra se tornará aplicável, conferindo um tempo para o ajuste dos comportamentos; como também pode se falar em efeito prospectivo seletivo, o de aplicação mais comum, por intermédio do qual uma corte aplica a nova regra para os litigantes da causa em discussão, mas fazendo incidir a regra antiga para as demandas que venham a surgir baseadas em fatos anteriores, argumentando-se que a não aplicação para o caso poderia desencorajar que outros litigantes ajuizassem ações postulando mudanças.<sup>461</sup> Esta parece a posição de Waldron, segundo o qual, se existe um problema na retroatividade na criação do direito, isso acontece apenas para o primeiro par de litigantes, porque depois disso as regras criadas judicialmente operam de forma prospectiva.<sup>462</sup>

Quanto ao efeito temporal da superação de precedentes, podemos imaginar, em um extremo, um sistema pelo qual a mudança jurídica se aplique a todas as relações pretéritas, como se aquele já fosse o direito ao longo do passado. Em termos de sistema judicial em particular, esse cenário significaria que todo julgamento, não importando quão velho seja, pode tornar-se equivocado no futuro de forma retroativa. No lado oposto, estaria um regime de pura prospectividade, pelo qual uma nova regra se aplicaria somente para condutas subsequentes.<sup>463</sup> Mas, como explicado, essas duas não são as únicas opções.

---

<sup>459</sup> No julgamento do caso *Chevron Oil Co. v. Huson*, efetuado pela suprema corte americana no dia 6 de dezembro de 1.971, a questão da prospectividade foi considerada com base em três fatores separados: a) se a decisão estabelece um novo princípio de direito; 2) se a aplicação do efeito retroativo não é necessária para promover o funcionamento da nova regra, ou; 3) se a retroatividade pudesse produzir resultados injustos. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/97/case.html>. Acesso no dia 03/07/2016.

<sup>460</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016, p. 41, 42 e 45.

<sup>461</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016, p. 43 e 44.

<sup>462</sup> WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1942557>. Acesso no dia 27/06/2016, p. 21 e 22.

<sup>463</sup> BRUHL, Aeron-Andrew P. *Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change*. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1552629](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1552629). Acesso no dia 17/06/2016, p. 210.

Mesmo se um litigante tiver entendido corretamente o significado do precedente no qual ele se baseou, é improvável que as cortes decidam uma causa apenas pensando em possíveis danos que lhes sejam causados pela não aplicação do referido precedente. Os juízes desejarão considerar, contra a possibilidade de dano individual, a possibilidade de seguir o precedente não atender o mais amplo interesse público. Em tais casos, a aplicação prospectiva da superação do precedente pode ser a opção mais sábia.<sup>464</sup> Em outras palavras, a fim de não prejudicar o interesse público, seguindo-se o precedente que não seja mais o melhor, mas também visando evitar prejuízo à confiança que os litigantes tinham na norma de então, realmente nos parece melhor dar efeito prospectivo à mudança de entendimento judicial.

Entretanto, os precedentes superados são vistos por alguns como tendo sido equivocados ou despropositados, irracionais. Talvez por isso, afirma-se, os juízes do *common law* algumas vezes conferem efeitos prospectivos à superação, mas outras não.<sup>465</sup> Em contraste, a prospectividade pode contraditar a visão geral de que os precedentes superados são erros, é verdade, mas prestigiam a proteção da confiança. Quando as cortes do *common law* afastam precedentes tidos como não mais adequados pelo tempo, o sentido prospectivo faz sentido, perturbando o menos possível as expectativas daqueles que confiaram na regra obsoleta.<sup>466</sup>

Embora a confiança não possa explicar o início do precedente, ela pode ser citada como uma boa razão para que ele continue a ser seguido, depois de já aplicado outras vezes.<sup>467</sup> Até porque existe o risco de que a superação possa colocar alguns cidadãos na posição de ter cometido uma ilegalidade.<sup>468</sup>

Por sua vez, do ponto de vista de alguém que é acusado criminalmente, não é óbvia uma razão pela qual a atividade judicial estaria isenta do *ex post facto*. Embora os tribunais federais tenham repudiado o *common law crimes*, eles – como todos os tribunais – interpretam e reinterpretem dispositivos legislativos que embasam a responsabilidade criminal. As reinterpretações judiciais podem ter o mesmo efeito que as alterações legislativas possuem quando redefinem a lei para incluir uma conduta proibida adicional. Qual seria a razão para o poder judicial punitivo ser menos circunscrito que o legislativo, quando o efeito sobre os

---

<sup>464</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 163.

<sup>465</sup> SELLERS, Mortimer N. S.. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1262933>. Acesso no dia 17/06/2016, p. 21.

<sup>466</sup> SELLERS, Mortimer N. S.. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1262933>. Acesso no dia 17/06/2016, p. 8 e 9.

<sup>467</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 164.

<sup>468</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 120.

indivíduos é o mesmo?<sup>469</sup> O problema mais sério surge, então, exatamente quanto à interpretação do direito penal diante de condutas que pareciam lícitas quando foram cometidas.<sup>470</sup>

A forma de aplicação de precedentes no tempo corresponde a proteção que, para Mitidiero, diante da Suprema Corte dos EUA, seria outorgada mediante a adoção da *prospective overruling*, o que teria sido objeto de decisão no caso *Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining*.<sup>471</sup> Como dissemos, pensamos que, havendo atuação da parte em conformidade com o precedente, a sua alteração não pode atingi-la retroativamente, não fazendo sentido em obrigá-la a observar uma norma contrária àquela existente no momento da sua atuação. Todavia, apesar de concordarmos com a defesa da superação prospectiva de precedentes, na verdade não é exatamente essa a posição do órgão jurisdicional citado pelo professor da UFRGS.

É certo que com o julgamento do assunto pela suprema corte, em 1932, no caso utilizado por Mitidiero como fundamento, afastou-se qualquer preocupação de inconstitucionalidade dos efeitos prospectivos das decisões judiciais.<sup>472</sup> Isso não quer dizer, porém, ao contrário do que mencionou o autor brasileiro, que a Suprema Corte dos EUA determine sempre uma aplicação prospectiva da superação de precedentes.

No âmbito federal, depois de um inicial período de uso não retroativo sem reflexão, ela sistematizou a aplicação dos critérios fixados no julgamento, em 1971, do já citado caso *Chevron Oil Co. v. Huson*, com variados critérios para uso da retroatividade ou prospectividade. Todavia, no início dos anos 90, a mesma suprema corte reverteu a situação, considerando que as cortes federais devem sempre aplicar seus julgamentos retroativamente.<sup>473</sup> Esta, aliás, deverá ser a mesma orientação seguida pelas cortes estaduais quando da aplicação de novas regras judiciais de direito federal.<sup>474</sup>

Por seu turno, especificamente quanto à aplicação da pena, tema igualmente de direito penal material, a questão tem sido bem complicada. No caso *United States v. Ortiz*, por

---

<sup>469</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol13/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol13/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 37.

<sup>470</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016, p. 53.

<sup>471</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55 e 80.

<sup>472</sup> KAY, Richard S. S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016, p. 39 e 40.

<sup>473</sup> Foi o que aconteceu, por exemplo, no julgamento do caso *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, efetuado em matéria tributária (disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/86/case.html>. Acesso no dia 03/07/2016).

<sup>474</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016, p. 45 e 50.

exemplo, o acusado foi condenado na 1ª instância a pena de 10 anos (120 meses), com fundamento nos limites mínimo e máximo fixados, respectivamente, 168 e 210 meses na data da sentença, embora fosse mais branda a previsão na data do fato, quando a variação era de 151 a 188 meses. Depois de afirmar que a violação ou não da cláusula *ex post facto* em tais situações era controvertida nas cortes de apelação, o órgão de 2ª instância decidiu utilizar um padrão baseado no “risco substancial” de uma sentença mais severa, o que não invalidava todas aquelas prolatadas com base na orientação superveniente mais grave. E, na demanda em exame, entendeu que não havia o risco, já que a decisão tinha aplicado uma pena concreta inferior ao mínimo estabelecido no regime anterior mais benéfico.<sup>475</sup>

Discordando da decisão, uma análise do caso publicada na *Harvard Law Review* defende que ela teria sido melhor se tivesse reconhecido que o aumento dos limites abstratos presumidamente criava um risco significativo de aumento da pena e que, por isso, sua aplicação retroativa geralmente violaria a cláusula *ex post facto*.<sup>476</sup> Sustenta a possibilidade de a sentença recorrida ter partido da orientação do *Guidelines*, mas encontrando fator suficiente de mitigação apto para reduzi-la para pena concreta abaixo do mínimo nele previsto em quatro anos.<sup>477</sup> Esse raciocínio levaria a uma redução da pena de Ortiz para 103 meses de prisão, inferior ao fixado pela decisão de origem, caso seguidas as razões da proibição da retroatividade maléfica.

Apesar de tudo isso, Krent, depois de longa argumentação que tenta justificar uma divergência entre o efeito temporal das leis e dos precedentes no sistema de justiça penal, termina concluindo no sentido de que a retroatividade legislativa criminal é mais reprovável do que a judicial, ainda que os juízes possam de vez em quando efetuar manipulações para punir indivíduos com mais severidade. Neste caso, e em contextos notórios, segundo ele, os órgãos recursais podem intervir, para impedir decisões arbitrárias ou vingativas, como um maneira de lembrar os magistrados que interpretações judiciais não devem ser motivadas por qualquer desejo de aumentar a punição de um infrator particularmente censurável, mas, ainda assim, sustenta que a retroatividade dos precedentes criminais deva ser a regra.<sup>478</sup> Embora não

---

<sup>475</sup> Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1536890.html>. Acesso no dia 26/06/2016.

<sup>476</sup> Como dissemos anteriormente, o precedente firmado em *Booker* estabeleceu a possibilidade de o juiz se afastar dos limites de pena estabelecido pelo *Guidelines*, em decisão sujeita a recurso, mas limitado a critérios de presença ou não de razoabilidade.

<sup>477</sup> Disponível em <http://harvardlawreview.org/2011/06/second-circuit-holds-that-imposing-below-guidelines-sentence-using-retroactive-guidelines-range-increase-does-not-violate-ex-post-facto-clause-ae-united-states-v-ortiz-621-f-3d-82-2d-cir/>. Acesso no dia 26/06/2016, p. 2091, 2.095 e 2.097.

<sup>478</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 41, 93 e 94

concordemos com sua conclusão, o que nos interessa, para fins deste estudo, é saber como se comporta a Suprema Corte dos EUA quanto ao assunto.

#### **2.4 A DIMENSÃO TEMPORAL DOS PRECEDENTES E OS CASOS *DURLAND, BOUIE, SALINAS, BOOKER, LINKLETTER, STOVALL E GRIFFITH***

Para apreciar o efeito temporal dos precedentes formados pela corte de vértice norte-americana, no sistema de justiça penal, em primeiro lugar é importante lembrar o seu julgamento no caso *Durland v. United States*, em 1896,<sup>479</sup> quando pela primeira vez ela interpretou o *Mail Fraud Act*.

O réu obteve dinheiro das vítimas, sob alegação de que faria uma aplicação futura, a qual, todavia, ele já sabia que era enganosa e fictícia. A decisão da corte manteve sua condenação, aduzindo que a proibição legal não era limitada a um fato já existente, sendo mais ampla do que alegara a defesa (p. 1), abrangendo “qualquer esquema ou artifício para fraudar”, tanto para o passado, como para o futuro (p. 2).

Como ela nunca tinha decidido a questão, não haveria que se falar em escolha entre aplicar ou superar seu precedente. Todavia, a matéria vinha sendo decidida de forma diferente no âmbito das legislações estaduais, além de ser mais restrito o conceito de “esquema para fraudar” no âmbito do *common law*, o que resultou na fixação do cenário para uma série de desenvolvimentos que alteraram profundamente o escopo da lei, ampliando-a para alcançar casos como corrupção pública, fraude eleitoral e violações privadas do dever fiduciário.<sup>480</sup>

Tudo bem que não houvesse problema em incidir essa interpretação ampliativa para aqueles que praticassem a conduta posteriormente, diante da abertura do texto da norma penal incriminadora, com alcance estabelecido pelo órgão judicial máximo daquele país. Todavia, não deixamos de reconhecer ter havido atividade criadora do direito, a qual, contrária ao réu, terminou incidindo sobre fato praticando antes de ser firmado esse entendimento.

Naquele instante realmente era bastante compreensível a razão da aplicação retroativa do direito criminal desfavorável criado por precedente, diante da força da teoria que sustentava a natureza declaratória das sentenças. Mas no século XX, com o crescimento da teoria oposta, que defende a sua natureza constitutiva, passou a ser natural uma maior reflexão sobre o tema.

---

<sup>479</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=14910353068320316997&q=durland+v+united+states&hl=en&as\\_sdt=6.34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=14910353068320316997&q=durland+v+united+states&hl=en&as_sdt=6.34). Acesso no dia 16/01/2019.

<sup>480</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 314 e 320.

À luz dessa nova realidade, a Suprema Corte, no julgamento do caso *Bouie v. City of Columbia*, considerou que o princípio do *ex post facto* se aplicava também à tomada de decisões judiciais, reconhecendo que a mudança retroativa provocada pelo ato jurisdicional poderia ser tão problemática quanto a legislação retroativa. Se o *ex post facto* protege os interesses de confiança, a identidade do ator governamental que causa a lesão parece irrelevante.<sup>481</sup>

No caso, um estabelecimento comercial na Carolina do Sul mantinha, além de um pequeno restaurante com balcão para almoço, vários outros departamentos, incluindo os de varejo de medicamentos, cosméticos e receitas médicas. Pessoas de etnia negra e branca foram convidadas a comprar numa demonstração, sendo atendidos em todos os departamentos da loja, com exceção do restaurante, que era reservado para os últimos, embora não houvesse quaisquer sinais ou avisos indicando que os primeiros não seriam servidos naquele local. Então, dois estudantes negros se sentaram lá e aguardaram atendimento, não conseguindo êxito, até que, depois de algum momento, o gerente chamou a polícia. Com a sua chegada, o mesmo gerente os pediu para sair do local duas vezes, o que foi repetido por um policial, mas os estudantes se recusaram, sendo presos por esse motivo (p. 1).<sup>482</sup>

A questão jurídica que chegou na Suprema Corte dos EUA decorria do fato de que a proibição legal era definida como a "entrada nas terras de outro ... após aviso do proprietário ou inquilino proibindo essa entrada." A Suprema Corte da Carolina do Sul, ao confirmar a condenação dos acusados quanto ao ponto, efetuou a interpretação de que a lei penal incriminadora cobria não só o ato de "entrada" nas instalações de outro depois de receber notificação para não entrar, mas também o ato de "permanecer" no mesmo local depois de receber aviso para deixar (p. 2).

A decisão da Suprema Corte federal disse que a proibição legal em análise tinha linguagem admiravelmente estreita e precisa, mas que o problema era produzir uma privação ao direito à sua ciência nesse tipo de caso, já que o ato normativo legal foi retroativamente expandido por uma construção judicial imprevisível. Isso seria até pior do que os casos de leis vagas e abertas, porque nestas os réus pelo menos teriam algum aviso (p. 3). Em consequência, embora também se fundamentando no devido processo legal, decidiu que o alargamento judicial de uma lei criminal, se aplicado retroativamente, opera precisamente como uma lei *ex post*

---

<sup>481</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 37.

<sup>482</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=7959786931192237860&q=bouie+v+city+of+columbia&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=7959786931192237860&q=bouie+v+city+of+columbia&hl=en&as_sdt=6,34). Acesso no dia 19/01/2019.

*facto*, de forma proibida pelo art. I, § 10, da Constituição (p. 4), reformando a decisão recorrida, afirmando que a construção por ela efetuada era válida para o futuro, mas não poderia ser aplicada para impor sanção penal por conduta cometida em um momento anterior, quando a conduta não era razoavelmente declarada como criminosa (p. 8).

Ocorre que a promessa em *Bouie* foi em grande parte ilusória. Depois do *holding* ali fixado, os tribunais se utilizaram de uma série de artifícios para reduzir drasticamente o impacto da aplicação do princípio *ex post facto* à construção judicial do direito no âmbito criminal.<sup>483</sup> E não nos parece que algo diferente tenha acontecido no âmbito da própria Suprema Corte, ao menos como regra, a exemplo do seu precedente formado quanto ao tema do programa federal contra a corrupção, senão vejamos:

O 18 U.S.C, § 666, estabeleceu o tipo penal de subtração patrimonial ou suborno relacionado a programas que recebem fundos federais. Genericamente, apenas para situar a previsão legal, ela federaliza o desvio de valor igual ou superior a cinco mil dólares, na forma da sua subseção (a), desde que o órgão do qual faz parte o infrator, em qualquer período de um ano, tenha recebido benefícios federais acima de dez mil dólares, em consonância com a subseção (b). E, neste caso, além da multa alternativa ou cumulativa, o réu pode ser preso por até 10 anos.<sup>484</sup>

A primeira vez que o assunto chegou à Suprema Corte dos EUA foi em 1997, no caso *Salinas v. United States*.<sup>485</sup> Salinas era o principal substituto do xerife de Hidalgo, no Texas, tendo recebido um par de relógios de grife, bem como uma caminhonete, de um preso federal à sua disposição, em troca de visitas íntimas do detento com sua esposa e, em outras ocasiões, com sua namorada. Por sua vez, a fim de que a localidade assumisse a custódia de presos federais, o governo central tinha concordado em fazer uma doação para melhorar a prisão local, concordando igualmente em pagar uma quantia específica, por dia, por cada prisioneiro federal alojado. Com base no número estimado de presos federais a serem mantidos, os pagamentos ao condado foram projetados em U\$ 915.785 por ano, não havendo controvérsia, na causa em exame, sobre essa quantia ser superior ao limite de dez mil dólares previstos em lei (p. 1 e 2).<sup>486</sup>

---

<sup>483</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 38.

<sup>484</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/666>. Acesso no dia 22/01/2019.

<sup>485</sup> BROWN, George D.. Carte Blanche: Federal Prosecution of State and Local Officials after Sabri, In: *Catholic University Law Review*, 2.005, p. 425, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cathu54&collection=journals&id=413&startid=&end=454>. Acesso em 22/01/2019.

<sup>486</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=9916881608528084935&q=Salinas+v.+United+States&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=9916881608528084935&q=Salinas+v.+United+States&hl=en&as_sdt=6,34). Acesso no dia 22/01/2019.

Salinas foi condenado na 1ª instância pelo crime descrito na § 666, em concurso, sendo sua condenação confirmada, por maioria, pelo Tribunal Federal do 5º Circuito. Depois de admitir o recurso, a Suprema Corte negou-lhe provimento, por unanimidade. Ao fazê-lo, reconheceu que a linguagem da lei era ampla, tanto para a corrupção proibida, quanto para as entidades abrangidas, mas recusou uma interpretação que restringisse a previsão ao desvio da específica verba federal repassada. Segundo a decisão, a proibição não se limita a um negócio ou transação que afeta os fundos federais repassados, utilizando como um dos fundamentos o de que a palavra "qualquer", prevista na lei, enfraquece a tentativa de impor uma construção estreita ao texto. Além disso, acrescentou que a “ampla” definição das circunstâncias nas quais a lei se aplica não fornece nenhuma base textual para limitar o alcance da proibição do suborno (p. 3).

É verdade que a corte também efetuou uma interpretação histórica e teleológica para dizer que a § 666 foi editada exatamente a fim de expandir a cobertura prescrita na nova lei (p. 3 e 4), acrescentando ainda que nenhuma regra de construção do texto legal poderia distorcê-lo e deformá-lo, sendo-lhe vedado reescrever a linguagem aprovada pela legislatura, a qual, no caso, não teria ambiguidade alguma (p. 4 e 5).

A conclusão a que chegou a integralidade dos membros da Suprema Corte nos parece válida, especialmente porque a letra da lei realmente é muito ampla, não tendo sido feita uma limitação pelo Congresso, como ficou decidido. De outro lado, porém, também nos parece possível a interpretação contrária, de limitar a federalização mais gravosa apenas às condutas que desviam a própria verba federal repassada, inclusive diante da abertura normativa reconhecida no início da decisão mencionada. Esta outra interpretação também teria respaldo no fato, lembrado por Abrams, Beale e Klein, de ser razoável presumir que todo estado, cidade ou condado recebe fundos federais acima de dez mil dólares por ano, de maneira que o amplo alcance dado à mais gravosa § 666 a daria um “braço longo”, permitindo-lhe abraçar todas as condutas que, na prática, apenas desviem cinco mil dólares ou mais.<sup>487</sup>

Mas aqui o que nos interessa não é buscar exatamente a melhor interpretação da § 666. O que importa para nós é que, sendo a norma penal incriminadora aberta, e tendo recebido uma interpretação extensiva desfavorável ao réu, a sua construção judicial deveria ter recebido aplicação no tempo prospectiva, caso fosse observada a natureza constitutiva da decisão, bem como o precedente em *Bowie*, assunto, todavia, que sequer foi mencionado no julgamento em *Salinas*.

---

<sup>487</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 1.380.

Contudo, o problema quanto ao assunto não para por aí. A decisão em *Salinas* adicionou que não existia sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da § 666, mas no que toca à sua aplicação aos fatos objeto daquela causa específica. Em outras palavras, disse que, sob sua interpretação, a lei era constitucional como aplicada no caso particular (p. 5). Assim, a ampla construção da lei efetuada pela Suprema Corte, ao rejeitar qualquer interpretação da § 666 no sentido de que fundos federais devam ser afetados, baseou-se principalmente na abertura da linguagem do texto legal, mas sem sustentar uma irrelevância constitucional da matéria. Ela enfatizou que a lei é constitucional diante daquela análise isolada, isto é, conforme decisão aplicada aos fatos do caso singular. Não houve uma rejeição geral à exigência do nexó, sustentando-se apenas que a acusação não tinha que provar que verba federal estava envolvida no suborno “em questão”. Assim, *Salinas* contém sugestões tentadoras de que sérias questões constitucionais ainda poderiam surgir quanto à § 666.<sup>488</sup>

Para Evanson e Boutrous, a exigência constitucional de que os acusados recebam uma prévia “notificação justa” da conduta criminoso está profundamente enraizada no sistema norte-americano, tendo a Suprema Corte a aplicado de forma consistente.<sup>489</sup> Porém, se a afirmação é correta quando direcionada ao legislador, não podemos dizer o mesmo em face da atividade judicial, ao menos diante dos casos criminais por nós estudados. A despeito de a afirmação ser de 1997, parece-nos que Krent está mais correto ao constatar, naquele ano, que o fundamento do caso *Bouie* tem sido utilizado poucas vezes e de forma distantes entre si. E a Suprema Corte dos Estados Unidos não respaldou nenhuma reivindicação de sua aplicação nos vinte anos anteriores, tendo a última vez ocorrido no julgamento do caso *Marks v. Estados Unidos*,<sup>490</sup> em 1977, quando foi barrada a aplicação retroativa de novos padrões de obscenidade.<sup>491</sup> No posterior caso *Salinas*, aqui analisado, a doutrina de *Bouie* realmente não foi seguida.

---

<sup>488</sup> BROWN, George D.. Carte Blanche: Federal Prosecution of State and Local Officials after Sabri, *In: Catholic University Law Review*, 2005, p. 425, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cathu54&collection=journals&id=413&startid=&endid=454>. Acesso em 22/01/2019.

<sup>489</sup> EVANSON, Blaine H.; BOUTROUS Jr., Theodore J.. Principle of “Fair Notice”, *In: Southern California Law Review*, 2013, p. 194 e 204, disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scal86&div=11&g\\_sent=1&casa\\_token=so4VGzwhNq8AAAA:TRTR8yKgb-iPn5ApXwT1k-8Svpsl04jJOT18hz8JHDXFq4vvyKd38hGxfiiS8H0mOfHJpAI&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scal86&div=11&g_sent=1&casa_token=so4VGzwhNq8AAAA:TRTR8yKgb-iPn5ApXwT1k-8Svpsl04jJOT18hz8JHDXFq4vvyKd38hGxfiiS8H0mOfHJpAI&collection=journals). Acesso em 20/01/2019.

<sup>490</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=12064198172779556411&q=Marks+v.+Estados+Unidos,+430+U.S.+188+\(1977\)&hl=en&as\\_sdt=6.34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=12064198172779556411&q=Marks+v.+Estados+Unidos,+430+U.S.+188+(1977)&hl=en&as_sdt=6.34). Acesso em 20/01/2019.

<sup>491</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. *In: Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 57.

Quanto à aplicação da pena, ao decidir o já citado caso *Booker*, a Suprema Corte, ainda que citando precedentes relativos a outros temas, além de formar a norma de que o *Guidelines* não era obrigatório, também decidiu que o entendimento se aplicava retroativamente a todos os casos que ainda tivessem recursos pendentes (p. 24).

Genericamente falando, não é fácil afirmar se a decisão formou norma penal favorável ou não aos acusados, talvez dependendo de cada caso concreto. A não obrigatoriedade do *Guideliness* pode, de acordo com a ampla discricionariedade do juiz, diante da abertura do preceito secundário da lei penal incriminadora norte-americana, acarretar uma pena concreta maior ou menor. De qualquer forma, a criação judicial do direito penal pela Suprema Corte, se concatenada à vedação do *ex post facto*, imporá a aplicação da nova “interpretação” a fatos futuros sempre que dela decorresse uma aplicação de pena mais grave. Por outro lado, havendo possibilidade de redução da pena pela não aplicação do *Guideliness*, haveria realmente a retroatividade determinada pela decisão, mas não apenas para as causas pendentes, atingindo inclusive aquelas já transitadas em julgado, ao menos se fosse aplicado o raciocínio brasileiro de retroatividade da norma penal mais vantajosa. De qualquer forma, independentemente do acerto ou equívoco da decisão, sob o ponto de vista do sistema de justiça penal, o certo é que ela findou por produzir norma criminal para o passado, não apenas para o futuro.

Também existem casos interessantes que apontam o comportamento da Suprema Corte dos EUA quanto à dimensão temporal de seus precedentes processuais penais não meramente procedimentais, a exemplo do seu julgamento no caso *Linkletter v. Walker*, de 1.965.<sup>492</sup> O réu tinha sido condenado por arrombamento e entrada em um domicílio com o intuito de cometer crimes. No momento de sua prisão, alguns policiais pegaram suas chaves, entraram em sua casa e em seu local de trabalho, locais onde fizeram buscas e apreensões sem mandado. O órgão jurisdicional estadual considerou que os policiais tinham motivo razoável para a medida, mantendo-as válidas, o que foi confirmado na Suprema Corte do Estado – Louisiana (p. 1 e 2).

Quando a questão chegou na Suprema Corte Federal, ela disse que no anterior julgamento do caso *Mapp v. Ohio* tinha decidido excluir provas apreendidas, em violação das disposições de busca e apreensão, também para o âmbito da justiça estadual, superando o precedente formado em *Wolf v. Colorado*. A questão então apresentada, desta vez, era saber se a mudança de entendimento operava retrospectivamente sobre casos julgados antes de *Mapp*.

---

<sup>492</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=12755939365479888747&q=linkletter+v.+Walker&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=12755939365479888747&q=linkletter+v.+Walker&hl=en&as_sdt=6,34). Acesso no dia 25/06/2016.

A decisão recorrida considerou que não, tendo sido o recurso admitido na corte de vértice a fim de resolver o que se tornou uma questão muito problemática na administração da justiça (p. 1).

A decisão afirmou que no *common law* não havia autoridade para a proposição de que as decisões judiciais só criavam o direito para o futuro (p. 2), dizendo que uma mudança do direito incidirá sobre um caso que ainda estiver pendente de recurso, mas que o efeito sobre um julgamento final depende de algumas particularidades. Informou que, em “casos apropriados”, pode criar a norma com efeito prospectivo, pesando o mérito e demérito de cada situação (p. 4), mas terminou negando o provimento ao recurso, argumentando que, na situação em questão, o objetivo do precedente formado em *Mapp*, bem como a confiança depositada no anterior caso *Wolf*, além das consequências sobre a administração da justiça, impunham a não retroatividade (p. 8).

Mas daí não poderia se tirar a apressada conclusão de que a corte tinha entendido pela prospectividade da superação de precedentes processuais penais. Ela apenas vedou a aplicação retroativa de precedente criminal favorável para uma causa já transitada em julgado, e de acordo com suas peculiaridades, especialmente diante de problemas de administração da justiça que surgiriam, possivelmente oriundos da reabertura de muitos casos já encerrados. Aliás, não custa lembrar que um dos argumentos utilizados foi de que a Constituição americana não proíbe nem exige efeito retroativo, razão pela qual, em cada caso, a corte poderia determinar a aplicação apropriada.

Pouco tempo depois, em 1967, no julgamento do caso *Stovall v. Denno*, a mesma corte negou a aplicação retroativa da regra que concedia direito ao acusado de ser reconhecido por testemunha (vítima) na presença do seu advogado, mesmo ainda não transitada em julgado sua sentença condenatória. A despeito de fazer menção ao caso *Linkletter v. Walker*, argumentou que a nova regra teria aplicação apenas para casos de reconhecimentos realizados na ausência de advogado depois da mudança de entendimento.<sup>493</sup> As causas ainda pendentes, portanto, mas com reconhecimento realizado na vigência da regra anterior, continuariam válidas. Agora de forma ainda mais forte, foi negada a retroatividade da criação judicial do processo penal não meramente procedimental, o que poderia sugerir, enfim, o efeito prospectivo.

Todavia, além de ser negada uma retroatividade que seria benéfica aos acusados, a superação parcial de *Linkletter* alcançava os fatos anteriores quando o ato processual em questão fosse praticado depois da inovação interpretativa, permitindo a inferência de que, mais

---

<sup>493</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=6902606108761629922&q=Stovall+v.+Denno&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=6902606108761629922&q=Stovall+v.+Denno&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 23/01/2019.

uma vez, o foco estava na administração da justiça. E, para confundir mais a situação, em julgamentos subsequentes a Suprema Corte dos EUA definiu várias diferentes datas de vigência para a aplicabilidade de novas normas processuais penais oriundas de decisão judicial, dando um variado efeito prospectivo que, ademais, não durou muito tempo.<sup>494</sup>

Em 1987, finalmente, no julgamento do caso *Griffith v. Kentucky*,<sup>495</sup> relativo à prática de furto, roubo e criminalidade incessante, a corte tornou a apreciar o tema. No primeiro dia de julgamento na 1ª instância, diante das recusas peremptórias, nenhuma pessoa negra compôs o Conselho de Sentença. A defesa, então, externou sua preocupação de que Griffith fosse julgado por jurados todos brancos, pedindo que fosse determinado ao promotor que ele declarasse suas razões para o exercício das recusas contra os quatro possíveis jurados negros, pleito esse que foi indeferido. Ao final, o imputado foi condenado a uma pena de dez anos pelo crime de roubo, além de outros vinte anos por ser um infrator penal constante, decisão que foi confirmada em grau de recurso no nível estadual (p. 2).

Griffith recorreu para a Suprema Corte dos EUA e, enquanto a admissão do seu recurso estava pendente de decisão, a mesma corte de vértice decidiu o caso *Batson v. Kentucky*, quando afirmou que um réu criminal estadual poderia alegar discriminação racial em razão da recusa peremptória da acusação direcionada a membros do júri da mesma etnia que a sua, caso em que a promotoria teria que apresentar uma explicação neutra para a objeção (p. 2 e 3).

O recurso foi admitido, mas de forma limitada à retroatividade ou não do precedente formado em *Batson* sobre condenações estaduais ainda não transitadas em julgado (p. 3), sendo provido no mérito, com a reforma da decisão recorrida. Segundo a decisão, uma exceção baseada apenas nas características particulares da nova regra adotada era inadequada, acrescentando que a inovação para condução de processos criminais se aplica retroativamente a todas as causas ainda pendentes, não só estaduais, mas também federais, tampouco devendo ser considerada a questão de o novo entendimento fixar ou não uma clara quebra com a posição pretérita (p. 7).

Assim, embora as inovações da Suprema Corte dos EUA em matéria de direito processual penal constitucional tenham geralmente acontecido para beneficiar os acusados, o que justifica a sua atitude de dar-lhes eficácia retroativa, é fato que em tais situações a sua produção normativa não tem dimensão temporal direcionada apenas ao futuro, ainda que

---

<sup>494</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>, acesso no dia 20/06/2016, p. 57.

<sup>495</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10858659869332197708&q=griffith+v+kentucky&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=10858659869332197708&q=griffith+v+kentucky&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 23/01/2019.

algumas vezes o órgão tenha limitado a retroação em razão de uma grande preocupação com a administração do sistema de justiça penal.

### **3. OS PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE DOS EUA COMO NORMAS PENAIS**

#### **3.1 A LEGITIMIDADE DOS PRECEDENTES**

Já verificamos que, em face de algumas particularidades inerentes ao sistema de justiça penal, é no mínimo discutível a afirmação de que a Suprema Corte dos Estados Unidos produza normas criminais para o futuro. Primeiro porque ela há muitos anos vem vedando os *common law crimes*; segundo porque sua liberdade interpretativa tem sido aplicada retroativamente em várias ocasiões, mesmo quando prejudiciais aos réus. Porém, a constatação, mais relacionada à legalidade penal e ao seu corolário da anterioridade, não dispensa o estudo de outras questões não exclusivas daquele campo do direito, ainda que os casos estudados sejam da área, diante da delimitação do nosso trabalho. Em outras palavras, já avaliada a inconsistência, mesmo que parcial, entre o papel do referido tribunal com o *stare decisis* em face do princípio da legalidade penal, ainda assim é necessário analisar a própria legitimidade da teoria dos precedentes para aquele órgão jurisdicional, bem como a melhor forma de aplicá-la.

A legitimidade do *stare decisis* não é uma questão pacífica nem mesmo nos Estados Unidos, sendo o assunto objeto de pesquisa de inúmeros estudiosos da área, os quais não serão citados todos, obviamente, nem mesmo a maioria deles, diante da necessidade de limitação espacial e temporal da nossa pesquisa. Nos basearemos em apenas alguns, com o fim de situar o problema.

Ao contrário do que poderíamos imaginar, é muito questionável o correto alcance do *stare decisis* no *common law*, sendo difícil delimitar o âmbito de incidência de um sólido sistema de precedentes “obrigatórios” naquela tradição jurídica. Os antes mencionados ensinamentos de Blackstone, do século XVIII, além de focados principalmente no reconhecimento declaratório de costumes pela via judicial, ainda que também defendessem uma maior estabilidade e firmeza da justiça, não predominavam, na prática, em um sentido mais forte.

Para alguns, a observância “obrigatória” de precedentes somente surgiu muito recentemente sob uma perspectiva histórica do *common law*, sendo ela inexpressiva até o século XIX, antes de relatórios jurídicos confiáveis, de maneira que sua própria ideia teria sido

provavelmente impraticável anteriormente.<sup>496</sup> A principal forma de disseminar as decisões judiciais, nos Estados Unidos, é por meio de relatórios, os quais, principalmente no caso da sua Suprema Corte, contêm um registro relativamente abrangente delas. Todavia, antes do século XX os registros não eram completos. Em 1790, por exemplo, menos da metade das decisões da corte foram publicadas, e muitas delas foram compiladas a partir das notas elaboradas pelos advogados que discutiram os casos. Foi aproximadamente na segunda metade do século XX que os relatórios oficiais passaram a não diferir materialmente dos impressos de forma privada, enquanto a precisão dos dados anteriores a 1946 não pode ser confirmada, diante da falta de confiabilidade das fontes.<sup>497</sup> Daí por que não existia segurança nas informações, no século XIX, ainda que naquela época já se falasse em vinculação a precedentes. Assim, o *stare decisis* possuiria origem muito mais recente na Inglaterra do que ordinariamente se imagina. E sobre o instituto já se tinha conhecimento no direito medieval canônico ou, mais particularmente, na “Rota Romana”. Na verdade, teriam existido significativas variações entre o *common law* e o *civil law* de tempos em tempos, como também de lugar em lugar dentro de cada uma dessas famílias jurídicas.<sup>498</sup>

Talvez também por isso tem se afirmado que foi somente com o caso *The London Tramways Company v. The London County Council*, julgado pela *House of Lords* britânica, em 1898, que houve a instituição formal do *stare decisis*. Naquela ocasião, citado órgão, que fazia o papel de Suprema Corte do Reino Unido, formou a orientação de que uma decisão sua, uma vez proferida sobre uma questão de direito, seria conclusiva sobre ela própria, sendo impossível levantar novamente a mesma questão como se ela pudesse ser contestada, ainda que para pedir a mudança do entendimento.<sup>499</sup> Neste sentido, Langbein mencionou que este foi um dos casos mais celebrados na Inglaterra, comprometendo firmemente os lordes à doutrina de que eles estavam irreversivelmente vinculados por suas próprias decisões anteriores. Embora uma atitude de inviolabilidade em relação aos precedentes tivesse pairado sobre o direito inglês durante a maior parte do século XIX, antes do julgamento do caso *London Tramways* a regra de irreversibilidade não tinha se tornado absoluta.<sup>500</sup> Isso não nos parece dizer, porém, que na

---

<sup>496</sup> SAMUEL, Geoffrey. Common Law, In: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006, p. 151.

<sup>497</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2015, p. 1, 2 e 247.

<sup>498</sup> MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 619.

<sup>499</sup> Disponível em <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8c860d03e7f57ecd5a4>. Acesso no dia 03/01/2019.

<sup>500</sup> LANGBEIN, John H. Modern Jurisprudence in the House of Lords the Passing of London Tramways. In: *Cornell Law Review*, v. 53. Ithaca, May, 1968, p. 808. Disponível em : <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol53/iss5/3>. Acesso no dia 03/01/2019.

Inglaterra tenha havido uma mudança repentina de um sistema consuetudinário para o *stare decisis*. Aliás, é possível que o caso *London Tramways* seja mais relacionado a um “super *stare decisis*”, no sentido de vinculação obrigatória a precedentes de uma forma mais difícil de superá-los, com uma força que talvez nunca tenha existido nos Estados Unidos.

Já neste outro país anglo-saxônico não se costuma apontar um julgamento específico da Suprema Corte como instituidor de uma obrigatoriedade de observância a precedentes. Naquele local tem se afirmado que foi com uma revolução do conhecimento, ocorrida no final do século XIX, que o *stare decisis* teria se manifestado no mundo jurídico na forma de um movimento de “direito como ciência”, na *Harvard Law School*, quando se concebeu a educação jurídica como um processo indutivo, no qual princípios substantivos gerais seriam abstraídos de decisões judiciais. Esse “método de caso”, adotado por praticamente todas as faculdades de direito norte-americanas, terminou influenciando a visão de quase todos os advogados e juízes do século XX, o que aconteceu de forma entusiasmada, diante do pensamento sobre uma incorporação tanto do lado científico, quanto do lado prático do direito. Ao fazer com que advogados e juízes procurassem as regras do *common law* em decisões passadas individuais, a doutrina dos precedentes teria mudado radicalmente a fonte daquela família jurídica, do costume para os precedentes, sem que, porém, mesmo naquele tempo, a transformação estivesse completa.<sup>501</sup>

Apesar disso, algumas decisões estudadas ao longo deste trabalho, datadas da primeira metade do século XIX, sugerem que naquele momento já um certo envolvimento com o tema, claro, o que é ratificado pela afirmação de Chamberlain, em 1889, no sentido de que a doutrina do *stare decisis* já estava firmemente embutida no direito norte-americano. Mas ele apontava algumas limitações, aduzindo que o grau de autoridade pertencente aos precedentes dependeria, necessariamente, de sua concordância com o espírito do tempo, ou com o julgamento de tribunais subsequentes sobre a sua correção. A compulsão ou exigência do sistema era, em última análise, moral e intelectual e não arbitrária e inflexível. Além disso, nem toda decisão teria direito à sua aplicação e proteção, apontando o problema da incidência do instituto em questões constitucionais, ainda que não pareça ver razão para a distinção.<sup>502</sup> Talvez aí a grande

---

<sup>501</sup> HASNAS, John. Hayek, the Common Law, and Fluid Drive. In: *NYU Journal Law and Liberty*, 2.005, disponível em

[https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyujlawlb1&div=12&g\\_sent=1&casa\\_token=&collectio n=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyujlawlb1&div=12&g_sent=1&casa_token=&collectio n=journals). Acesso em 03/01/2019, p. 93 e 94.

<sup>502</sup> CHAMBERLAIN, Daniel Henry. The doctrine of *stare decisis* as applied to decisions of Constitutional questions. *Harvard Law Review*, Cambridge [Mass.], v.3, n. 3, oct.1889, p. 125, 130 e 131. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321173>. Acesso em 27/01/2019.

diferença para o modelo britânico instalado com o julgamento do caso *London Tramways* pouco tempo depois.

O professor Gary Lawson, da Universidade de Boston, defende que a prática de seguir precedentes, além de não obrigatória, e de uma má ideia, é até mesmo inconsistente com a Constituição norte-americana. Embora limite seu estudo ao uso de precedentes pelas cortes federais, à sua utilização por cortes do mesmo nível ou superiores, e, principalmente, à interpretação da Constituição federal, não chega ao ponto de descartar raciocínio parecido quanto à eficácia vertical, ou mesmo, de forma generalizada, à interpretação da lei infraconstitucional.<sup>503</sup>

Caminho parecido é trilhado por McConnell, para quem honrar precedentes acima de tudo, de um lado, transformaria o Judiciário na suprema “lei” nacional, o que conflitaria com ambas as abordagens da interpretação constitucional, tanto a dos originalistas quanto dos evolucionistas. Iria de encontro àqueles, porque eles, de toda forma, colocariam o padrão do conjunto de princípios constitucionais à frente da decisão de meros juízes, também colidindo com os segundos, que acreditam que a interpretação da constituição deveria adaptar-se às modernas condições e costume, permitindo a mudança de precedentes.<sup>504</sup>

Lawson, depois de analisar o julgamento em *Marbury v. Madison*, sustenta que a sua fundamentação deixa fora de dúvida que as cortes devem escolher a Constituição em vez da observância de precedentes. Se a lei, promulgada com toda a formalidade prescrita constitucionalmente, e marcada com a aprovação da democracia representativa, não pode legitimamente ser aplicada quando conflita com a Constituição, como uma simples decisão judicial poderia ter um maior *status* jurídico? Para ele, o raciocínio do caso *Marbury* completamente deslegitima os precedentes.<sup>505</sup>

O argumento é muito sedutor, diante da obviedade de que as normas supremas de uma nação sejam oriundas do texto constitucional. Se uma lei não pode afastá-la, é claro que muito menos poderá fazê-lo uma decisão judicial, ou um precedente. Por outro lado, talvez a questão não seja exatamente essa, porque a abertura normativa do texto constitucional dependerá, não raras vezes, do seu fechamento no julgamento dos casos concretos, o que será feito pelo Poder

---

<sup>503</sup> LAWSON, Gary. Stare Decis and Constitutional Meaning: The Constitutional Case against Precedent. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Winter, 1994, disponível em [http://constitution.org/lrev/glawson/glawson\\_ccap.pdf](http://constitution.org/lrev/glawson/glawson_ccap.pdf). Acesso em 02/05/2019, p. 24.

<sup>504</sup> MCCONNELL, Michael W. The Rule of Law and the Role of the Solicitor General. In: *Loyola*, v. 21. Los Angeles: Los Angeles Law Review, jun. 1.988, p. 1.114.

<sup>505</sup> LAWSON, Gary. Stare Decis and Constitutional Meaning: The Constitutional Case against Precedent. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Winter, 1994, disponível em [http://constitution.org/lrev/glawson/glawson\\_ccap.pdf](http://constitution.org/lrev/glawson/glawson_ccap.pdf). Acesso em 02/05/2019, p. 27 e 28.

Judiciário, *maxime* pela Suprema Corte. Vista de ângulo diferente, então, a pergunta seria se o órgão jurisdicional poderia legitimamente tratar de forma diferente fatos aos quais se aplicariam o mesmo raciocínio constitucional, como se a Lei Maior estivesse sendo alterada a cada julgamento. Ademais, não deixa de ser “curioso” que Lawson apresente justamente um precedente como principal fundamento para a inconstitucionalidade do sistema de precedentes em algumas situações.

O mesmo autor, partindo obviamente do seu raciocínio, afirma que as cortes estão livres para dar o peso decisivo aos precedentes baseadas na persuasão das respectivas fundamentações, da mesma forma que podem dar peso aos argumentos persuasivos das partes, aos artigos acadêmicos ou às colunas em jornais.<sup>506</sup>

Mas também é importante notar a força do pensamento contrário. Frederick Schauer, por exemplo, explica que o *stare decisis* reside principalmente no ponto em que um tribunal deva tratar uma decisão anterior como obrigatória apenas por causa da sua existência, não porque ela seja percebida como correta, pois, caso contrário, seu raciocínio já seria o aplicado independentemente da teoria dos precedentes obrigatórios.<sup>507</sup> Da mesma maneira, para Fallon Jr., se um tribunal acreditar que uma decisão anterior está correta, pode reafirmar essa decisão sobre o mérito sem referência a *stare decisis*,<sup>508</sup> não estando aí a importância do instituto.

Segundo Posner, a Suprema Corte tem enfatizado que não tem a tarefa de corrigir os erros dos tribunais inferiores, em casos que já tiveram pelo menos uma revisão recursal. Ainda segundo ele, a estática deixa claro que realmente isso acontece, mostrando uma pista sobre até que ponto a corte de vértice se afastou do modelo convencional, devendo nos preparar para aceitarmos o seu caráter basicamente legislativo. Isso porque ela tenta usar os poucos casos que concorda em ouvir como oportunidades para estabelecer regras ou padrões que controlarão um grande número de causas futuras.<sup>509</sup> Se considerarmos esta afirmação de forma isolada, e pior, de maneira absoluta, poderemos realmente pensar que aquele órgão teria a função de produzir normas para o futuro. Para nós, porém, a questão não é tão simples, como em parte já demonstramos e ainda continuaremos a estudar.

---

<sup>506</sup> LAWSON, Gary. *Stare Decisis and Constitutional Meaning: The Constitutional Case against Precedent*. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Winter, 1994, disponível em [http://constitution.org/lrev/glawson/glawson\\_ccap.pdf](http://constitution.org/lrev/glawson/glawson_ccap.pdf). Acesso em 02/05/2019, p. 25.

<sup>507</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 60.

<sup>508</sup> FALLON JR, Richard H.. *Stare Decisis and Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*. In: *New York University Law Review*, May, 2001, disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr76&div=23&id=&page=&t=1557229319>. Acesso em 07/05/2019, p. 570.

<sup>509</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 270.

### 3.2 O HOLDING

No Brasil é muito comum afirmar-se que *holding* é uma expressão sinônima de *ratio decidendi*. Para Mitidiero, por exemplo, elas equivalem à mesma coisa,<sup>510</sup> o que também é defendido por Macêdo. Para este, a terminologia *ratio decidendi* é a adotada predominante no direito inglês, enquanto a palavra *holding* é mais utilizada no direito norte-americano, mas referindo-se ambas às razões de decidir, ou às razões para a decisão, e configurando sinônimo de norma jurídica.<sup>511</sup>

Seguindo esta linha de raciocínio, ou *holding* não seria simplesmente uma norma abstrata a ser posteriormente induzida de um caso e aplicada a outro. Ademais, ele deverá ser quase sempre verificado por meio do material fático de cada caso, mediante uma comparação entre os fatos da causa em exame e os fatos de um precedente.<sup>512</sup>

Isso não quer dizer que a Suprema Corte dos Estados Unidos reexamine as provas dos autos, verificando se a avaliação na instância inferior, geralmente feita pelos jurados, foi certa ou errada. Porém, ela costuma explicar o fato de forma mais detalhada, ao contrário do que normalmente acontece no *civil law*, diante da ideia, nesta família jurídica, de que as cortes superiores são uma espécie de tribunal apenas de direito. Se no Brasil as decisões apresentam uma primeira parte chamada de relatório, mas que é limitada ao resumo dos argumentos das partes e do rito processual traçado, naquele país, após antecipar o resultado, a primeira parte da decisão efetua uma verdadeira exposição dos fatos trazidos a julgamento, como podemos ver, por exemplo, nos citados casos *Durland*, *Skilling* e *Salinas*. Isso ocorre porque, para saber se em determinada causa caberá a aplicação de um precedente, preciso é se comparar os fatos de ambas, a fim de se perceber se o raciocínio da antecedente se aplica à subsequente, ponto em que, inclusive, o instituto se diferencia das nossas ações abstratas de controle de constitucionalidade, em que a análise é limitada à validade da lei em tese.

Em termos de método, também tem sido costume afirmar-se que os casos não obrigam, sendo as suas razões de decidir que possuem essa força, razão pela qual descobri-las pode ser

---

<sup>510</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77.

<sup>511</sup> MACÊDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 216 e 217.

<sup>512</sup> SAMUEL, Geoffrey. Common Law, In: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006, p. 151 e 152.

uma tarefa formidável, especialmente diante da necessidade de separá-las de qualquer coisa dita apenas de passagem.<sup>513</sup>

Da mesma forma que no Brasil, a academia norte-americana tem feito uma distinção entre *obiter dictum* e *holding*, o primeiro, também chamado de *dicta* ou *dictum*, tipicamente se referindo às afirmações feitas nas fundamentações, mas que não são necessárias para apoiar a decisão tomada pelo órgão jurisdicional. De outra parte, o *holding* seria a palavra usada nos Estados Unidos para fazer referência a uma regra ou princípio utilizados para decidir efetivamente o caso, sendo lugar comum que ele tenha mais peso que a *dicta*, que poderá ser seguida apenas se for suficientemente persuasiva.<sup>514</sup>

Abordando o sistema de precedentes naquele país, Summers explica que algumas partes da decisão judicial não são formalmente vinculantes – *obiter dictum*. Isso acontece em relação às partes que não são necessárias para a solução da específica questão submetida à corte, consistindo em declarações sobre pontos sobre os quais não foi chamada a decidir. São duas as principais razões para desconsiderar a sua força obrigatória: os juízes provavelmente não lhe dão consideração cuidadosa, ao contrário do que acontece na fixação do *holding*; os juízes provavelmente não estão bem informados sobre a *dicta*, porque as partes oponentes geralmente concentram seus esforços nos argumentos que realmente importam para o resultado.<sup>515</sup>

Dorf, por sua vez, explica que a Suprema Corte dos EUA tem utilizado dois argumentos para justificar a máxima de que o *obiter dictum* não precisa ser seguido: a questão não seria apenas de exatidão, mas também de legitimidade. Consoante o primeiro, o relacionado à exatidão, ele é considerado de forma menos cuidadosa e, portanto, é menos provável que as declarações efetuadas no seu bojo sejam precisas, exatas. Já pela justificativa da legitimidade, a cortes podem apenas decidir casos, não criar o direito em abstrato, função que seria própria dos poderes políticos.<sup>516</sup>

Todavia, Summers aduz ainda que em causas que abrangem múltiplas questões uma afirmação feita por uma corte pode ser considerada como *holding* alternativo, ainda que não seja estritamente necessária para o resultado. Além disso, sustenta poder ser dado algum peso

---

<sup>513</sup> SAMUEL, Geoffrey. Common Law, In: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006, p. 151.

<sup>514</sup> DORF, Michael C.. Dicta and Article III, In: *University of Pennsylvania Law Review*, Jun., 1.994, p. 2.000, disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/109>. Acesso em 24/01/2019.

<sup>515</sup> SUMMERS, Robert S.. Precedent in the United States: New York State. In: GOODHART, Arthur L; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.), *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016, n.p.

<sup>516</sup> DORF, Michael C.. Dicta and Article III, In: *University of Pennsylvania Law Review*, Jun., 1.994, p. 2.000 e 2.001, disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/109>. Acesso em 24/01/2019.

ao *dicta* quando exista evidência de que uma corte superior tenha dado séria consideração particular ao problema analisado.<sup>517</sup>

Pois bem. No julgamento do caso *Cohens v. Virginia*, há muito tempo, em 1821, a corte afirmou que expressões gerais, em toda fundamentação, devem ser tomadas em conexão com o caso em que são usadas, e que, se forem além dele, podem ser respeitadas, mas não devem controlar o julgamento em um processo subsequente, quando o ponto específico for apresentado para decisão. Segundo ela, a questão submetida à corte é investigada com cuidado e considerada em toda a sua extensão, podendo ser utilizados outros argumentos para ilustrá-la, mas a incidência destes sobre todos os outros casos raramente é investigada completamente (p. 11 e 12).<sup>518</sup>

Curioso notar que a distinção entre *holding* e *obiter dicta*, ainda válida nos dias de hoje, foi efetuada naquela remota época não como razão de decidir, mas também em *dictum*, no nosso modo de ver. Em sede de preliminar, as questões levantadas giravam em torno da atribuição jurisdicional e da competência recursal da Suprema Corte federal sobre a causa (p. 2 a 25), enquanto o mérito basicamente se relacionou à autorização federal de venda de bilhetes de loteria em Estados nos quais essas vendas eram proibidas por lei estadual (p. 25 a 28). Apenas de passagem, ao rejeitar a preliminar no seu primeiro aspecto, a corte afastou o argumento do réu, que era baseado em “algum *dicta*” pronunciado no célebre caso *Marbury v. Madison* (p. 11). Em outras palavras, a curiosidade reside no fato de que a afirmação de que o *dictum* não vincula foi feita justamente em sede de *dictum*.

Shannon aduz que as cortes não podem ditar, apenas por intermédio de palavras, quais partes das suas fundamentações são dignas de efeito precedente vinculativo. Pelo contrário, o direito criado judicialmente é apenas aquele que vem da aplicação de alguma norma para as partes, no caso em que é aplicada. Tudo o mais que for dito deve ser considerado *dicta*, a fim de que os casos não se tornem mais do que uma plataforma a partir da qual seria exercida uma função legislativa.<sup>519</sup> Parecendo seguir a mesma trilha, Posner se refere a um método paciente, passo a passo, frente a cada caso concreto, como justamente sendo o método do *common law*,

---

<sup>517</sup> SUMMERS, Robert S.. Precedent in the United States: New York State. In: GOODHART, Arthur L; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.), *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016, n.p..

<sup>518</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=3308804578253249170&q=cohens+v+virginia&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=3308804578253249170&q=cohens+v+virginia&hl=en&as_sdt=6,34). Acesso em 25/01/2019.

<sup>519</sup> SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decision, In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2.003, pp. 874 e 875, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlpp26&collection=journals&id=825&startid=&end=890>. Acesso em 24/01/2019.

embora o faça para diferenciar as ações em geral daquelas que envolvam matéria constitucional, as quais deveriam ser pensadas legislativamente.<sup>520</sup>

Porém, não existe um acordo universal sobre como medir o alcance dos *holdings* judiciais, sob a concepção apresentada, inexistindo consenso sobre como distingui-los do que seja *dicta*, como adiantamos na primeira parte deste estudo. Os juízes frequentemente parecem ter por certo que efetuar a diferença é uma questão rotineira, incontroversa, sem problemas, mas um exame dos tipos de afirmações que são chamadas de *dicta* pelos órgãos jurisdicionais revela inconsistências grosseiras, enquanto a falha em efetuar a distinção com qualquer precisão tem sérias consequências, permitindo que as cortes evitem as normais exigências do *stare decisis*.<sup>521</sup>

Deveras, a diferença entre um *holding*, que possui a força de precedente, e um *dictum*, que não a possui, é frequentemente muito difícil de discernir na prática. Também por isso, inclusive, as faculdades de direito dos Estados Unidos conferem um tempo considerável à análise e estudo de casos nos quais a importância das exposições judiciais particulares representa um ponto de discussão.<sup>522</sup>

Os princípios do *stare decisis*, se levados a sério, com frequência significarão que um juiz que deseje decidir um caso para uma das partes será constrangido ao contrário diante da regra existente em favor da outra. Esse constrangimento operará rotineiramente sobre ele, a menos que consiga encontrar alguma maneira de tornar a decisão anterior inaplicável. Todavia, uma forma de fazer isso é rotulando essa norma controladora de *dictum*, pois, se essa parte não precisa ser seguida, ele fica livre para decidir como quiser. Como o termo *dicta* não tem um significado preciso, o truque geralmente passa despercebido, haja vista que, conforme atualmente se sabe, a distinção é quase totalmente maleável.<sup>523</sup> Por isso, para nós, talvez fosse melhor que o julgador evitasse afirmações feitas de passagem, sem maior importância para a solução da causa. Se a assertiva é feita sem maior segurança, melhor ser silenciada. Mas, se for efetuada, que o seja com estudo prévio, com firmeza, de acordo com os fatos da causa, a fim de evitar contradições futuras, já que a coerência, umas das marcas do sistema de precedentes obrigatórios, não se contentará apenas com uma pequena parte da decisão.

---

<sup>520</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 269.

<sup>521</sup> DORF, Michael C.. *Dicta and Article III*, In: *University of Pennsylvania Law Review*, Jun., 1.994, p. 2.003 e 2.004, disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/109>. Acesso em 24/01/2019.

<sup>522</sup> BARKER, Robert S.. *El Precedente y su Significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Lima: Grijley, 2.014, p. 40.

<sup>523</sup> DORF, Michael C.. *Dicta and Article III*, In: *University of Pennsylvania Law Review*, Jun., 1.994, p. 2.004 e 2.005, disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/109>. Acesso em 24/01/2019.

Mesmo quando se fala na observância de precedentes de cortes superiores por órgãos inferiores, o entendimento tradicional tem sido de vinculação apenas ao *holding*, não àquilo que tenha sido dito de passagem. Mas é muito importante observar que, na prática, as coisas não funcionam bem assim. O advogado que pede ao juízo inferior um resultado claramente inconsistente com a linguagem de um precedente superior tem uma subida íngreme, sendo geralmente inútil seu argumento de que tal linguagem obstrutiva seja mera *dicta*, isto é, que ela esteja fora da *ratio decidendi*.<sup>524</sup>

Parecendo ir de encontro ao que disse Shannon, Schauer sustenta que somente afirmando não apenas os fatos, mas também o *holding*, uma corte permite que órgãos jurisdicionais subsequentes possam obedecê-lo. Sem a afirmação, ele poderia ser quase nada, diante da possibilidade de interpretação dos fatos em numerosos níveis de abstração, o que retiraria a aplicação no futuro da decisão precedente de forma confiável.<sup>525</sup>

Marinoni, a despeito de entender ser uma falha dos sistemas dos países de tradição de “cortes de precedentes”, assevera que em tais locais também não se declara a *ratio decidendi*, ficando o trabalho a cargo da corte inferior.<sup>526</sup> Apesar de várias divergências ideológicas sobre o papel das cortes de vértice, neste ponto seguem a mesma trilha Streck e Abboud, para quem, no sistema do *common law*, o precedente não nasce como precedente, não sendo previamente definido textualmente.<sup>527</sup> Todavia, não parece que o ensinamento deles esteja totalmente correto no mundo real, já que, em muitas ocasiões, na linha reclamada por Schauer, a Suprema Corte dos EUA, integrante da tradição do *common law*, tem fixado expressamente o *holding*, ainda que sua aplicação em casos futuros não dispense totalmente a atividade interpretativa. Para não ficarmos apenas na afirmação em sentido contrário, passemos à análise de alguns casos criminais que estamos estudando, o que tentaremos fazer da forma menos subjetiva possível, limitada à afirmação expressa da decisão sobre um *holding* formado.

O precedente mais antigo objeto de nossa análise foi formado no caso *United States v. Hudson and Goodwin*, de 1812. A decisão inteira naquela causa, a despeito da sua importância ainda nos dias de hoje, foi apresentada em apenas duas páginas, sem menção expressa ao *holding* formado, na linha do que foi afirmado por Marinoni, Streck e Abboud.

---

<sup>524</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 57 e 58.

<sup>525</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 55.

<sup>526</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.

<sup>527</sup> STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?, In: DIDIER JR. et al (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176.

Depois vem o caso *Cohens v. Virginia*, justamente aquele que, ainda em 1821, explicou a não vinculação ao *obiter dictum*. Embora tenha sido objeto de longa fundamentação, em vinte e oito páginas, em nenhum momento foi expresso em dizer qual era o *holding* formado, seja quanto à preliminar, seja quanto ao mérito, também na linha mencionada pelos autores brasileiros.

Não foi diferente a decisão tomada no caso *Durland v. United States*, no qual a Suprema Corte novamente não afirmou expressamente qual foi o *holding* ali formado, ainda que sua fundamentação, de forma semelhante àquela tomada em *Hudson*, tenha sido pequena, agora em três páginas.

Passamos ao caso *Bouie v. City of Columbia*, decidido em 1964. Na sua fundamentação, em onze páginas, a Suprema Corte chegou a usar a expressão *holding* em três oportunidades, porém, todas elas relativas não à própria decisão que estava sendo proferida, mas a outras, seja da própria corte, seja do órgão recorrido. Ou seja, possivelmente a decisão do caso futuro estava exercendo a sua atividade de interpretação dos precedentes, ainda na linha da academia nacional.

Já em 1997, no caso *Salinas v. United States*, a Suprema Corte voltou a deixar de mencionar diretamente o seu *holding*, mas aconteceu um fato igualmente curioso: ao final da fundamentação sobre a já citada § 666, externou o que nela não estava incluído, dizendo estar fora a aplicabilidade da norma legal a benefícios intangíveis, porque essa questão não estaria incluída na parte do recurso que foi por ela conhecida (p. 5).

Todavia, bem antes, parecia já ter se iniciado uma tendência contrária. No julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, em 1965, a questão apresentada, insta acentuar novamente, era saber se um precedente favorável ao réu no processo penal se aplicava retroativamente às causas transitadas em julgado. Nas palavras da Suprema Corte, o Tribunal Federal do 5º Circuito considerou que não, e ela concordou, sendo interessante notar o verbo utilizado no original em inglês: *The Court of Appeals for the Fifth Circuit “held” that it did not. (...) We agree with the Court of Appeals* (p. 1). Teria o substantivo *holding* derivado daquele verbo, sendo só essa a parte da decisão que vincularia as futuras?

A decisão em *Stovall v. Denno*, proferida dois anos depois, parece esclarecedora quanto ao ponto. A questão, no caso, era saber se dois precedentes, que determinavam a exclusão da identificação criminal do acusado como prova, quando feita antes do julgamento, na ausência do seu advogado, deveriam ser aplicados retroativamente (p. 1). O órgão afirmou que os precedentes em questão incidem sobre as ações respectivas, como também sobre os casos

futuros que envolvessem identificação conduzida na ausência de advogado após a sua data, valendo mais uma vez observar a língua no original: *we “hold” that (...)* (p. 2).

Poderia se afirmar, é verdade, que o verbo *hold* não teria relação com o substantivo *holding*, diante das várias traduções possíveis de ambos os termos. O voto vencido na mesma causa, todavia, parece ainda mais esclarecedor. Diante da importância da língua original para uma percepção mais apurada da questão em exame, vejamos exatamente as palavras utilizadas naquele ensejo:

“In this case the Court *holds* that the petitioner here, convicted on such unconstitutional evidence, must remain in prison, and that besides Wade and Gilbert, who are ‘chance beneficiaries,’ no one can invoke the rule except defendants exhibited in lineups in the future. I dissent from that *holding*. (...) I would *hold* that the petitioner here and every other person in jail under convictions based on unconstitutional evidence should be given the advantage of today's newly announced constitutional rules” (Destaques nossos, p. 6)

Pelo trecho transcrito, podemos observar que as expressões que destacamos acima em itálico apresentam íntima relação, nos parecendo que a Suprema Corte, ao utilizar a assertiva *we hold*, está realmente apontando expressamente o *holding*, isto é, dizendo qual o precedente a ser seguido em casos subsequentes. A mesma situação se repetiu em 1987, quando o órgão jurisdicional de vértice utilizou o termo *we therefore hold that* (p. 7), em *Griffith v. Kentucky*, mesmo termo usado em *Skilling v. United States* (p. 1), em 2010, neste último caso de forma ratificada adiante, quando foi expressa e diretamente utilizada a palavra *holding* (p. 21). E tampouco tinha sido diferente o que tinha acontecido, um pouco antes, com a complicada e inusitada decisão prolatada em *United States v. Booker*, em 2005, quando mais uma vez a corte mostrou a total relação entre a expressão *we hold* e *holding* (p. 1, 11, 12 e 24).

Assim, embora dentro do limitado âmbito das decisões criminais da Suprema Corte que examinamos, podemos inferir que até 1964 não havia uma tendência de indicação expressa do *holding*, o mesmo não acontecendo com as posteriores, exceção feita àquela proferida em *Salinas*, quando optou-se por dizer o que nele não estava inserido.

Na verdade, talvez o que se tem defendido no Brasil seja mais semelhante ao que acontece na Inglaterra do que nos EUA, ainda mais se pensarmos na atuação da Suprema Corte deste último país. Neste local, a extração da *ratio decidendi* é uma questão muito menos importante do que na Grã-Bretanha, onde importa mais a base ou o raciocínio utilizado pela corte, sendo necessário saber não só qual o precedente formado, mas também por que a decisão foi tomada. Por outro lado, o *holding* norte-americano não equivale exatamente à mesma coisa,

apresentando leve diferença, ao contrário do que se tem afirmado no nosso país. Ele corresponde apenas à regra jurídica que, aplicada aos fatos de um caso particular, determina o seu resultado, algumas vezes realmente sendo pronunciado pela Suprema Corte dos EUA de forma expressa e clara. Quando ela utiliza a expressão *we hold that*, desaparece a questão sobre a importância de saber qual o precedente, porque então passa a haver uma regra que pode ser aplicada em casos futuros. Em tais situação, o órgão afirma a regra de direito na qual baseia sua decisão, a aplica aos fatos objeto de análise, e anuncia o resultado. Isso é o *holding*,<sup>528</sup> ainda que sua melhor aplicação não dispense a leitura do inteiro teor da decisão, ou mesmo da descoberta da razão principal que o gerou.

Portanto, a despeito de ideologicamente podermos defender a necessidade de observância da *ratio decedendi*, não nos parece menos legítima a defesa da observância até mesmo do *obiter dictum*, principalmente se a base da ideia for o prestígio à congruência. De outra parte, já não nos parece possível afirmar, genericamente, que a Suprema Corte dos EUA nunca indique o *holding* no julgamento de suas causas, porque muitas vezes ela o indica. Além disso, talvez possamos pensar que o *holding* afirmado pela Suprema Corte dos EUA, quando isso acontecer, não seja exatamente a mesma coisa que suas razões de decidir, parecendo mais ligado à fixação de uma tese, de forma parecida com o que tem sido feito algumas vezes pelo nosso STF.

### 3.3 A COLEGIALIDADE NA SUPREMA CORTE DOS EUA

A Suprema Corte dos EUA é formada por nove “ministros”, exigindo-se o quórum mínimo de seis para a realização das sessões, na forma da sua regra 4, seção 2, bem como do 28 U.S.C, § 1.<sup>529</sup>

Uma vez admitido o recurso e preparado o processo, ele é incluído em pauta para realização de uma sessão pública, a qual, todavia, é realizada não para julgamento da causa, mas apenas para sustentação oral. A propósito, ao contrário do que acontece no Brasil, essa sustentação oral perante a Suprema Corte dos EUA – assim como na maioria dos tribunais, consiste principalmente em respostas que são apresentadas pelos representantes das partes a perguntas formuladas pelos *justices*. Hoje em dia, provavelmente o tempo que o advogado terá sem ser interrompido será apenas alguns minutos no início da sua exposição.<sup>530</sup>

---

<sup>528</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 50 e 53 a 55.

<sup>529</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1>, acesso no dia 28/01/2019.

<sup>530</sup> ROBERTS JR., John G. Oral Advocacy and the Re-emergence of a Supreme Court Bar. In: *Journal of Supreme Court History*, v. 30, n. 1. Washington DC: mar. 2005, p. 71.

De fato, pudemos presenciar, no dia 03 de dezembro de 2018, uma sessão de sustentação oral na Suprema Corte dos EUA, ocorrida no caso *Lorenzo v. Securities and Exchange Commission*. Embora não seja admitido entrar na respectiva sala portando nenhum equipamento eletrônico, sendo todos guardados anteriormente num armário com cadeado, o áudio do ocorrido, como sempre, foi logo em seguida disponibilizado. No caso, ao escutarmos a gravação, percebemos que o advogado apresentou o caso, dizendo que existiam três razões que justificavam o erro da decisão recorrida, a qual tinha considerado o réu responsável por distorções em declarações feitas por outrem, mas por ele enviadas, o incluindo no artifício para fraudar proibido em lei. Assim que ele acabou de resumir a primeira razão, todavia, foi interrompido pela *justice* Sonia Sotomayor, quando sua exposição durava apenas um minuto e vinte e um segundos, sendo-lhe feita a primeira pergunta, a partir de quando ele passou a ser sucessivamente questionado pelos demais.<sup>531</sup>

Roberts Jr., presidente da Suprema Corte dos EUA, já teve a oportunidade de escrever no sentido de ser esta etapa muito relevante, importando não apenas por aquilo que os advogados têm para dizer, mas também porque ela é o ponto de organização de todo o processo judicial. Segundo ele, os juízes leem as peças, fazem as pesquisas e conversam com os seus funcionários para se prepararem para esse momento. E a sessão de julgamento, na sua corte, é realizada pouco tempo depois.<sup>532</sup>

Ainda segundo ele, ao ler a peça do advogado, sua reação não é de concluir logo pela persuasão do argumento apresentado. Pelo contrário, diz pensar ser preciso ouvir o outro lado, apostando que há alguma alegação que possa equilibrar a balança. Seria justamente na sustentação oral que a porta aberta começaria a se fechar, já que a votação acontecerá em breve e o ceticismo terá que ceder à necessidade de uma decisão. Por isso, esse fechamento geralmente leva em consideração o que acontece naquela oportunidade, seja pelas perguntas dos outros juízes, seja pelas respostas dos advogados.<sup>533</sup>

É fato que, sob o ponto de vista procedimental, esta fase do processo não acontece da mesma forma nos EUA e no Brasil. Mas não conhecemos comprovação empírica sobre a influência da sustentação oral no resultado do julgamento da Suprema Corte naquele país, muito menos o percentual de vezes em que isso acontece, o que talvez seja até inviável de se pesquisar. Na verdade, talvez o fato de o julgador trazer o voto pronto para a sessão não faça tanta

---

<sup>531</sup> Disponível em [https://apps.oyez.org/player/#/roberts10/oral\\_argument\\_audio/24784](https://apps.oyez.org/player/#/roberts10/oral_argument_audio/24784), acesso no dia 11/12/2018.

<sup>532</sup> ROBERTS JR., John G. Oral Advocacy and the Re-emergence of a Supreme Court Bar. In: *Journal of Supreme Court History*, v. 30, n. 1. Washington DC: mar. 2005, p. 69 e 70.

<sup>533</sup> ROBERTS JR., John G. Oral Advocacy and the Re-emergence of a Supreme Court Bar. In: *Journal of Supreme Court History*, v. 30, n. 1. Washington DC: mar. 2005, p. 70.

diferença em relação à existência de estudo prévio da causa, ambos podendo ter forte influência na decisão a ser futuramente produzida, inclusive reduzindo o papel da colegialidade, ou seja, da decisão construída como resultado de um trabalho deliberativo entre os julgadores, o que, porém, fica guardado na mente de cada um deles.

Mesmo que ainda não exista uma decisão mental prévia quando da realização da sustentação oral perante a Suprema Corte dos EUA, é natural que não se possa dizer o mesmo quando da reunião secreta para deliberação e tomada dos votos. Nesta fase, cada membro já fez o trabalho que achou necessário para chegar a seus próprios pontos de vista, antes de entrar na sessão de julgamento, não havendo opiniões próprias passíveis de “negociação”, mas sim uma discussão em que as opiniões consideradas são apenas declaradas.<sup>534</sup> Assim, embora Schauer mencione que nas cortes britânicas cada membro emita o seu juízo individualmente, não se exigindo uma decisão da corte, ou pelo menos da maioria, o que seria uma justificativa para a maior necessidade de busca da *ratio decidendi* naqueles locais,<sup>535</sup> a diferença para a Suprema Corte dos EUA, na linha de Rehnquist, quanto à colheita dos votos, parece ficar mais no aspecto formal, diferente da prática, ainda que para os últimos tenha que se chegar a um consenso mínimo na redação das *opinions*.

No Brasil tem se afirmado que aquele tribunal estrangeiro, após a definição do *justice* redator do acórdão, dá início a uma fase distinta de discussão, baseada na minuta da decisão, na qual todos os membros do colegiado podem sugerir mudanças e adaptações no texto a ser futuramente publicado.<sup>536</sup> Mas as normas de direito os faz realmente obedecer a visão da instituição como a autoridade final para julgar um caso particular, ou eles aceitam que cada *justice* exercite seu próprio ponto de vista independentemente?<sup>537</sup>

Na verdade, talvez a questão seja mais de prática do que de norma, o que termina deixando mais difícil responder à pergunta, especialmente no caso deles, diante do fato de os julgamentos ocorrerem em sala secreta, com a presença apenas dos julgadores. John Roberts, na sessão de confirmação do seu nome para a presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2005, declarou que os juízes têm que ter a modéstia de serem abertos, no processo de decisão, às opiniões de seus colegas de corte.<sup>538</sup> Apesar da boa intenção, para Posner a ideia

---

<sup>534</sup> REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New ed., New York: Alfred A. Knopf, 2001, p. 255.

<sup>535</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 53.

<sup>536</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 136.

<sup>537</sup> MCCONNELL, Michael W. The Rule of Law and the Role of the Solicitor General. In: *Loyola*, v. 21. Los Angeles: Los Angeles Law Review, jun. 1988, p. 1.114.

<sup>538</sup> Disponível em <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>. Acesso no dia 29/01/2019, p. 55.

de deliberação coletiva pelas cortes norte-americanas é superestimada. Ele diz que imaginava que as reuniões para julgamento seriam reflexivas, claras, por meio de análise e de forma dinâmica, mas não é nada disso o que ordinariamente acontece. Segundo ele, cada um senta em volta da mesa e afirma seu ponto de vista com, talvez, alguma breve explicação, mesmo que a decisão não seja unânime, servindo o encontro para mudar poucos pensamentos.<sup>539</sup>

No mesmo sentido caminha a explicação de William Rehnquist, que foi juiz da Suprema Corte dos EUA por mais de trinta anos, dos quais quase vinte como seu presidente. Ele disse ter sentido uma surpresa e desapontamento ao perceber quão pouca interação havia entre os vários juízes durante o processo de julgamento. Cada um declara seu voto, com a possibilidade de o mais moderno concordar ou não, mas sem acontecer o contrário, quase nunca havendo modificação da posição de um mais antigo em resposta a um entendimento contrário ao seu. O verdadeiro propósito da discussão realizada na sessão secreta de julgamento, realizada já depois da sustentação oral, não é persuadir os colegas a mudarem seus pontos de vista, por intermédio de uma defesa apaixonada de uma posição diferente, mas, em vez disso, ao ouvir cada juiz expressar suas próprias opiniões, determinar a decisão da maioria do tribunal. Isso não quer dizer que as mentes nunca sejam mudadas na conferência de julgamento, porque elas certamente são, mas o problema é que isso é muito a exceção, não a regra.<sup>540</sup> O relato da experiência, neste ponto, não parece deixar a atuação da Suprema Corte dos EUA muito distante daquela exercida pelo STF, salvo no tocante à existência de relator aleatório e discussão pública, situações que acontecem no Brasil.

Já tínhamos mencionado em outra oportunidade que as decisões judiciais na Suprema Corte dos EUA levam em conta a posição da maioria, considerando o número total dos juízes de cada corte, enquanto no Brasil muitas decisões são oriundas de uma maioria de órgãos fracionários, não refletindo necessariamente a posição da corte inteira. Ordinariamente, as decisões naquele local são tomadas por todos os seus nove integrantes,<sup>541</sup> ainda que possam ocorrer exceções, tendo sido mencionado que elas estão geralmente ligadas à existência de alguma vaga aberta, antes de iniciar um novo integrante, em função de conflito de interesse de algum deles com a causa, ou até mesmo por problema de doença.<sup>542</sup> Nada obstante, a afirmação se refere às decisões colegiadas, haja vista que, dentro de um termo judicial, que vai da primeira

---

<sup>539</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 2.

<sup>540</sup> REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred A. Knopf, 2001, p. 254, 255 e 258.

<sup>541</sup> O 28 U.S.C. § 1º, no entanto, estabelece o quórum mínimo de seis para os julgamentos colegiados. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1>, acesso no dia 06/03/2019.

<sup>542</sup> BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. 12ª edição, Los Angeles: Sage, 2016, p. 396.

segunda-feira de outubro, até a primeira segunda-feira de outubro do ano seguinte,<sup>543</sup> ao lado de cerca de dez mil petições que são apresentadas ao tribunal para decisão em grupo, são também formulados aproximadamente mil e duzentos pedidos para decisões individuais dos *justices*, ao contrário do que poderia se pensar.<sup>544</sup> Mesmo assim, essas decisões individuais, também possíveis em tese, não são proferidas como regra geral.

O julgamento do caso *Knox v. Parker* pela Suprema Corte norte-americana, ainda no século XIX, certo ou errado, aqui não importa, ratifica uma preocupação com a decisão tomada pela maioria da corte, não de apenas uma parte dela. Ali foi revertida a decisão tomada no anterior caso *Hepburn v. Griswold*, entendendo-se que ela tinha sido proferida por um órgão dividido e com um número menor de juízes do que o do momento do segundo julgamento. Na época da primeira decisão, a Suprema Corte era formada por oito julgadores, sendo adotada uma das posições por cinco a três. Ocorre que, depois, o número de juízes foi aumentado para nove, havendo ainda a substituição de um de seus membros, o que fez o placar alterar-se para cinco a quatro, mas no sentido contrário.<sup>545</sup> Não se pode negar que essa forma de agir prestigiou a posição de uma maioria real, não de seus membros isoladamente, o que conta a favor do papel de uma corte de precedentes. Por outro lado, não deixou de trazer um problema para a estabilidade das normas oriundas do Judiciário, tendo em vista que, no caso, houve modificação do entendimento apenas em função da mudança da composição, o que vai de encontro à mencionada missão de formar precedentes.

Por sua vez, consoante dito na primeira parte deste trabalho, Marinoni sustenta que uma corte de precedentes, como seria o caso da Suprema Corte dos EUA, antes de iniciar o julgamento do recurso deve delimitar tanto as circunstâncias fáticas como os fundamentos de direito que serão discutidos, o que facilita a votação em separado de cada questão autônoma, ou seja, de cada fundamento recursal apresentado para demonstrar a violação de uma determinada norma.<sup>546</sup>

Realmente, na maioria dos casos que analisamos neste trabalho, especialmente nos mais recentes, a Suprema Corte dos EUA fez uma detalhada apresentação dos fatos, logo após um resumo da controvérsia e de apontar o seu *holding*, antes de indicar o procedimento recursal

---

<sup>543</sup> 28 USC § 2, disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2>, acesso no dia 06/03/2019.

<sup>544</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2015, p. 34. A mesma informação também está disponível em <https://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.pdf>, acesso no dia 07/02/2019.

<sup>545</sup> CHAMBERLAIN, Daniel Henry. The doctrine of stare decisis as applied to decisions of Constitutional questions. *Harvard Law Review*, Cambridge [Mass.], v.3, n. 3, oct.1889, p. 126 e 127. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321173>. Acesso em 27/01/2019.

<sup>546</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 103 e 104.

da causa. Só depois é que passou à fundamentação e raciocínio jurídico utilizado, finalizando com mais uma exposição do *holding*.

Mas não acreditamos que exista, ao menos explicitamente, essa delimitação prévia dos fundamentos de direito, com votação em separado de cada “questão” autônoma. Há sim, diálogo entre os votos vencedor, vencido e concorrente quanto aos fundamentos utilizados para a resposta à pergunta formulada pelo recorrente, mas não conhecemos elementos concretos que permitam afirmar que haja uma votação separada para cada questão jurídica.

Para investigar o assunto, aliás, mais uma vez nos utilizamos da análise do caso *Booker*. A leitura do inteiro teor da decisão ali proferida demonstra que os argumentos do recorrente, de ofensa ao princípio da legalidade, de necessidade de observância de quatro precedentes que destoariam da decisão recorrida, bem como de violação à separação de poderes, embora apreciados pelo primeiro voto majoritário, não o foram pelo voto vencido, tampouco pelo segundo voto majoritário. É verdade que implicitamente houve concordância de toda a corte em rejeitar aqueles três fundamentos do recorrente, os quais resultaram em *obiter dicta*, mas se o julgamento tivesse sido efetuado pelo modo “questão por questão”, primeiro esses argumentos teriam sido decididos expressamente à unanimidade, partindo-se, somente depois, para os pontos de divergência, quando votos separados seriam apresentados. Não é essa a prática da Suprema Corte dos Estados Unidos, cujas decisões são emitidas mediante votos majoritários, dissidentes e concorrentes, normalmente os dois últimos focados apenas nos argumentos que os levaram a não concordar com a maioria.

Mesmo o fato de o colegiado manter um diálogo entre fundamentos conflitantes para a fixação do *holding*, o que concordamos ser muito importante e necessário para uma corte de vértice, não chega ao ponto de impedir falhas, algumas vezes de forma muito evidente e gritante. No mesmo caso *Booker*, ao responder uma primeira pergunta formulada pelo recorrente, a maioria da corte firmou o seguinte precedente: a sentença que, seguindo os critérios do *Guidelines*, impõe uma pena mais alta, por reconhecer fato não submetido aos jurados, ofende a Sexta Emenda que garante o julgamento pelo júri, salvo quanto à existência de prévia condenação ou à confissão relativa ao fato acolhido. Todavia, ao responder a segunda pergunta do recorrente, estabeleceu outro *holding*, excluindo a previsão legal que tornava o *Guidelines* obrigatório, dizendo que seus critérios deveriam ser apreciados, mas permitindo que o juiz deles se afastasse com base em critérios subjetivos e abertos, por meio de decisão sujeita a recurso apenas com base em falta de razoabilidade.

Ora, embora a segunda maioria tenha afirmado que essa interpretação decorria do primeiro *holding*, parece-nos claro que ela, no mínimo, o “flexibilizou”. Para se cumprir o

primeiro precedente, bastaria obrigar o juiz a seguir os critérios do *Guidelines*, limitado apenas a não poder utilizar fatos não reconhecidos como verdadeiros pelos jurados. Nada mais. Transformar o *Guidelines* em meramente aconselhador, mantendo uma forte conexão entre a sentença imposta e a “real conduta” praticada pelo réu, admitindo que o juiz, “sem o júri”, considere a natureza e circunstâncias da ofensa, além da história e características do réu, termina autorizando o reconhecimento de fatos não submetidos aos juízes leigos, justamente o que a resposta à primeira pergunta do recorrente pretendia evitar.

Na verdade, a decisão da Suprema Corte em *Booker* pareceu um monstro de duas cabeças e uma monstruosidade conceitual, com ambas as maiorias de 5 a 4 emitindo votos que duelam entre si.<sup>547</sup> Deveras, além do problema mencionado no parágrafo anterior, de forma mais explícita basta ver que o primeiro voto vencedor, à fl. 5 do inteiro teor do acórdão, afirmou com todas as letras que o *Guidelines*, como escrito, não é aconselhador, mas mandatário e obrigatório para todos os juízes, enquanto o segundo voto vencedor, agora à fl. 12, fixou um *holding* justamente no sentido contrário, de que o *Guidelines* passava a ser apenas orientador. Ainda que a primeira maioria não devesse ter abordado esse aspecto dentro do voto vencedor, mas do dissidente, já que nesta parte ficou vencida, isso evidencia a contradição interna do julgado.

A grande confusão, mesmo havendo diálogo entre os votos distintos, foi igualmente percebida por Klein e Thompson. Elas chegaram até a indagar sobre o que teria acontecido nos bastidores, durante as deliberações secretas do órgão, ou até nas mentes dos juízes individuais. Embora tenham dito que isso permanece confidencial, chegaram a indicar razões ideológicas que teriam levado quatro dos cinco ministros que formaram a segunda maioria a tomarem a decisão que, ao final, transformou o *Guidelines* em simplesmente consultivo para os juízes.<sup>548</sup> Assim, além de não ter havido o julgamento de assunto por assunto suscitado, o diálogo entres os julgadores, limitado aos pontos divergentes, não foi minimamente coerente, indicando uma obscuridade que talvez revele mais a influência da ideologia isolada de cada um na busca do resultado desejado.

Ainda para Marinoni, nos Estados Unidos o costume imposto pela regra do *stare decisis* praticamente obriga a se tentar enxergar algum valor precedental nas decisões da sua

---

<sup>547</sup> BERMAN, Douglas A. Conceptualizing Booker. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, v. 38, n. 70. Phoenix: Arizona State Law Journal, Jun. 2006, p. 2. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=906622](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906622), acesso no dia 16/11/2018.

<sup>548</sup> KLEIN, Susan R.; THOMPSON, Sandra Guerra. DOJ's Attack On Federal Judicial Leniency, The Supreme Court's Response, And The Future Of Criminal Sentencing, In: *Tulsa Law Review*, Feb., 2009, p. 536 e 543, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1418622>. Acesso no dia 28/01/2019.

Suprema Corte, mesmo que essas não contenham uma *ratione* suportada pela maioria dos seus membros. A tentativa de atribuir eficácia de precedente ao resultado é uma obsessão daqueles que têm dificuldade para aceitar uma decisão plural despedida de valor normativo geral e futuro.<sup>549</sup> No conteúdo, talvez ele esteja certo ao sustentar que nem sempre as decisões de uma suprema corte deveriam formar precedentes capazes de regular casos futuros, embora discutível. Todavia, no mundo real não há como negar que isso aconteça, ainda que diante da vinculação a resultados (teses) que podem decorrer de um debate incoerente ou obscuro. E, mais importante, também com vários problemas no que toca à colegialidade.

#### **IV. A SUPREMA CORTE DOS EUA E A MISSÃO DE DAR UNIDADE AO DIREITO NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

##### **1. A COMPETÊNCIA CRIMINAL DA SUPREMA CORTE DOS EUA**

###### **1.1 A PRERROGATIVA DE FORO**

A previsão normativa relativa ao Poder Judiciário dos EUA está contida, em primeiro lugar, no artigo III, da Constituição daquele país.<sup>550</sup> De acordo com a primeira seção desse dispositivo, o Judiciário está investido em uma Suprema Corte, como também em juízos inferiores, neste caso, porém, a serem estabelecidos pelo Congresso, portanto, por meio de legislação infraconstitucional.

Na primeira parte da segunda seção, a Constituição estabelece o âmbito de atuação do seu Poder Judiciário federal da seguinte forma: 1) sobre os casos decorrentes dela própria, das leis e dos tratados; 2) sobre todos os casos que afetam embaixadores, outros ministros públicos e cônsules; 3) sobre todos os casos de almirantado e jurisdição marítima; 4) sobre todas as controvérsias nas quais os Estados Unidos sejam parte; 5) sobre as controvérsias entre dois ou mais Estados; 6) entre um Estado e cidadãos de outro Estado; 7) entre cidadãos de diferentes Estados; 8) entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras sob outorga de diferentes Estados; 9) entre um Estado, ou seus cidadãos, e Estados ou cidadãos estrangeiros.

Até aí não havia menção à separação de competência entre os órgãos jurisdicionais federais, o que somente aparece na segunda parte da mesma seção, que assim se manifesta: em todos os casos que afetam os embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e aqueles em

---

<sup>549</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 63 e 151.

<sup>550</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/constitution/articleiii#section2>, acesso no dia 30/08/2018.

que um Estado seja parte, a Suprema Corte terá competência originária. Em todos os outros casos acima mencionados, ela terá competência recursal.

Considerando não ter havido menção expressa a nenhum ramo do direito específico, de logo surge a importante pergunta sobre a existência ou não de competência criminal originária da Suprema Corte dos EUA. A resposta possui relação direta com uma maior ou menor função do tribunal de dar unidade ao direito, no sistema de justiça penal, já que os casos de competência criminal para julgar autoridades originariamente não se preocupam com a existência de controvérsia entre as instâncias inferiores a respeito da mesma norma questionada.

No Brasil, tem se afirmado que a Constituição americana não atribui competência originária criminal à sua Suprema Corte, não havendo, e nunca tendo havido, foro por prerrogativa de função em matéria penal naquele país.<sup>551</sup> Mas a questão não nos parece tão simples assim.

Embora não seja pacífico e seja até mesmo discutível, a doutrina daquele país tem predominantemente sustentado que os criadores da constituição utilizaram o termo "controvérsias" para abranger apenas questões de natureza civil. Por outro lado, ela defende que a expressão "casos" foi usada para conferir jurisdição federal nos termos mais amplos possíveis, incluindo não somente processos cíveis como também criminais.<sup>552</sup>

Pois bem. A palavra "casos" foi a mencionada, tanto na primeira como na segunda parte da seção 2, para se referir às lides que afetam diplomatas e cónsules estrangeiros, a partir de onde poderia se concluir, na linha acima mencionada, que, ao menos em tese, a Suprema Corte dos EUA possui competência criminal originária em tais situações.

Aqui é necessário fazer uma importante observação: diante da clareza das palavras utilizadas pela Constituição, o Congresso não pode limitar a competência originária da Suprema Corte. Todavia, a norma constitucional não diz que essa competência deve ser exclusiva.<sup>553</sup> Seguindo esse pensamento, na verdade também questionável, o título 28, parte IV, capítulo 81, § 1.251, do "Código" dos Estados Unidos (28 U.S.C., § 1251),<sup>554</sup> prescreve, na sua subseção (b)(1), que a Suprema Corte terá competência original, mas não exclusiva, em todas as ações

---

<sup>551</sup> Disponível em [https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238162,81042-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238162,81042-A+competencia+originaria+do+Supremo+Tribunal+Federal+para+processo+e)

A+competencia+originaria+do+Supremo+Tribunal+Federal+para+processo+e, acesso no dia 21/11/2018.

<sup>552</sup> PFANDER, James E. Rethinking the Supreme Court's Original Jurisdiction in State-Party Cases. In: *Void for Vagueness*, v. 82, n. 3. Berkeley: California Law Review, May, 1994, p. 605, 607 e 609. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3480973>. Acesso no dia 01/11/2018.

No mesmo sentido, antigo *obiter dicta* da Suprema Corte no caso *Chisholm v. Georgia*, disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=1448810606414351612&q=chisholm+v.+Georgia&hl=en&as\\_sdt=6.34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=1448810606414351612&q=chisholm+v.+Georgia&hl=en&as_sdt=6.34). Acesso no dia 06/12/2018.

<sup>553</sup> WAGNER, W. J. Original Jurisdiction of National Supreme Courts. In: *St. John's Law Review*, v. 33, n. 2. New York, May, 1959, p. 217. Disponível em <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview>, acesso no dia 04/12/2018.

<sup>554</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-81>. Acesso no dia 22/08/2018.

ou procedimentos nos quais são partes os embaixadores, outros ministros públicos, cônsules ou vice-cônsules de estados estrangeiros. Em outras palavras, nesta hipótese a lei admitiu sua competência concorrente com cortes inferiores,<sup>555</sup> o que tem sido apoiado pelos *Justices* há muitos anos, mediante o exercício de um poder discricionário de absterem-se de julgar causas originariamente.<sup>556</sup>

Mesmo assim, o fato de a competência ser concorrente, em tal situação, não permite a afirmação de inexistência absoluta de competência criminal originária da Suprema Corte dos EUA. A propósito, Pfander cita antigo julgamento por ela proferido, no caso *Pennsylvania v. Kosloff*, no qual teria sido fixado o *holding* de que os tribunais estaduais não têm jurisdição sobre processos criminais de cônsules estrangeiros, os quais deveriam seguir na pauta original da Suprema Corte. Em tal situação, o constituinte originário esperou que cortes federais conduzissem processos relativos a acusações criminais “estaduais” contra as referidas autoridades, inclusive aplicando as regras relativas a imunidades.<sup>557</sup>

No ainda mais antigo caso *United States v. Ravara*, de 1793, a Suprema Corte assentou que, embora a Constituição a investisse de competência originária para o julgamento de causa criminal contra um cônsul, ela não impediu o Legislativo de conceder uma competência concorrente aos tribunais inferiores. A despeito de ter mantido a acusação em instância inferior, a qual resultou na condenação do réu e posterior concessão de perdão,<sup>558</sup> é fato que houve o reconhecimento ao menos da possibilidade, em tese, da sua competência criminal originária em razão da prerrogativa de foro.

Não fosse o bastante, o raciocínio jurídico aplicado em duas decisões, ainda que como *obiter dictum*, podem dar uma pista sobre uma possível posição que seria adotada quanto ao tema mais recentemente.

Em 1998 a Suprema Corte do EUA julgou um *habeas corpus* impetrado originalmente (caso *Breard v. Greene*), por meio do qual não apenas o paraguaio Breard, condenado, mas também o Governo do Paraguai, requereram a suspensão da execução de pena de morte que

---

<sup>555</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 621.

<sup>556</sup> PFANDER, James E. Rethinking the Supreme Court’s Original Jurisdiction in State-Party Cases. *In: Void for Vagueness*, v. 82, n. 3. Berkeley: California Law Review, May, 1994, p. 605, 607 e 609. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3480973>. Acesso no dia 01/11/2018.

<sup>557</sup> PFANDER, James E. Rethinking the Supreme Court’s Original Jurisdiction in State-Party Cases. *In: Void for Vagueness*, v. 82, n. 3. Berkeley: California Law Review, May, 1994, p. 609. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3480973>. Acesso no dia 01/11/2018. Infelizmente não conseguimos a decisão original para conferência, talvez por ser bastante antiga, de 1816, embora tenhamos conseguido outras tão antigas quanto.

<sup>558</sup> Disponível em [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=12630924490012320386&q=united+states+v.+ravara&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=12630924490012320386&q=united+states+v.+ravara&hl=en&as_sdt=6,34). Acesso no dia 06/12/2018.

tinha sido aplicada, tendo o país estrangeiro se baseado justamente na previsão de competência originária para causas que afetem embaixadores, cônsules, etc. Ao negar o pedido, a maioria, depois de mencionar que o pleito do cônsul geral do Paraguai tinha como fundamento o 42 U.S.C., §1983, bem como a Convenção de Viena, disse que ele estava agindo no exercício da função, representando o seu país e em benefício dele, o que seria motivo para negar o pedido de *habeas corpus* “originário”.<sup>559</sup> Embora não se possa afirmar categoricamente, não seria exagerado pensar na possibilidade de, *a contrario sensu*, ser admitida essa competência originária quando um cônsul, ou outra autoridade estrangeira semelhante, for a própria parte da ação penal, e em interesse próprio.

Um ano depois, no caso *Federal Republic of Germany v. United States*, a corte voltou a negar pedido de suspensão de execução de pena de morte, quando a maioria, agora, foi até mais específica, dizendo ser duvidoso que o art. III, § 2, cl. 2, forneça uma âncora para uma ação que impeça a execução de um cidadão alemão que não é um embaixador ou cônsul,<sup>560</sup> podendo levar ao raciocínio, mais uma vez, sobre eventual reconhecimento da competência originária caso uma autoridade diplomática ou consular estrangeira seja a própria pessoa condenada.

Portanto, ao menos em tese, não nos parece correta a afirmação de Aristides Junqueira no sentido de que a competência originária da Suprema Corte, na hipótese em exame, está limitada a questões que implicam diplomatas e envolvimento de um Estado sem nenhuma alusão a matéria penal.<sup>561</sup>

Mais complicada ainda é a segunda hipótese constitucional de competência originária da Suprema Corte, a que diz respeito à existência de um Estado como parte. Ela abrange matéria criminal?

Não se pode interpretar literalmente, e de forma isolada, a norma constitucional que estabelece a competência originária da Suprema Corte sempre que um Estado seja parte. Destarte, não podemos incluir nessa competência a maioria das lides penais, que teriam o Estado no polo ativo da relação processual. Além de essa evidentemente não ter sido a intenção

---

<sup>559</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10683876244170315927&q=Breard+v.+Greene,+Warden&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=10683876244170315927&q=Breard+v.+Greene,+Warden&hl=en&as_sdt=6,34). Acesso no dia 29/11/2018.

<sup>560</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=3311202252708539&q=Federal+Republic+of+Germany+v.+United+States&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=3311202252708539&q=Federal+Republic+of+Germany+v.+United+States&hl=en&as_sdt=6,34). Acesso no dia 29/11/2018.

<sup>561</sup> Disponível em [https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238162,81042-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238162,81042-A+competencia+originaria+do+Supremo+Tribunal+Federal+para+processo+e)

[A+competencia+originaria+do+Supremo+Tribunal+Federal+para+processo+e](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238162,81042-A+competencia+originaria+do+Supremo+Tribunal+Federal+para+processo+e). Acesso no dia 21/11/2018.

do constituinte originário, tal forma de pensar contrariaria a própria ideia de federação, talvez ainda mais forte naquele momento histórico.

Na verdade, a segunda parte do art. III, seção 2, apenas distribui a competência da justiça federal, conferida na primeira parte daquele dispositivo, entre original e recursal, tendo como parâmetro a Suprema Corte, mas não lhe atribuindo novas atribuições. Assim, não há essa competência criminal originária sobre todos os casos nos quais um Estado seja parte, até por haver várias lides nas quais um Estado é parte, mas que estão fora da jurisdição federal. Ademais, a Suprema Corte sequer tem exercido sua competência originária em casos nos quais o Estado é uma parte apenas em razão da presença de uma questão federal.<sup>562</sup> Ninguém leria a previsão da competência originária como abrangente de acusações criminais formuladas por um Estado contra cidadãos do mesmo Estado, até em função da indubitosa intenção dos criadores da Constituição em deixar a grande massa de acusações criminais estaduais nas mãos das cortes estaduais, deixando no âmbito das cortes federais o recebimento de acusações criminais federais baseadas nas leis da nação.<sup>563</sup>

Porém, mesmo excluída essa amplíssima competência criminal originária, ainda não é possível saber se ela existe, de forma mais limitada, quanto à hipótese agora em exame. A diferença entre casos e controvérsias, acima realizada, não parece resolver a dificuldade, ao menos completamente. O art. III, seção 2, 2ª parte, justamente aquele que faz a divisão entre a competência originária e recursal, inclui naquele grupo todos os “casos” em que um Estado seja parte, o que abrangeria ações criminais. Todavia, a 1ª parte da mesma seção 2, ao especificar a competência da justiça federal, originária ou não, nas causas em que um Estado seja parte, em nenhuma oportunidade utiliza o mesmo termo, ora usando a palavra “controvérsias”, ora não usando nenhuma das duas. Assim, considerando essa lição, o máximo que se pode fazer é excluir a prerrogativa de foro nas lides penais nas quais os EUA sejam parte, como naquelas entre dois ou mais Estados, o que é evidente, no primeiro caso para evitar que todos os crimes federais sejam julgados na corte suprema, no segundo porque os litígios entre os entes federativos não possuem natureza criminal. Todavia, ainda fica pendente a competência nas ações penais ajuizadas por um Estado contra cidadãos de outro Estado, como também contra cidadãos estrangeiros, cabendo-nos verificar se ela foi solucionada por normas infraconstitucionais.

---

<sup>562</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al.* *Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 618 e 619.

<sup>563</sup> PFANDER, James E. Rethinking the Supreme Court’s Original Jurisdiction in State-Party Cases. *In: Void for Vagueness*, v. 82, n. 3. Berkeley: California Law Review, May, 1994, p. 599 e 608. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3480973>, acesso no dia 01/11/2018.

“Complementando” a Constituição, o 28 U.S.C., § 1.251, apresenta previsões mais específicas quanto à competência originária da Suprema Corte no que tange aos casos nos quais um Estado seja parte, indicando três situações diferentes: 1) exclusiva nas controvérsias entre dois ou mais Estados, na forma da subseção (a); 2) concorrente em todas as controvérsias entre a União e um Estado, de acordo com a subseção (b)(2); 3) concorrente em todas as ações e procedimentos de um Estado contra os cidadãos de outro Estado, ou contra estrangeiros, em conformidade com a subseção (b)(3).

Embora a primeira hipótese abrace a maior parte dos casos de sua competência originária, não alcança ações criminais, como já deixamos claro. Da mesma forma que a Constituição, a previsão legal faz menção a dois ou mais Estados, se referindo à ação de pelo menos um Estado contra outro, a uma controvérsia entre eles, tendo abrangido ações em torno de “soberania”, propriedade, contratos e comércio, como aqueles entre Estados em disputa sobre fronteiras e sobre o modo de uso de águas de lagos e rios interestaduais,<sup>564</sup> mas sem relação com o sistema de justiça penal. Idêntico raciocínio se aplica à segunda hipótese (controvérsias entre a União e um Estado).

A terceira hipótese corresponde exatamente àquela constitucional ainda não solucionada por nós, razão pela qual apresenta a mesma dificuldade decorrente da sua maior abertura normativa. Mais uma vez, então, surge a mesma pergunta: há ou não competência originária, ainda que concorrente, para ações penais de um Estado contra estrangeiros ou cidadãos de outro Estado?

A razão de ser da norma está no risco de ofensa à autonomia estadual, o que poderia ocorrer no caso de um Estado ser obrigado a ajuizar ação contra esses réus perante outros órgãos estaduais. Contudo, tem-se entendido que a competência originária da Suprema Corte em tal situação é restrita a ações cíveis, não incidindo para a aplicação de leis penais estaduais.<sup>565</sup>

Destarte, após analisar todas as previsões constitucionais e legais de competência originária da Suprema Corte, não só em face de seus precedentes, como também da própria doutrina daquele país, chegamos à noção de que a única que se aplica a matéria criminal, mesmo assim de forma não exclusiva, é aquela para julgamento de diplomatas e cônsules estrangeiros, o que acontece em razão de questões de relacionamento internacional. Aliás, é em função dessa limitação a proteção de relações internacionais que, no caso deles, realmente podemos falar em

---

<sup>564</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 622 e 624.

<sup>565</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 632 e 634.

prerrogativa de foro, enquanto no caso brasileiro, bem mais elástico, preferimos usar a expressão foro privilegiado.

Já verificamos que, dogmaticamente, a prerrogativa de foro na Suprema Corte dos EUA está limitada ao julgamento de embaixadores, outras autoridades diplomáticas e cônsules estrangeiros, o que lhes relaciona a priorizar apenas relações internacionais. O afastamento dessa espécie de competência em ações criminais ajuizadas por Estados contra estrangeiros ou cidadãos de outro Estado ocorre apenas em função de uma opção interpretativa restritiva.

Então, já estava claro que, sob o ponto de vista “legal”, as possibilidades de aplicação prática dessa competência criminal originária eram bastante reduzidas quando comparadas com o cenário jurídico brasileiro. E, para distanciar ainda mais os dois países, verificamos que a legislação infraconstitucional, ratificada por precedentes, fixou essa competência como não exclusiva, mas concorrente, cabendo à corte, discricionariamente, decidir pela declinação, com remessa dos autos a juízos inferiores.

Ordinariamente, quando múltiplas cortes têm competência concorrente, a escolha fica a critério das partes. Contudo, a Suprema Corte começou a afastar a interpretação ampla de sua competência originária, passando a aceitá-la discricionariamente, na verdade até mesmo quando ela é “exclusiva”, declinando de sua competência em algumas das respectivas controvérsias, devido à percepção do seu papel e da sua carga de trabalho. Destarte, se a parte ajuizar a ação diretamente perante a Suprema Corte, é provável que ela exerça sua discricionariedade para declinar, ao menos que alguma questão de importância excepcional justifique sua imediata atuação, o que pode terminar atribuindo-lhe um poder de simples revisão.<sup>566</sup>

Por isso, saindo da teoria e passando à prática, vemos que até 1956, quando W. J. Wagner escreveu sobre a competência originária da Suprema Corte, ela nunca tinha julgado um litígio que se enquadrasse na sua competência originária para julgar ações criminais contra autoridades diplomáticas estrangeiras. Na verdade, mesmo o número de causas cíveis, julgadas pela Suprema Corte, no exercício desta competência, era, segundo ele, muito pequeno.<sup>567</sup>

Shapiro *et al*, embora sem distinguir matéria cível e criminal, ao analisar os fatores relevantes para a decisão da Suprema Corte em declinar de sua competência originária, baseiam-se em uma série de julgados para mencionar que ela compreende que o seu papel

---

<sup>566</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 621, 627 e 628.

<sup>567</sup> WAGNER, W. J. Original Jurisdiction of National Supreme Courts. *In: St. John's Law Review*, v. 33, n. 2. New York, May, 1959, p. 221 e 228. Disponível em <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview>, acesso no dia 04/12/2018.

principal está em escolher e decidir recursos, cuja atenção ficaria prejudicada no caso de inundação de ações originárias ajuizadas pelos Estados. Considerando critérios de eficiência e habilidade para administrar seus julgamentos, em conjunto com o desenvolvimento da sociedade norte-americana, teria ficado insustentável julgar todas ou a maioria das disputas que poderiam ser decididas originariamente, sem consideração da seriedade e dignidade da ação, porque isso poderia prejudicar o aumento de suas obrigações relacionadas à competência recursal. Por tais razões, a opção por não declinar de sua competência originária termina ligada à importância da questão em debate, o que aproxima a situação dos critérios utilizados para a concessão do *certiorari* na via recursal,<sup>568</sup> a ser analisado adiante.

## 1.2 O *HABEAS CORPUS*

O art. III, da Constituição dos EUA, ao contrário do que ocorre no caso brasileiro, não autoriza expressamente o julgamento de *writs*, sendo duvidosa a possibilidade de ampliação da competência originária da sua Suprema Corte para causas não ali definidas. A despeito de alguns remédios terem sido julgados naquela instância máxima, segundo Wagner isso teria ocorrido apenas na medida em que as respectivas decisões fossem proferidas no âmbito da sua competência recursal, já que o contrário seria inconstitucional. Seria por esse motivo que, apesar de até 1945 os *writs* impetrados na Suprema Corte terem seguido a sistemática das ações de competência originária, depois daquele ano eles passaram a ser trabalhados como os demais recursos, salvo nos casos que afetam autoridades diplomáticas e consulares, justamente em função da sua “prerrogativa de foro”, ainda que não exclusiva.<sup>569</sup>

Shapiro *et al* explicam que a admissibilidade de um remédio pela Suprema Corte pode ser feita, em primeiro lugar, no âmbito da sua competência recursal geral, justamente a que abrange a maior parte dos casos que lá chegam, acrescentando, igualmente, que ela também possa surgir no estreito alcance da sua competência originária. Todavia, trazem mais uma hipótese, agora não mencionada por Wagner: a necessidade de análise para permitir que o tribunal exerça sua competência recursal.<sup>570</sup> Apesar da questionável constitucionalidade desta terceira possibilidade, na linha do exposto pelo mesmo Wagner, o fato é que ela está repetida

---

<sup>568</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 635 a 639.

<sup>569</sup> WAGNER, W. J. Original Jurisdiction of National Supreme Courts. *In: St. John's Law Review*, v. 33, n. 2. New York, May, 1959, p. 227 e 228. Disponível em <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview>, acesso no dia 04/12/2018. O autor menciona também as ações em que um Estado seja parte, mas o faz sem distinguir ações cíveis e criminais, valendo aqui a análise que realizamos no item 1.1 supra.

<sup>570</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 658 e 659.

na regra 20.1., do “Regimento Interno” do próprio tribunal, embora implícita ou indiretamente, o que realmente formaliza essa terceira possibilidade, ao menos em tese.

No plano legal, o 28 U.S.C., § 1.651, subseção (a), estabelece que todos os tribunais, incluindo a Suprema Corte, podem julgar os *writs*, mas cada um dentro da sua respectiva competência. Além disso, segundo a citada regra 20.1., a concessão baseada naquele dispositivo não é uma questão de direito, mas de discricionariedade moderadamente exercida pela corte. Por este motivo, um remédio não será concedido simplesmente pela existência de “erros” das instâncias inferiores relativos a questões decididas dentro da sua competência.<sup>571</sup>

Especificamente quanto ao *habeas corpus*, o 28 U.S.C., § 2.241, (a), inicialmente caminha no mesmo sentido, autorizando que ele seja concedido pela Suprema Corte, também dentro da sua competência, mas depois indo até um pouco além, permitindo a concessão por quaisquer de seus Ministros. Porém, a subseção (b) parece trazer uma possibilidade restritiva, ao admitir a recusa da ação, com remessa a outro juízo competente. Assim, a corte, ou qualquer de seus membros para quem o *habeas corpus* for direcionado, pode declinar do recebimento e remetê-lo para a 1ª instância,<sup>572</sup> o que inclusive apresenta algumas complicações, mas que fogem do objeto do nosso estudo.

Na competência da Suprema Corte dos EUA aqui exposta também se inclui a possibilidade de julgar *habeas corpus* impetrado em favor de pessoa presa por força de julgamento oriundo da Justiça Estadual. Neste caso, a impetração pode ter por fundamento a afirmação de violação da Constituição norte-americana ou de lei federal, na forma do 28 U.S.C., § 2.254, (a). Para isso, porém, exige-se o esgotamento das possibilidades recursais perante os tribunais estaduais, ou a inexistência ou ineficácia de tais recursos, na forma da subseção (b), além de se presumir correto o fato reconhecido no âmbito estadual, diante da previsão da subseção (e). Não fosse o bastante, o sucesso da impetração está condicionado a uma decisão contrária a uma “lei” federal claramente estabelecida, ou que a interprete de forma não razoável, ou, pelo menos, que tenha se baseado em interpretação não razoável dos fatos, em face das provas apresentadas, em consonância com a subseção (d), o que nos parece demonstrar o extremo subjetivismo dos critérios legais. Além disso, os tribunais federais de 2º grau, assim como os juízes federais de 1ª instância, possuem idêntica competência, na forma da citada subseção (a), o que pode, na prática, reduzir o âmbito de atuação do órgão superior, que

---

<sup>571</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 662.

<sup>572</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 675.

terminará funcionando como um órgão julgador de recursos contra decisões das instâncias inferiores. Enfim, para nós pode parecer estranho, mas as condenações efetuadas pela Justiça Estadual, nos EUA, podem, em tese, ser objeto de impugnação perante sua Justiça Federal, inclusive chegando à Suprema Corte do país.

Por último, a Suprema Corte dos EUA também pode julgar recurso relacionado a ataque indireto até mesmo a condenações da própria Justiça Federal (28. U.S.C., § 2.255). Na forma da subseção (a) do referido dispositivo legal, alguém preso em função de sentença de uma corte federal pode pedir sua liberdade com base na alegação de que a sentença violou a Constituição norte-americana ou uma lei federal, podendo alegar, outrossim, a falta de competência do órgão que o condenou, que sua pena foi aplicada além do máximo legal, ou efetuar algum outro “ataque colateral”.

Embora tecnicamente esse ataque não ocorra por meio de novo *habeas corpus*, estando ligado ao caso criminal original, a possibilidade de “revisão” desempenha a mesma função, sendo também referida como tal. Com efeito, ao tratar da possibilidade de recurso para o tribunal federal de 2º grau, a subseção (d) menciona que a decisão recorrida, oriunda da 1ª instância, é uma sentença proferida num pedido de *habeas corpus*, expressão repetida na subseção (e), ainda que no conteúdo o instituto nos pareça semelhante à nossa revisão criminal, o que pode ser visto diante da previsão contida na subseção (f), podendo chegar à Suprema Corte na via recursal normal.

Em consonância com a regra 20.4(b) da Suprema Corte dos EUA, impetrado o *habeas corpus*, a regra é de que a parte contrária não é intimada para apresentar uma “resposta”, salvo se o tribunal determinar o contrário, ou nos casos capitais, nos quais essa resposta deverá ser oferecida.

Por seu turno, é possível, em tese, a concessão de *habeas corpus* até mesmo individualmente por um dos membros da Suprema Corte dos EUA. As normas norte-americanas permitem, realmente, que os *justices* mandem soltar pessoa presas antes do julgamento, ao contrário do que alguns brasileiros poderiam pensar.<sup>573</sup> Entretanto, quando o pedido é feito a apenas um deles, tem havido remessa da questão para decisão colegiada. E mais: na prática, esta decisão não tem sido tomada nem mesmo no colegiado, mas pela 1ª instância, já que dali pode haver recurso para a 2ª instância, com sujeição também à revisão “superior”, embora geralmente no caso de concessão do *certiorari*. Assim, o *justice* pode ser

---

<sup>573</sup> Podem até mandar prender pessoas soltas também.

muito relutante em, por exemplo, conceder essa liberdade enquanto pendente o julgamento da ação penal, porque isso pareceria equivalente a decidir o mérito do recurso unilateralmente.<sup>574</sup>

Quem sabe por tal motivo, são mais comuns as tentativas de soltura após sentença condenatória, quando já pendente recurso, embora igualmente possuam raro êxito. A liberdade somente será concedida em circunstâncias extraordinárias, por meio de uma decisão de natureza discricionária. Além disso, se a competência, na origem, é da justiça estadual, tem se exigido um julgamento final pela mais alta corte do respectivo Judiciário, sem o que o pedido de liberdade será negado, não apenas por razões de discricionariedade, mas também por falta de competência da suprema corte federal. E, mesmo exauridas as tentativas perante as cortes inferiores, estaduais ou federais, um *Justice* mostrará resistência em interferir na decisão sobre tal assunto, inclusive por deferência às determinações das outras instâncias, dentre outros motivos.<sup>575</sup>

Quando o pedido de liberdade corresponder a causa que tem recurso pendente perante a própria Suprema Corte dos EUA, o pedido deverá demonstrar, primeiro, que há uma razoável probabilidade de que quatro “ministros” votem pelo seu conhecimento (concedendo o *writ of certiorari*). Ademais, alguns *Justices* têm indicado que levarão em consideração a existência de uma razoável chance de que cinco deles votem no sentido de reverter a decisão recorrida no mérito. Diante da dificuldade, a maior possibilidade de deferimento de pedido de liberdade formulado perante a Suprema Corte dos EUA ocorre quando o recurso foi por ela admitido (*certiorari* concedido), o equivale a percentual muito baixo quando comparado à quantidade de interposições. E, mesmo assim, o requerente terá ônus de demonstrar que não apresenta perigo à sociedade e nem risco de fuga, ainda sendo muito difícil o deferimento do seu pedido sob a perspectiva prática.<sup>576</sup>

Quanto ao *habeas corpus* impetrado fora da hipótese de recurso contra uma decisão de órgão inferior, em anos recentes a Suprema Corte sequer tem chegado a escutar as sustentações orais correspondentes, se é que o fez alguma vez, muito menos tendo concedido alguma ordem desse tipo. O poder da corte para conceder esses remédios, a despeito de muito amplo na teoria, tem sido exercido de forma muito estreita na prática, levando em consideração também a carga de trabalho. É fato que muitas impetrações continuam a ser formuladas naquele

---

<sup>574</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 671 e 913.

<sup>575</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 914 a 917.

<sup>576</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice*: For practice in the Supreme Court of the United States. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 916.

grau de jurisdição, mas quase sem exceções elas têm sido sumariamente negadas. Desde 1925, por exemplo, nenhum paciente foi liberado por meio de um *habeas corpus* impetrado diretamente na corte, tendo sido melhor procurar a liberdade perante os órgãos inferiores para, caso frustrado o pedido, chegar à Suprema Corte pela via recursal,<sup>577</sup> mesmo também não sendo fácil o sucesso por este meio, como mencionamos. De qualquer forma, o êxito quase inexistente diante da impetração direta na última instância esbarra principalmente na parte final da regra 20.4, (a), da Suprema Corte, que deixa claro que a decisão é discricionária, acrescentando expressamente que o requerimento “é raramente concedido”.

### 1.3 A COMPETÊNCIA RECURSAL

No que concerne à competência recursal da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando entramos no seu estudo verificamos que, no âmbito da interpretação da legislação vigente, ela não é tão ampla como a da equivalente corte brasileira, na verdade sendo bastante diferente.

Em primeiro lugar, a hipótese de recurso direto de uma corte de 1ª instância para a Suprema Corte dos EUA, prevista no 28 U.S.C., § 1253, é limitada a ações cíveis, não havendo nenhuma hipótese semelhante para o sistema de justiça penal, ao contrário do que ocorre no caso de julgamento de crimes políticos (crimes contra a segurança nacional) no nosso país, quando a sentença do juiz federal de 1º grau desafia recurso ordinário diretamente para o STF (art. 102, II, “b”, da CF/88).

Em segundo lugar, o 28 U.S.C., § 1254, estabelece que os julgamentos efetuados pelas cortes de 2º grau, no âmbito federal, apenas “podem” ser revistos pela Suprema Corte dos EUA, valendo a pena atentar para o verbo utilizado. Assim, em casos criminais federais, a princípio ela tem competência recursal tanto para a interpretação de lei federal definidora de crimes como para outras questões legais, a exemplo das regras relativas a provas e procedimentos, possuindo também competência sobre questões constitucionais federais.

Ainda no que toca ao âmbito federal, as questões nos seus órgãos de 2º grau também podem ser revistas pela Suprema Corte a partir da certificação de algum daqueles tribunais sobre qualquer questão de direito a respeito da qual eles desejem orientação, quando a corte de vértice poderá dar instruções vinculantes ou exigir que o processo seja enviado para que ela decida toda a matéria controvertida, o que tem previsão legal no 28 U.S.C., § 1254, (2).<sup>578</sup> Este

---

<sup>577</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al.* *Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 661, 662, 671 e 672.

<sup>578</sup> Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1254>. Acesso no dia 07/02/2019.

segundo caso cuida de um curioso procedimento em que um tribunal inferior consulta a Suprema Corte relativamente a um caso que está apreciando, podendo disso resultar a orientação pleiteada, ou mesmo uma avocação do feito, para que o órgão superior possa decidir-lo imediatamente. É a chamada *certified question*.<sup>579</sup>

Em terceiro lugar, a Suprema Corte dos EUA também tem competência para resolver os recursos interpostos contra os julgamentos finais realizados pela mais alta corte de um Estado, segundo o 28 U.S.C., § 1257.<sup>580</sup> Isso só poderá acontecer, no entanto, de acordo com o mesmo dispositivo legal, de forma limitada a questões de direito constitucional federal, ou legal também federal, sem a possibilidade de revisão de questões de interpretações de leis criminais estaduais.<sup>581</sup>

Todavia, além da lei, por lá há também as regras emitidas pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos,<sup>582</sup> as quais constam de um corpo documental que chamaremos, para fins didáticos, de seu “Regimento Interno”, diante da semelhança com o correspondente documento do STF. Embora esse conjunto de regras seja meramente indicativo das hipóteses em que o recurso será admitido, parece-nos terminar limitando mais o âmbito da competência da corte. De acordo com as seções “a”, “b” e “c”, da sua regra 10, os casos que são indicativos da possibilidade de conhecimento do recurso, além de outros dois que apreciaremos adiante, são os seguintes:

- 1) No caso de decisões conflitantes entre tribunais federais de 2º grau (alínea “a”, primeira parte);
- 2) Quando uma corte federal de 2º grau tiver decidido de forma contrária a uma corte estadual de última instância (alínea “a”, segunda parte);
- 3) Se tiver ocorrido divergência entre decisões de cortes estaduais de última instância (alínea “b”);
- 4) Quando uma corte estadual ou federal de 2º grau tiver decidido uma importante questão federal de forma contrária a relevante decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos (alínea “c”, segunda parte).

---

<sup>579</sup> DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 391.

<sup>580</sup> Insta observar que, no âmbito federal, o Judiciário norte-americano somente possui a 1ª instância, a 2ª instância, e a Suprema Corte federal. Já na área estadual não existe uniformidade, mas podemos dizer que geralmente há 1ª e 2ª instâncias, havendo ainda uma Suprema Corte estadual. Portanto, a Suprema Corte dos EUA (federal) pode julgar os recursos interpostos contra decisão dos tribunais de 2º grau da justiça federal, ou contra decisão das supremas cortes estaduais no respectivo âmbito, na limitada forma mencionada acima. Nos EUA não existe nenhum órgão judicial semelhante ao nosso STJ.

<sup>581</sup> Os Estados norte-americanos também possuem competência legislativa em direito penal, ao contrário do que acontece no Brasil, onde compete privativamente à União legislar sobre a matéria (art. 22, I, da CF).

<sup>582</sup> Disponível em <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>. Acesso no dia 23/08/2018.

Em todas as situações acima transcritas a competência da Suprema Corte dos EUA realmente parece estar focada na manutenção da unidade do direito, ao menos no âmbito federal, diante do seu claro papel uniformizador de divergências existentes entre os tribunais inferiores. A outra conclusão não chegamos quando avaliamos o mundo real, porque durante o ano de 1993, para citar um exemplo, aproximadamente 70% das causas efetivamente decididas apresentavam conflitos entre cortes federais de 2º grau, ou entre elas e cortes estaduais de última instância.<sup>583</sup>

No entanto, tem total relevância para a nossa investigação o fato de que o julgamento do mérito do recurso, naquela corte, depende de prévio reconhecimento de que o conflito entre as decisões inferiores seja intolerável, além de versar sobre a mesma matéria de direito ou de fato, e não sobre uma mera inconsistência *in dicta*, ou nos princípios gerais utilizados. Um autêntico conflito, diferentemente de um mero conflito de princípios, surge quando pode ser dito, com confiança, que duas cortes decidiram a mesma questão jurídica de forma diferente, baseada em fatos semelhantes.<sup>584</sup> E, mesmo se isso tiver acontecido efetivamente, não há garantia de que a corte vá apreciar o mérito, considerando, como já adiantamos e será aprofundado adiante, que a própria regra 10 é expressa no sentido de que a sua previsão se trata de mero indicativo.

Além disso, há ainda um outro caso de cabimento de recurso, previsto na alínea “a”, terceira parte, da mesma regra 10, segundo o qual a admissão pode acontecer se uma decisão de uma corte federal de 2º grau tiver se afastado do curso habitual dos procedimentos judiciais, ou quando ela tiver decidido que tal afastamento foi efetuado por uma jurisdição inferior. Nesta situação, a regra termina admitindo recurso apenas para correção de decisões judiciais inferiores, característica típica de uma corte de justiça, não havendo preocupação normativa com a manutenção da unidade do direito no âmbito nacional, ainda que, na prática, ela não alcance o maior número de causas que chegam ao tribunal em exame.

O mesmo raciocínio vale para a sexta hipótese de cabimento, agora prevista na segunda parte da alínea “c”. Ela também permite que haja a admissibilidade do recurso se uma corte estadual ou federal de 2º grau houver decidido uma importante questão de direito federal que deveria ter sido decidida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda que não tenha havido nenhuma afronta ao órgão de cúpula, ao que nos parece.

E mais. Se, na linha da doutrina brasileira mencionada na primeira parte deste trabalho, admitirmos a discutível afirmação de que a nossa reclamação constitucional tem o grande papel

---

<sup>583</sup> GRESSMAN, Eugene *et al.* *Supreme Court Practice*. 9th ed. Arlington: BNA Books, 2007, p. 241.

<sup>584</sup> GRESSMAN, Eugene *et al.* *Supreme Court Practice*. 9th ed. Arlington: BNA Books, 2007, p. 241.

de preservar o *stare decisis*, teremos que supor que o mesmo instituto tem muita força nos EUA, já que lá a Suprema Corte funcionaria como corte de precedentes. Mas não é bem assim.

Na realidade, naquele país não se acha nada no que tange a alguma medida que imponha autoridade das decisões superiores. Não obstante existam alguns meios aptos a veicular, perante a corte de vértice, algum tipo de pretensão que no Brasil seria objeto de reclamação, o que pode acontecer pelos meios descritos acima, não existe nenhum instituto como as características e finalidades específicas do nosso.<sup>585</sup>

Não existe reclamação por lá, porque, na verdade, é importante desmistificar a suposição de que, para que os precedentes sejam realmente obrigatórios, seja essencial a previsão de um meio específico para impugnar a decisão que deixa de aplicá-lo ou que o aplique em erro. O melhor meio para fazer aplicar normas advindas dos precedentes, assim como aquele proveniente de dispositivos legais, é o recursal,<sup>586</sup> de maneira, então, que a ausência desse tipo de ação nos EUA termina não influenciando para que sua Suprema Corte funcione como corte de justiça.

Mas temos outro obstáculo muito maior à sua função de dar unidade ao direito. Lá eles possuem um fortíssimo filtro recursal, que limita o acesso à Suprema Corte. O 28 U.S.C., tanto no § 1254, quanto no § 1257, estabelece uma mera possibilidade de conhecimento dos recursos, uma vez que eles estão condicionados à concessão do *writ of certiorari*, também em causas criminais, fazendo com que a grande maioria dos recursos interpostos simplesmente seja inadmitidos por critérios discricionários, ficando as respectivas controvérsias sem uniformização. É isso o que passaremos a analisar.

#### **1.4 O WRIT OF CERTIORARI**

A petição por um *writ of certiorari* é a forma por meio da qual a parte sucumbente vai pedir à Suprema Corte dos EUA a revisão judicial do seu caso. O próprio *writ of certiorari*, portanto, é a decisão da corte determinando que o caso seja revisto, o que não quer dizer que ele será necessariamente revertido no mérito. É como se fosse a decisão de admissão do recurso, mas não baseada em questões meramente formais.

O *caput* da regra 10, do Regimento Interno da Suprema Corte dos EUA, estabelece expressamente que a concessão do *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de

---

<sup>585</sup> DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 392.

<sup>586</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 488 e 492.

discricionariedade judicial, somente acontecendo por motivos que sejam considerados muito importantes.

Nos EUA, a Suprema Corte tem tradicionalmente despendido o seu limitado tempo e recurso em casos que apresentam questões de importância nacional, naqueles que contêm razões convincentes a invocar a sua jurisdição. E o que é importante para o recorrente, pode não ser para os *Justices*. A presença de uma ou alguma das hipóteses previstas na regra 10 não é garantia de concessão do *certiorari*, como também a evidente ausência delas não assegura, por si só, a denegação. Como dito, o que vale é a discricionariedade judicial.<sup>587</sup>

A parte final da mesma regra 10, por sua vez, acrescenta que raramente o *certiorari* será concedido em razão de erros de fato ou de má aplicação de uma regra jurídica adequadamente declarada. Esta previsão foi incluída apenas em 1995, mas apenas para reforçar o que já era uma prática da corte. Ela surgiu apenas em função da grande quantidade de pedidos que se baseavam em alegação de erro, uma vez que simplesmente corrigir equívocos das instâncias inferiores já não era seu papel. Para uma decisão “errada” das cortes inferiores serem objeto de concessão do *certiorari*, é preciso que o erro tenha conexão com uma relevante questão nacional.<sup>588</sup> Isso, no entanto, não nos parece excluir uma característica de corte de correção, embora não de qualquer correção, mas apenas das mais importantes para os interesses na nação.

Já a regra 11 dispõe que a concessão do *certiorari* somente acontecerá em casos de importância pública imperativa, capaz de justificar um desvio do que eles chamam de prática normal dos recursos. Para a tradição jurídica do *common law*, todo caso é potencialmente sujeito a decisão final por uma suprema corte. Para eles é natural que o último poder de rever a legalidade da ação administrativa ou a constitucionalidade da ação legislativa, como também de ouvir e decidir o grande alcance de recursos em causas cíveis e criminais, deveria estar alojado em uma suprema corte.<sup>589</sup> Todavia, diferentemente do que acontece na repercussão geral brasileira, o mecanismo do *certiorari* da Suprema Corte dos EUA permite-lhe que selecione as impugnações sobre as quais decide ocupar-se, segundo critérios que são estabelecidos de maneira totalmente genérica pela regra 10, da *Rules of the Supreme Court*, por meio de eleição amplamente discricionária. O resultado é que tem sido concedido o *certiorari* muito raramente, de maneira que ultimamente não emitiu mais que algumas dezenas de

---

<sup>587</sup> GRESSMAN, Eugene *et al.* *Supreme Court Practice*. 9th ed. Arlington: BNA Books, 2007, p. 239 e 240.

<sup>588</sup> GRESSMAN, Eugene *et al.* *Supreme Court Practice*. 9th ed. Arlington: BNA Books, 2007, p. 239.

<sup>589</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 86.

sentenças por ano, considerando todas as matérias, incluídas as questões de constitucionalidade.<sup>590</sup> A questão numérica será vista mais adiante, mas é bom adiantar, por exemplo, que no ano de 2003 aquela corte concedeu muito poucos pedidos de *certiorari*, em torno de 2% do total apresentado no respectivo termo judicial.<sup>591</sup>

Para Schweitzer, a Suprema Corte dos EUA concede o *certiorari* baseada na seguinte ordem decrescente de consideração: 1) em primeiro lugar, examina se existe conflito entre tribunais inferiores (federais ou supremas cortes estaduais); 2) depois, vê se a questão é extremamente importante; 3) em seguida, analisa se a decisão inferior confronta precedente seu; 4) posteriormente, avalia se deixou aberta a questão num julgamento anterior; 5) por fim, observa se há tensão entre decisões judiciais anteriores. Contudo, o mesmo Schweitzer diz que uma divisão de entendimento entre tribunais inferiores, embora seja motivo suficiente para a concessão do *certiorari*, nem sempre o será.<sup>592</sup>

Ora, se a corte julga o mérito do recurso em um percentual muito baixo dos casos que lhe são submetidos, será que realmente soluciona todas as divergências existentes entre os tribunais inferiores? Ou há conflitos em que ela entende não serem importantes o suficiente para merecerem a concessão do *certiorari*? Se a hipótese de maior admissibilidade de recurso diz respeito à solução de divergências existentes entre órgãos inferiores, sendo interpostos mais ou menos dez mil recursos por ano, a despeito de a corte não julgar o mérito nem de cem deles, é natural presumir que inúmeros conflitos de entendimento são compreendidos como sem relevância suficiente para apreciação da Suprema Corte. Nestes casos, parece-nos que ela está justamente fazendo o contrário de uniformizar o conflito, deixando de dar unidade ao direito, preocupando-se mais com a administração do seu tempo e com a própria gestão do seu trabalho.

No que toca ao quarto critério acima apresentado por Schweitzer, perguntamos o motivo pelo qual a Suprema Corte deixou aberta uma questão jurídica no julgamento do caso anterior. Se ela tem como missão primordial dar unidade ao direito (ou mesmo produzir norma futura), por que não resolver a questão de uma vez no momento anterior? Ao agir assim, esteve

---

<sup>590</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 239 e 247. O autor afirma, ainda, na mesma oportunidade, que também a *House of Lords* por muito tempo pronunciou apenas algumas dezenas de sentenças por ano, sendo fácil prever que a mesma tendência será seguida pela atual Suprema Corte que a substituiu.

<sup>591</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. In: *The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 527.

<sup>592</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. In: *The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 527 e 528.

ela preocupada, pelo contrário, com a solução que entendeu mais justa apenas para aquele caso concreto que decidiu?

A mesma indagação vale para o quinto critério indicado por Schweitzer. Qual a razão da existência de contradição entre precedentes da própria corte, senão o julgamento focado na justiça do caso concreto? Ainda que a perfeição não possa ser alcançada por nenhum ser humano, a tensão dentro da própria corte não explica a ausência de concessão de unidade ao direito?

O próprio Schweitzer, aliás, posteriormente termina admitindo que o segundo fator, ou seja, a importância da causa, é o que parece entrar em jogo de várias maneiras. Sozinha, uma demonstração convincente da importância da questão conduz à concessão do *certiorari* até mesmo onde as cortes inferiores não estão em conflito.<sup>593</sup> A título ilustrativo, é interessante perceber que no começo do acórdão prolatado no já estudado caso *United States v. Booker*, ao narrar os fatos e o procedimento seguido na causa, a corte explicou que concedeu o *certiorari* diante da importância das questões apresentadas, não mencionando nenhum outro motivo para isso.<sup>594</sup>

A afirmação acima, de que o mais relevante para a concessão do *certiorari* é a importância da causa, não se altera mesmo quando o recurso é admitido em razão de uma ofensa inferior a precedente da corte, pois neste caso a importância do tema já tinha sido reconhecida justamente quando da formação do precedente que foi violado.

O reconhecimento discricionário e subjetivo da importância da causa ainda mais se fortalece, como o principal motivo para a concessão do *certiorari*, quando se verifica haver interesse de *amicus curiae* na causa. A intervenção principalmente de um Estado, governo local ou relevante associação, afeta o processo de duas fortes maneiras: primeiro, ajuda a separar o pedido de *certiorari* de outras centenas também em exame; segundo, põe em relevo a acentuada importância afirmada no recurso, tanto que se sugere que nunca o *amicus curiae* apresente contrarrazões àquele pedido, justamente porque isso termina destacando a importância do caso,<sup>595</sup> o que pode induzir à concessão desse pleito formulado pelo recorrente.

Sob este aspecto, interessante atentar para o caso *United States v. Sun-Diamond Growers of California*, o qual pretendia discutir se as instruções passadas pelo magistrado de

---

<sup>593</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. In: *The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 528.

<sup>594</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=11853896925646326770&q=united+states+v+booker&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=11853896925646326770&q=united+states+v+booker&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 07/11/2018.

<sup>595</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. In: *The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 528.

1ª instância aos jurados estavam corretas quanto ao crime de *gratuity* supostamente praticado pelo réu. A controvérsia reside quanto ao tipo exigir ou não, para a configuração do delito, que os agrados dados tivessem uma conexão entre o seu objetivo e a prática de um específico ato oficial. Naquela ocasião, o *solicitor general* participou da ação como *amicus curiae*, quando arguiu que a previsão legal se contentaria com a simples demonstração de que o presente tivesse sido motivado, ao menos em parte, pela capacidade do gratificado de exercer um poder governamental ou alguma influência em favor do doador.<sup>596</sup> Embora não tenha conseguido êxito quanto ao resultado final do julgamento,<sup>597</sup> sua intervenção pode ter sido muito importante para a admissibilidade da questão.

Por último, mas ainda no que toca à discricionariedade na admissão dos recursos, chegamos a pensar que os casos capitais sempre justificassem a concessão do *certiorari*, diante das graves consequências de uma conduta contrária, em face de condenações dessa espécie, mas também não é assim. Os casos capitais são aqueles por meio dos quais é aplicada judicialmente uma punição capital ao réu, ou, em outras palavras, a pena de morte, prática ainda autorizada na maioria dos estados norte-americanos, como também por alguns tipos penais federais.

Se o réu for condenado à pena de morte, ao interpor o recurso, logo na página seguinte à capa, o recorrente deve constar essa informação acima da pergunta que, nos EUA, também tem que ser apresentada ao tribunal.<sup>598</sup> Com efeito, naquela oportunidade a expressão “caso capital” deve ser mencionada, na forma da regra 14.1 daquele tribunal.<sup>599</sup> Vale notar que no pedido de concessão de *certiorari* devem ser formuladas perguntas à corte, numa página separada, logo em seguida à capa. Se o caso não é capital, nada mais deve constar naquela página, mas, se aplicada pena de morte, a menção a “caso capital” deve aparecer naquela mesma folha, precedendo à questão formulada.<sup>600</sup>

Por sua vez, as contrarrazões ao pedido de concessão do *certiorari*, embora sejam uma peça de interposição facultativa pelos recorridos, excetuada a situação na qual a corte determine sua apresentação, torna-se obrigatória em todos os casos capitais, na forma da regra 15.1 da

---

<sup>596</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edição, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 171 e 172.

<sup>597</sup> Disponível em <https://www.oyez.org/cases/1998/98-131>. Acesso no dia 10/11/2019.

<sup>598</sup> SCHWEITZER, Dan. *U.S. Supreme Court: Brief Writing Style Guide*. Washington D.C: NAAG, 2017, p. 5.

<sup>599</sup> Disponível em <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>, acesso no dia 08/10/2018.

<sup>600</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 924.

Suprema Corte.<sup>601</sup> De fato, se o recorrido está confiante que o *certiorari* será negado, ele pode renunciar ao direito de opor a petição em oposição, opção, no entanto, que não existe para um caso capital, onde tal peça é obrigatória. De forma semelhante, a regra 20.4(b), da Suprema Corte dos EUA, estabelece que, nos casos capitais, o impetrado deve responder aos pedidos de *habeas corpus*, o que geralmente lhe é inclusive vedado em outros tipos de casos.<sup>602</sup>

Já a suspensão do processo ou da decisão de aplicação da pena capital, estando pendente pedido de concessão de *certiorari* nos casos correspondentes, é regulada pelos mesmos princípios aplicáveis a outras suspensões, tendo por base o 28 USC § 2101(f), levando em consideração a possibilidade de dano irreparável. Todavia, como ninguém duvida que a morte configura dano irreparável, a fim de que os *justices* estejam preparados para agir rapidamente, o *clerk* acompanha o calendário de execuções pelo país, distribuindo uma lista semanalmente para os “ministros”, além de esperar que os advogados mantenham contato telefônico, não só para que logo se saiba o que será apresentado, como também para que eles aprendam a melhor forma de fazer os arquivos chegarem de modo oportuno. As cortes inferiores ainda notificam a suprema corte de decisões em casos capitais, transmitindo cópia delas quando publicadas.<sup>603</sup>

Tudo isso acontece, no nosso modo de ver, para que sempre se garanta uma decisão sobre tais pedidos no tempo, com a suspensão temporária da decisão recorrida se a execução estiver agendada para antes de o tribunal decidir a solicitação. Tanto que há praticamente uma suspensão automática da decisão quando uma pessoa condenada à morte procura a reversão pelo procedimento normal do recurso.<sup>604</sup>

Ainda no tocante à suspensão provisória das execuções (da aplicação da pena de morte), é importante mencionar, mais uma vez, a possibilidade do que tem se chamado de “ataque colateral”, o qual, com algumas diferenças, termina correspondendo ao nosso pedido de revisão criminal, formulado após o trânsito em julgado, apresentado nos EUA por meio de *habeas corpus*. Se a condenação ocorreu perante a justiça estadual, além da possibilidade de impetração de um *habeas corpus* estadual, também há a possibilidade de impetração do *writ* na justiça federal, local competente para impetração caso a condenação seja oriunda da própria

---

<sup>601</sup> Disponível em <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>, acesso no dia 08/10/2018.

<sup>602</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 924.

<sup>603</sup> Sobre a suspensão das decisões que determinam a aplicação da pena de morte por meio da via colateral, ver SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 927 a 941.

<sup>604</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 924 e 925.

justiça federal. E, das decisões tomadas nesses processos, podem ser interpostos recursos que levem o caso novamente à Suprema Corte dos EUA, a qual, porém, ao apreciar os pedidos de suspensão da pena capital, tem sido mais rigorosa nestas etapas, ainda que, ao nosso ver, com um certo casuísmo, especialmente se o *habeas corpus* for o primeiro. Em tais situações, algumas vezes tem sido deferida a suspensão por quatro votos, número que não é a maioria, mas que suficiente para a concessão do pedido de *certiorari* ainda não apreciado, havendo um quinto “de cortesia” até que haja essa decisão. Outras vezes, porém, esse voto de “cortesia” não é concedido, sendo indeferido o pedido de suspensão.<sup>605</sup>

## **2. A VINCULAÇÃO E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES CRIMINAIS NA SUPREMA CORTE DOS EUA**

### **2.1 A VINCULAÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL**

O problema da eficácia dos precedentes certamente não é novo no *common law*. Mais uma vez Blackstone, em 1771, já falava de uma regra inclusive anterior, estabelecida para a observância de precedentes, onde os mesmos pontos surgissem novamente em litígios. Segundo ele, isso era importante para manter a escala de justiça constante e estável, impedindo a oscilação decorrente da opinião de cada novo juiz, até porque o direito naquele caso já estava solenemente declarado e determinado. O que antes era incerto, e talvez indiferente, agora se tornava uma regra permanente, não sendo cabível a qualquer juiz subsequente alterar ou variar de acordo com seus sentimentos privados.<sup>606</sup>

Com o passar do tempo, o estudo dessa eficácia dos precedentes, mesmo sob o ponto de vista teórico, foi aumentando, quando se verificou que podem acontecer algumas maneiras diferentes de vinculação a fundamentos, razões determinantes, ou teses formadas na tomada de decisões anteriores.

A eficácia dos precedentes, nos EUA, assim como no Brasil, é vista sob a perspectiva vertical e horizontal. A primeira, como já mencionado, é aquela que vincula uma corte inferior ao *holding* formado por uma corte de maior instância, comumente referida como sendo de observância obrigatória, vinculante. Isto é, o órgão inferior é compreendido como não tendo

---

<sup>605</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 924 e 925.

<sup>606</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 69.

escolha sobre ter que obedecer a precedente de outro que lhe seja superior.<sup>607</sup> Quanto à segunda, não se fala apenas em vinculação de uma corte aos seus próprios precedentes, mas também na observância de precedentes de uma corte por outra que não lhe esteja vinculada.

É claro que o sentido horizontal da eficácia de precedentes está ligado à obrigação de um órgão jurisdicional aderir a suas próprias decisões, na falta de fortes razões que a levem a uma modificação.<sup>608</sup> Mas, nos Estados Unidos, também já é afirmado há muitos e muitos anos que a decisão de uma Corte é um precedente não apenas para cortes de nível inferior, ou até para a própria, como também para outras do mesmo nível, embora seu grau de autoridade dependa de alguns fatores.<sup>609</sup> Ou seja, como uma proposição geral, alguns têm afirmado que no *common law* os precedentes judiciais têm utilidade para as cortes subordinadas àquela que decidiu, para aquela própria que tomou a decisão, mas também, em alguma medida, para as *coordinate courts*, ou seja, para aquelas que possuem um mesmo nível e idêntica competência para determinado tipo de causa.<sup>610</sup>

Couso parece entender o *stare decisis* no *common law* de forma parecida. Para ele, a importância do instituto se estenderia aos precedentes que emanam de outros tribunais do mesmo nível, ou até de nível inferior, como aconteceria com a força que gozam os precedentes de quaisquer das cortes de apelação de Nova York entre si. Todavia, é importante observar que, conforme o próprio, em tal situação não há uma vinculação formal, mas apenas uma força que pode gerar a reforma da decisão criticada, ainda que ela não seja “ilegal”, sem impedir uma superação por razões opostas mais fortes.<sup>611</sup>

Por outro lado, embora possivelmente isso ocorra em função de estudos empíricos que terminam se aproximando mais da realidade, Feldman chega a ver a eficácia horizontal dos precedentes de uma outra forma, mesmo que reconhecendo que essa visão seja mais frequentemente descrita no âmbito dos tribunais federais de 2ª instância. Ele diz que o tribunal de cúpula norte-americano até segue esse aspecto horizontal, mas no sentido de que um

---

<sup>607</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 57.

<sup>608</sup> SHANNON, Bradley Scott. *May Stare Decisis Be Abrogated by Rule?* Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=936195](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936195), acesso no dia 30/06/2016, p. 645.

<sup>609</sup> CHAMBERLAIN, Daniel Henry. The doctrine of stare decisis as applied to decisions of Constitutional questions. *Harvard Law Review*, Cambridge [Mass.], v.3, n. 3, oct.1889, p. 125. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321173>. Acesso em 27/01/2019.

<sup>610</sup> MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 615.

<sup>611</sup> COUSO, Jaime. El uso de precedentes em materia penal: retórica y realidad en perspectiva comparada. *In: COUSO, Jaime; MERA, Jorge (org.). Precedentes y Justicia Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, p. 51 a 53.

precedente possa ser persuasivo, não vinculante.<sup>612</sup> A questão é saber se esse comportamento dificulta a afirmação de que ele tenha um papel de corte de precedentes.

Por sua vez, argumentos que poderiam ser poderosos perante um tribunal federal de 2º grau, justamente como a necessidade de observância de precedentes de outros tribunais federais de 2ª instância, possuem menos peso para a Suprema Corte dos EUA, não havendo que se falar em uma eficácia vertical inversa.<sup>613</sup> Nos EUA também tem se afirmado – e nós já utilizamos essa afirmação em trabalho anterior – que na grande maioria de casos os *justices* analisam os precedentes disponíveis tal como mineiros procuram ouro, na esperança de achar um que sugira uma resposta para a questão que está em suas mãos.<sup>614</sup> Mas se isso realmente acontece quanto a seus próprios precedentes, o que ainda abordaremos adiante, o mesmo não podemos dizer com relação a precedentes de outras cortes, porque, na verdade, argumentos de política são muito mais importantes do que a existência de *holding* formado por órgãos jurisdicionais inferiores.<sup>615</sup>

Além disso, embora nos pareça boa a ideia de vinculação a precedentes formados por outros órgãos do mesmo grau de jurisdição, não é muito fácil convencer sobre sua obrigatoriedade nem mesmo nos Estados Unidos. O funcionamento do sistema de precedentes no sentido horizontal realmente também prevê que, tomando-se dois juízes ou tribunais de idêntico grau de jurisdição, dotados da mesma competência jurisdicional (vale dizer: dois juízes de primeira instância dentro de uma determinada jurisdição; ou, então, dois tribunais recursais dentro de uma jurisdição maior), o segundo juiz ou tribunal a enfrentar a mesma questão jurídica estará fortemente “compelido” a seguir e aplicar a norma jurídica já enunciada pelo primeiro. Nada obstante, mesmo naquele país lhe é dada a possibilidade de adotar e expressar o seu próprio entendimento jurídico sobre o tema,<sup>616</sup> parecendo-nos, portanto, que ele terá efeito meramente persuasivo. Nesta linha de pensamento, a decisão do tribunal federal de 2ª instância é obrigatória em apenas uma região do país e, mesmo assim, somente até ser revertida pela suprema corte.<sup>617</sup>

---

<sup>612</sup> FELDMAN, Adam. The Strength of Precedent in the Justices’ actions, not words. *In: Scotusblog*, Nov. 2.018, p. 1, disponível em <https://www.scotusblog.com/2018/11/empirical-scotus-the-strength-of-precedent-is-in-the-justices-actions-not-words/>. Acesso em 28/01/2019.

<sup>613</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. *In: The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 524.

<sup>614</sup> GREENHOUSE, Linda. *The U.S. Supreme Court: A Very Short Introduction*. Great Britain: Oxford University Press, 2012, n.p.

<sup>615</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. *In: The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 524.

<sup>616</sup> TUSHNET, Mark. *Os precedentes judiciais nos Estados Unidos*. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 218, p. 99-110, abr. 2013.

<sup>617</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 274.

Destarte, embora nos EUA a teoria dos precedentes não pareça questionar tanto a eficácia vertical de precedentes, de cima para baixo, a qual apresenta contornos mais bem definidos, o mesmo não podemos dizer quanto à eficácia horizontal. A obrigatoriedade ou persuasão dos precedentes de uma corte em relação a outras do mesmo nível, ou até em relação a ela própria, ainda apresenta variações que não trazem definições precisas quanto ao assunto. Para nós, de qualquer forma, o mais importante é analisar a vinculação da Suprema Corte aos seus próprios precedentes, especialmente diante do fato de a resposta não simples para a nossa compreensão, ao contrário do que poderíamos imaginar.

Já trazendo o assunto um pouco mais para o mundo real, vale novamente lembrar as palavras de John Roberts, na sessão de confirmação do seu nome para a presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos, agora declarando que os juízes devem ter a humildade de reconhecer que operam dentro de um sistema de precedentes, moldado por outros juízes que se esforçam igualmente para cumprir os seus juramentos.<sup>618</sup> Sem força vinculante vertical e horizontal, o que implica dever de obediência do precedente não só por todos os órgãos jurisdicionais como também pelos próprios membros da Corte Suprema, não há como outorgar unidade ao direito.<sup>619</sup> Mas será essa mesmo uma prática absoluta e incontestável do órgão de cúpula do Judiciário norte-americano?

## 2.2 O ASPECTO PROSPECTIVO

No âmbito da União Europeia, utilizada aqui apenas como ponto de partida do assunto abordado, antes de serem propostas novas iniciativas “legislativas” há avaliação das potenciais consequências econômicas, sociais e ambientais que elas possam ter. São realizadas avaliações de impacto que estabelecem as vantagens e desvantagens de possíveis opções políticas, formulando-se ainda consulta a interessados, tais como organizações não governamentais, autoridades locais e representantes da indústria e da sociedade civil, com grupos de especialistas dando conselhos sobre questões técnicas. Cidadãos, empresas e organizações podem participar no processo de consulta por meio da *internet*. Desta forma, argumenta-se, fica assegurado que as propostas legislativas correspondem às necessidades das pessoas mais interessadas, evitando-se burocracias desnecessárias.<sup>620</sup>

---

<sup>618</sup> Disponível em <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>. Acesso no dia 29/01/2019, p. 55.

<sup>619</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 74 e 75.

<sup>620</sup> Disponível em [https://europa.eu/european-union/eu-law/decision-making/procedures\\_en](https://europa.eu/european-union/eu-law/decision-making/procedures_en). Acesso no dia 20/11/2018.

O mesmo raciocínio possivelmente se encaixa muito bem para qualquer Poder Legislativo no mundo atual, até por aumentar a participação democrática da população nos diversos assuntos do seu interesse. Mas ele deve ser ele ampliado para o Poder Judiciário, ou, pelo menos, para as cortes supremas, considerando também serem elas capazes de produzir norma por meio de precedentes?

Nos Estados Unidos existe quem entenda que qualquer norma, inclusive aquela oriunda do Judiciário, está explícita ou implicitamente envolvida num processo de avaliação do futuro, devendo estabelecer regras para eventos que irão acontecer, sem fazer distinção entre juízos superiores e inferiores. Uma vez que entendamos a elaboração do direito como o processo formador de uma prescrição apresentada em termos gerais, cobrindo uma multiplicidade de ocorrências futuras, poderemos ver que a criação de regras também envolve necessariamente avaliar os casos futuros e então determinar como eles devem ser, ao menos presumidamente.<sup>621</sup>

De qualquer forma, essa preocupação com o futuro, esse foco no aspecto prospectivo do precedente a ser formado, tem uma grande relação com o seu custo, o que nada tem a ver com custo financeiro ou econômico. Se o futuro deve tratar o que fazemos agora como presumidamente vinculante, então nossas decisões atuais devem julgar não apenas o que é melhor para o agora, e sim como a decisão atual irá afetar a decisão de outrem e casos futuros semelhantes. Desse modo, o julgador do presente deve levar em consideração o que seria melhor para um acontecimento diferente, mas semelhante, que ainda está por ocorrer. Com esta perspectiva, em algumas ocasiões ele poderá tomar decisões que serão piores do que a ideal para o caso isoladamente considerado,<sup>622</sup> estando aí o custo do instituto, o qual, de todo modo, geraria para um número maior de demandas que ainda iriam surgir.

Algumas vezes, porém, a parte pode estar com medo que a corte use o seu caso para anunciar uma ampla regra que não deseja. Neste caso, uma petição do *amicus* que esteja ao seu lado pode explicar por que, diante de fatos particulares, ou de uma postura processual, ela deveria emitir uma decisão restrita, limitada, reservando a expedição ampla para uma data futura.<sup>623</sup> Mas isso não seria uma decisão pensando no caso concreto, em oposição à sua eficácia

---

<sup>621</sup> SCHAUER, Frederick. *Do Cases Make Bad Law?* Disponível em <http://ssrn.com/abstract=779386>, acesso no dia 17/06/2016, p. 21 e 22.

<sup>622</sup> SCHAUER, Frederick. Precedente, *In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 68 a 70.

<sup>623</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. *In: The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 535.

prospectiva, sem intenção, portanto, de dar unidade do direito, ou mesmo de produzir norma futura?

Lamy, em contraste, discorda de Frederick Schauer e seu aspecto prospectivo do precedente. Afirmar não ser verdade que um resultado, injusto para o caso, seja bom quando for criada uma regra melhor para eventos futuros. Segundo ele, isso não torna a aplicação do direito mais uniforme e não aumenta a previsibilidade da decisão judicial.<sup>624</sup> Assim, mesmo não tratando especificamente do ponto, parece estar mais preocupado com a função das cortes de fazerem justiça, não de formarem precedentes.

Segundo Schweitzer, a Suprema Corte dos EUA se importa profundamente com o raciocínio jurídico e lógico, como também com considerações práticas e de política, e com seus próprios precedentes. Ela estaria muito ciente de que suas decisões são obrigatórias para o país inteiro, afetando casos e situações fáticas que são diferentes daquela apresentada na causa decidida. Por isso, ela pode querer explorar os limites de qualquer regra possível que possa adotar, como também examinar consequências não apenas teóricas do estudo do direito, como também no mundo real.<sup>625</sup> Para Posner, de seu turno, os juízes políticos são pragmáticos se o que os motiva são as consequências políticas de suas decisões.<sup>626</sup>

Mas a formação de precedentes, pela Suprema Corte dos EUA, pensando no seu custo, no seu aspecto prospectivo, isto é, na possibilidade de uma decisão pior para a causa ser a melhor para guiar o futuro, não chega a uma perfeição, é claro. Para exemplificar a questão na prática, vejamos o que aconteceu no caso *Booker*, já utilizado várias vezes como nosso objeto de estudo.

O segundo voto majoritário da Suprema Corte dos EUA naquela causa apresentou parte da sua fundamentação pensando justamente nas consequências futuras da decisão judicial. Quanto a isso, disse, em primeiro lugar, que a vinculação das regras de aplicação da pena a fatos reconhecidos pelo júri criaria um sistema complexo, sugerindo a impossibilidade prática de trabalho que envolvesse, por exemplo, não apenas um roubo a banco, mas também a maneira pela qual esse roubo teria acontecido, arguindo também que o júri não conseguiria trabalhar com o *Guidelines* (fl. 17). De fato, a dificuldade existe, especialmente diante da complexidade da norma infralegal norte-americana. Todavia, um forte contra-argumento está em exigir que o órgão de acusação especifique o fato, de forma a mais completa possível, com todas as suas

---

<sup>624</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Contra o Aspecto Prospectivo do Precedente: uma Crítica Hermenêutica a Frederick Schauer. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 383-402, Dezembro, 2015.

<sup>625</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. In: *The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 537.

<sup>626</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 269.

circunstâncias, devendo haver o mesmo trabalho da defesa, ao menos na situação estadunidense.

Em segundo lugar, referido voto sugere, na mesma linha, que um réu não teria como montar defesa contra algumas ou todas essas alegações acusatórias específicas, caso ele também tentasse, ao mesmo tempo, sustentar não haver prova da autoria (p. 17). A consequência realmente aconteceria, mas seria facilmente contornável com do método de formulação de argumentos e pedidos sucessivos, para o caso de os anteriores não serem aceitos.

Em terceiro lugar, a *opinion* menciona que as negociações de confissão (*plea bargaining*), que não vinculam a aplicação da pena a fatos reconhecidos pelo júri, não reduziria as consequências ruins do posicionamento contrário. Isso porque os acordos conduziram a sentenças que levariam em conta não a real conduta praticada pelo réu, mas sim a habilidade do advogado, as políticas do promotor, a carga de trabalho e outros fatores que variam de lugar para lugar, de réu a réu e de crime a crime (fl. 18). No entanto, se a afirmação é verdadeira, ela pode ser considerada aceitável, diante da opção legislativa pelo acordo, além do fato de haver igual subjetividade nas sentenças baseadas no *Guidelines* meramente sugestivo, diante da evidente variação sobre critérios de razoabilidade de juiz para juiz.

De qualquer forma, concordamos com a sugestão de Schauer, achando-a a melhor para o momento, o que trabalharia em favor de uma corte de precedentes, preocupada com a unidade do direito e a produção de norma futura. Nada obstante, sob o ponto de vista prático, não temos como afirmar se essa é sempre a maneira de atuação da Suprema Corte dos EUA, sob o aspecto quantitativo, ou em outras palavras, se em algumas vezes, ou até em muitas, ela foca ou não na solução que entende mais justa para a causa individual que lhe é submetida a julgamento. No entanto, mais à frente tentaremos efetuar uma avaliação, ao menos, em face de um critério qualitativo.

### **2.3 O OVERRULING NA TEORIA**

É difícil imaginar um sistema no qual o direito não possa ser e não seja modificado. O direito muda o tempo inteiro. Uma nova administração presidencial modifica alguns dos atos regulatórios anteriores; uma nova legislatura pode mudar o direito com a frequência desejada;<sup>627</sup> não seria diferente a situação dos atos jurisdicionais. A medida da utilidade do valor de

---

<sup>627</sup> BRUHL, Aeron-Andrew P.. *Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change*. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1552629](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1552629), acesso no dia 17/06/2016, p. 208.

precedentes permite a ab-rogação daqueles que não mais possuam sentido prático,<sup>628</sup> ou seja, o *overruling*.

Mesmo nos EUA, local em que parece haver um sistema de precedentes mais solidificado que o nosso, diante da sua tradição histórica de *common law*, ainda diferente do *civil law* em muitos aspectos, é fato que mudanças jurídicas são necessárias, especialmente por causa da dinâmica social. Aliás, a ficção da imutabilidade do direito, se realmente existiu sob uma perspectiva histórica naquela tradição jurídica, foi sempre inexpressiva e, se não formalmente abandonada, no mínimo foi modificada.<sup>629</sup>

Realmente, todo o direito é mutável, não havendo contexto no qual suas regras sejam eternamente as mesmas. Apesar disso, também as regras jurídicas são contra frequentes mudanças no direito, o que se aplica tanto aos precedentes quanto a outras fontes.<sup>630</sup> Por isso, no campo jurídico norte-americano a mudança de precedentes é limitada pela doutrina do *stare decisis*, embora ela não seja absoluta.<sup>631</sup>

A difícil questão, no entanto, é saber como tais mudanças podem ou devem ser efetuadas pelo Poder Judiciário. Um primeiro passo para tentar responder nossa pergunta está no estudo acadêmico sobre as condições necessárias para a superação de precedentes, especialmente nos EUA, país objeto do nosso estudo.

Quando um juiz supera um precedente, ele está se recusando a segui-lo e declarando que uma nova regra deveria ser adotada, mesmo quando os fatos de uma causa são materialmente idênticos àqueles do caso em julgamento.<sup>632</sup> Diante da gravidade da situação, parece-nos que alguns critérios tenham que ser observados para adoção de tal forma de agir, sob pena de aceitação de julgamentos que na verdade seriam meramente aleatórios.

Por isso, todo regime no qual o direito possa mudar deve ter um conjunto de doutrinas e práticas institucionais que possam regulamentar a implementação das mudanças.<sup>633</sup> Se as cortes pudessem superar precedentes sempre e por quaisquer motivos que quisessem, a doutrina

---

<sup>628</sup> SELLERS, Mortimer N. S.. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1262933>, acesso no dia 17/06/2016, p. 7.

<sup>629</sup> SAMUEL, Geoffrey. Common Law, In: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006, p. 150 e 151.

<sup>630</sup> WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1942557>, acesso no dia 27/06/2016, p. 29.

<sup>631</sup> BRUHL, Aeron-Andrew P.. *Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change*. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1552629](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1552629), acesso no dia 17/06/2016, p. 208.

<sup>632</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

<sup>633</sup> BRUHL, Aeron-Andrew P.. *Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change*. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1552629](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1552629), acesso no dia 17/06/2016, p. 209.

do *stare decisis* simplesmente não existiria, sendo este o motivo pela qual o *overruling* não pode ser uma licença para os juízes fazerem o que quiserem.<sup>634</sup> O que não pode acontecer, repita-se, é a permissão para mudanças aleatórias, a serem livremente tomadas pelos órgãos competentes.

Surgem, então, algumas importantes perguntas: pode uma corte superar seu precedente apenas porque se arrependeu da decisão anterior? E se não houve mero arrependimento, mas verdadeira concepção de que a decisão anterior foi equivocada? Se não há arrependimento nem erro, pode a corte modificar a posição por entender que a melhor opção, dentro de uma norma aberta, deveria ter sido outra?

Antes da independência norte-americana, na academia inglesa se dizia que havia uma exceção à noção geral de necessidade de observância de precedentes: se eles fossem contrários à razão, naquela época até mais se fossem contrários a uma “lei divina”, ou se a decisão anterior fosse manifestamente absurda ou “injusta”, quando na verdade teria determinado de forma errada o costume do reino.<sup>635</sup>

Também nos Estados Unidos, agora já mais recentemente, Caleb defendeu que a interpretação equivocada de uma lei clara devesse ser superada, salvo se houvesse alguma razão maior para mantê-la, como no caso de as pessoas já terem passado a confiar na norma correspondente. Segundo ele, a presunção seria de que o *overruling* deve acontecer. Esta presunção seria contrária apenas nos casos de precedentes baseados em leis ambíguas, que admitissem mais de uma interpretação válida. Em outras palavras, ele adotou o que chamou de uma versão mais fraca de *stare decisis*, segundo a qual a corte começa perguntando se a decisão passada reflete um permissível ou impermissível ponto de vista do direito. Se a corte a considera uma permissível escolha discricionária, ela seguirá o precedente a menos que exista uma razão prática para a superação. Todavia, se a corte conclui que o precedente é demonstravelmente equivocado, ela o superará, a menos que exista alguma razão prática para mantê-lo.<sup>636</sup>

A questão, ao menos na teoria, não é tão difícil quando mais de uma interpretação forem cabíveis. Neste caso, não deverá haver a superação do precedente apenas por se achar, posteriormente, que outra delas é melhor. A certeza e previsibilidade do direito seria significativamente diminuída, permitindo ainda que uma terceira ou quarta interpretação

---

<sup>634</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 110.

<sup>635</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 69 e 70.

<sup>636</sup> NELSON, Caleb. *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*. In: *Virginia Law Review*. Volume 87, nº 1. Charlottesville: Virginia, March 2001, p. 13 e 53.

também admissível levasse a novas superações futuras. O poder de superar um precedente deve ser considerado apenas uma última opção.<sup>637</sup>

Mesmo nos casos de interpretações errôneas de leis claras, contudo, Caleb não deixa de reconhecer que na academia norte-americana existe um entendimento convencional de que uma alegada demonstração de erro no precedente não é suficiente para justificar a sua superação. Essa seria uma versão mais forte do *stare decisis*, pela qual a corte não pergunta se um precedente é demonstravelmente errado na interpretação da lei. Pelo contrário, ela o seguirá a menos que seja impraticável ou cause outros problemas.<sup>638</sup>

Ao contrário do que podem fazer as cortes inferiores em face de precedentes superiores, os órgãos jurisdicionais gerais, considerando suas próprias decisões anteriores, têm a capacidade de superá-las ocasionalmente. Eles podem, mesmo reconhecendo que o presente caso apresenta a mesma questão decidida no caso precedente, decidir no sentido de rejeitar a regra formada anteriormente. Não obstante, isso exige mais do que a simples crença de que a decisão anterior foi equivocada. Se uma corte pudesse superar seu precedente toda vez que acreditasse na sua formação de forma errada, não haveria mais sentido nos princípios do *stare decisis*.<sup>639</sup> A força da doutrina dos precedentes reside na sua propensão para “perpetuar” o que foi inicialmente um erro judicial, ou para bloquear a reconsideração do que foi, pelo menos, um erro possivelmente judicial. Ela libera os ministros daquilo que, de outra forma, seria uma obrigação constitucional de reconsiderar cada questão potencialmente discutível como se estivesse sendo levantada pela primeira vez, mesmo concluindo que a solução anterior foi errônea.<sup>640</sup>

Assim, um precedente só deve ser superado quando ele falha em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, ou quando os valores que embasam o padrão de estabilidade não seriam mais bem servidos pela sua preservação do que pela superação.<sup>641</sup>

Note-se que o fundamento principal de Caleb para discordar parcialmente da posição da maioria da doutrina norte-americana reside no seguinte argumento: o *stare decisis* teria

---

<sup>637</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 121-122.

<sup>638</sup> NELSON, Caleb. *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*. In: *Virginia Law Review*. Volume 87, nº 1. Charlottesville: Virginia, March 2001, p. 3 e 53.

<sup>639</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 59 e 60.

<sup>640</sup> FALLON JR, Richard H.. *Stare Decisis and Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*. In: *New York University Law Review*, May, 2001, disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr76&div=23&id=&page=&t=1557229319>. Acesso em 07/05/2019, p. 570 e 573.

<sup>641</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 104-105.

surgido como forma de limitar a discricionariiedade arbitrária das cortes, a qual, porém, segundo ele, seria pensada apenas dentro de um certo espaço decorrente de uma indeterminação das fontes externas do direito que o Judiciário deveria aplicar.<sup>642</sup> O argumento é muito forte, mas, fora a questão da subjetividade inerente ao direito, ele parece funcionar mais na teoria do que na prática, onde fatores externos, não técnicos, podem possuir forte influência no resultado das decisões judiciais.

Até no caso de precedentes errôneos, uma corte poderá querer uma razão mais forte para superá-lo, como, por exemplo, ser convencida que a superação trará uma melhora geral no direito ou que não perturbará as legítimas expectativas dos cidadãos, ou mesmo que a desejada retificação não possa ser obtida por meio de uma intervenção legislativa.<sup>643</sup>

Apesar disso, mesmo esta versão mais forte do *stare decisis* parece permitir a superação de precedentes nos casos de “erros evidentes”. Por vezes, uma corte acreditará que um dos seus precedentes é extremamente errado, ou que suas consequências são tão graves que exijam superação. Em tais situações, o *overruling* não se inspira na atual percepção de simples erro cometido no passado, mas na percepção atual de erro que está bem além do alcance dos erros normais, seja no seu tamanho ou nas suas consequências.<sup>644</sup>

Assim, podemos concluir que a doutrina norte-americana, apesar de controversa sobre o tema, apresenta uma tendência de negar a possibilidade de superação de precedentes motivada por mero arrependimento, pela intenção de alterar uma posição tomada nos espaços não legislados ou abertos, mas também, inclusive, quando a corte verificar que a anterior decisão foi adotada de forma errônea. Vejamos, agora, a situação no âmbito da suprema corte daquele país.

## **2.4 O UNDER-THE-TABLE OVERRULING**

Quando entramos na análise da posição da Suprema Corte dos EUA a respeito dos critérios para a superação de precedentes, verificamos que ela diz endossar, em tese, a orientação da maioria da academia jurídica daquele país. Ou seja, ela já afirmou aderir até mesmo a precedentes considerados incorretos, ressalvadas as situações em que eles sejam impraticáveis, tenham se tornado atrasados pelo crescimento da doutrina jurídica, ou recebam

---

<sup>642</sup> NELSON, Caleb. *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*. In: *Virginia Law Review*. Volume 87, nº 1. Charlottesville: Virginia, March 2001, p. 5.

<sup>643</sup> DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 118-119.

<sup>644</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 60.

uma subsequente ação contrária do Congresso, o que acontece inclusive em casos constitucionais.<sup>645</sup> Essa postura, se confirmada, conta realmente muito em prol do seu papel de corte de precedentes.

De fato, no julgamento do caso *Patternson v. McLean Credit Union*, a Suprema Corte dos EUA disse expressamente que não iria superar seu precedente no caso *Runyon v. McCrary*. Isso porque, segundo ela, o *stare decisis* a obriga a aderir à mesma interpretação na falta de alguma justificação especial para fazer o contrário. Embora efetuando uma certa ressalva para interpretações constitucionais, que não era o caso, afirmou que ali não existia especial razão para o *overruling*, considerando que o precedente não tinha sido enfraquecido por posteriores mudanças ou pelo desenvolvimento do direito, não tendo sido provado ser impraticável, tampouco representando um obstáculo à realização dos objetivos corporificados em outras leis.<sup>646</sup>

Por sua vez, no julgamento do caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, entendeu a mesma corte por manter seu precedente no caso *Roe v. Wade*. Enfatizou a importância em aderir a seus anteriores julgados a menos que uma grande mudança na área objeto da prévia decisão tenha acontecido. E, por maioria, entendeu que esta mudança não teria acontecido, por não haver uma concordância social contrária ao aborto<sup>647</sup> diferente do momento da elaboração do precedente que se pretendia superar.<sup>648</sup>

Todavia, Hasen alerta que, mais recentemente, a superação expressa de precedentes pode ser mais rara, em razão justamente de uma negativa reação pública a ela. Nos EUA estaria ocorrendo o que chamou de secreta ou clandestina superação – quando a corte age de modo sub-reptício, ainda que por intermédio da redução do precedente a um nada – sem submissão a exame, supervisão e crítica pública.<sup>649</sup>

O fenômeno também não passou sem a percepção de Peters, que o chamou de superação por baixo da mesa, sob os panos, ou também clandestina. Para ele, até mesmo o fato de a mudança na composição da corte trazer alteração nas suas posições constitucionais não

---

<sup>645</sup> NELSON, Caleb. *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*. In: *Virginia Law Review*. Volume 87, nº 1. Charlottesville: Virginia, March 2001, p. 3.

<sup>646</sup> Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/164/>, acesso no dia 28/08/2017.

<sup>647</sup> O aborto era o tema de fundo discutido na causa.

<sup>648</sup> Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/#annotation>, acesso no dia 28/08/2017.

<sup>649</sup> HASEN, Richard L. *Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1750398>, acesso no dia 28/08/2017, p. 2.

deveria ser surpreendente ou problemático.<sup>650</sup> O que torna a nova decisão problemática, na sua visão, é exatamente a superação sem admitir que ela está acontecendo.<sup>651</sup>

Assim, é possível que tenha havido algum retrocesso no âmbito dos julgamentos norte-americanos, o que poderia reduzir o seu papel de corte de precedentes, sob o ponto de vista do mundo real, fora da teoria. Em consequência, também é possível haver uma redução do seu papel de corte de precedentes, já que uma superação clandestina das suas normas influencia a diminuição da unidade do direito, partindo para escolhas pessoais típicas de cortes de justiça.

Aqui, precisamos analisar mais uma vez o caso *Booker*. Nele, repita-se, uma primeira maioria formou um *holding* que impedia a aplicação da pena com base em fato não reconhecido pelos jurados. Embora, na nossa visão, essa parte do acórdão tenha ficado sem efeito prático, diante do *holding* formado no segundo voto majoritário, a corte já tinha precedente que conferia ampla discricionariedade aos magistrados, quando decidiu que eles tinham liberdade para considerar fatos adicionais, não julgados pelo júri, desde que confirmados pela preponderância das provas.<sup>652</sup>

O próprio primeiro voto vencedor em *Booker*, embora formando precedente em sentido contrário, admitiu que no caso *McMillan* a corte tinha aceitado que o juiz considerasse a importância de fatos eleitos como relevantes pelo legislador, fatos esses que não apenas autorizavam, mas impunham sentenças mais pesadas (p. 6). Todavia, ao se afastar da orientação, limitou-se a dizer que ela aumentava o poder do juiz, diminuindo o do júri (fl. 7). Embora o argumento jurídico possa até estar correto, não vem ao caso para a nossa pesquisa, o fato é que não houve menção a qualquer modificação na situação econômica, social, política ou mesmo jurídica entre o precedente e o novo *holding*, não sendo apresentadas maiores justificativas para o *overruling*.

Como já diria um falecido ministro da Suprema Corte dos EUA, se a lógica de observar precedentes falhar em produzir o que, na visão do órgão atual, é o resultado desejável para o caso em questão, então, como bons juízes de *common law*, efetuará o *distinguishing*, ou os restringirá, ou, se tudo isso falhar, os superará.<sup>653</sup>

---

<sup>650</sup> Entendemos que o julgamento pertence ao órgão, não aos seus integrantes individualmente, razão pela qual a mudança de composição, na nossa posição, não justifica por si só a superação de precedente.

<sup>651</sup> PETERS, Christopher J. *Under-the-table Overruling*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1290711>, acesso no dia 28/08/2017, p. 6.

<sup>652</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edição, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 1.383.

<sup>653</sup> SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1.997, p. 39.

Por sua vez, se a mudança de juizes muda o direito, sequer se pode saber o que o direito é. A substituição, por exemplo, de um *justice* por outro com uma ideologia política diferente também pode ressaltar a questão dos elementos pessoais influenciando nos julgamentos e, portanto, a percepção de que a nação norte-americana é, neste ponto, governada por juizes e não pelo direito, ao contrário do poderíamos pensar.<sup>654</sup>

O problema é que, ainda que os precedentes sejam considerados no cálculo da decisão dos *justices*, eles não obrigam a Suprema Corte da mesma maneira que vinculam os tribunais inferiores, o que, segundo estudo empírico de Feldman, é evidente nas decisões de todos eles. Isto é, embora os tribunais inferiores sejam obrigados a aplicar os precedentes da Suprema Corte, os mesmos precedentes possuem muito pouco efeito preclusivo para ela própria, funcionando mais como orientação persuasiva.<sup>655</sup> Em outras palavras, parece que naquele país também vale, em alguma medida, o “faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço”.

No mesmo sentido caminha Posner, para quem a corte é relutante em superar seus precedentes, mas a relutância decorre mais de cautela do que de razões jurídicas. Ao contrário de um órgão de primeira instância, o tribunal de vértice sempre tem uma escolha para seguir ou não um precedente. Mas se o segue apenas porque concorda com ele, o precedente não tem força independente, nenhuma autoridade, nada mais do que a autoridade de um artigo jurídico com o qual o tribunal igualmente concorda.<sup>656</sup>

Mesmo Fallon Jr., defensor da teoria dos precedentes, também reconhece que a Suprema Corte não raramente “supera” seus próprios precedentes, admitindo, outrossim, que os *justices* que discordam da decisão da maioria, em determinado caso, frequentemente persistem com suas posições originais no julgamento dos casos subsequentes.<sup>657</sup>

Feldman diz ainda que dados do Escritório de Publicação do Governo,<sup>658</sup> complementados com decisões dos dois últimos termos 2016 e 2017, mostram que a Suprema Corte superou explícita ou implicitamente mais de 300 de suas decisões ao longo de sua história, o que aconteceu de forma inconsistente ao longo do tempo. Segundo gráfico que apresenta, ela teria sido mais cautelosa no seu início, tendo ocorrido o maior número de superações entre as

---

<sup>654</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 1.

<sup>655</sup> FELDMAN, Adam. The Strength of Precedent in the Justices' actions, not words. *In: Scotusblog*, Nov. 2.018, p. 1, disponível em <https://www.scotusblog.com/2018/11/empirical-scotus-the-strength-of-precedent-is-in-the-justices-actions-not-words/>. Acesso em 28/01/2019.

<sup>656</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 275.

<sup>657</sup> FALLON JR, Richard H.. Stare Decisis and Constitution: An Essay on Constitutional Methodology. *In: New York University Law Review*, May, 2001, disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr76&div=23&id=&page=&t=1557229319>. Acesso em 07/05/2019, p. 572 e 573.

<sup>658</sup> Disponível em <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-REV-2016/pdf/GPO-CONAN-REV-2016-13.pdf>. Acesso no dia 29/01/2019.

décadas de trinta/quarenta e oitenta do século XX, padrão que foi reduzido, mas que ainda é superior àquele do século XIX.<sup>659</sup> Mesmo assim, é importante notar que essa redução aconteceu considerando os números absolutos, porque se for levado em conta o percentual em relação ao número de processos admitidos e julgados na corte, poderemos ver que, na verdade, depois da década de sessenta, o maior percentual de superações ocorreu por volta de 2010.<sup>660</sup> Além disso, a superação implícita de precedentes não é tão fácil de ser visualizada, por razões óbvias, o que termina atrapalhando negativamente esses dados, podendo ser a realidade em número bem maior.

De toda forma, mais importante ainda é observar que o número, seja absoluto ou percentual, é bem maior a partir de 1940 do que anteriormente. Se levarmos em consideração os estudos já mencionados, no sentido de que uma maior consolidação científica do *stare decisis* norte-americano ocorreu no século XX, pouco depois do início do período do “super-*stare decisis*” britânico, no final do século XIX, com a decisão no caso *London Tramways*, na Inglaterra, é muito “curioso” que seja justamente o período anterior aquele no qual a Suprema Corte dos EUA mais observou seus precedentes, passando a superá-los em mais oportunidades exatamente quando eles tinham uma maior estágio de desenvolvimento.

Quando analisamos a duração das decisões da Suprema Corte até serem derrubadas, esse número não se alargou ao longo do tempo, até porque isso tem provável relação com decisões que naturalmente envelhecem, bem como com o fato de os juízes decidirem descartar decisões mais antigas que não fazem mais sentido no contexto atual. Todavia, enquanto a idade mediana de um precedente, até ele ser derrubado, é de dezoito anos, uma superação, individualmente considerada, às vezes acontece no mesmo ano,<sup>661</sup> o que, em vez de sugerir um mudança do contexto, parece corresponder a um simples arrependimento, ou, até mesmo, uma decisão tomada com foco no caso concreto e de forma isolada.

É verdade que as trezentas e vinte e duas superações de precedentes analisadas por Feldman representam apenas uma pequena fração do total de decisões tomadas pelo tribunal ao longo do tempo.<sup>662</sup> O problema, no entanto, insta mencionar novamente, está nas superações implícitas, nem sempre fáceis de serem vistas, como também em “abrandamentos” que, na

---

<sup>659</sup> Disponível em <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2018/11/1-2.png>. Acesso no dia 29/01/2019.

<sup>660</sup> Disponível em <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2018/11/2-2.png>. Acesso no dia 29/01/2019.

<sup>661</sup> FELDMAN, Adam. The Strength of Precedent in the Justices' actions, not words. In: *Scotusblog*, Nov. 2.018, p. 2 e 3, disponível em <https://www.scotusblog.com/2018/11/empirical-scotus-the-strength-of-precedent-is-in-the-justices-actions-not-words/>. Acesso em 28/01/2019.

<sup>662</sup> FELDMAN, Adam. The Strength of Precedent in the Justices' actions, not words. In: *Scotusblog*, Nov. 2.018, p. 4, disponível em <https://www.scotusblog.com/2018/11/empirical-scotus-the-strength-of-precedent-is-in-the-justices-actions-not-words/>. Acesso em 28/01/2019.

verdade, talvez não estivessem em consonância com o precedente abrandado, a despeito da difícil pesquisa qualitativa quanto ao ponto.

Um recém-nomeado *justice* da Suprema Corte pode se pronunciar em favor da maioria das decisões anteriores do tribunal, mesmo que ele não goste das políticas em que se baseiam, mas isso acontecerá por meio de mera declaração de intenção, por simples palavras vãs, basicamente só “de boca”, porque, na verdade, ele irá interpretar essas decisões de forma a minimizar seu impacto. Ademais, quando se encontrar, como frequentemente acontecerá, no campo aberto no qual cedem as fontes convencionais de direito, tais como os precedentes claramente aplicáveis, ele não se sentirá limitado por essas políticas que levaram às decisões anteriores. Então, se ele puder comandar a maioria da corte, o direito se desviará em uma nova direção, até que, finalmente, o antigo precedente seja interpretado para a morte ou superado explicitamente.<sup>663</sup>

Por uma questão de coerência, porém, o respeito aos precedentes, como uma forma de redução das incertezas judiciais, de aumento da previsibilidade e da segurança jurídica, deveria acontecer até mesmo quando eles parecessem indicar um resultado errado.<sup>664</sup> É claro que a dinâmica das relações sociais pode exigir a sua superação também em matéria criminal, mas isso não pode acontecer apenas em face de possível injustiça da decisão anterior, o que, na verdade, refletiria a simples mudança na convicção moral do órgão julgador, impedindo o tratamento idêntico de casos iguais.<sup>665</sup>

Como nosso estudo não tem a pretensão de fazer uma análise quantitativa ao lado da qualitativa, com mais razão não podemos afirmar que a Suprema Corte dos EUA não tenha respeito por seus precedentes, talvez a maioria deles tendo se tornado antiquada com o passar do tempo. Mesmo assim, devemos adotar uma abordagem cautelosa ao avaliar o *overruling* naquele local, porque os *justices* têm liberdade para derrubar seus precedentes, tendo exercido esse direito em graus variados,<sup>666</sup> fato que é confirmado não só à luz dos casos que estudamos,

---

<sup>663</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 276 e 277.

<sup>664</sup> SCHAUER, Frederick. Ob. Cit., nota 13, 2009, n.p.

<sup>665</sup> Com razão Duxbury defende que o poder de superar um precedente deve ser considerado apenas uma última opção. Ao fazê-lo, a corte pode querer uma forte razão, como uma melhora no direito, a ausência de destruição de legítimas expectativas dos cidadãos, que praticaram seus atos baseados no entendimento que era vinculante, ou mesmo que a desejada alteração não possa ser conquistada por intervenção legislativa. Por isso, diz ele, quando mais de uma interpretação for cabível, não deverá haver a superação do precedente apenas por se achar, posteriormente, que outro entendimento é melhor. A certeza e previsibilidade do direito seria significativamente diminuída, permitindo ainda que uma terceira ou quarta interpretação também admissível levasse a novas superações futuras (DUXBURY, Ob. cit., p. 118-119 e 121-122).

<sup>666</sup> FELDMAN, Adam. The Strength of Precedent in the Justices' actions, not words. In: *Scotusblog*, Nov. 2.018, p. 4, disponível em <https://www.scotusblog.com/2018/11/empirical-scotus-the-strength-of-precedent-is-in-the-justices-actions-not-words/>. Acesso em 28/01/2019.

que limita a análise a eles próprios, é claro, mas também pelo estudo empírico citado por nós. Exemplos de respeito ao *stare decisis* mesmo em casos nos quais os *justices* os acham errados não são desconhecidos na Suprema Corte dos EUA, mas eles podem ser raros. É justamente naquele tribunal onde existem menos possibilidade de encontrarmos restrições autênticas a precedente.<sup>667</sup> Portanto, sob este aspecto, também é questionável a afirmação de que a Suprema Corte dos EUA exerça um papel de corte de precedentes, muitas vezes simplesmente deixando de observá-los, como ainda demonstraremos.

## 2.5 A FORÇA DOS PRECEDENTES E OS CASOS *MCNALLY* E *BOUIE*

Para apreciar a forma de atuação da Suprema Corte dos EUA quanto à força dos seus precedentes criminais, efetuaremos uma análise sob dois pontos de vista distintos, o primeiro diante da sua observância ou descumprimento, o segundo em face da sua formação pensando no futuro ou não.

Muitos anos depois dos comentários acadêmicos de Blackstone na Inglaterra, a *House of Lords*, no julgamento do já citado caso *The London Tramways Company v. The London County Council*, estabeleceu a necessidade de ela observar seus próprios precedentes, mesmo que eles tivessem sido equivocadamente formados,<sup>668</sup> decisão considerada por alguns como o início formal do *stare decisis* no *common law*, mas que para nós apenas iniciou um período de maior força conferida ao instituto. No entanto, essa vinculação, ao menos com a força ali definida, perdurou somente até 1966, quando, antes dos julgamentos a serem proferidos no dia 26 de julho, o *Lord Gardiner* fez um pronunciamento em seu nome e de seus colegas, conhecido como *Practice Statement*, declarando que eles poderiam se afastar de suas decisões anteriores, não apenas por razões de desenvolvimento do direito, mas também por questão de “justiça”, embora sem a pretensão de afetar a vinculação a precedentes por órgãos inferiores.<sup>669</sup> De logo pensamos não haver problema em reduzir o alcance da vinculação horizontal a precedentes quando houver necessidade de desenvolvimento do direito, é claro. Entretanto, a autorização para a mais alta corte britânica não observar seus próprios precedentes por razões de “justiça” nos obriga a aprofundar o estudo da situação nos EUA, especialmente porque naquele país a

---

<sup>667</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 89.

<sup>668</sup> Disponível em <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8c860d03e7f57ecd5a4>, acesso no dia 03/01/2019.

<sup>669</sup> Disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>, acesso no dia 03/01/2019.

doutrina do *stare decisis* sempre foi aplicada de forma menos rígida do que na Inglaterra.<sup>670</sup> Para tanto, tomemos mais uma vez como exemplo o estudo de casos decididos pela Suprema Corte norte-americana no âmbito do crime de *mail fraud*.

No caso *McNally v. United States*, julgado em 1987,<sup>671</sup> oficiais do Estado estavam recebendo comissões de empresas de seguro em troca de contratos com o ente, tendo chegado determinado valor à Seton Investment, nominalmente chefiada, embora não de fato, por McNally, que ficou com uma parte. A acusação pela prática do crime de *mail fraud*, porém, não foi acolhida, porque a corte decidiu que ele somente se configuraria se houvesse perda de propriedade pela vítima, o que não teria acontecido no caso. Ela entendeu que no caso *Durland*, já trabalhado por nós, tinha decidido que o texto legal era amplo, mas apenas para proteger a propriedade, não dando um alcance mais extensivo. Também rejeitou o argumento da decisão recorrida que distinguia esquema ou artifício para fraudar, de esquema para a obtenção de dinheiro ou propriedade.

Na mesma decisão o órgão jurisdicional também disse que se o Congresso quisesse ir além do alcance que ela estava dando, que o fizesse claramente, convite que, curiosamente, foi rapidamente atendido, no ano seguinte, por meio da edição da § 1.346 no US Code 18. Foi, então, alterada a norma que tinha sido formada pelo precedente em *McNally*. Na ocasião, aliás, o senador Biden afirmou expressamente que estava sendo superado o entendimento adotado pela Suprema Corte naquele julgamento.<sup>672</sup> Agora, não haveria mais dúvida, porque o Congresso tinha falado claramente.

Mas voltando ao já trabalhado caso *Skilling*, também relativo ao *mail fraud*, por meio dele a maioria da Suprema Corte reconheceu que o Congresso tinha agido rapidamente ao seu convite em *McNally*, mas afirmou que a resposta não tinha sido clara, o que o fez efetuar nova interpretação restritiva da ampla norma penal incriminadora, impedindo o alcance de condutas que fossem além de casos relacionados a propinas e subornos (p. 17 e 21).

O problema é que, ao assim decidir, a corte não só deixou de efetuar uma interpretação gramatical, como também se afastou da própria história legislativa e da intenção do Congresso norte-americano, o que estava bastante claro. Isso porque, é importante repetir, em 1987, no julgamento do caso *McNally*, ela já tinha dito que a proibição legal atingia apenas a privação

---

<sup>670</sup> MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 615.

<sup>671</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10446424144381294593&q=mcnally+v+united+states&hl=en&as\\_sdt=2006](https://scholar.google.com/scholar_case?case=10446424144381294593&q=mcnally+v+united+states&hl=en&as_sdt=2006), acesso no dia 04/02/2019.

<sup>672</sup> ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edição, St. Paul: West Publishing Co, 2015, p. 323 e 324.

de propriedade da vítima, não dando um alcance mais extenso à norma penal, mas convidando o Congresso a ser mais claro, caso quisesse dar uma abrangência maior à proibição penal.<sup>673</sup> O problema é que, bem ou mal, certo ou errado, o convite foi imediatamente atendido pela edição da US Code 18, § 1.346 acima citada. Ou seja, o caso parece de ofensa à força horizontal do precedente fixado em *McNally*.

Por sua vez, para estudar se a Suprema Corte dos EUA forma seus precedentes pensando no futuro, voltemos mais uma vez ao caso *Bouie v. City of Columbia*. Como dissemos acima, o órgão judicial de vértice daquele país, embora permitindo uma interpretação ampliativa da norma penal incriminadora, vedou a aplicação retroativa da construção desfavorável, isto é, sobre fatos cometidos anteriormente, dizendo que a decisão recorrida ofendia o devido processo legal e a vedação do *ex post facto*. Porém, ao reformar o julgamento com esses fundamentos, deixou de apreciar um outro talvez até mais importante naquele tempo e lugar, em face da segregação racial ainda existente, dizendo expressamente não chegar à alegação de ofensa à cláusula constitucional da proteção da igualdade (p. 2), que teria ficado prejudicada.

Ocorre que, como também deixamos claro, o *holding* formado no caso *Bouie* terminou não prevalecendo no sistema de justiça criminal norte-americano, nem mesmo à luz da própria Suprema Corte que o firmou. Isso permite questionamentos sobre ela ter realmente pensando nas consequências futuras do precedente formado, autorizando dúvidas sobre uma outra razão real, não declarada, para chegar à conclusão em favor dos acusados negros que se recusaram a sair do restaurante que somente atenderia brancos. Não temos como afirmar, é claro, mas talvez a motivação real tenha sido justamente responder àquela evidente desigualdade de tratamento, mas sem que tenha havido a coragem de declará-la, em função possivelmente das dificuldades do momento. Aliás, talvez por isso a decisão nos pareça apresentar alguns pontos confusos em sua fundamentação, ora falando em vedação de norma penal incriminadora excessivamente aberta (p. 3 e 8), ainda que o faça como *obiter dicta*, ora realmente se fundamento na proibição do *ex post facto*.<sup>674</sup>

---

<sup>673</sup> Disponível em

[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10446424144381294593&q=McNally+v.+United+States&hl=en&as\\_sdt=6,34](https://scholar.google.com/scholar_case?case=10446424144381294593&q=McNally+v.+United+States&hl=en&as_sdt=6,34), acesso no dia 15/01/2019.

<sup>674</sup> É verdade que a Suprema Corte dos EUA já construiu a exigência constitucional do devido processo legal tanto no sentido de vedar normas penais incriminadoras excessivamente abertas, exigindo que sua definição permita que as pessoas comuns entendam qual conduta é proibida, como para impedir que novas construções sejam aplicadas retroativamente (EVANSON, Blaine H.; BOUTROUS Jr, Theodore J.. Principle of “Fair Notice”, *In: Southern California Law Review*, 2.013, p. 195 e 196, disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scal86&div=11&g\\_sent=1&casa\\_token=so4VGzwhNq8AAAAA:TRTR8yKgb-iPn5ApXwT1k-8Svpsl04jJOT18hz8JHDXFq4vvyKd38hGxfiiS8H0mQfHJpAI&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scal86&div=11&g_sent=1&casa_token=so4VGzwhNq8AAAAA:TRTR8yKgb-iPn5ApXwT1k-8Svpsl04jJOT18hz8JHDXFq4vvyKd38hGxfiiS8H0mQfHJpAI&collection=journals). Acesso em 20/01/2019).

Isso não passou despercebido por Krent, para quem a decisão em *Bouie* poderia ser racionalizada como parte da estratégia da Suprema Corte, no início dos anos 1960, em tentar resolver os desafios constitucionais dos manifestantes dos direitos civis da maneira mais estrita possível, terminando a corte por esticar-se na procura de algum fundamento para defender o direito dos réus.<sup>675</sup> Se o fundamento para a reforma da decisão inferior fosse a ofensa ao princípio da igualdade, isso deveria valer para todos os outros casos futuros. Talvez aí a “opção” por outro fundamento, o qual, porém, também terminou sem ser a regra para os casos posteriores. De qualquer forma, a solução dada põe em xeque a aplicação prática do aspecto prospectivo do precedente.

### **3. O COMPORTAMENTO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL**

#### **3.1 O FUNCIONAMENTO EM FACE DA CARGA DE TRABALHO**

No período anterior à guerra civil, a Suprema Corte dos EUA decidia uma média pouco superior a cinquenta causas por ano. No fim do século XIX, esse número tinha crescido para duzentos e cinquenta, o que levou o Congresso, em 1891, a decidir por deixá-la limitada, até que, em 1925, permitiu que ela os selecionasse, com números que giravam de duzentos a duzentos e dez por ano. Recentemente, esse número tem diminuído para algo em torno de oitenta por ano, embora tenha aumentado bastante o número de votos majoritários, de votos concorrentes e de votos divergentes.<sup>676</sup> A quantidade evidentemente é muito inferior à brasileira, em uma diferença que demonstra importantes ideologias oposta. Realmente, uma consulta ao próprio *website* do tribunal norte-americano comprova que ele tem aceitado argumentação oral, após a concessão do *certiorari*, em setenta a oitenta casos por ano,<sup>677</sup> embora valha observar que alguns poucos casos são revertidos sumariamente, sem a referida argumentação oral.

---

Todavia, no caso não apenas a segunda vertente foi mencionada, sem esquecermos o fato de que ela tem previsão específica na própria redação originária da Constituição norte-americana.

<sup>675</sup> KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. In: *Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019, p. 56.

<sup>676</sup> HOFFER, Charles Peter; HOFFER, William James Hull; HULL, N.E.H. *The Supreme Court: an essential history*. Kansas: University Press of Kansas, 2007, p. 11.

<sup>677</sup> Disponível em [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/oral\\_arguments.aspx](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/oral_arguments.aspx). Acesso no dia 11/11/2019. A quantidade de processos dos últimos anos também pode ser vista em <https://www.fjc.gov/history/courts/caseloads-supreme-court-united-states-petitions-certiorari-1970-2015>. Acesso no dia 11/11/2019.

Fazendo uma comparação do ano de 1972 com o passado, Griswold já dizia que, não obstante a Suprema Corte dos EUA estivesse recebendo mais casos, estava decidindo um número consideravelmente menor no mérito. Ele observava, outrossim, já naquele ano, que a corte estava gastando menos tempo escutando os argumentos orais das partes do que acontecia anteriormente.<sup>678</sup>

Mesmo depois disso, continuou a tendência de declínio no número de casos que a Suprema Corte dos EUA escuta no mérito. Atualmente, ela escuta a metade do número que ouvia em 1980, embora tenha havido um aumento na quantidade de advogados especializados nesse tipo de trabalho. Seu presidente costumava pensar que isso era um problema, mas passados os anos ele passou a entender que isso não é o mais sério.<sup>679</sup>

Entre 1950 e 2004, o número de casos apresentados à Suprema Corte dos EUA cresceu de 1.181 para 7.496, dos quais 5.755 foram na justiça gratuita, enquanto 1.741 fora dela, desproporção ocasionada justamente pelo aumento de causas criminais, abrangente de muitos réus pobres, assistidos por defensores públicos que se sentem obrigados a recorrer de todos os casos para a mais alta corte. O resultado disso é que em 2004 foi concedido o *certiorari* em apenas 0,2% dos pedidos feitos sob o âmbito da justiça gratuita, contra 4% nos demais casos.<sup>680</sup>

Atualmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos geralmente recebe de sete a dez mil casos por termo judicial. Após serem protocolados, o presidente do órgão apresenta uma lista de discussão que abrange de vinte a trinta por cento do total, fazendo circular essa lista anteriormente a uma espécie de sessão de admissibilidade, sendo facultado aos demais ministros adicionar outros casos, embora não possam subtrair os incluídos. Nas conferências de seleção dos casos que terão o mérito julgado naquela corte, exige-se que ao menos quatro integrantes concordem com a revisão. Uma vez admitido, o *clerk* agenda uma data para sustentação oral, geralmente não menos de três meses após a concessão do *certiorari*. Essas sessões podem ser marcadas durante sete meses, de outubro de um ano a abril do ano seguinte, duas semanas para cada mês, nos dias de segunda, terça e quarta. Em cada um desses dias, o colegiado geralmente “ouve” dois casos, com aproximadamente uma hora de sustentação para cada, lembrando que nesse tempo estão incluídas as perguntas formuladas pelos *justices*. Por sua vez, todas as sextas dos referidos meses são realizadas conferências para discussão dos casos e tentativa de votação, dia que é mudado para as quintas nos meses de maio e junho. Com

---

<sup>678</sup> GRISWOLD, Erwin N.. Appellate Advocacy, with Particular Reference to the United States Supreme Court. In: *New York State Bar Journal*, v. 44, n. 6. New York: New York State Bar, Oct. 1972, p. 381.

<sup>679</sup> ROBERTS JR., John G. Oral Advocacy and the Re-emergence of a Supreme Court Bar. In: *Journal of Supreme Court History*, v. 30, n. 1. Washington DC: mar. 2005, p. 75.

<sup>680</sup> GRESSMAN, Eugene *et al.* *Supreme Court Practice*. 9th ed. Arlington: BNA Books, 2007, p. 236 e 237.

a formação da maioria, a causa entra na etapa de redação e circulação dos votos, finalmente se encerrando com o anúncio e publicação do inteiro teor do acórdão, o que ocorre, na maioria das vezes, em maio e junho.<sup>681</sup>

Pode parecer pequeno o número de sessões de sustentação oral realizadas por aquela corte, mas se fizermos as contas, veremos que é suficiente para o número de casos nos quais ela decide o mérito. De outra parte, se as sessões são realizadas aproximadamente em quarenta e dois dias do ano, fica a impressão de que os *justices* não fazem nada nos dias restantes, o que, todavia, não é verdade. Com efeito, além de inúmeras outras atividades, depois da fase de sustentação oral a corte se reúne para deliberação, após o que o caso será atribuído a um dos membros para redação do voto majoritário.<sup>682</sup>

Por causa do crescimento na proporção de decisões de tribunais inferiores em relação ao volume da Suprema Corte, ela não pode mais controlá-las por meio de determinações específicas, caso a caso, sendo forçada a agir “legislativamente”. Apesar disso, muitos dos casos encerrados nos tribunais federais de 2º grau não são nem remotamente candidatos plausíveis para revisão adicional.<sup>683</sup> Ora, se mais ou menos dez mil causas são levadas anualmente à corte, mas apenas setenta ou oitenta são efetivamente admitidas, mediante a concessão do *writ of certiorari*, o percentual de apreciação não passa de 1%, de onde se deduz justamente que a grande maioria não é efetivamente julgada. Isso não conta em favor de uma corte de precedentes, embora conte em benefício de uma corte mais preocupada com a administração da justiça e do seu próprio funcionamento.

Por seu lado, se realmente considerarmos, como faz parte da doutrina norte-americana, que questões constitucionais mereçam um tratamento diverso daquele dado aos demais ramos do direito, é importante dizer que atualmente elas não passam de 50% do total de causas julgadas na Suprema Corte. Ela tem decidido um número menor de ações que envolvem matéria constitucional do que decidia nos anos sessenta ou setenta. Para nós, porém, o número não é tão baixo assim. Segundo Posner, 38% das causas julgadas naquele órgão, no ano de 2.004, abordou assuntos constitucionais, os quais teriam sido objeto de maior divergência entre os ministros em face da crescente polarização política da nação com respeito a assuntos como, por exemplo, no campo criminal, o relacionado às penas capitais.<sup>684</sup>

---

<sup>681</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2.015, p. 52 e 53.

<sup>682</sup> Disponível em [https://www.supremecourt.gov/casehand/guide%20for%20counsel\\_2017.pdf](https://www.supremecourt.gov/casehand/guide%20for%20counsel_2017.pdf), acesso no dia 08/10/2018, p. 14.

<sup>683</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 269 e 270.

<sup>684</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 271.

Outrossim, interessante notar que, embora o governo norte-americano atualmente tenha aparecido mais vezes perante a Suprema Corte que no passado, estando presente em mais de 80% dos casos que são efetivamente ouvidos lá, há necessidade de autorização da chefia para a interposição de recurso não apenas para a mais alta corte do país, como até de qualquer instância para outra,<sup>685</sup> lógica oposta à brasileira. Neste ponto, porém, é importante ter em mente que o órgão acusatorial nos Estados Unidos integra o próprio governo, de maneira que o índice apontado deve abranger também as ações criminais.

Aliás, a taxa de sucesso para obtenção do *writ of certiorari* é muito maior para o *solicitor general*, que representa o governo norte-americano, inclusive no sistema de justiça penal, ponto que, na prática, pode contar em desfavor da razão da existência do instituto. O seu sucesso está não apenas na sua maior especialização sobre o assunto, ou no maior rigor na escolha dos casos a submeter à Suprema Corte, como também porque as causas que envolvem o governo são de importância pública mais geral. De todo modo, entre 1998 e 2005 a Suprema Corte dos EUA concedeu revisão plenária ao “Estado” em 50% dos seus pedidos de *certiorari*, em contraste com a concessão de 3 a 4% de pedidos não gratuitos de outras partes.<sup>686</sup>

No que diz respeito à composição, a Suprema Corte dos Estados Unidos é composta por um *chief justice* (presidente) e oito *associate justices* (os outros ministros),<sup>687</sup> possuindo ainda mais de quinhentos funcionários.<sup>688</sup> Esses números são diretamente proporcionais à quantidade de processos, para evitar enormes atrasos, mas chegando até um ponto em que muitos consideram o limite.<sup>689</sup> Isso não poderia ser muito diferente naquele país, diante da necessidade que eles possuem de dar conta da carga de trabalho, possuindo também relação com suas despesas anuais, as quais, no ano de 2015, giraram em torno de noventa mil dólares, dos quais setenta e oito mil foram gastos com pessoal, enquanto os doze mil restantes foram efetuados com necessidades prediais, dados que, de qualquer forma, mostram que o tribunal compreende apenas uma pequena fração dos gastos do governo federal.<sup>690</sup>

Em função do aumento de demandas perante a Suprema Corte dos EUA, com o passar dos anos um grupo de assessores tem crescido, os *clerks*, que preencheram uma importante

---

<sup>685</sup> ROBERTS JR., John G. Oral Advocacy and the Re-emergence of a Supreme Court Bar. In: *Journal of Supreme Court History*, v. 30, n. 1. Washington DC: mar. 2005, p. 77 e 79.

<sup>686</sup> GRESSMAN, Eugene *et al.* *Supreme Court Practice*. 9th ed. Arlington: BNA Books, 2007, p. 237. Segundo autor, estes dados estatísticos foram retirados da página do escritório do *Solicitor General* (<http://www.usdoj.gov/osg/briefs/brieftype.htm>).

<sup>687</sup> 28 U.S.C., § 1, disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1>, acesso no dia 07/02/2019.

<sup>688</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2.015, p. 59.

<sup>689</sup> Disponível em [https://supremecourthistory.org/htcw\\_workload.html](https://supremecourthistory.org/htcw_workload.html), acesso no dia 07/02/2019.

<sup>690</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2.015, p. 2 e 44.

necessidade. Se não existissem, teriam que ser inventados.<sup>691</sup> Como dito, aproximadamente dez mil recursos são interpostos todos os anos, mas poucos são efetivamente “admitidos”, o que termina exigindo a existência de uma pirâmide burocrática de servidores, relevante para ajudar em tal seleção. Atualmente cada juiz da suprema corte tem 3 ou 4 *clerks*, que servem por apenas um ou no máximo dois anos, sendo eles próprios que entrevistam seus potenciais substitutos. O *clerk* é um oficial administrativo que, dentre outras atribuições, manuseia os recursos submetidos e distribuídos, sendo responsável também pelo calendário e pela admissão da lista de pessoas permitidas a argumentar perante ela, conduzindo ainda um gabinete com seus vários membros.<sup>692</sup> Também lhes cabe a preparação de ordens e julgamentos, bem como a comunicação com os advogados, tendo autoridade para rejeitar qualquer arquivo submetido fora das regras da corte,<sup>693</sup> parecendo-nos atuar como uma espécie de assessor jurídico, de certa forma com mais poder que o brasileiro.

Para Griswold eles não estão fazendo o trabalho dos “ministros”, mas apenas escrevendo minutas para os seus chefes, embora com uma ligação pessoal muito próxima, após discussão e insistência no seu ponto de vista, não havendo nada de errado nisso, já que os *justices* têm uma tarefa incrível, precisando de toda ajuda que possam conseguir.<sup>694</sup> Vale lembrar, ademais, que nos EUA os julgadores marcam uma sessão na qual escutam a argumentação oral da parte, momento no qual inclusive formulam muitas perguntas, mas sem emissão de uma decisão na mesma oportunidade, ainda que, na realidade, talvez já a tenham internamente. De qualquer forma, depois da argumentação oral eles se reúnem novamente, agora de forma secreta, para debate interno e escolha do *holding* da maioria, com escolha, também, daquele que redigirá o voto vencedor, o concorrente e o dissidente, se for o caso. No Brasil, pelo contrário, se houver esse estudo entre um determinado ministro e sua equipe, a decisão será tomada não apenas antes da sustentação oral como também antes do debate com os demais integrantes da corte – ou turma, levando-se o voto pronto para sessão de “julgamento”. Isso, ao lado da quantidade de processos muito maior, pode facilitar a tomada de decisão pelo próprio “assessor”, com reduzido controle da chefia e do próprio colegiado.

---

<sup>691</sup> GRISWOLD, Erwin N.. Appellate Advocacy, with Particular Reference to the United States Supreme Court. In: *New York State Bar Journal*, v. 44, n. 6. New York: New York State Bar, Oct. 1972, p. 381.

<sup>692</sup> HOFFER, Charles Peter; HOFFER, William James Hull; HULL, N.E.H. *The Supreme Court: an essential history*. Kansas: University Press of Kansas, 2007, p. 443 e 444.

<sup>693</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2.015, p. 56 e 61.

<sup>694</sup> GRISWOLD, Erwin N.. Appellate Advocacy, with Particular Reference to the United States Supreme Court. In: *New York State Bar Journal*, v. 44, n. 6. New York: New York State Bar, Oct. 1972, p. 382.

### 3.2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS *OPINIONS* E OS LIMITES ÀS PEÇAS RECURSAIS

Sob um ponto de vista prático, parece óbvio que um “direito decisional” é mais provável de desenvolver-se onde as decisões são apresentadas inteiramente, no sentido de abrangerem uma completa afirmação dos fatos, como também das razões e fontes jurídicas invocadas.<sup>695</sup>

Nada obstante, não se pode esquecer da necessidade de viabilização desse tipo de comportamento. Pensando nisso nos Estados Unidos há previsão não apenas de requisitos de conteúdo das peças apresentadas à Suprema Corte como também de limite de palavras. Se um advogado desejar apresentar uma peça que supere o limite previsto, deverá antes formular um pedido específico a um dos *justices*, individualmente, o que deverá acontecer apenas em circunstâncias extraordinárias.<sup>696</sup>

O limite máximo de palavras das peças apresentadas pelas partes não inclui, segundo a regra 33.1, d, da Suprema Corte, as perguntas que lhe são formuladas, a lista de partes, o índice, além de outras formalidades exigidas. Mas, abrangendo as notas de rodapé, o limite de palavras para as petições de concessão de *certiorari* é de nove mil – regra 33.1, (g), (i), sendo de quinze mil o limite para as petições de mérito – regra 33.1, (g), (v). Só para se ter uma ideia, levando em consideração uma página redigida em *word*, seguindo as regras da ABNT, esse limite seria, respectivamente, de aproximadas 25 e 40 páginas, embora lá o número não seja exatamente esse em razão das diferentes regras de formatação, previstas principalmente na regra 33.1, (b).

Por sua vez, há quem diga que em 1969 os *justices* redigiam as fundamentações das suas decisões, no geral, numa média de 22,3 páginas por caso, tamanho mais de duas vezes maior do que acontecia trinta anos antes. Não havia dúvida, já naquele ano, que a demanda perante a corte era enorme, muito mais pesada tanto intelectualmente, como no volume físico, do que era compreendido pelo público em geral.<sup>697</sup> De outra parte, embora tratando apenas dos votos majoritários, Epstein parece apresentar um número diferente. Para ela, desde 1953, a média é de 3.000 palavras usadas na confecção de tais votos, o que equivale mais ou menos a oito páginas, embora a tendência ascendente seja perceptível, com quase 1.000 palavras a mais desde o ano 2.000, chegando à média de 3.798 palavras, equivalentes a pouco mais de dez

---

<sup>695</sup> MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 624.

<sup>696</sup> Disponível em [https://www.supremecourt.gov/casehand/guide%20for%20counsel\\_2017.pdf](https://www.supremecourt.gov/casehand/guide%20for%20counsel_2017.pdf), acesso no dia 08/10/2018, p. 18.

<sup>697</sup> GRISWOLD, Erwin N.. *Appellate Advocacy, with Particular Reference to the United States Supreme Court*. In: *New York State Bar Journal*, v. 44, n. 6. New York: New York State Bar, Oct. 1972, p. 381.

páginas. Segundo ela, talvez o declínio na pauta plenária seja responsável pela verbosidade, embora outros fatores também possam entrar em ação.<sup>698</sup>

Dan Schweitzer, advogado que atua perante a Suprema Corte dos EUA supervisionando o NAAG, uma espécie de associação nacional dos procuradores gerais dos Estados,<sup>699</sup> sugere, por sua vez, um limite no uso de citações efetuadas nos recursos interpostos perante aquele tribunal, dizendo que nenhum bloco delas deve superar meia página. A melhor solução, segundo ele, é apresentar os fatos e fundamentos mais importantes nas próprias palavras do recorrente, até porque o uso de citações é um convite para que essas partes sejam puladas e nunca lidas por ninguém.<sup>700</sup>

Estabelece a regra 14.1, subseção (a), da Suprema Corte, que as perguntas devem ser colocadas na primeira página após a capa, e nenhuma outra informação pode aparecer naquele local.<sup>701</sup> Em outras palavras, logo depois da capa da peça recursal, na página seguinte, antes mesmo do sumário e, evidentemente, das razões de recurso, o recorrente deve demonstrar a “pergunta apresentada”, isto é, deve efetuar uma pergunta à corte, a qual inclusive delimita a questão objeto do recurso. Nesta página geralmente irá constar apenas um parágrafo curto com a pergunta, ou dois, no caso de ela ser antecedida de uma breve afirmação preliminar, a qual não corresponde a um resumo das razões, mas apenas a uma base para esclarecer a pergunta. É uma seção muito importante da peça, porque é a primeira coisa que o *clerks* e os *justices* lêem, gerando a primeira impressão deles. Embora não seja vedado que ela seja apresentada em mais de uma página, a existência de uma segunda já conta em desfavor do recorrente.<sup>702</sup>

A importância da pergunta é evidente, diante da discricionariedade da corte na concessão do *certiorari*. É por isso que ela é destacada do restante, permitindo que só a sua leitura, que acontece rapidamente, já dê no mínimo um caminho para o leitor saber se a questão recorrida é importante para a nação norte-americana. Tanto que o falecido *justice* Brennan dizia

---

<sup>698</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2.015, p. 247.

<sup>699</sup> A Associação Nacional dos procuradores gerais (National Association of Attorneys General - NAAG) foi fundada para ajudar os referidos procuradores na responsabilidade de seus gabinetes, objetivando a alta qualidade de seus serviços e contribuindo na sua atuação perante a Suprema Corte dos EUA. Para esse fim, Schweitzer edita de 40 a 50 peças estaduais protocoladas a cada ano na Corte, possuindo mais de vinte anos de experiência nessa área (disponível em <http://www.naag.org/>, acesso no dia 05/10/2018).

<sup>700</sup> SCHWEITZER, Dan. *U.S. Supreme Court: Brief Writing Style Guide*. Washington D.C: NAAG, 2017, p. 3.

<sup>701</sup> Disponível em <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>, acesso no dia 08/10/2018.

<sup>702</sup> SCHWEITZER, Dan. *U.S. Supreme Court: Brief Writing Style Guide*. Washington D.C: NAAG, 2017, p. 6 e 8.

que sabia imediatamente, depois da leitura da pergunta apresentada, se ele poderia estar interessado em votar para conceder o *certiorari*.<sup>703</sup>

A questão apresentada para revisão, ou seja, essa pergunta, deve ser formulada de forma concisa em relação às circunstâncias do caso, sem detalhes desnecessários, sendo curta e sem argumentações ou repetições, consoante a mesma regra 14.1, (a), da Suprema Corte.<sup>704</sup>

Na verdade, o objetivo do recorrente é sempre ser simples e direto, tornando fácil e compreensível a leitura da sua peça pelos *justices*. No momento, por exemplo, de incluir as previsões constitucionais e legais, nos EUA o recorrente deve mencionar apenas as subseções, não as seções inteiras – aqui seria a inclusão só do inciso, parágrafo ou alínea, não do artigo inteiro, valendo lembrar que só devem ser mencionadas as previsões normativas diretamente relevantes para a solução da controvérsia.<sup>705</sup>

A falha do peticionário em apresentar com exatidão, brevidade e clareza o que for essencial para o entendimento pronto e adequado dos pontos que requerem consideração é razão suficiente para que a corte negue uma petição, de acordo com a sua regra 14.4.<sup>706</sup> Os *justices* e seus *clerks* têm muito o que ler, razão pela qual brevidade será apreciada por aqueles que mais contam.<sup>707</sup>

Importante falar também sobre os indeferimentos sumários efetuados pela Suprema Corte dos EUA. Apesar da possibilidade, por exemplo, de concessão de *habeas corpus* naquela instância, além de a prática não caminhar no mesmo sentido, ordinariamente a negativa tem ocorrido por meio de decisão não apenas sem fundamentação, como até sem intimação da parte contrária para resposta,<sup>708</sup> o que, aliás, se coaduna com a natureza discricionária de tais atos jurisdicionais.

Os *justices* geralmente concedem *certiorari* nas causas que desejam reformar. Ainda que o número de reforma das decisões não tenha chegado a 80% dos casos admitidos em cada termo,<sup>709</sup> esse percentual é muito elevado. Não obstante, inadmitir a grande maioria dos

---

<sup>703</sup> SCHWEITZER, Dan. *U.S. Supreme Court: Brief Writing Style Guide*. Washington D.C: NAAG, 2017, p. 6.

<sup>704</sup> Disponível em <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>, acesso no dia 08/10/2018.

<sup>705</sup> SCHWEITZER, Dan. *U.S. Supreme Court: Brief Writing Style Guide*. Washington D.C: NAAG, 2017, p. 6, 12, 13 e 20.

<sup>706</sup> Disponível em <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>, acesso no dia 08/10/2018.

<sup>707</sup> SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. In: *The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, p. 537.

<sup>708</sup> SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013, p. 675.

<sup>709</sup> EPSTEIN, Lee *et al. The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2015, p. 248, 274 e 275.

recursos interpostos, de forma discricionária, termina tendo o mesmo efeito prático de confirmação da decisão recorrida por seus próprios fundamentos, evidentemente sem apreciação da argumentação efetuada pelo recorrente como necessária para reformar a decisão recorrida.

No que toca à publicização dos precedentes e da exigência de fundamentação das *opinions*, insta salientar que antes mesmo da independência dos EUA, na sua metrópole já se ensinava que os julgamentos eram cuidadosamente registrados e preservados, sob o nome de *records* (um tipo de ficha, registro ou ata), em repositórios públicos separados para fim específico, sendo frequentemente utilizados quando surgia uma questão crítica, para verificação de quais precedentes poderiam dar luz ou assistência na sua solução.<sup>710</sup> Ainda que naquela época eles não fossem tão seguros e completos, como já estudamos, situação parecida ocorria na antiga colônia inglesa.

As decisões da corte podem se tornar públicas a qualquer tempo depois da sustentação oral. A única informação que o *clerk* ou sua equipe pode passar é de que geralmente os julgamentos relativos a determinado termo judicial são liberadas antes do final de junho,<sup>711</sup> valendo lembrar que lá o termo começa na primeira segunda-feira de outubro e termina no dia anterior do ano seguinte, segundo a regra número três.<sup>712</sup>

Nos Estados Unidos, uma causa é mencionada pelo nome das partes envolvidas, não pelo número do processo, ao contrário do que ocorre no *civil law* e, particularmente, no Brasil. Pode-se afirmar que nosso sistema é melhor neste ponto, por causa da necessidade de proteção da privacidade dos envolvidos, mas o argumento fica fragilizado na medida em que nossa opção foi pelo processo público, ressalvados apenas os casos de segredo de justiça. Por sua vez, se não é fácil buscar ou lembrar uma norma oriunda de certo precedente chamado pelo nome das partes, muito mais difícil será fazê-lo pelo número do processo, ainda mais se esse número for grande, como é o caso nacional, o que pode terminar apresentando relevância no que toca à facilidade ou dificuldade de os indivíduos conhecerem as decisões da corte de vértice.

A Suprema Corte dos Estados Unidos possui um funcionário responsável pela publicação de suas decisões, o qual pode nomear e fixar a remuneração de assistentes profissionais e administrativos, além de outros empregados, com a aprovação do tribunal ou do

---

<sup>710</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771, p. 69.

<sup>711</sup> Disponível em [https://www.supremecourt.gov/casehand/guide%20for%20counsel\\_2017.pdf](https://www.supremecourt.gov/casehand/guide%20for%20counsel_2017.pdf), acesso no dia 08/10/2018, p. 14.

<sup>712</sup> Disponível em <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>, acesso no dia 08/10/2018, p. 14.

seu presidente. Sob orientação da corte, esse “publicador” prepara as decisões para publicação em volumes encadernados, cabendo-lhe determinar a qualidade e o tamanho do papel, tipo, formato e encadernação, ainda que sujeito à aprovação do órgão.<sup>713</sup>

Por fim, nos Estados Unidos não há que se falar em observância de ementa, súmula, ou mesmo jurisprudência oriunda de uma série de causas decididas no mesmo sentido. De seu turno, Matei *et al* até chegam a mencionar que suas cortes indicam ocasionalmente que pode haver uma diferença de grau entre a força vinculativa de um único precedente e a de uma linha de casos na mesma direção, o que seria diferente da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra, que se contentaria com um único precedente singular.<sup>714</sup> Todavia, além de isso ser muito ocasional naquele país, com os autores citando dois casos antigos, cíveis, de supremas cortes estaduais, para justificar suas afirmações, na verdade esse não nos parece um grande problema da Suprema Corte federal no sistema de justiça penal.

Apesar disso, a forte relação entre a fundamentação das *opinions* e várias limitações às petições apresentadas pelas partes sugere, mais uma vez, uma preocupação maior com a administração da justiça. Ademais, a função de corte de precedentes é ainda mais questionada quando a confrontamos com a forma por meio da qual os *justices* decidem, como passaremos a demonstrar.

### 3.3 COMO DECIDEM OS *JUSTICES*

Nos Estados Unidos tem se falado em algumas categorias ou modelos que tentam explicar a tomada de decisão pelos juízes e, especialmente, pela Suprema Corte. Para um primeiro, o modelo legal, a Suprema Corte decide as disputas com base nos fatos descobertos na causa, no claro significado da Constituição e das leis, bem como na intenção dos legisladores, apoiando-se ainda nos precedentes.<sup>715</sup> Talvez seja neste modelo que se baseiem as afirmações de que a Suprema Corte dos Estados Unidos é uma “corte de precedentes”.

Por outro lado, o modelo chamado de atitudinal ou postural, baseado na fusão de conceitos do realismo jurídico, da ciência política, da psicologia e economia, sustenta que a Suprema Corte decide disputas em face de sua postura ideológica e dos valores dos seus *justices*. Posto de uma forma bem simples, uma corte conservadora decide conservadoramente,

---

<sup>713</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2.015, p. 55.

<sup>714</sup> MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009, p. 620 e 621.

<sup>715</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 86.

enquanto uma corte liberal decide liberalmente. Para esta corrente de pensamento, há clara e convincente prova da importância prevalecte dos valores dos ministros ao menos na solução do mérito das causas,<sup>716</sup> talvez a etapa mais importante do processo judicial, sem falar que a limitação para outros tipos “decisões” não deixaria de levar em conta critérios subjetivos de escolhas meramente pessoais, ainda que com alguma flexibilidade, existente apenas para se alcançar um mínimo desejado ideologicamente.

Abordando o realismo jurídico, um dos pilares do modelo atitudinal, Schauer explica que, para essa corrente de pensamento, os juizes, em vez de primeiro olharem para o direito e depois decidirem, primeiro decidem, ou pelo menos intuem, pressentem o resultado, e só então consultam o direito. Ou seja, da mesma forma que um advogado que começa com a posição de seu cliente e depois procura apoio jurídico para reforçá-la, os juizes, depois de determinarem os fatos, passam para a visão do resultado correto, somente então seguindo à procura da lei, precedentes e outros materiais, para fornecer uma justificativa, uma racionalização para o que eles já haviam decidido. Para esta linha de raciocínio, uma série de fatores extrajurídicos influenciam o resultado de uma decisão judicial, tais como as preferências políticas do juiz, suas visões sobre os litigantes de certas etnias, religiões ou aparências, suas opiniões sobre os advogados, seu senso geral justiça, e, talvez acima de tudo, a composição de sua personalidade.<sup>717</sup>

Há ainda os que defendem que os *justices* decidem mediante um modelo racional, mas não no sentido de que suas decisões seriam tomadas com base numa razão “jurídica”, é preciso não confundir. Este modelo, na verdade, representa uma tentativa de aplicar e adaptar a teoria e os métodos da economia a toda a gama de interações sociais e políticas humanas. Para eles, o indivíduo pode ranquear alternativas, tanto para que prefira umas às outras como para que seja indiferente em relação a elas, mas com escolha feita para maximizar sua satisfação. Isso pode envolver agir de acordo com sua preferência sincera, ou agir de maneira sofisticada, no sentido de ir contra sua preferência, a fim de obter um resultado melhor. Ao contrário das intuições que frequentemente influenciam os modelos comportamentais, os teóricos das escolhas racionais tipicamente insistem que hipóteses e explicações derivam de deduções matemáticas e/ou lógicas.<sup>718</sup>

---

<sup>716</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 86 e 97.

<sup>717</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 129.

<sup>718</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 97 a 99.

Epstein e Knight, por exemplo, sustentam que os *justices* podem primeiramente ser buscadores de política, mas são personagens sofisticados, que não fazem escolhas baseadas apenas em suas próprias preferências. Pelo contrário, eles são atores estratégicos que percebem que sua capacidade de atingir seus objetivos depende de uma consideração das preferências dos outros, das escolhas que eles esperam que os outros façam e do contexto institucional em que atuam. Em outras palavras, suas escolhas podem ser explicadas, de uma forma melhor, como oriundas de comportamento estratégico, não apenas como respostas à ideologia pessoal ou a uma ciência do direito não política.<sup>719</sup>

Se, por exemplo, um *justice* não concorda com uma decisão tomada por um órgão inferior, duas situações podem surgir: se ele acredita que a corte reformará a decisão recorrida, então sua escolha estratégica irá ao encontro da sua sincera preferência, ou seja, à concessão do *certiorari*; de outro lado, se o mesmo *justice* pensa que a corte confirmará a decisão inferior no mérito, então sua escolha estratégica já mudaria para a de negar o *certiorari*, se prevenindo de uma decisão meritória contrária ao seu pensamento.<sup>720</sup> O mesmo método estratégico de julgamento também aconteceria nas decisões de mérito, especialmente quando da apresentação das razões e redação dos votos.<sup>721</sup>

Pensamos que os três modelos de explicação sejam passíveis de crítica, mas deixemos o modelo legal por último, por nos parecer o mais falho de todos no momento, o mais utópico, ao menos se considerarmos, qualitativamente, as causas mais importantes.

O modelo atitudinal de explicação não parece perfeito. Os advogados podem se dar ao luxo de serem realistas, mas eles somente terão sucesso se entenderem a linguagem não realista e as categorias com as quais o sistema jurídico funciona, continuando muito importante o estudo dos diversos ramos do direito. Além disso, mesmo no tocante à atuação da Suprema Corte, o sucesso do realismo não é evidenciado por números,<sup>722</sup> sendo possível que também em muitas oportunidades, ou seja, quantitativamente, as decisões sejam proferidas pela observância de precedentes.

O modelo racional também apresenta seus defeitos. Segal e Speath questionam a alegação de que, seguindo tal modelo, houvesse uma tendência dos *justices* em abrir mão de suas convicções. Segundo eles, na verdade a estrutura do sistema político americano sempre

---

<sup>719</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: CQ Press, 1998, n.p..

<sup>720</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 98 e 99.

<sup>721</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: CQ Press, 1998, n.p..

<sup>722</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 145 e 146.

permite que os *justices* se envolvam em um comportamento racionalmente sincero pelo menos sobre os méritos,<sup>723</sup> o que tem uma perspectiva atitudinalista, considerando que essa sinceridade não é determinada por razões jurídicas, mas por convicções e crenças pessoais.

Aliás, Epstein e Knight, embora utilizem o modelo racional como principal explicação do comportamento da Suprema Corte dos EUA, não deixam de reconhecer que dentre as teorias mais importantes de explicação da decisão judicial está a que defende a primazia das preferências políticas. Segundo eles próprios, os especialistas geralmente concordam que os *justices*, acima de tudo, desejam ver suas preferências políticas gravadas no direito. Eles são, na opinião de muitos, buscadores determinados de política jurídica ou judiciária.<sup>724</sup>

Mas realmente o modelo legal de explicação das decisões parece o mais distante da realidade das causas importantes. Em primeiro lugar, porque o significado claro do texto constitucional ou legal assume uma exatidão matemática no uso da língua que simplesmente não existe,<sup>725</sup> valendo aqui as explicações acima efetuadas quanto aos espaços de discricionariedade nos julgamentos.

Por sua vez, os defensores da interpretação teleológica, baseada na intenção do legislador ou do constituinte, devem reconhecer a escassez do registro histórico: embora esse legislador seja definido, diferentes legisladores tinham diferentes intenções; essa intenção muitas vezes entra em conflito com o significado claro do texto; e, mais notavelmente, os legisladores não reivindicaram que apenas suas motivações pudessem legitimamente vincular gerações futuras,<sup>726</sup> a despeito de esta última afirmação evidentemente não ser aceita pelos originalistas.

O *stare decisis* também falha como uma explicação das decisões judiciais. Existem precedentes legítimos em ambos os lados da controvérsia, permitindo que os *justices* os respeitem, independentemente da posição que ocupem. Além disso, vários métodos permitem que tribunais e juízes evitem a adesão literal a eles, sendo possível até que os *justices* cite precedentes para evitar a adesão a outros precedentes.<sup>727</sup> E acrescentamos: situação não muito diferente acontece com os votos vencido, vencedor e concorrente, cada um deles dizendo-se sustentar nas normas vigentes, sejam elas oriundas da Constituição, das leis ou dos precedentes,

---

<sup>723</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 112 a 114.

<sup>724</sup> EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: CQ Press, 1998, n.p..

<sup>725</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 110.

<sup>726</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 110.

<sup>727</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 110.

como aconteceu em muitos dos casos aqui estudados. Se vários aspectos do modelo legal podem embasar cada um dos lados, e a qualidade dessas posições não pode ser confiavelmente e validamente mensurada *a priori*, então esse pensamento raramente satisfaz a explicação para as decisões do tribunal

Para Posner, a Suprema Corte é de fato uma corte amplamente política quando está decidindo causas constitucionais. Quanto mais o tribunal está preocupado com os casos constitucionais, mais parece um órgão político que exerce uma discricionariedade comparável em amplitude à de uma legislatura. Isso tem explicação: uma constituição tende a lidar com questões fundamentais, que despertam mais emoção do que a maioria das questões legais, mas a emoção pode desviar os juízes da análise técnica desapaixonada. Ademais, elas são questões políticas, além de as disposições serem, ainda mais no caso dos norte-americanos, antigas e vagas,<sup>728</sup> o que de fato tem mais aptidão de facilitar julgamentos político-ideológicos.

É verdade que ele, separando as decisões em matéria constitucional de outras formadas no que chama de método do *common law*, construídas ao longo do tempo, parecendo referir-se aos outros ramos do direito, diz que as últimas tratam de assuntos sobre os quais existe consenso considerável, de maneira que elas dispensariam uma escolha política. Neste último caso, os juízes dariam grande peso ao precedente, hesitando em estabelecer regras amplas e simples, o que resultaria em um direito mais disciplinado e previsível, menos pessoal e político, do que o direito constitucional.<sup>729</sup> Contudo, ainda que esta seja a realidade no âmbito da Suprema Corte dos EUA, os casos criminais por nós estudados terminaram sem deixar de ter uma certa relação com o direito constitucional, em menor ou maior amplitude, sendo ainda mais importante acrescentar que, de toda forma, considerando os números apresentados anteriormente, haveria uma politização das decisões do órgão em mais de 1/3 de suas causas, já que elas abrangeriam o campo constitucional.

Além disso, independentemente do ramo do direito, também tem se afirmado que as regras e a estrutura da Suprema Corte dão aos *justices* uma enorme liberdade para tomar decisões baseadas em suas preferências políticas pessoais. Eles podem promover suas metas de política porque carecem de responsabilidade eleitoral ou política, não têm ambição para cargos mais altos e constituem um tribunal de última instância que controla seu próprio volume de trabalho.<sup>730</sup>

---

<sup>728</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 8, 271 e 272.

<sup>729</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 277.

<sup>730</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 92.

Até a década de 40 do século passado havia pouca dissensão substancial, mas desde então a tendência tem se mantido no sentido de se decidir cerca de dois quintos dos casos por unanimidade, enquanto os outros três quintos têm sido resolvidos com discordância (ainda que tenha havido um declínio no número de dissenso no termo de 2013).<sup>731</sup> Tais números indicam que, pelo menos na prática, no mínimo 60% das causas são julgadas com alguma margem de liberdade, sugerindo a força de fatores não exclusivamente técnicos na confecção da decisão judicial.

Antes de 1940, outrossim, a proporção de casos decididos por uma margem de somente um voto quase nunca excedia 10%, percentual que variou entre 2% e 34% posteriormente, situação que pode desmentir uma alegada objetividade judicial. Aliás, mais elucidativos dessa falta de objetividade são os casos em que a maioria é incapaz de concordar com as razões de decidir (decisões plurais), embora seu número tenha atingido dois dígitos em apenas cinco termos desde 1946.<sup>732</sup>

Assim, mesmo a própria doutrina norte-americana já conseguiu enxergar que os juízes daquele país, na verdade, têm muitíssima discricionariedade, não estando limitados a aplicar regras editadas pelo Legislativo e Executivo, por juízes de gerações anteriores ou por juízes de cortes superiores. Os *justices* da Suprema Corte dos EUA, aliás, operam com menos limites que os juízes federais, exceto pelas restrições políticas da opinião pública. Por isso, é naquele tribunal, principalmente em questões constitucionais, que encontramos os esforços mais árduos, mas menos bem-sucedidos, para demonstrar que os juízes são, ou podem ser, formalistas.<sup>733</sup>

Pesquisas na área da teoria da decisão comportamental sugerem que um juiz que enfrenta a tarefa de resolver uma disputa concreta é suscetível a várias formas de vieses cognitivos. Enviesamentos desse tipo resultam de “heurísticas” decisórias, ou atalhos mentais, que geralmente são úteis, mas também resultam em tipos previsíveis de erro.<sup>734</sup> Por sua vez, do caráter oficial impositivo das decisões judiciais resulta que eles terminam fazendo política. Isso pode parecer chocante, porque a afirmação entra em conflito com a visão de que os juízes são objetivos e desapaixonados quando tomam uma decisão. Porém, o ativismo liberal da década de 50/60 na Suprema Corte dos EUA, seguido não muito tempo depois pelo seu ativismo conservador, certamente deve ter diminuído a quantidade de remanescentes da antiga noção

---

<sup>731</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2.015, p. 247-248.

<sup>732</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2.015, p. 247.

<sup>733</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 14.

<sup>734</sup> SHERWIN, Emily. *Judges as Rulemakers*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=790666>, acesso no dia 27/06/2016, p. 4-5.

mais formal. Ainda que os norte-americanos achem perturbador admitir a formulação de políticas judiciais, isso acontece porque cercamos a decisão judicial com uma proteção por mitos, cuja essência é o pensamento de que elas são neutras. Apesar de os juízes relutarem em admitir o óbvio, até os próprios *justices* reconhecem que a análise da maioria é motivada por sua preferência política, ainda que isso não aconteça de uma forma subversiva, mas mediante a escolha entre um curso alternativo de ação.<sup>735</sup>

Destarte, à exceção do modelo legal, justamente o que, dentro do limitado âmbito dos casos aqui estudados, nos parece o mais frágil, o certo é que os outros dois defendem inúmeras influências externas na tomada da decisão judicial pela Suprema Corte dos Estados Unidos, não estritamente jurídicas, muito menos baseadas na observância de precedentes, fato confirmado ainda por mais duas constatações.

A primeira é relacionada ao fato de que, para muitos, a forma de operação da Suprema Corte dos EUA é obscura, já que a complexidade de casos que ela escolhe para ouvir e decidir não pode ser facilmente explicada. Ademais, as deliberações da Corte são tomadas em segredo, o que retira da inspeção das pessoas a sua forma de operar e de pensar.<sup>736</sup> É difícil precisar se o resultado seria outro no caso de uma opção diversa, como por exemplo a brasileira, diante da influência, consciente ou não, de fatores externos influenciadores do julgamento que não são declarados. De qualquer forma, o fato é que também existem problemas na corte de vértice daquele país.

Lá, porém, o problema da influência externa sobre as decisões judiciais da corte de vértice é mais estudado do que no Brasil. Posner chegou a sugerir que juízes norte-americanos são predestinados ao pragmatismo, mas que uma descrição mais esclarecedora quanto aos ministros da Suprema Corte é que eles são juízes políticos, especialmente quando estão decidindo questões de direito constitucional. As habituais restrições externas à discricionariedade judicial são severamente atenuadas no mais alto nível jurisdicional, exceto no que toca à opinião pública, que opera mais fortemente lá do que em tribunais inferiores. No entanto, essa é uma das mais problemáticas restrições externas aos juízes, porque se imagina que os legisladores sejam limitados pela opinião pública, enquanto se crê que os juízes a ignore. De qualquer forma, o fato é que para ele os precedentes não configuram um constrangimento para o órgão judiciário supremo do seu país.<sup>737</sup>

---

<sup>735</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 6 e 10.

<sup>736</sup> HOFFER, Charles Peter; HOFFER, William James Hull; HULL, N.E.H. *The Supreme Court: an essential history*. Kansas: University Press of Kansas, 2007, p. 1 e 2.

<sup>737</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 269, 274 e 275.

A outra constatação que caminha em favor da forte ideologia a influenciar as decisões tomadas pela Suprema Corte dos EUA está no caminho da nomeação dos seus ministros. Se suas decisões fossem predominantemente técnicas, talvez o foco da preocupação fosse outra naquele momento crucial. Mas lembremos a ênfase colocada na ideologia do candidato durante as audiências de confirmação do seu nome, com a exclusão da preocupação com sua capacidade jurídica. Hoje em dia é exigida uma competência mínima, mas acima desse nível os concorrentes ganham pouco crédito por serem analistas jurídicos, às vezes até recebendo crédito negativo por isso. Por exemplo, nenhuma pergunta efetuada a John Roberts, em sua audiência para confirmação como presidente do tribunal, foi formulada para testar seu conhecimento técnico.<sup>738</sup> O foco das nomeações dos *justices* nas crenças políticas extraleais dos candidatos corresponde a uma visível manifestação do crescimento da consciência “realista”<sup>739</sup> acima mencionada.

Outro exemplo foi mais recentemente levantado no *Washington Post*. Matéria do repórter político Aaron Blake, expôs que um comentário da ministra Ruth Bader Ginsburg, no sentido de ter ao menos até 2023 para se aposentar, era um sinal aos liberais para não se preocuparem com a possibilidade de o presidente conservador Donald Trump efetuar outra nomeação para vaga na Suprema Corte. Segundo o texto, outrossim, ela fez menção de ficar até mais ou menos os noventa anos, o que ainda teria demonstrado a possibilidade de se estender um pouco mais em caso de reeleição do presidente em 2020.<sup>740</sup>

Problema não muito diferente aconteceu com o também recente processo de nomeação do *justice* Kavanaugh. Outra matéria, agora publicada na *Time*, por Molly Ball e Tessa Berenson, apontou o mais recente desenvolvimento da Suprema Corte dos EUA, de uma instituição nominalmente apartidária, em um instrumento de política. Em uma nação dividida, “esquerda e direita” estão começando a ver o tribunal menos como um intérprete do direito, do que como um ativista que impõe resultados morais e políticos.<sup>741</sup>

A propósito, existe estudo empírico nos EUA demonstrando o percentual de decisões da Suprema Corte mais liberais ou conservadoras nos vários ramos do direito. Se analisarmos apenas as áreas do processo penal e das liberdades civis (que abrangem matéria criminal), notaremos que as decisões liberais superaram as conservadoras apenas durante o período

---

<sup>738</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 278.

<sup>739</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 145.

<sup>740</sup> Disponível em [https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2018/07/30/the-suspicious-political-timing-of-ruth-bader-ginsburgs-retirement-comments/?noredirect=on&utm\\_term=.9031a6172d45](https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2018/07/30/the-suspicious-political-timing-of-ruth-bader-ginsburgs-retirement-comments/?noredirect=on&utm_term=.9031a6172d45). Acesso no dia 21/02/2019.

<sup>741</sup> Disponível em <http://time.com/5407920/supreme-court-problems/>. Acesso no dia 21/02/2019.

presidido pelo *justice* Warren, entre 1953 e 1968, reconhecidamente o período mais liberal da corte. Assim, os resultados podem refletir as mudanças na composição do tribunal e as atitudes dos juízes mais recentemente nomeados – para citar apenas duas possibilidades,<sup>742</sup> ratificando a grande influência de fatores metajurídicos influenciando a tomada da decisão judicial no âmbito da Suprema Corte norte-americana.

---

<sup>742</sup> EPSTEIN, Lee *et al.* *The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2015, p. 248 e 276.

## CONCLUSÃO

Iniciamos esta parte final do trabalho com uma importante advertência: ainda que tenhamos que pinçar as ideias principais resultantes daquilo que investigamos, nossa conclusão não corresponde a um mero resumo do que já foi exposto. Pelo contrário, agora finalmente objetivamos confirmar ou não as nossas duas hipóteses apontadas na introdução, apresentando as respostas às perguntas que formulamos, o que faremos mediante a efetiva comparação entre o papel das duas cortes pesquisadas. Afinal, diante de tudo aquilo que estudamos, é possível dizer que, no sistema de justiça penal, o STF funciona como uma corte de justiça, enquanto a Suprema Corte dos EUA tem o papel de corte de precedentes?

Ressaltamos que o papel das cortes de vértice vem sendo objeto de vários estudos ao longo dos anos. Porém, sua importância cresceu muito no Brasil principalmente no último quinquênio, talvez pelo aumento da visibilidade do STF, como também das críticas que tem recebido, em face de decisões que têm impactado fortemente os destinos do país.

Para Mitidiero, uma solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. Assim, defende que uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes, ou, dito mais sinteticamente, entre cortes de justiça e cortes de precedentes.<sup>743</sup> Para ele, esta missão deveria ficar com os tribunais superiores, enquanto aquela ficaria com as demais cortes.

Castanheira Neves não chega ao ponto de excluir uma concomitante função jurisdicional revisora das cortes de vértice, própria de um tribunal de “revista”. Todavia, enaltece que deverão ser fornecidas outras atribuições ao supremo tribunal, por meio das quais se obtenha dele um contributo específico para a própria normatividade jurídica globalmente considerada. A intenção da justiça quanto à decisão do caso concreto não justificaria, por si só, a abertura a uma “terceira” instância, exclusivamente igual às outras, salvo no tocante a sua superioridade hierárquica.<sup>744</sup>

Já expusemos a linha de pensamento do nosso referencial teórico na introdução, mas agora é necessário repetir. Segundo Taruffo, talvez o principal papel das “modernas” cortes

---

<sup>743</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

<sup>744</sup> NEVES, A. Castanheira. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 651-652.

supremas seja proativo: o caráter fundamental da questão jurídica que justifica o exame do recurso, bem como a capacidade de a decisão participar do desenvolvimento do direito são fatores orientados ao futuro. A solução de questões específicas é capaz de orientar decisões futuras sobre problemas de relevância jurídica supraindividual, o que manifesta uma função pública. Enquanto isso, o verdadeiro controle de legitimidade das decisões de mérito é ou deveria ser desenvolvido pelas cortes de segundo grau.<sup>745</sup>

O jurista italiano defende, igualmente, haver uma tendência dos últimos anos que parece mover-se da função tradicional de tutela da legalidade em sentido reativo, de controle da legitimidade das decisões tomadas em casos concretos específicos, para uma função proativa de desenvolvimento da legalidade em sentido dinâmico e orientado para o futuro. Assim, ao contrário do modelo italiano, francês e espanhol, no qual a corte de última instância está preocupada com a “justiça” do caso concreto, com a controvérsia particular e específica, no sistema norte-americano a corte suprema considera o interesse individual da parte recorrente como secundário, mais como um pretexto em razão do qual ela estabelece, de vez em quando, se irá intervir e como intervirá sobre uma questão jurídica.<sup>746</sup>

Além da missão de produzir norma para o futuro, Mitidiero também defende que a função de uma corte suprema de precedentes é dar unidade ao direito mediante sua “adequada” interpretação a partir do julgamento de casos a ela apresentados.<sup>747</sup> Outro não é o pensamento de Marinoni, para quem a corte suprema não deve mais se limitar a corrigir a aplicação da lei para resolver o caso concreto, devendo suas decisões formar precedentes, destinados a orientar a sociedade e a regular casos futuros, mas também para que a igualdade e a liberdade não sejam violadas.<sup>748</sup>

A despeito de haver forte resistência à referida linha de raciocínio, sob o ponto de vista ideológico não discordamos daqueles que enaltecem as funções de produção de normas prospectivas e uniformização do direito para as cortes de vértice. Por questões práticas, não vemos como garantir três ou quatro graus de jurisdição, nem mesmo para os direitos fundamentais, porque esta opção ocorre em detrimento da efetividade do direito e das

---

<sup>745</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 238, 239 e 250.

<sup>746</sup> TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, p. 235, 237-238 e 248-249.

<sup>747</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

<sup>748</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 20 e 23.

possibilidades do país. Todavia, nossa preocupação neste estudo não é com aquilo que pensamos ser o ideal, mas com a real situação do STF e da Suprema Corte dos EUA, e de forma limitado ao sistema de justiça penal, iniciando pela alegada missão de produzir normas criminais para o futuro.

O princípio da legalidade penal se divide em quatro exigências: lei certa, lei escrita, lei estrita e lei prévia. O STF, embora em matéria de processo penal, já teve oportunidade de enfatizar a primeira, asseverando a certeza do texto “legal” mesmo quando suas palavras não são tão claras, enquanto a Suprema Corte dos EUA, até de forma mais aproximada de estudos linguísticos dos últimos anos, tem ressaltado o contrário, enfatizando a abertura das redações dos tipos penais, a serem preenchidas pelo Judiciário, que constrói o sentido do texto de uma forma criativa.

Todavia, a corte brasileira iniciou a flexibilização da exigência de lei escrita e estrita, já que terminou criminalizando a homofobia e transfobia sem previsão legal, por analogia, com base nos costumes atuais, além de ter sinalizado pela possibilidade de modificação de penas abstratas escolhidas pelo legislador. Em contraste, o uso dos chamados *common law crimes* nos EUA foi banido desde 1812, enquanto não conhecemos precedente da sua Suprema Corte que tenha alterado os limites da cominação das penas, embora lá a amplitude seja maior do que aqui, o que termina dando muita discricionariedade na sua fixação, especialmente porque um guia criado para traçar diretrizes na aplicação da pena foi considerado meramente consultivo. De toda forma, na comparação, sob este ponto de vista inicial o STF em tese é mais capaz de produzir norma para o futuro do que a própria Suprema Corte norte-americana.

No que toca à norma prévia no sistema de justiça penal, verificamos que o STF realmente aplica seus precedentes a fatos cometidos anteriormente. Embora tenha havido uma certa hesitação, ou mesmo ambiguidade, para afirmar a prospectividade ou não da superação desfavorável, no âmbito do direito penal material, a corte foi clara em aplicar a retroatividade prejudicial para qualquer precedente em tema de direito processual penal. Não apenas àquele de natureza meramente ritual, regulador do modo, forma ou tempo dos atos processuais, mas até mesmo aos que são claramente relacionados a direitos fundamentais protegidos pela Constituição. Contudo, se esse comportamento contraria um papel de corte de precedentes, a situação não parece tão diferente assim na Suprema Corte dos EUA.

No plano do direito penal material, quase todas as cortes encontram uma maneira de aplicar retroativamente as normas judiciais que limitam a responsabilidade, recusando a fazer o mesmo quando essa responsabilidade for aumentada. Embora tal comportamento se coadune com a anterioridade penal, com o que concordamos, diminui a correção da afirmação de que lá

a produção de norma oriunda do precedente ocorra apenas prospectivamente. Ademais, a Suprema Corte daquele país tem geralmente aplicado retroativamente os seus precedentes mesmo nos casos de normas mais gravosas aos acusados.

A situação não é tão diferente quando passamos ao âmbito do processo penal constitucional, porque, nesta área, depois de um momento de prospectividade seletiva, temos agora a retroatividade, obrigatória para todo o Judiciário, a qual, porém, dirige-se só aos casos pendentes de solução em definitivo, salvo exceções específicas na justiça federal e variadas na justiça estadual. Na verdade, os padrões diferentes mostram que a retroatividade e a prospectividade do direito “criado” judicialmente permanece profundamente controverso nos EUA, apresentando variações na história que demonstram que o tema continua complicado e obscuro,<sup>749</sup> embora, para nós, a retroatividade atualmente seja excepcionada apenas por razões de administração da justiça. De todo modo, é muito questionável, sob esta perspectiva, que a Suprema Corte dos EUA produza normas “para o futuro” por meio dos seus precedentes. Enfim, e agora nos referimos ao sistema de justiça penal como um todo, abrangendo o direito material e processual, seja a norma favorável ou não ao acusado, salvo exceções pontuais, cujo ápice foi alcançado nas décadas de sessenta e setenta, historicamente as regras de direito anunciadas nas decisões judiciais foram aplicadas retroativamente – isto é, para condutas ou eventos ocorridos antes das datas dessas decisões. Hoje, a aplicação retroativa continua sendo a diretriz da corte de vértice norte-americana, menos no tocante às decisões já transitadas em julgado.<sup>750</sup>

Ainda no que toca ao papel de produzir normas para o futuro, ele é mesmo discutível no STF se concordarmos que o nosso ordenamento jurídico adotou um *stare decisis* apenas parcial. No sistema de justiça penal, então, teremos inúmeras decisões de órgãos fracionários da corte que não formam precedentes obrigatórios, situação que em geral não acontece com a Suprema Corte dos EUA, diante da tradicional legitimidade de todos os seus julgados.

Por sua vez, no Brasil é muito complicado saber qual a parte da decisão que efetivamente vincula as ações e os julgamentos futuros, ou seja, qual a norma que efetivamente é extraída de um precedente. Para o STF, a princípio, as razões determinantes de uma decisão anterior não o vincula, mas somente a tese final fixada, a despeito de nem sempre isso acontecer na prática. Mas nos EUA a situação prática não tem sido muito diferente nos últimos anos, ao

---

<sup>749</sup> KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>, acesso no dia 20/06/2016, p. 62-63.

<sup>750</sup> SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decision, *In: Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2.003, pp. 812 e 814, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlp26&collection=journals&id=825&startid=&end=890>. Acesso em 24/01/2019.

menos sob um critério qualitativo, parecendo haver uma última tendência de fixação de teses criminais, ao final das *opinions*, tal como acontece no nosso caso. Esta situação, se seguirmos o entendimento da doutrina nacional, pode limitar, em ambas as cortes comparadas, a defendida missão de produção de normas judiciais para o futuro, fenômeno, porém, que não será exclusivo do nosso país.

Um último aspecto relevante, ainda quanto à função de produção de normas judiciais, diz respeito à individualidade dos acórdãos do STF, com votos que não se comunicam, coincidindo apenas na parte dispositiva. Isso depõe em favor do seu papel de corte de justiça criminal, sendo grande o número de argumentos dos votos que não são ratificadas pela maioria do colegiado. Mas se a Suprema não sorteia um relator para redigir previamente um voto, com a faculdade de cada outro membro escrever sua própria fundamentação, a colegialidade naquela corte não chega ao ponto de uma formação conjunta da decisão, não havendo nada que aponte concretamente a influência de cada *justice* no voto dos outros. Pelo contrário, a despeito da escolha do membro para a redação dos votos ocorrer apenas *a posteriori*, cada um vai proferindo seu voto em sequência, sem modificação em razão da influência do subsequente.

Passando, agora, à investigação da missão de dar unidade ao direito criminal, verificamos que a competência do STF quanto ao foro privilegiado não é um grande problema quantitativo, percentual, mas já trouxe e pode trazer enormes dificuldades qualitativas, já que os julgamentos neste âmbito sempre focarão na justiça do caso concreto e quase nunca formarão precedente obrigatório, por se tratar de causas geralmente não resolvidas no Plenário. Em contraste, embora exista a possibilidade, em tese, de prerrogativa de foro de autoridades estrangeiras na Suprema Corte dos EUA, por questões de relacionamento internacional, entendeu-se que a competência é concorrente com o de juízos inferiores, com opção discricionária, não sendo do nosso conhecimento que lá tenha havido algum julgamento criminal no exercício dessa competência originária.

Já o número de *habeas corpus* julgados no STF é altíssimo, como também é bastante elevado o número de ordens concedidas de ofício, com decisão sobre matéria não debatida o suficiente pelas partes e interessados. Tais decisões, não suficientemente maduras, também possuem potencial para formar precedente, embora quase nunca formem, considerando que a sua grande maioria é julgada por órgão fracionário do tribunal, fora das hipóteses do art. 927, do CPC, e com risco de conflito entre eles, prática também verificada para o recurso ordinário, ainda que sua quantidade seja menor. Aliás, quando se concentra em matéria de fato e análise de situações individuais, o STF se distancia da via extraordinária para, em matéria criminal,

incrementar o seu papel de instância ordinária,<sup>751</sup> o que acontece em imensa quantidade de vezes, quando predomina a sua função de corte de justiça.

Da mesma forma, também é amplamente possível o acesso à Suprema Corte dos EUA pela via do *habeas corpus*, mas com uma diferença crucial: a possibilidade de concessão fica mais na teoria, diante da discricionariedade atribuída aos *justices* quanto à matéria. Por isso, na prática, a maior possibilidade de deferimento do pedido de liberdade perante aquele órgão de cúpula acontece quando já tiver havido admissão do respectivo recurso, mediante a concessão do *certiorari*, o que equivale a um baixíssimo número.

Quanto ao RE, ele não é constitucionalmente previsto para a uniformização de decisões contrárias dos outros tribunais, além de sua admissibilidade ser dependente de um grande rigor formal, como também da existência de repercussão geral do tema arguido. Ainda que alguns relatores tenham entendido possível seu julgamento sem observância da regra da repercussão geral, seja no âmbito monocrático, nas Turmas ou no Pleno,<sup>752</sup> tanto o julgamento do recurso por órgão fracionário, que abrange a maioria deles, como a sua “inadmissibilidade”, trazem empecilhos à formação de precedentes e à unidade de entendimento relativo a alguns assuntos jurídicos.

Já as hipóteses de cabimento de recurso para a Suprema Corte dos EUA são relativas, na sua maior parte, ao papel de uniformizar controvérsias entre tribunais inferiores, o que se confirma com a prática, já que essas hipóteses são responsáveis por algo em torno de 70% das admissibilidades. Isso trabalharia em favor da sua missão de dar unidade do direito, é verdade, mas o grande problema é que apenas algo em torno de 1% dos recursos interpostos é efetivamente admitido, a maioria sendo rejeitada por discricionariedade, ainda que, da mesma forma, o recorrente possa estar impugnando conflitos existentes entre órgãos jurisdicionais inferiores. Assim, o fato é que a imensa maioria das divergências entre os tribunais de regiões diversas terminam ficando na conta do pacto federativo, sem uniformização efetuada por um tribunal superior.

Realmente, a admissão do recurso, naquela corte, depende da concessão do *writ of certiorari*, o qual não foi criado para que a sua Suprema Corte pudesse dar unidade ao direito. Na verdade, também não foi instituído para que ela pudesse produzir norma para o futuro, nem fora, nem dentro do sistema de justiça penal. Pelo contrário, foi o grande número de casos que

---

<sup>751</sup> FALCÃO, Joaquim *et al.* *VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 25.

<sup>752</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=comrecvisaogeral>. Acesso no dia 08/11/2019.

lá chegavam que justificou a implantação daquele filtro recursal. Antes dele, o tempo normal para se chegar na fase de argumentação oral era de um a dois anos, já que a corte era forçada a concentrar suas energias em problemas de menor importância. Por essa razão, ficou evidente que uma drástica revisão da estrutura jurisdicional era essencial na concepção daquele país, para permitir que sua corte de vértice pudesse dar diligente e rápida consideração necessária aos problemas mais significantes. Foi isso o que fez com que o Congresso aprovasse o *Judiciary Act of February 12, 1925*, o qual deu à corte flexível e firme controle sobre o corpo principal do seu trabalho, com revisão dos recursos dependente apenas da sua discricionariedade.<sup>753</sup>

Mas não é só. Nem todos os precedentes vinculantes do STF desafiam reclamação, valendo lembrar que o art. 988, do CPC, não a admite para preservação de todas as suas decisões tomadas no Plenário, embora elas formem precedente obrigatório, na forma do art. 927, V, do CPC. Além disso, não há como afirmar que o instituto está, na prática, trazendo uma contribuição efetiva com o *stare decisis*. Enquanto isso, se a reclamação tem a missão de resguardar o cumprimento dos precedentes superiores, em prol da unidade do direito, esse também não será o papel da equivalente corte norte-americana, haja vista que eles não conhecem o instituto.

Por seu turno, a eficácia horizontal de precedentes no STF, ou sua autovinculação, como se queira chamar, é dificultada pelo grande número de processos criminais julgados nos seus órgãos fracionários, seja nas Turmas, seja no âmbito monocrático, contribuindo para uma redução da isonomia e da segurança jurídica, contra a ideia de corte de precedentes. O mesmo papel de corte de justiça do STF é visto quando ele supera seus precedentes, o que acontece de forma quase totalmente despreocupada com critérios que justifiquem a superação. Esse comportamento faz com que a corte, na verdade, termine por simplesmente descumprir seus entendimentos, explícita ou implicitamente, ainda que obviamente não admita isso.

Porém, é difícil afirmar se nos EUA prepondera outra forma de atuação quanto ao assunto. Mesmo como número de processos “infinitamente” menor, é possível que o seu tribunal de vértice considere o aspecto horizontal do precedente no sentido de ser ele meramente persuasivo para si, tanto que em alguns casos tem sido acusado de efetuar o *overruling* de forma camuflada, sem que haja demonstração de mudança do cenário que o justifique. Além disso, em vários outros a corte tem simplesmente deixado de observar os seus próprios precedentes, afetando a força horizontal que deveria ter o instituto.

---

<sup>753</sup> GRESSMAN, Eugene *et al.* *Supreme Court Practice*. 9th ed. Arlington: BNA Books, 2007, p. 235 e 236.

Quanto à carga de trabalho, a maior quantidade de processos do STF está na sua atuação como corte recursal, embora apenas uma minoria das respectivas decisões forme precedente obrigatório. Por sua vez, também é bastante considerável a sua concentração de esforços como uma verdadeira corte criminal ordinária, especialmente quando tenha que analisar fatos e provas em parte dos seus *habeas corpus*, ação que corresponde a quase 50% do seu número de processos no sistema de justiça penal.

Mas não é só. A estimativa é de que cada ministro tenha que julgar em média mais de cinquenta causas por dia, o que, além de gerar o grande problema da monocratização, pode levar também ao fenômeno da “assessorização”, com a chance de que muitas decisões, na verdade, estejam sendo proferidas pela equipe de cada ministro, com influência negativa na teoria dos precedentes e na fundamentação adequada das decisões. Essa quantidade é tão elevada que o seu patamar diário equivale quase àquilo que cada *justice* trabalha por ano na Suprema Corte dos EUA, o que demonstra a grande diferença de mentalidade no que toca à carga de trabalho e à administração da justiça.

O papel de corte de precedentes do STF é finalmente menos reconhecido quando pensamos nos fatores externos, não técnicos, que influenciam os seus julgamentos mais importantes. Embora não possamos fazer afirmações sob o ponto de vista quantitativo, nos sendo impossível se a corte decide mais ou menos de acordo com um modelo positivista (lei e precedentes), a nossa análise qualitativa demonstra a forte influência da ideologia pessoal de cada julgador na tomada da sua decisão. Aos fatores ideológicos, aliás, acrescentam-se as estratégias de julgamento, podendo ser citados como exemplos a tática de emparedar o Plenário, contrariar o Plenário, ou mesmo evitar o referido órgão.

Todavia, situação diferente não ocorre com a Suprema Corte dos EUA. Naquele país, estudos têm mostrado, não apenas sob o ponto de vista qualitativo, mas até mesmo sob o aspecto quantitativo, mais fácil do que aqui, em razão da menor quantidade de decisões, que o modelo positivista não é o preponderante, controvertendo-se apenas sobre a prevalência do modelo ideológico ou estratégico. De qualquer forma, assim como os ministros, os *justices* são seres humanos que não conseguem se blindar totalmente de fatores metajurídicos que influenciam o resultado dos seus julgamentos, o que afasta aquele tribunal da missão, no mundo real, de “corte suprema”.

Existe um grupo de considerações comumente citadas em apoio da doutrina de precedentes que parece invocar os seus valores: isso inclui a importância da segurança,

previsibilidade e respeito pelas expectativas estabelecidas,<sup>754</sup> o que não vem sendo seguido nem mesmo pelo sistema norte-americano quanto ao tema abordado. A propósito, em 1959 Wagner sustentava que a primeira responsabilidade do mais alto tribunal em todos os sistemas judiciais era revisar os julgamentos e corrigir os erros de outras cortes,<sup>755</sup> pensamento que, para Griswold, em 1972, correspondia à realidade, ao argumentar, referindo-se principalmente à Suprema Corte dos EUA, que os tribunais estão acostumados a pensar em termos de casos concretos e bastante específicos.<sup>756</sup> Apesar do tempo já decorrido, o que nos parece é que a situação não mudou tanto assim.

Nada disso impede que continuemos “acreditando”, na linha do nosso referencial teórico, que o melhor modelo seja o de uma corte de vértice que tenha foco na observância da teoria dos precedentes obrigatórios, ainda mais dentro do sistema de justiça penal. A mistura entre a parte que escolhemos do sistema americano, com a parte adotada do sistema europeu, não está funcionando bem no Brasil. Se quisermos prestigiar os valores segurança e isonomia, em detrimento do subjetivo valor justiça, variável de pessoa a pessoa, haverá necessidade de repensar o modelo de cortes brasileiras. Talvez seja tempo de se estimular a adoção de soluções que, embora desenvolvidas no contexto de um sistema diverso, possam contribuir, com as adaptações necessárias, para a correção das distorções geradas no seio do sistema romanístico,<sup>757</sup> a fim de que a prática se aproxime do ideal de maior efetividade.<sup>758</sup> A opção contrária também é ideologicamente válida, claro, mas só nos parece compatível com a abolição do *stare decisis*.

No mundo real objeto da nossa pesquisa, no entanto, é muito difícil, senão impossível, confirmar as afirmações de que o STF tenha o predomínio de corte de justiça criminal, porque os critérios utilizados e acima mencionados não fornecem uma precisão matemática. Daí o grande perigo de se efetuar afirmações generalizantes.

Sob o ponto de vista qualitativo, podemos inferir que realmente a corte, no julgamento de causas criminais importantes, vem cometendo inúmeras ofensas à teoria dos precedentes

---

<sup>754</sup> WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1942557>, acesso no dia 27/06/2016, p. 9.

<sup>755</sup> WAGNER, W. J. Original Jurisdiction of National Supreme Courts. In: *St. John's Law Review*, v. 33, n. 2. New York, May, 1959, p. 217. Disponível em <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview>, acesso no dia 04/12/2018.

<sup>756</sup> GRISWOLD, Erwin N.. Appellate Advocacy, with Particular Reference to the United States Supreme Court. In: *New York State Bar Journal*, v. 44, n. 6. New York: New York State Bar, Oct. 1972, p. 377.

<sup>757</sup> A referência ao sistema romanístico é no sentido de necessidade de alteração em alguns pontos nos quais seguimos uma ideologia do *civil law*, sem acharmos que seguimos um modelo romanístico puro, o que já deixamos claro.

<sup>758</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. Estrutura e dinâmica do poder judiciário norte-americano: aspectos de composição judicial e extrajudicial de litígios. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9.

obrigatórios. Além de toda a explicação acima, quanto ao seu tema 925, por exemplo, até 2009 a corte tinha a jurisprudência dominante no sentido de admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, embora com alguma vacilação; entre 2009 e 2016 houve a proibição; de fevereiro de 2016 o órgão voltou à sua posição inicial, ainda que os órgãos fracionários nem sempre a seguissem; até que em 07/11/2019, no julgamento final conjunto das ADCs 43, 44 e 54/DF, ela retornou à posição proibitiva da medida antes do aludido trânsito em julgado.<sup>759</sup> É muita oscilação para pouco tempo.

Entretanto, sob a perspectiva quantitativa é possível que a teoria dos precedentes seja bastante seguida no âmbito do STF, até diante do grande número de casos de rotina, de menor importância, que também tem para decidir. Isso pode lhe forçar a atuar por produção, ou melhor, por reprodução.

Já nos EUA, tampouco podemos confirmar a afirmação de que sua Suprema Corte atue com o papel de formar, superar e aplicar os precedentes criminais de acordo os critérios técnicos do *stare decisis*. Também lá deixa de preponderar o modelo positivista de tomada de decisões judiciais, não havendo produção de norma criminal para o futuro, muito menos se atribuindo unidade ao direito criminal em todo o país.

O que podemos aferir mais objetivamente é apenas que os *common lawyers* emprestam às regras relativas à administração da justiça<sup>760</sup> uma importância igual ou maior do que às respeitantes ao fundo do direito, enquanto o sistema do *civil law*, como o nosso, liga-se mais aos ideais de justiça e moral.<sup>761</sup> Isso vem sendo fortemente criticado no território nacional, argumentando-se que admitir interpretações diferentes, apesar da intervenção da Corte Suprema, torna completamente incapaz a função de distribuir “justiça” nos casos concretos.<sup>762</sup> De todo modo, se o STF não é necessariamente uma corte de justiça, é uma corte que tem uma imensa preocupação com o valor justiça; e se a Suprema Corte dos EUA não é necessariamente uma corte de precedentes, é um órgão que se preocupa bastante com o valor administração da justiça.

---

<sup>759</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>. Acesso no dia 11/11/2019.

<sup>760</sup> Os valores e a cultura de um povo podem e devem ser relacionados à racionalidade do direito e da administração da justiça (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 42)

<sup>761</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Estrutura e dinâmica do poder judiciário norte-americano: aspectos de composição judicial e extrajudicial de litígios*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 315-321.

<sup>762</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Cultura religiosa, previsibilidade e unidade do direito pelo precedente*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/caar/wp-content/uploads/2014/10/Cultura-religiosa-Previsibilidade-e-Unidade-do-Direito-pelo-Precedente.pdf>. Acesso no dia 18/05/2016.

Enfim, assim como Posner fez no seu *How Judges Think*,<sup>763</sup> nossa maior ênfase foi naquilo que os juízes das Supremas Cortes brasileira e norte-americana geralmente fazem, e de forma limitada a alguns casos criminais estudados, ainda que levando em consideração, vez ou outra, certos aspectos dogmáticos. E sob esta perspectiva, preferimos não confirmar a necessidade da passagem do STF do *status* de corte superior de justiça, para o de corte suprema de precedentes, até por não ser possível afirmar que esta seja a missão da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao contrário do que se tem afirmado no Brasil.

---

<sup>763</sup> O autor afirma expressamente que aquele seu livro enfatiza o que os juízes fazem, não o que eles deveriam fazer, a despeito de também discutir algumas questões normativas (POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 6).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Norman; BEALE, Sara Sun; KLEIN, Susan Riva. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6ª edition, St. Paul: West Publishing Co, 2015.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virginia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial, *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, Brasília, 2018, pp. 661-687.

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

ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira. Explicando o Dissenso: Uma Análise Empírica do Comportamento Judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos, *In: Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2. Rio de Janeiro, 2016, pp. 899-931.

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1. Porto Alegre, jan-abr 2019, pp.. 507-540. Disponível em <http://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>. Acesso no dia 26/10/2019.

ANDREWS, Neil. El Tribunal Supremo del Reino Unido y las Sentencias de los Tribunales Ingleses, *In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, pp.. 253-266.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Estrutura e dinâmica do poder judiciário norte-americano: aspectos de composição judicial e extrajudicial de litígios. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). O judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 16ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2003.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Reclamação Constitucional e os Precedentes Vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local, *In: Revista de Processo*, fev. 2016, pp. 1-13, disponível em <https://www.academia.edu/>. Acesso em 26/07/2019.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 671-698.

BARKER, Robert S.. *El Precedente y su Significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Lima: Grijley, 2014.

BATINI, Silvana. A Política Criminal do Supremo. *In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.), Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, pp. 124-126.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. 12ª edição, Los Angeles: Sage, 2016.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradutores J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERMAN, Douglas A. Conceptualizing Booker. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, v. 38, n. 70. Phoenix: Arizona State Law Journal, Jun. 2006, pp. 2-38. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=906622](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906622), acesso no dia 16/11/2018.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.

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

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: Of the Rights of Persons*. Philadelphia: Union Library, 1.771.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradutores Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª edição. Bauru: Edipro, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Interpretação Constitucional da Aplicação da Lei no Tempo. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v. 41, n. 47. Bauru: Edite, jan./jun. 2007, pp. 111-127.

BROWN, George D.. Carte Blanche: Federal Prosecution of State and Local Officials after Sabri, In: *Catholic University Law Review*, Mês 2.005, pp. 403-444, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cathu54&collection=journals&id=413&startid=&end=454>. Acesso em 22/01/2019.

BRUHL, Aeron-Andrew P. *Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change*. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1552629](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1552629). Acesso no dia 17/06/2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC, In: DIDIER JR. *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 275-297.

BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito I*. São Paulo: Saraiva, 1972.

CARRAHER, David William. *Senso Crítico: do dia-a-dia às ciências humanas*. 5ª edição. São Paulo: Pioneira, 1999.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil, In: DIDIER JR. *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 335-360.

CAMBI, Eduardo; HELMMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp.633-658.

CANTARELLI, Margarida. O Princípio da Legalidade e o Tribunal Penal Internacional, *In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 349-361.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourém. A utilização dos institutos uniformizadores do Common Law na efetivação dos princípios da Isonomia e Segurança Jurídica no Direito Brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 100, nov./dez. 2012, pp. 213-252.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

CARVALHO, Américo A. de. Taipa. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Foro por prerrogativa de função: panorama atual. *In: Dizer o Direito*, Jun. n.p., 2018, disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>. Acesso em 03/07/2019.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. The doctrine of stare decisis as applied to decisions of Constitutional questions. *Harvard Law Review*, Cambridge [Mass.], v.3, n. 3, oct.1889. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321173>. Acesso em 27/01/2019.

CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L.. *Criminal Procedure*. 2th edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

COGER, Jack. *Georgia Criminal Trial Practice*. Eagan: West, 2010/2011.

COOTER, Robert D.. Void for Vagueness: Introduction to a Symposium, *In: California Law Review*, May, 1.994, pp. 487-490, disponível em [https://works.bepress.com/robert\\_cooter/111/](https://works.bepress.com/robert_cooter/111/). Acesso em 21/01/2019.

COSCARELLI, Carla Viana. Reflexões sobre as inferências. Em: CONGRESSO BRASILEIRO DE LINGUÍSTICA APLICADA, n. 6, 2002, Belo Horizonte. *Anais do VI CBLA - Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada*. ALAB. Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, 2002, pp. 1-15.

COUSO, Jaime. El uso de precedentes en materia penal: retórica y realidade en perspectiva comparada. *In: COUSO, Jaime; MERA, Jorge (org.). Precedentes y Justicia Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, pp. 43-96.

CROSSKEY, William Winslow. The True Meaning of the Constitutional Prohibition of Ex-Post-Facto Laws. *In: The University of Chicago Law Review*, Jun. 1.947, disponível em <https://www.jstor.org/stable/1597207>. Acesso em 16/01/2019, p. 539-566.

COSTA, Gerson Godinho da. A presunção de inocência e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista Direito Federal*, ano 30, n. 96, São Paulo: Letras Jurídicas, 1º semestre 2017, pp. 311-337.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral, Tomo I*. 1ª edição brasileira; 2ª edição portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 383-397.

DORF, Michael C.. Dicta and Article III, *In: University of Pennsylvania Law Review*, Jun., 1.994, pp. 1.997-2.069, disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/109>. Acesso em 24/01/2019.

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

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

EPSTEIN, Lee *et al. The Supreme Court Compendium: data, decisions, and Developments*. 6th ed., Los Angeles: Sage Publications, 2015.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: CQ Press, 1998.

EVANSON, Blaine H.; BOUTROUS Jr, Theodore J.. Principle of “Fair Notice”, *In: Southern California Law Review*, Mês 2.013, pp. 193-204, disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scal86&div=11&g\\_sent=1&casa\\_token=so4VGzwhNq8AAAAA:TRTR8yKgb-iPn5ApXwT1k-8Svpsl04jJOTI8hz8JHDXFq4vvyKd38hGxfiS8H0mQfHJpAI&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scal86&div=11&g_sent=1&casa_token=so4VGzwhNq8AAAAA:TRTR8yKgb-iPn5ApXwT1k-8Svpsl04jJOTI8hz8JHDXFq4vvyKd38hGxfiS8H0mQfHJpAI&collection=journals). Acesso em 20/01/2019.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

FALCÃO, Joaquim *et al. V Relatório Supremo em Números: O Foro Privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017.

FALCÃO, Joaquim *et al. VI Relatório Supremo em Números: A realidade do Supremo Criminal*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: Todos contra o Plenário, *In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.), Onze Supremos: O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, pp. 20-28.

FALLON JR, Richard H.. Stare Decisis and Constitution: An Essay on Constitutional Methodology. *In: New York University Law Review*, May, 2001, disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr76&div=23&id=&page=&t=1557229319>. Acesso em 07/05/2019.

FELDMAN, Adam. The Strength of Precedent in the Justices' actions, not words. *In: Scotusblog*, Nov. 2.018, disponível em <https://www.scotusblog.com/2018/11/empirical-scotus-the-strength-of-precedent-is-in-the-justices-actions-not-words/>. Acesso em 28/01/2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FLETCHER, George P. Paradoxes in Legal Thought, *In: Columbia Law Review*, Oct., 1.985, pp. 1263-1292. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1122394>, acesso no dia 18/01/2019.

FOWLER, Roger. Sobre a Linguística Crítica. *In: Linguagem em (Dis)curso – LemD*, v. 4, n. especial. Tubarão, mês, 2004, pp. 207-222.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. O Princípio da Legalidade Penal e o Estado Democrático de Direito: Do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. *In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato. (Org.), Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 363-393.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 63, 2006, pp. 188-230.

GAIO JR, Antônio Pereira. Ação de reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no Novo CPC, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 609-632.

GORLA, Gino. A decision of the rota Fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “Ball Game”. *In: Tulane Law Review*, 1974-1975, pp. 347-357. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr49&i=385>, acesso no dia 17/12/2018.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de Precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. *In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 491-519.

GRANDINETTI, L. G. Castanho de Carvalho. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

GREENHOUSE, Linda. *The U.S. Supreme Court: A Very Short Introduction*. Great Britain: Oxford University Press, 2012.

GRESSMAN, Eugene *et al. Supreme Court Practice*. 9th ed. Arlington: BNA Books, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRISWOLD, Erwin N.. Appellate Advocacy, with Particular Reference to the United States Supreme Court. *In: New York State Bar Journal*, v. 44, n. 6. New York: New York State Bar, Oct. 1972, pp. 375-383.

HASEN, Richard L. *Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1750398>, acesso no dia 28/08/2017.

HASNAS, John. Hayek, the Common Law, and Fluid Drive. *In: NYU Journal Law and Liberty*, 2.005, disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyujlawlb1&div=12&g\\_sent=1&casa\\_token=&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyujlawlb1&div=12&g_sent=1&casa_token=&collection=journals). Acesso em 03/01/2019.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad.: Pablo Rodrigo Afllen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HOFFER, Charles Peter; HOFFER, William James Hull; HULL, N.E.H. *The Supreme Court: an essential history*. Kansas: University Press of Kansas, 2007.

HÜNING, Agnes Carolina; FERREIRA, Rafael Fonseca. A Presunção de Inocência e o Abandono do Papel Contramajoritário pelo Poder Judiciário. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*, 2º quadrimestre de 2017, pp. 643-659, disponível em [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em 26/02/2018.

KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2467630>. Acesso no dia 20/06/2016.

KERN, Christoph A. El Rol de la Corte Suprema, *In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, pp. 53-76.

KLEIN, Susan R.; THOMPSON, Sandra Guerra. DOJ's Attack On Federal Judicial Leniency, The Supreme Court's Response, And The Future Of Criminal Sentencing, *In: Tulsa Law Review*, Feb., 2.009, pp. 519-556, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1418622>. Acesso no dia 28/01/2019.

KRENT, Harold J.. Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause. *In: Roger Williams University Law Review*, Fall 1.997, pp. 35-94, disponível em [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol3/iss1/3](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol3/iss1/3). Acesso em 16/01/2019.

KRYGIER, Martin. Law as Tradition, *In: Law and Philosophy*, Aug., 1986, pp. 237-262. Disponível em <https://www.jstor.org>. Acesso no dia 06/09/2018.

KRYGIER, Martin. Julius Stone: Leeways of Choice, Legal Tradition and the Declaratory Theory of Law, *In: University of New South Wales Law Journal*, XXX, 1.986, pp. 26-38 disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/swales9&div=18&g\\_sent=1&casa\\_token=&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/swales9&div=18&g_sent=1&casa_token=&collection=journals). Acesso em 18/01/2019.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la, *In: Revista de Processo*, ago. 2016, pp. 1-11, disponível em <https://www.academia.edu/>. Acesso em 18/10/2019.

LAMY, Eduardo de Avelar. Contra o Aspecto Prospectivo do Precedente: uma Crítica Hermenêutica a Frederick Schauer. *In: Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 250, Dezembro, 2015, pp. 383-402.

LANGBEIN, John H. Modern Jurisprudence in the House of Lords the Passing of London Tramways. *In: Cornell Law Review*, v. 53, Ithaca, May, 1.968, pp. 807-813. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol53/iss5/3>. Acesso no dia 03/01/2019.

LAWSON, Gary. Stare Decisis and Constitutional Meaning: The Constitutional Case against Precedent. *In: Harvard Journal of Law & Public Policy*, Winter, 1994, disponível em [http://constitution.org/lrev/glawson/glawson\\_ccap.pdf](http://constitution.org/lrev/glawson/glawson_ccap.pdf). Acesso em 02/05/2019.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão: Tomo I*. Trad.: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais, *In: DIDIER JR. et al (coord.)*, *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 147-173.

LUIZI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

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

MACÊDO, Lucas Buriel. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. *In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.)*, *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 459-490.

MACÊDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.)*, *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 215-238.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. 6ª edição. Milão: Cedam, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia Temporal da Revogação da Jurisprudência Consolidada dos Tribunais Superiores*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 255-284, Abril, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MATTEI, Ugo A *et al.* *Schlesinger's Comparative Law*. 7th ed., New York: Foundation Press, 2009.

MCCONNELL, Michael W. The Rule of Law and the Role of the Solicitor General. *In: Loyola*, v. 21. Los Angeles: Los Angeles Law Review, jun. 1988.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. Do “Habeas Corpus” e seu Processo (arts. 647 a 667): enunciado 6. *In: CARVALHO, César Arthur Cavalcanti de; MENDONÇA, Jorge André de Carvalho (coord.), Enunciados FONACRIM: Fórum Nacional dos Juízes Federais Criminais*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 134-140.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. *In: Revista da Ajuris*, v. 45, n. 144. Porto Alegre, jun. 2018, pp. 331-349. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2>, acesso no dia 11/12/2018.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O Sistema de Precedentes e a Necessidade de Reestruturação do Poder Judiciário Brasileiro. *In: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 08. Recife: Seção Judiciária PE, 2015, pp. 101-116.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A forma de julgamento dos tribunais superiores brasileiros e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos, *In: NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.), Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis*, v. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 251-276.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3ª edição, Stanford: Stanford University Press, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*, tomo I. 1ª edição, Campinas: Bookseller, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*: tomo IV. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición, Barcelona: Editorial Reppertor, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação Constitucional, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 753-772.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NAUCKE, Wolfgang. Ob. cit. p. 49-54. *El Concepto de Delito Económico-político*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

NELSON, Caleb. Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents. In: *Virginia Law Review*. Volume 87, nº 1. Charlottesville: Virginia, March 2001.

NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento de casos concretos, In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n. 93. Belo Horizonte: RBDPro, jan./mar. 2016, pp.. 225-254.

NEVES, A. Castanheira. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação dos precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução, In: DIDIER JR. *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 301-333.

OTEIZA, Eduardo. Jurisprudencia y Debido Proceso. La Corte Suprema Argentina y la Corte Interamericana, In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), *La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, pp. 123-156.

PEIXOTO, Ravi. *A Modulação de Efeitos em Favor dos Entes Públicos na Superação de Precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, Agosto, 2015, pp. 381-399.

PEIXOTO, Ravi. Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais: art. 927, In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.), *Novo Código de Processo Civil Comentado*: Tomo III. São Paulo: Lualri, 2017, pp. 232-240.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 537-563.

PFANDER, James E. Rethinking the Supreme Court’s Original Jurisdiction in State-Party Cases. In: *Void for Vagueness*, v. 82, n. 3. Berkeley: California Law Review, May, 1994, pp. 555-659. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3480973>, acesso no dia 01/11/2018.

PETERS, Christopher J. *Under-the-table Overruling*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1290711>, acesso no dia 28/08/2017.

PITTMAN, Elizabeth Wagner. Mail and Wire Fraud, In: *American Criminal Law Review*, Mês, 2.010, pp. 797-820, disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/amcrimlr47&id=801&men\\_tab=srchresults](https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/amcrimlr47&id=801&men_tab=srchresults). Acesso em 16/01/2019.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

POST, Robert C.. Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders, *In: California Law Review*, May, 1.994, pp. 491-507, disponível em <https://www.jstor.org/stable/3480970>. Acesso em 21/01/2019.

RAGONE, Álvaro Péres. El Complejo de Sísifo y la Corte Suprema Chilena, *In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel (org.), La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, pp. 15-51.

RAKOFF, Jed S. The Federal Mail Fraud Statute (Part I). *In: Duquesne Law Review*, v. 18, n. 4. Pittsburgh, Summer, 1.980. Disponível em <https://heinonline.org>. Acesso no dia 11/12/2018.

REIMANN, Mathias. The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code. *In: The American Journal of Comparative Law*, v. 37, n. 1. Berkeley, Win, 1.989, pp. 95-119.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New ed., New York: Alfred A. Knopf, 2001.

ROBERTS JR., John G. Oral Advocacy and the Re-emergence of a Supreme Court Bar. *In: Journal of Supreme Court History*, v. 30, n. 1. Washington DC: mar. 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROMERO, Eneas. O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?: O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido, *In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8, 2015, pp. 394-409, disponível em <https://www.zis-online.com>. Acesso em 04/07/2019.

ROWE, Gary D. The Sound of Silence: United States v. Hudson & Goodwin, The Jeffersonian Ascendancy, and the Abolition of Federal Criminal Law. *In: Yale Law Journal*, v. 101, n. 4. New Haven: Sheridan, Jan., 1.992, pp. 919-948. Disponível em <http://scholarship.law.yale.edu/stable/796878>, acesso no dia 08/01/2019.

SAMUEL, Geoffrey. Common Law, *In: SMITS, Jan M. (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: MPG Books, 2006, pp. 145-160.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1.997.

SCHAUER, Frederick. *Legal Development and the Problem of Systemic Transition*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=427223>, acesso no dia 17/06/2016.

SCHAUER, Frederick. Precedente, *In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 49-86.

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

SCHWEITZER, Dan. Fundamentals of Preparing a United States Supreme Court Amicus Brief. *In: The Journal of Appellate Practice and Process*, v. 5, n. 2. Little Rock: William H. Bowen School of Law, Fall, 2003, pp. 523-542.

SCHWEITZER, Dan. *U.S. Supreme Court: Brief Writing Style Guide*. Washington D.C: NAAG, 2017.

SEDLACEK, Federico D. Miscelâneas argentinas del precedente judicial, y su relación com el nuevo CPC de Brasil, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 361-381.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SELLERS, Mortimer N. S.. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1262933>. Acesso no dia 17/06/2016.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*, tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decision, *In: Harvard Journal of Law & Public Policy*, Mês, 2.003, pp. 811-876, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlp26&collection=journals&id=825&startid=&end=890>. Acesso em 24/01/2019.

SHANNON, Bradley Scott. *May Stare Decisis Be Abrogated by Rule?* Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=936195](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936195), acesso no dia 30/06/2016.

SHAPIRO, Stephen M. *et al. Supreme Court Practice: For practice in the Supreme Court of the United States*. 10th ed. Arlington: Bloomberg BNA, 2013.

SHERWIN, Emily. *Judges as Rulemakers*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=790666>. Acesso no dia 27/06/2016.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do Recurso Extraordinário como Ferramenta do Direito Processual Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, pp. 45-57.

STEIN, Peter G. *The Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law*. New York: Cambridge University Press, 1999.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?, *In: DIDIER JR. et al (coord.), Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 175-182.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 17.

SUMMERS, Robert S.. Precedent in the United States: New York State. *In: GOODHART, Arthur L; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.), Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016.

TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. Aspectos Generales, *In: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (org.), La Misión de los tribunales supremos*. Madrid: 2016, pp. 231-251.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*: volume 2. 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (coord.), *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 445-457.

TUSHNET, Mark. *Os precedentes judiciais nos Estados Unidos*. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 218, abr. 2013, pp. 99-110.

WAGNER, W. J. Original Jurisdiction of National Supreme Courts. In: *St. John's Law Review*, v. 33, n. 2. New York: Editora, May, 1959, p. 217-248. Disponível em <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview>, acesso no dia 04/12/2018.

WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1942557>, acesso no dia 27/06/2016.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 243, Maio, 2015, pp. 409-433.

YIN, Robert K.. *Estudo de Caso: planejamento e métodos*. Tradutor Daniel Grassi. 2ª ed.. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Direito Penal parte general*: Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral. 7ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

ZWEIGERT, KONRAD; KÖTZ, HEIN. *Introduction to Comparative Law*. Tradutor Tony Weir. 3a ed. Oxford: Claredon Press, 1996.