

O sistema de precedentes no sistema de justiça criminal brasileiro

The system of precedents in the Brazilian criminal justice system

Élcio Arruda

Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito Penal e Processual Penal na Uniube e Unipac. Professor convidado na Pós-Graduação da Factus e ESMP-SP (Escola Superior do Ministério Público de São Paulo). Juiz Federal Titular de vara. *E-mail:* <lir@hotmail.com.br>.

Resumo: O texto aborda a irradiação do esquema de precedentes obrigatórios instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015, art. 927) ao sistema penal brasileiro (direito material e processual). Como premissa, perquire-se a conformação *lato sensu* do instituto “precedentes vinculantes” em sua matriz originária, o direito inglês e o norte-americano. A seguir, a abordagem desliza à análise dos modos, meios e limites tendentes a conferir força obrigatória, no circuito penal brasileiro, abstraídos os precedentes já constitucionalmente obrigatórios, a decisões emanadas de Tribunais Superiores (STF e STJ) – bem por isto, qualificáveis como “Cortes de Vértice” ou “Cortes de Cúpula” – incumbidos de emprestar a derradeira interpretação à Constituição Federal e às leis federais. Presente a inarredável necessidade de estender a segurança e a uniformidade inerentes ao sistema de precedentes também à órbita penal, o ensaio finaliza assinalando a inadmissibilidade de perseverar o atual estado de coisas, de desdém olímpico – sem mais – de operadores do direito penal (material e processual) a precedentes emanados das Cortes de Vértice.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios. Sistema penal. Cortes de Vértice.

Abstract: The text approach the irradiation of the scheme of binding precedents instituted by the Civil Procedure Code of 2015 (CPC/2015, art. 927) toward the Brazilian criminal system (substantive and procedural law). As a premise, search the *lato sensu* conformation of the institute “binding precedents” in its original matrix, the English and American law. Next, the approach goes to the analysis of the modes, means and limits to give mandatory force, in the Brazilian criminal circuit, abstracting the already mandatory constitutional precedents, to decisions emitted from Superior Courts (STF and STJ) – well by this, qualifying as “Vertex Courts” or “Summit Courts” – in charge of giving the final interpretation to the Federal Constitution and federal laws. Present the irrefutable need to extend the security and uniformity inherent in the system of precedents also to the criminal orbit, the text ends emphasizing the inadmissibility of persevering the current state of things, of olympic disdain – without more – of criminal law operators (material and procedural) to precedents emanating from the Vertex Courts.

Keywords: Binding precedents. Penal system. Vertex Courts.

Sumário: Introdução – **1** Origem: common law inglês e norte-americano – **2** Modelo brasileiro – Conclusão – Referências

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015, art. 927, I e II), ao reeditar diretriz já plasmada no texto constitucional (arts. 102, §§1º, 2º, e 103-A), solidificou o caráter vinculante de precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal, em sede de ações de diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, súmulas vinculantes e ações de descumprimento de preceito fundamental.

Contudo, o CPC/2015 (art. 927, III, IV, V) deu um passo além, ao outorgar força obrigatória também a:

acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Aqui, um primeiro parêntesis se impõe. A existência de Cortes de Justiça incumbidas da definitiva interpretação da própria Constituição Federal ou “guarda da Constituição” (Supremo Tribunal Federal) e das leis federais em geral (Superior Tribunal de Justiça), por si só, não serviu a garantir o respeito à integralidade das decisões delas assim emanadas, em hipóteses estranhas à previsão constitucional (ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, súmulas vinculantes, ações de descumprimento de preceito fundamental). O CPC/2015, neste diapasão, corroborou o desiderato constitucional de fazer prevalecer as decisões proferidas das duas Cortes de Vértice anteriormente reportadas, ao veicular um aperfeiçoamento a mais na articulação e harmonização entre os métodos abstrato-concentrado e difuso-incidental de controle de constitucionalidade.

Nada obstante, considerado o sistema judiciário como um todo, o novo modelo de precedentes obrigatórios instituído pelo CPC/2015, malgrado em vigência há mais de 2 anos, apresenta escasso rendimento, tem sido muito pouco aplicado, especialmente no primeiro grau de jurisdição.

E a improdutividade mais ganha corpo no âmbito do sistema penal. De fato, a potencial irradiação do novo modelo de precedentes obrigatórios à seara do direito penal (material e processual) ainda parece constituir algo deixado ao relento pela comunidade jurídica em geral. Na academia, amiúde, o estudo das ciências penais e do instrumento à sua aplicação (processo penal) prossegue à moda do século passado ou retrasado, ensimesmado em dogmas e alheio à ebulição do foro criminal, manancial de direito vivo e aplicado. No entanto, nunca é ocioso

rememorar antigo lembrete: o crime não se desenvolve segundo “projetos jurídicos”, nem se amolda a hipóteses concebidas em laboratório: cuida-se, sim, dum fragmento vivo da realidade (HUNGRIA, 1948, p. 5-10). A referência a precedentes, até mesmo quando constitucionalmente obrigatórios, constitui algo ocasional no universo acadêmico do juspenalismo. O desdém aflora mesmo de manuais de direito penal e de processo penal: a “jurisprudência como lei” ou o “direito judicial”, corolário da força vinculante outorgada pela Constituição a precedentes, quase nunca, íntegra – ao lado da lei *stricto sensu* – o rol das fontes diretas ou primárias: a abordagem segue o padrão clássico, a jurisprudência como fonte imediata, jamais mediata ou direta. No tocante a precedentes alheios à moldura constitucionalmente compulsória, o desdém é ainda maior, a despeito da diuturna e progressiva prolação de decisões penais e processuais penais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (recursos repetitivos) e do Supremo Tribunal Federal (repercussão geral), de par à assiduidade na emissão de enunciados de súmulas.

Idêntico é o estado de coisas na práxis judiciária de primeira instância (“juízos de piso”) e, em menor ou maior extensão, na segunda instância (tribunais de apelação). Grande parte dos atores do sistema de justiça – juízes, promotores e advogados (particulares e públicos) – permanece particularmente alheia ao novo modelo de precedentes obrigatórios gizado pelo CPC/2015. Os ouvidos moucos induzem à prolação de decisões desconformes à dicção emanada das Cortes de Vértice, em ordem a causar-lhes – em razão do manejo da via recursal – o atulhamento ainda maior e o retardamento na definitiva prestação jurisdicional.

Nesta altura, cumpre registrar um segundo parêntesis. A realidade extraída a partir de dados coligidos pelo Conselho Nacional de Justiça em seu derradeiro relatório (*Justiça em Números 2017: ano-base 2016*) impõe um repensar acerca dos rumos do modelo da justiça nacional. Com efeito: no final do ano de 2016, havia 79,7 milhões de processos em tramitação, 6,5 milhões de processos criminais (444 mil execuções penais); apesar da equivalência entre o número de processos novos e baixados (29,4 milhões), o número de processos remanescentes ou “estocados” permaneceu em ascensão, algo verificado desde 2009; a taxa de congestionamento (falta de solução de processos em tramitação) permanece em patamar estratosférico, na casa de 70% (BRASIL, 2017, p. 67; 182-183). Neste cenário, o alargamento da estrutura judiciária (criação de varas, aumento do número de juízes e servidores, construção de fóruns e tribunais etc.) tem se mostrado insuficiente a acudir a demanda: ela é sempre maior. Bem por isto, dois mecanismos – entre outros – parecem habilitados a cerrar fileiras ao propósito de desafogar o Judiciário: de um lado, a redução da demanda formal, por meio de práticas de justiça consensual ou “justiça negociada” (conciliação, mediação/justiça

restaurativa, negociação), inclusive no campo penal; de outro, a implementação do sistema de precedentes obrigatórios desenhado no CPC/2015.

Abstráida incursão a respeito do tema “justiça penal consensual”, a proposta da pesquisa ora encetada é a de meditar sobre a infiltração – e sua medida – do esquema de precedentes judiciais contemplados no CPC/2015 ao sistema penal. Tem-se, aí, indubitavelmente, mecanismo de peso na luta contra o congestionamento da máquina judiciária e à consecução do cânone constitucional de duração razoável dos processos, a partir da certeza, segurança e estabilidade na aplicação do direito penal (material e processual). A aproximação entre a teoria e a prática – *id est*, entre a “lei dos livros” (*law in the books*) e a “lei em ação” (*law in action*) (NEUBAUER; FRADELLA, 2015, *passim*) – conduzirá à evitação do “divórcio da doutrina e da jurisprudência” e de “soluções inviáveis” (CAMPOS, 1978, p. 23).

A propósito, em seminário realizado no âmbito e instâncias do Superior Tribunal de Justiça (“Acesso à Justiça: o Custo do Litígio no Brasil e o Uso Predatório do Sistema Justiça”, maio/2018), anunciara-se a concepção de um “observatório de precedentes judiciais”, no afã de monitorar, analisar e estudar os precedentes, “talvez a grande alavanca de transformação da Justiça”, disse-o o magistrado Villas Bôas Cueva (STJ). No conclave, com o escopo de auxiliar os operadores de direito nas pesquisas a respeito de precedentes obrigatórios, suscitou-se a possibilidade de utilização de mecanismos de “inteligência artificial”, implantado o respectivo “projeto-piloto” em junho de 2018.¹

No particular, tem-se uma nova realidade inexorável: com a crescente transusão de sangue operada entre os sistemas jurídicos anglo-americano (*common law*) e romano-germânico (*civil law*), o “direito judicial” (“jurisprudência como lei”), em permanente construção, vem emprestando novas feições a sistemas penais nos quais outrora o único marco válido se consubstanciava na lei escrita (*lege scripta*) dada à luz pelo legislador, aí incluído o Brasil. A nova realidade assim delineada impõe responsabilidade ainda maior aos agentes da teoria e da prática do direito: ao invés do misonheísmo, cumpre-lhes – em seu trabalho de sistematização, interpretação e construção de institutos – fornecer subsídios à adequada moldagem do “direito judicial” (“jurisprudência como lei”) a ser ditada pelas Cortes de Vértice. Numa quadra em que o sistema penal parece operar sem mapas ou rotas claras, a velha guarda de juspenalistas, malgrado eventualmente “desiludida”, ao invés de se dedicar à letargia ou à sabotagem, há de cerrar fileiras à adequada construção do “novo modelo”, no afã de auxiliar na consecução do novo horizonte prenunciado também para o sistema penal da modernidade.

¹ Informações extraídas de notícias vinculadas no *site* do STJ em 21.5.2018 e 14.6.2018.

A adequada compreensão do tema proposto reclama prévia perquirição acerca do “sistema de precedentes” *lato sensu* em sua matriz, o *common law* britânico e o norte-americano: escandir a origem, a evolução e a conformação do instituto naquelas plagas constitui o ponto de arranque a qualquer exame minimamente sustentável. E a imersão assim enunciada descortinará a impropriedade, em alguma medida, de noções e conceitos eletrizados entre nós, muitos deles dotados de baixo índice de fidedignidade, algumas “verdades” ou “mitos” alardeados simplesmente inexistem ou têm outras facetas, “varridas para debaixo do tapete”, na melhor das hipóteses.

No sistema inglês, berço do instituto, a obrigatoriedade dos precedentes judiciais (*case law*) ditados pelos tribunais superiores é praticamente absoluta, sem qualquer válvula de escape. É o Reino Unido o palco mais difícil do mundo à superação de um precedente vinculante. A relativização da força vinculante do precedente somente foi instituída pelo órgão de cúpula do judiciário inglês em 1966, mediante a “Declaração de Prática” (*Practice Statement*), de tal modo instituído o *overruling*, permitido unicamente àquela Corte. Mesmo assim, a opção mais corriqueira daquele órgão judiciário, quando necessário, é “se separar” ou “se afastar” do precedente no específico caso concreto, mantendo-o incólume, sem prejuízo de deixar o assunto à solução diversa pelo Parlamento. No circuito britânico de justiça criminal, bem menos estrita é a obrigatoriedade dos precedentes, dada a ausência do substrato inerente à seara cível, proteção de direitos adquiridos ou consolidados, algo inexistente no mundo criminal.

Nos Estados Unidos da América do Norte, a esmagadora maioria dos casos projetados à tela judiciária deriva de lei em sentido estrito (*lege stricto sensu*), não se trata, diferentemente da impressão correntia, de casos derivados do *common law*, ou seja, leis criadas por decisões judiciais (direito judicial ou jurisprudência como lei) ou pelos costumes dos povos. Substancialmente mais acanhada a força obrigatória dos precedentes no direito estadunidense, seu correlato *stare decisis* colima a certeza do direito, mas, *pari passu*, exige-se-lhe estar preparado a se adaptar ao futuro, possuir capacidade de desenvolvimento: situações ilógicas e injustas são insusceptíveis de manutenção à custa do dogma de obrigatoriedade do precedente. O modo mais radical de infirmação de precedente vinculante consiste em sua superação total (*overruling*). Apesar de sua maior flexibilidade, o sistema norte-americano assim o faz com reservas, a tendência habitual é a de manter os precedentes hígidos. Um método mais sutil à elisão do precedente consiste em lançar mão da técnica de distinção (*distinguishing*), quer dizer, adaptação dentro do marco oferecido pelo precedente. No campo criminal, presentes tantos códigos penais quantos são os Estados norte-americanos e exigida – na maioria deles – *lege scripta* como única fonte válida de tipicidade penal, o Judiciário, em

conformidade à doutrina do *common law*, igualmente observa o sistema de precedentes obrigatórios (*stare decisis*). No entanto, quando o precedente se afigura inaplicável ao caso concreto, às cortes de apelação, para além de corrigir erros e impropriedades da lei, descerra-se a oportunidade de “fazer uma nova lei” (*law-making function*) e, de tal modo, realizam importante função legislativa.

Daí, tanto no sistema inglês como no norte-americano, a necessidade de redobrada atenção quanto ao desenvolvimento dado pelos tribunais à lei na decisão de casos concretos (*decisional law*), a ponto, até, de impor limitações ao controle difuso de constitucionalidade por parte de tribunais e juízos inferiores.

Depois de mapear o impostergável acerca do esquema de precedentes em sua matriz originária (*common law* inglês e norte-americano), a análise deslizará ao exame de sua irradiação à seara do direito penal (material e processual) em sistemas jurídicos filiados ao modelo romano-germânico (*civil law*), nomeadamente o Brasil. Sem embargo da insensibilidade de muitos aos “precedentes judiciais” das Cortes de Vértice (STF e STJ), os reclamos de certeza, estabilidade e segurança têm igualmente marcado presença no circuito judiciário penal, razão do maior interesse a respeito do assunto afluído nos últimos tempos, mormente depois do advento do Código de Processo Civil de 2015, no qual alargado o rol de precedentes vinculantes (art. 927). Todavia, no âmbito do sistema penal, a tensão entre o “direito legal” ou “codificado” *versus* o “direito judicial” ou “jurisprudência como lei” parece mais ganhar corpo em razão dos princípios da legalidade e da culpabilidade, tão caros à ciência penal. A possível “queda de densidade” de ambos (legalidade e culpabilidade), por força do contato com o direito vivo e aplicado (direito judicial), não constitui algo facilmente assimilável pelos penalistas, especialmente os mais ortodoxos. Presente a inegável necessidade de estender a segurança e a uniformidade inerentes ao sistema de precedentes à órbita penal, o desafio consiste em perquirir o modo, a forma e os limites de adequadamente fazê-lo. Algo parece certo: é inadmissível a persistência do desdém olímpico – sem mais – de operadores do direito penal (material e processual) a precedentes emanados das Cortes de Vértice nacionais.

Assim se delineia, pois, o fio condutor da pesquisa adiante expandida.

1 Origem: *common law* inglês e norte-americano

A compreensão do tema “sistema de precedentes” reclama prévia perquirição acerca do instituto em sua matriz, o direito britânico e o anglo-americano: escandir-lhe a origem, a evolução e a conformação naquelas plagas constitui premissa a qualquer pesquisa viável.

1.1 Inglaterra

A adequada apreensão e compreensão do sistema de justiça anglo-saxão impõe breve revisão aos escaninhos de sua história.

Em 1066, Guilherme o Conquistador (*The Conqueror*), do ducado da Normandia, era quem se encontrava à testa da vitória militar obtida na Batalha de Hastings, para subjugação do território dominado pelos anglo-saxões, então governado por Haroldo II (regente por 9 meses), precedido de Eduardo o Confessor (*The Confessor*). Presente a reverência dos anglo-saxões a Eduardo o Confessor e no afã de evitar rupturas drásticas, Guilherme I mantivera as tradições político-administrativas do povo conquistado e, mais, instituíra a prática de, por ocasião da coroação, dever o novo monarca confirmar as leis dos antigos regentes, as “leis da terra” (*legem terrae, laws of land*): bem por isto, ele próprio “jurou observar as leis inglesas existentes” (DURANT, [s.d.], p. 593). Aí, precisamente, uma das raízes da histórica estabilidade política da Inglaterra (HUDSON, 1996, p. 21-22).

Outra razão da estabilidade política inglesa, com reflexos inclusive na construção do correlato modelo de direito, era a circunstância de o modelo feudal² inglês ter se assentado, até por limitações territoriais, em feudos representados por pequenas e médias propriedades, diferentemente do restante da Europa (“Europa continental”), lastreado, em grande medida, em feudos muito extensos (latifúndios). Por isto, os senhores feudais ingleses, ao menos isoladamente, careciam de condições de seriamente afrontar o soberano – o “senhor dos senhores feudais” –, especialmente porque careciam de meios de organizar e manter poder bélico (exército) apto a destroná-lo. Por consequência, ao regente inglês era prescindível, senão ocasionalmente, a celebração de alianças políticas para se manter no poder, nem lhe era necessário ceder a reclamos dos senhores feudais. Contudo, a Magna Carta das Liberdades (*Magna Charta Libertatum, Great Charter Liberties*) consubstanciou uma exceção a propósito: em momento de profunda fragilidade do reino, em 1215, os senhores feudais se associaram³ e impuseram o documento ao rei, uma carta de princípios que, no porvir, convolaria “a monarquia absoluta em monarquia limitada e constitucional” (DURANT, [s.d.], p. 603).⁴

² O feudalismo, baseado no sistema de feudo, era um conjunto de terras ou rendas concedidas em usufruto em troca de fidelidade e serviços, ou seja, o usufruto de uma pequena produção de terra (ANDERSON, 2016, p. 165-166).

³ A associação assim reportada constituía o germe do futuro Parlamento britânico (*British Parliament*), que, séculos depois, por ocasião da Revolução Gloriosa (1688-1689), imporia seu poder definitivo e absoluto ao soberano, sem se sujeitar a qualquer tipo de controle: “the power of parliament is absolute and without control” (BLACKSTONE, 2002, p. 157).

⁴ “A Magna Carta merece a sua fama, como base das liberdades de que hoje desfrutam os povos de língua inglesa. Era ela, com efeito, limitada: definia muito mais os direitos dos nobres e do clero do que os de todo o povo; arranjo algum foi feito a fim de por em prática a generosa disposição do artigo 60 [‘todos os costumes e liberdades acima referidos serão observados, tanto quanto a ele dizem respeito, no trato

A Magna Carta coroara o processo de prevalência do direito feudal normando sobre o direito local anglo-saxão, assim solidificando o direito inglês nacional, “a lei e o costume do reino” (DURANT, [s.d.], p. 604). Diz-se “coroara” porque, já antes, notadamente sob o cetro de Henrique II (1133-1189), encetara-se a nacionalização das leis (até então, eminentemente locais) e a organização profissional do sistema de justiça inglês. Para tanto, diferentemente do quanto sucedia no campo político, o poder real lançou mão de alianças, tanto com os senhores feudais (autorizados à solução de questões internas do feudo), quanto com as comunidades propriamente (autorizadas à aplicação de justiça no caso concreto, à luz de seus próprios critérios): em casos tais, a jurisdição real reservou a si própria apenas a franquia de presidir os julgamentos. Daí “a consciência de que o direito material é o comum: o *common law*” (RAMOS, 2006, p. 48).

E os juízes do Reino, nomeados para presidir a solução ou solucionar as disputas com base no direito material extraído dos costumes do povo, a partir de 1300, passaram a registrar as respectivas decisões judiciais de casos concretos, donde o “direito de casos” ou *case law*, a fim de servir de precedentes – condensados em repertórios de jurisprudência (*law reports*) – aptos à orientação de juízes em futuros casos semelhantes. Desde então, ao longo de mais de 700 anos, condensara-se um corpo comum de leis em todo o reino, as “leis comuns”, o “direito comum”, o *common law* (CROSS; HARRIS, 2012, p. 24).

Nesta perspectiva, o *english common law* (direito comum inglês) representa um direito diverso do legislado (direito legal, lei especial, *special law*), a lei é enunciada por decisões dos juízes, a partir dos usos e costumes do povo, e não resulta de textos produzidos pelo Parlamento (WILLIAMS, 2016, p. 22-23), “em contraste aos sistemas legais de fundo romano, baseados em códigos legais” (SCHEB; SCHEB II, 2009, p. 9). Em termos mais precisos, a lei não é propriamente criada pelos tribunais, órgãos incumbidos apenas de estabelecer com autoridade o direito aplicável ao caso concreto, entre os “direitos” já consubstanciados nos usos e costumes praticados pelos ingleses desde tempos imemoriais (BLACKSTONE, 2002, p. 88-89). Assim, pois, à luz da teoria declaratória (*declaratory theory*), há de se compreender o conceito do *common law* britânico, de “corpo de leis derivado de decisões judiciais, ao invés de estatutos ou constituições” (GARNER, 2007, p. 293).

É bem verdade se contrapor à teoria declaratória (*declaratory theory*) a teoria criadora (*judges make-law theory*), ou seja, “as decisões judiciais podem

com seus dependentes, por todo o povo do nosso reino, leigo e religioso]; a carta era mais uma vitória do feudalismo do que da democracia. Mas, definia e salvaguardava direitos básicos; estabelecida *habeas corpus* e julgamento por meio do júri; dava ao Parlamento incipiente um poder de ação que, mais tarde, haveria de arma a nação contra a tirania; transformava a monarquia absoluta em monarquia limitada e constitucional” (DURANT, [s.d.], p. 603).

‘apropriadamente’ se qualificar como Direito precisamente pelo fato de haverem sido criadas por juízes, não porque sejam conformes aos usos e costumes [...]” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 50), de modo que “os juízes são antes criadores do que descobridores da lei” (GRAY, 1909, p. 116).

No fundo, ambas as teorias, a declaratória e a criativa, representam visões distintas de uma mesma realidade. A “textura aberta” do direito deixa muito a ser desenvolvido pelos tribunais: em última análise, “o direito (ou a Constituição) é o que os tribunais dizem que é” (HART, 1986, p. 155).

Seja como for, com o passar dos séculos, definições de infrações penais também surgiram a partir de decisões de juízes, em contraste ao sistema romano-germânico, fiado em códigos de leis (direito legal ou legislado). Com isto, no antigo direito inglês, sérias e importantes ofensas de cunho criminal (homicídio, assassinato, fraude etc.) têm como fonte o *common law*, não leis escritas (*statutory laws*). No entanto, o implemento e o incremento do sistema representativo deslocou ao Parlamento papel significativo na formação da lei penal, mediante a promulgação de leis em sentido estrito (*statutes* ou *statutory laws*), cujo escopo é revisar e complementar as regras alusivas ao *common law*.⁵ Aos tribunais ingleses não se permite a criação de novas ofensas penais, porque o direito judicial deriva de processo antidemocrático e gera incerteza. A cúpula judiciária inglesa nem mesmo permite a juízes a abolição de ofensas criminais. Em caso de sobreposição ou conflito entre o *common law* e o *statutory law*, prevalece a derradeira, ou seja, o parlamento detem proeminência, prepondera a lei escrita (*rule of law*) dele promanada. As diretrizes assim anunciadas buscam ajustar o modelo do *common law* ao princípio da legalidade e da vedação à aplicação retroativa da lei penal desfavorável. Na atualidade, remanescem poucas infrações penais derivadas do *common law*, a maior parte delas – e as respectivas sanções – se encontra definida em lei ditada pelo Parlamento (ASHWORTH, 2010, p. 1).

Aliás, a edição de leis escritas é corolário da “necessidade de repressão uniforme aos crimes” e “o capitalismo impõe que as regras do jogo sejam conhecidas com antecedência e que sejam estáveis ao longo do tempo. A lei parece ser o instrumento preferido pelos capitães da indústria para cumprir essa finalidade [...]” (RAMOS, 2006, p. 52).

Seja como for, a multiplicidade de fontes do direito penal inglês tem suscitado algum caos e contradição, em ordem a comprometer a segurança jurídica.

⁵ É de se ter presente, no particular, que “o Parlamento tudo pode, mas pouco ousa. Está constantemente patrulhado pela opinião pública e pela consciência política e jurídica do povo inglês. Curva-se, reverente, embora não melífluo, ante a tradição jurídica dos tribunais do reino que aplicam a ‘law of land’ (lei do país). E admite que a própria ‘statute law’, por ele emitida, deva necessariamente passar pelo crivo dos juízes, os zeladores da legitimidade das leis. Elas serão legítimas se conformadas aos documentos institucionais históricos e à razão do ‘common law’” (COELHO, 1993, p. 37).

Ademais, a ausência de um código de direito penal no Reino Unido – e, pois, de sistematização de elementos gerais e de um esquema de crimes – contribui à falta de clareza e de acessibilidade (ORMEROD; SMITH; HOGAN, 2011, p. 16-31; DAVIES; CROALL; TYRER, 2009, p. 17).

E, mais ainda, no direito penal britânico, há quem porfie pela extinção de fórmulas penais obsoletas contempladas no *common law* (MCBAIN, 2009, p. 89-114).

Já no plano do controle de constitucionalidade,⁶ depois do triunfo da Revolução Gloriosa (1688-1689), a soberania do Parlamento inglês se impusera definitivamente, no sentido de seu poder ser absoluto, insusceptível de qualquer tipo de controle: “the power of parliament is absolute and without control” (BLACKSTONE, 2002, p. 157). Não incumbe ao Judiciário a tarefa de garantir a supremacia do *common law* diante de eventuais abusos do rei ou do Parlamento (FERNÁNDEZ SEGADO, 2003, p. 56).

Ainda hoje, de conseguinte, a supremacia do Parlamento inglês (*supremacy of the English parliament*), a rigor, implica a absoluta impossibilidade de revisão de seus atos por tribunais, *id est*, inexistente qualquer mecanismo externo de controle de constitucionalidade, judicial ou político. O poder do Parlamento ainda grassa absoluto, malgrado o órgão pouco ouse em direção ao direito emanado do Judiciário (COELHO, 1993, p. 37).

A propósito, entre as atribuições da Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court for the United Kingdom*) – concebida pela reforma constitucional de 2005 e em atuação desde 2009 –, não se inclui a de exercer o controle de constitucionalidade de atos do Executivo e do Legislativo, sua função é de apenas substituir o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, verdadeiro Tribunal de Apelação até então operando – já há mais de 600 anos – no interior do Parlamento (MORAES, 2012, p. 89). Por consequência, parece subsistir intangível o dogma britânico de recusa a qualquer espécie de controle de constitucionalidade fora das paragens do próprio Parlamento, conquanto a criação da Suprema Corte do Reino Unido talvez represente significativo passo em direção a atenuar a multissecular interligação do Judiciário com o Legislativo e o Executivo.

Nesta perspectiva, o Reino Unido emite sinais de estar efetivamente operando alguma revisão quanto ao dogma da absoluta soberania do Parlamento. Primeiro, porque, desde 1972, com o *European Communities Act*, o direito comunitário europeu ostenta primazia em cotejo a leis formais (*statute laws*) aprovadas

⁶ Sabidamente, a Inglaterra carece de uma Constituição em sentido próprio, entendida como um documento escrito, com ou sem emendas, em que são condensados os postulados reitores da nação. A Constituição inglesa é constituída por diversos diplomas forjados ao longo do tempo (*Magna Charta Libertatum*, *Habeas corpus act*, por exemplo), pelo *common law* (direito judicial), pelo *statutory law* (direito legal), pelas leis da União Europeia e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (GILLESPIE; WEARE, 2017, p. 21-200).

pelo Parlamento inglês. Segundo, porque, com a aprovação do *Human Rights Act* (1998), os tribunais britânicos detêm a obrigação de aferir a conformação das leis em geral (direito legal e direito judicial) à Convenção de Direitos Humanos, até porque à Inglaterra já foram cominadas diversas sanções por agressões a direitos humanos. Nas duas hipóteses, contudo, é bem verdade, não se chega às raias de declarar a nulidade ou invalidade das leis britânicas, apenas se tem assegurado à parte o direito à indenização (GARCIA BELAUNDE, 2003, p. 34).

Regressando ao sistema penal britânico propriamente, além do *common law* (direito judicial) e do *statutory law* (direito legal), também lhe constituem fontes as leis da União Europeia e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1998). No entanto, com a saída do Reino Unido da União Europeia em 2016 (*Brexit: Britain Exit*), a tendência é o paulatino esvaziamento da ascendência de ambos os estatutos sobre seu direito interno.

Precisamente a respeito do *common law*, enquanto fonte direta ou imediata do direito penal britânico, urge realçar seus traços fundamentais.

Sob o ângulo de interesse à pesquisa ora expendida, o *common law*, tal e como realçado linhas atrás, consubstancia a lei ditada pelo Poder Judiciário, ou seja, a jurisprudência como lei, o direito judicial: “um precedente é um evento passado [...] que serve como guia para a ação presente” (DUXBURY, 2008, p. 1). E, como tal, o precedente judicial, a rigor, à símile da *statutory law*, enfeixa os caracteres de imperatividade e generalidade, sua observância é compulsória a todos, inclusive e especialmente no circuito judiciário.

A autoridade do precedente judicial, a ponto de se assimilar à lei escrita emanada do Legislativo, não é perfeitamente explicada por qualquer princípio ou teoria. Vários argumentos condensam presunções favoráveis para a decisão ulterior se ater ao precedente, quando presente simetria fática: entretanto, todos os argumentos são passíveis de refutação, no terreno da dialética. Por isto, a força e as limitações dos argumentos, à luz do caso concreto, constituem a estrela guia para respeito a decisões judiciais anteriores sobre fatos materialmente idênticos ou, diversamente, para os tribunais delas se desviarem (DUXBURY, 2013, p. XI-XV).

A diretriz cardinal é decidir casos similares de maneira similar, ou por opção ou por obrigação, se não houver motivos para decidir diferentemente. A regra universal do direito inglês de seguir o precedente, na praxis, prevalece mesmo quando houver boas razões para dele se apartar. A diretiva de observar o *case law* (jurisprudência) – extraído do *law reports*, repertórios de jurisprudência condensados há mais de 700 anos – ainda constitui algo absoluto, sem válvulas de escape.

De fato, atualmente, a despeito do contínuo processo de transformação do direito, a sistemática de obrigatoriedade dos precedentes do direito inglês assim

se articula: a) todos devem respeitar, seguir e acatar as decisões ditadas por tribunais superiores; b) todos os órgãos judiciários são obrigados a respeitar e acatar as decisões emitidas por tribunais que lhes sejam superiores (vinculação vertical); c) todos os tribunais competentes para julgar recursos de apelação são obrigados a seguir seus próprios precedentes (vinculação horizontal); d) as decisões dos tribunais superiores constituem precedentes persuasivos para os tribunais de hierarquia ainda maior (CROSS; HARRIS, 2012, p. 26-27).

É bem verdade que, em 1966, o órgão de cúpula do Judiciário inglês (Câmara dos Lordes, substituída pela Suprema Corte do Reino Unido em 2009), até então absolutamente subserviente aos seus próprios precedentes (vinculação horizontal), modificara sua atuação a propósito, ao emitir a “Declaração de Prática” (*Practice Statement*). Naquela ocasião, fora de um caso concreto e sem qualquer relação com Parlamento, a Corte solidificara a diretriz geral de natureza vinculante de suas decisões anteriores, mas passara a permitir a si própria “se separar de uma decisão anterior, quando lhe pareça correto fazê-lo”, porque “aderir de maneira demasiadamente rígida ao precedente também pode levar a injustiças em um caso particular e restringir indevidamente a evolução do direito”: com isso, instituiu-se o *overruling*. Aos demais juízos e tribunais britânicos, todavia, a Câmara dos Lordes (atual Suprema Corte) recomendara: “esta declaração não pretende modificar o uso do precedente em nenhum outro tribunal judicial diferente desta Câmara” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 26-27).

Os demais órgãos do aparelho judiciário inglês – *Court of Appeal*/Corte de Apelações, *High Court of Justice*/Alta Corte de Justiça, *Crown Courts*/Cortes de Coroa, assim dispostas em conformidade à respectiva precedência hierárquica – têm o dever de observância a precedentes emanados da Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court for the United Kingdom*), a antiga Câmara dos Lordes (*House of Lords*), e deles somente podem se apartar por meio do *distinguishing*. A Corte de Apelações (*Court of Appeal*) – situada logo abaixo da Suprema Corte no plano hierárquico – é obrigada a seguir seus próprios precedentes. As Cortes Divisionais (*Divisional Courts*), subseções ou subdivisões da Alta Corte de Justiça (*High Court*), são compelidas a seguir os precedentes do Tribunal de Apelações, aqueles emanados de si próprias e, no julgamento de recursos de apelação, também aqueles oriundos de outras *Divisional Courts*. Os Tribunais da Coroa (*Crown Courts*) – cujas decisões se restringem a fatos e carecem de qualquer eficácia vinculante, interna ou externa *corporis* – se encontram vinculados a precedentes tanto da *Court of Appeal*, quanto das *Divisional Courts* (GILLESPIE; WEARE, 2017, p. 82-91). Os tribunais inferiores (*Magistrate’s Courts* e *County Courts*) têm a obrigação de seguir e aplicar os precedentes da *High Court* e de todos

os tribunais competentes à solução de apelações derivadas de suas decisões (CROSS; HARRIS, 2012, p. 152).

Quando os precedentes emitidos por quaisquer dos órgãos judiciários reportados, abstraída a Suprema Corte, carecerem de força vinculante (*binding precedents*), eles se incluirão na categoria dos precedentes persuasivos (*persuasive precedents*) ou referenciais.

A força vinculante do precedente obrigatório (*binding precedent*) reside em seu fundamento normativo (matéria de direito): aí, precisamente, radica-se a *ratio decidendi* (razão de decidir), fonte do sistema *stare decisis et quia non movere*, consistente na exigência de aplicação a casos particulares das normas contidas nos precedentes (OROZCO MUÑOZ, 2011, p. 194). *Stare decisis* ou *let the decision stand* “designa um ‘princípio sagrado’ do direito inglês, pelo qual os precedentes judiciais gozam de autoridade e são vinculativos, em casos semelhantes futuros” (HART, 1986, p. 149).

Entrementes, nem todas as manifestações dos julgadores registradas na decisão judicial constituem o precedente: não servem a tanto os debates versando apenas questões fáticas nem as proposições de direito adicionais nela veiculadas, desnecessárias ao deslinde da causa (*obiter dictum*):

Estritamente falando, um *obiter dictum* é uma observação feita ou opinião expressada pelo juiz, em sua decisão sobre a causa, de passagem (*by the way*), isto é, em caráter incidental ou colateral, não diretamente sobre a questão em julgamento; ou consiste em qualquer afirmação enunciada pelo juiz ou tribunal apenas a título de ilustração, argumento, analogia ou sugestão [...]. (GARNER, 2007, p. 1.102)

Contudo, nem sempre é fácil operar a linha divisória entre questões de direito e de fato, nem divisar as razões efetivamente determinantes do rumo da decisão. Outro ponto problemático consiste em perquirir se o julgador prolator da decisão detém ou não a liberdade de eleger, entre as diversas razões explanadas na decisão, quais são *ratio decidendi* e quais são *obiter dictum*.

A superação das vicissitudes explicitadas reclama a correta apreensão e assimilação da *ratio decidendi* do precedente e, para tanto, impõe-se o exame cuidadoso da linguagem utilizada no julgado, a sua leitura à luz do contexto fático em que pronunciado e à luz de julgados ditados em outros casos, anteriores e posteriores. Enfim, a *ratio decidendi* – parte vinculante do julgado, o *binding precedent* propriamente – “está constituída pelas proposições de Direito que o juiz parece considerar necessárias para sua decisão, e que todas as demais afirmações jurídicas contidas em sua decisão são simples *dicta*” (CROSS; HARRIS, 2012,

p. 71), certo que “o *dicta* não faz parte da *ratio decidendi* e, portanto, não possui autoridade imperativa” (LILE *et al.*, 1909, p. 110-111).

A *ratio decidendi*, a exemplo da lei escrita (*lege scripta*), constitui norma geral ou universal e materializa o compromisso de solucionar igualmente futuros casos iguais ao caso decidido no precedente: “a universalidade pressupõe o compromisso de resolver do mesmo modo todos os casos iguais ao que se houver decidido” (AGUILÓ REGLA, 2012, p. 110).

Quando se perquirem os limites da *stare decisis* na órbita do sistema de justiça criminal inglês, de uma face, razões ponderáveis indicam a aplicação do instituto de maneira muito menos rígida. Basta dizer que a incidência estrita do precedente no campo cível, a salvaguarda de direitos adquiridos ou consolidados, constitui algo estranho ao universo penal, porque, aqui, a lei não outorga direitos aos cidadãos. Nada obstante, de outra face, o direito penal reclama ainda mais uniformidade e previsibilidade do que os outros ramos do direito. O ponto de equilíbrio, pois, consiste em flexibilizar a doutrina do *stare decisis* particularmente – não necessariamente – em situações voltadas a favorecer a liberdade do sujeito, especialmente em casos de éditos condenatórios prolatados apesar da existência de precedentes absolutórios em casos similares (CROSS; HARRIS, 2012, p. 144-147).

De qualquer maneira, no direito inglês, deixar de aplicar a regra do *stare decisis et quia non movere*, em princípio, constitui uma infração, a resultar na invalidade da decisão assim proferida, salvo se tanto se justificar pelo *distinguishing* ou pelo *overruling*, hipóteses legítimas de abandono do precedente, adiante analisadas (OROZCO MUÑOZ, 2011, p. 202).

Um dos mecanismos à refutação do precedente consiste no *distinguishing*, a diferença ou distinção entre o caso posterior sob julgamento e o caso passado decidido no precedente. Ele tem lugar quando o juízo ou tribunal, na decisão do caso, assenta que os *factos materiais* são diferentes ou, então, que as circunstâncias de fato da sociedade mudaram, desde a época da prolação do precedente, razão de a *ratio* dele – do precedente – não poder ser adequadamente aplicada, mas, sim, impor-se a adoção de um diferente raciocínio (GILLESPIE; WEARE, 2017, p. 93). E apenas a “diferença razoável” entre o caso examinado e o precedente permite a elisão do derradeiro, vale dizer, os casos devem ser “razoavelmente diferenciáveis” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 58-59; 63). O precedente subsiste válido para a generalidade de casos, ele somente não é aplicável à hipótese concreta sob julgamento:

[...] o *distinguishing* pode ser descrito como um *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – é dizer, sua validade como norma universal

não é infirmada –, senão somente sua não aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para outros fatos não expressamente compreendidos em suas hipóteses de incidência. (BUSTAMANTE, 2016, p. 479)

Quanto mais rígido for o sistema de adesão ao precedente, maior será a tendência à utilização do *distinguishing* (BUSTAMANTE, 2016, p. 479). Para tanto, é possível construir distinções excessivamente sutis, a fim de evitar a aplicação de precedentes insatisfatórios (CROSS; HARRIS, 2012, p. 134), mormente porque “não há critérios prefixados para se determinar igualdades ou diferenças entre o precedente e o caso a resolver” (VIVEIROS, 2009, p. 147). Como a atividade sempre implica opções e valorações, a única garantia à validade e à legitimidade do *distinguishing* consiste na obrigatoriedade de o órgão judiciário, sempre e sempre, invariavelmente, valer-se adequadamente do modelo decisório fundamentado: calcado no processo de justificação, ele é a única base metodológica apta a permitir divisar similitudes ou diferenças fáticas entre o caso resolvido e o caso a resolver, em ordem a espantar o subjetivismo, processos psíquicos incontroláveis e insondáveis, a materializar o “decisionismo”, algo sempre arbitrário (ALEXY, 2008, p. 165).

A diretriz é clara:

quando um juiz decide distinguir um caso, ele deve normalmente explicar por que o precedente é distinto e esse raciocínio estará sujeito ao crivo de tribunais posteriores e, quando houver apelação contra decisão, ela pode ser revertida pelo tribunal de apelação. (GILLESPIE; WEARE, 2017, p. 93)

Outro mecanismo para o juízo se apartar do precedente é o *overruling*. Aqui, porém, o próprio precedente é ab-rogado, é descartado, perde eficácia em relação a situações posteriores, porquanto lugar tem a adoção de uma nova regra, contrária à então abrigada no precedente. Entre os ingleses, somente o tribunal hierarquicamente superior detém legitimidade para invalidar ou infirmar o precedente: ao próprio tribunal prolator do precedente não é dado fazê-lo, salvo a Suprema Corte, por força da “Declaração de Prática” (*Practice Statement*) de 1966 (CROSS; HARRIS, 2012, p. 159). Se outro órgão judiciário inglês pretender revisar os próprios precedentes, caber-lhe-á aduzir as razões pertinentes e remeter o processo à Corte superior (*leave to appeal*), onde, se o caso, operar-se-á o *overruling* (GILLESPIE; WEARE, 2017, p. 85-86; 94-95).

Exatamente por descartar a regra universal então existente, o *overruling* reclama discurso de justificação bem mais denso do que o utilizado no *distinguishing*.

O modelo decisório fundamentado há de ser ainda mais rigorosamente observado. Bem por isto, infrações ou anulações dissimuladas ou implícitas do precedente são inadmissíveis. Ao órgão judiciário competente à realização do *overruling* não é dado simplesmente ignorar o precedente, nem redefini-lo ou reproduzi-lo sem fidedignidade à fórmula original: se a hipótese não comportar *distinguishing*, é-lhe dado ou efetivamente revogar o precedente ou segui-lo, sem espaço a uma “terceira via” legítima. Do contrário, bem o adverte Bustamante (2016, p. 399):

[...] o tribunal revoga uma regra que hoje em dia pode ser considerada como universal sobre a argumentação com precedentes judiciais: o dever de tomar em consideração o precedente, com fundamento nos princípios da universalidade e da imparcialidade da atividade judicial [...] todo abandono de um precedente judicial deve ser expressamente justificado.

O *overruling* – ou seja, a derrogação ou invalidação de um precedente – pode ter lugar de modo explícito ou implícito: na primeira situação, às expressas, o órgão judiciário “varre do mapa” a regra anterior; na segunda, a decisão posterior é contrária à orientação adotada no precedente (CROSS; HARRIS, 2012, p. 153; 155-157).

O órgão de cúpula do judiciário do Reino Unido – outrora a Câmara dos Lordes, atual Suprema Corte do Reino Unido –, único a quem se permite o *overruling* em relação às próprias decisões, desde que autorizado a tanto (*Practice Statement*, 1966), assim o tem feito sob o signo da extrema parcimônia: de então à atualidade, fê-lo em apenas 8 (oito) ocasiões. Em diversas oportunidades, conquanto pudesse tê-lo feito, aquele tribunal se recusou a tanto: a simples constatação de equívoco arraigado à anterior decisão sua não ostenta densidade suficiente a fazê-lo dela se apartar, a tendência é manter o precedente, salvo quando tanto puder “levar a injustiças em um caso particular e restringir indevidamente a evolução do direito” (*Practice Statement*). Sempre que possível, haveria o tribunal de lançar mão do *distinguishing*, com vistas a “fazer a lei mais certa e previsível” (GILLESPIE; WEARE, 2017, p. 82). E, mais, quando cogitar de se apartar de sua anterior decisão, o tribunal “deve ter presente a possibilidade de que a legislação possa ser a melhor alternativa” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 166).

As razões determinantes da opção ou não da então Câmara de Lordes para fazer uso do *overruling* são obscuras: naquelas 8 (oito) ocasiões em que se valeu da franquia e quando a temática foi ventilada noutros casos, os votos dos juízes tangenciaram o assunto, concentraram-se no exame do direito substantivo aplicável ao caso concreto. O exercício do *overruling* carece de princípios e de regras claras, em suma. Entretanto, segundo Cross e Harris (2012, p. 167-172), considerações extraídas das hipóteses em que o *overruling* se concretizou no âmbito

da Câmara de Lordes fornecem pistas de quando o poder deva ser efetivamente utilizado:

Primeiro. A Câmara dos Lordes deve estar convencida de que, ao deixar sem valor a decisão anterior, a nova regra que estabelecerá permitirá a evolução do Direito.

Segundo. Por regra geral, a Câmara se absterá de invalidar uma decisão prévia, se nela foram considerados argumentos favoráveis e contrários e se, no caso posterior, não houver argumentos novos.

Terceiro. As decisões ditadas pela Câmara dos Lordes podem ter gerado uma confiança justificada.

Quarto. Algumas vezes, tem-se considerado importante o fato de que se haja promulgado uma lei à suposição de que a decisão anterior da Câmara representa o direito.

Seja como for, a parcimônia do órgão de cúpula inglês em lançar mão do *overruling* parece se conectar à minguada cifra de anulações de *case law* realizadas pelo Parlamento inglês – cujo poder é quase absoluto – ao longo dos tempos.

Para além do *overruling*, reservado ao tribunal hierarquicamente superior, o *common law* inglês contempla 3 (três) outras hipóteses em que ao órgão judiciário é permitido se afastar de seus próprios precedentes. Trata-se de outras exceções ao *stare decisis*, a saber: a) quando houver decisões conflitantes (*conflicting precedents*) do próprio órgão judiciário, cabendo a ele próprio livremente decidir qual delas prevalecerá, a anterior ou a posterior, certo que a decisão não seguida é reputada automaticamente invalidada; b) quando se constatar o debilitamento do precedente (*undermining*), por se apresentar, embora não formalmente revogado, em desconformidade a decisão ulterior proferida pela Suprema Corte; c) quando se tratar de decisões ditadas *per incuriam*, isto é, quando o órgão judiciário, ignorando ou desconhecendo um precedente de autoridade vinculante para si próprio, emitir seu próprio precedente em desconformidade àquele da superior instância (CROSS; HARRIS, 2012, p. 157-164; 172-181).

Ainda outra válvula de escape ao precedente, a despeito de ainda mais controversa, marca presença no sistema de justiça do Reino Unido. Em mais de uma ocasião, o Tribunal de Apelações (*Court of Appeal*) se recusou a seguir precedente promanado da Câmara dos Lordes, porque, com o tempo, ele teria se tornado obsoleto: *cessante ratione legis cessat ipsa lex* (cessando a razão ou o motivo da lei, cessa a própria lei). Todavia, a Câmara dos Lordes repudiara o proceder: “deve se reafirmar que o único mecanismo judicial mediante o qual as decisões da Câmara de Lordes podem ser reconsideradas é aquele atribuído a esta mesma Câmara, por meio da Declaração de 1966” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 126). Presente a refutação da prática pela Corte de Vértice britânica e considerando se

tratar de pronunciamentos avulsos do Tribunal de Apelações (*Court of Appeal*), tem-se entendido não estar verdadeiramente caracterizada mais uma exceção – para além das 3 já reportadas – à regra do *stare decisis et quia non movere* (CROSS; HARRIS, 2012, p. 181; 191-192).

A obrigatoriedade do precedente e as exceções à sua aplicabilidade (ou exceções ao *stare decisis*), tal e como realçado linhas atrás, irradiam-se a todo o sistema de justiça britânico. Contudo, alguns diferenciais presentes no circuito criminal merecem registro à parte.

Nesta linha, para além daquelas 3 (três) outras hipóteses – diversas do *overruling* – em que ao órgão judiciário é permitido se afastar de seus próprios precedentes (*conflicting precedents*,⁷ *undermining*, *precedents per incuriam*), à seção criminal do Tribunal de Apelações é autorizado fazê-lo em mais outras 3 (três) situações, a saber:

- a) atuando em Pleno, dê que presentes situações excepcionais, é possível ao tribunal deixar sem valor seus próprios precedentes, inclusive em detrimento do réu, permitindo-lhe até mesmo agravar-lhe a situação (ASHWORTH, 2010, p. 65);
- b) por força da Lei de Justiça Penal de 1972 (*Criminal Justice Act*), ao Advogado-Geral (*Attorney-General*), diante de absolvição de primeira instância reputada imerecida, permite-se logo acudir à sessão criminal do Tribunal de Apelações, suscitando-lhe uma questão de direito, no afã de reverter o édito absolutório. A *Court of Appeal* emite sua decisão e, ato contínuo, pode remeter o processo à consideração da Suprema Corte. O julgamento, caso acolhida a questão de direito, carecerá de efeito sobre o caso concreto, os efeitos são apenas futuros (*prospective overruling*) (ORMEROD; SMITH; HOGAN, 2011, p. 44);
- c) o tribunal pode se apartar de seu precedente, se tanto favorecer a liberdade do acusado, dê que reconhecida a equivocada aplicação do direito na decisão anterior (CROSS; HARRIS, 2012, p. 184-186).

1.2 Estados Unidos da América do Norte

As matrizes do sistema de justiça estadunidense se radicam no modelo inglês, considerando a prevalente colonização britânica, inicialmente operada a partir da Costa Atlântica da América do Norte.

⁷ No caso de precedentes criminais conflitantes, à seção criminal do Tribunal de Apelações, tal e como sucede no campo cível, é dado livremente por qualquer um deles, anterior ou posterior, até mesmo ao mais desfavorável ao acusado (CROSS; HARRIS, p. 2012, p. 185-186).

De fato, a colonização da América operada por ingleses importara o traslado do sistema do *common law* para as 13 colônias. Bem por isto, a partir de 1600, às cortes judiciais cabia a definição de infrações penais (NEUBAUER; FRADELLA, 2015, p. 32). Entretanto, desde cedo, os colonizadores, diversamente da pátria-mãe inglesa, lançaram mão da prática de reduzir a escrito a legislação penal: exemplos de tanto, na Pensilvânia, foram o Código Criminal de 1676 (*Criminal Code of 1676*) e o Código Criminal Quaker de 1682 (*Quaker Criminal Code of 1682*) (BARNES, 1969, p. 42-82).

À Declaração de Independência das 13 Colônias da América do Norte ante a Inglaterra (4.7.1776), seguiu-se a luta por tanto, coroada pela vitória dos insurgentes na Batalha de Yorktown (1783). As 13 ex-colônias proclamaram suas próprias Constituições, todas matizadas pela preservação de certos direitos fundamentais do homem em face do Estado (“estado de sociedade”). Com a Constituição norte-americana de 1787,⁸ considerada a primeira escrita da história, cada uma das ex-colônias abriu mão de parte da própria independência e autonomia, em prol de uma estrutura central forte, para, em contrapartida, forjar-se uma União de Estados (Federação) hábil o suficiente a confrontar outros estados soberanos. Na medida em que a Constituição Nacional de 1787 reproduzira as estruturas, institutos e garantias das anteriores Constituições das 13 ex-colônias, a diretiva cardinal nelas já consagrada – consistente na preservação de certos direitos fundamentais do homem em face do Estado – foi igualmente consagrada no modelo federal (RAMOS, 2006, p. 88). Nestes termos, o modelo de Estado norte-americano se assentou mais num pacto de liberdade (*pactum libertatis*) do que num pacto de sujeição (*pactum subjectiones*), ou seja, prevalecera o modelo de Estado de Locke sobre aquele propagado por Hobbes.⁹

E, depois da Independência, a nova nação, em alguma medida, rompera com a tradição britânica: os órgãos legislativos das ex-colônias, não mais suas cortes de justiça, passaram a tipificar os crimes, conquanto sob influência das definições do antigo *common law* (NEUBAUER; FRADELLA, 2015, p. 32). *Pari passu*, alguns dos novos Estados americanos permaneceram fiéis ao *common law* inglês, dêse que as disposições dele não conflitassem com suas respectivas Constituições, nem com a Constituição Nacional (1787). Entrementes, no plano federal, desde o

⁸ A Constituição Nacional dos Estados Unidos da América do Norte contempla 7 artigos e 27 emendas.

⁹ Para Hobbes (2002), o homem, ao ingressar no Estado (isto é, ao aderir ao pacto “estado de associação”) renuncia a seu direito natural absoluto a todas as coisas, de modo que, doravante, seus direitos derivarão apenas da lei (Estado), em troca da *salus populi suprema* a ser propiciada pelo Estado, ou seja, a fruição das satisfações legítimas da vida; se o Estado não lograr êxito em sua missão de assegurar proteção, aos súditos se permitirá a retomada de seus direitos inatos, por conta própria. Já na concepção de Locke (*Ensaio sobre o governo civil*, 1690), ao ingressar no Estado, o homem abre mão apenas de uma parte de seus direitos naturais, preservando outros, insusceptíveis de solapamento por qualquer pacto, como a vida, liberdade, propriedade, felicidade, segurança etc. (CHEVALLIER, 1999, p. 70-78; 106-117).

início, outorgou-se ao Congresso, em caráter de exclusividade, a tarefa de definir as correlatas infrações penais (*federal crimes*): o *US Congress* jamais adotou o *common law* no terreno penal.¹⁰ Na peugada da União, em muitos estados, o *common law* restou suplantado pela edição de leis escritas a propósito (*statutory law*), a ponto de, na quadra atual, a maior parte das infrações penais emanar de leis estaduais em sentido estrito. Nada obstante, na seara cível, ainda hoje, predomina o *common law*, quer dizer, às cortes judiciais incumbe fazer a lei, *judge-made law* (SCHEB; SCHEB II, 2009, p. 9; NEUBAUER; FRADELLA, 2015, p. 32).

De toda sorte, o *common law* britânico constitui a base da lei em todos os Estados Unidos da América do Norte, salvo em relação ao Estado da Lousiana, cuja parte civil é derivada do modelo de código napoleônico, sem embargo de a parte criminal se assentar no *common law* (NEUBAUER; FRADELLA, 2015, p. 32). Os princípios do *common law* britânico condensados por Blackstone (*Laws of England*) serviram e ainda servem de estrela guia também ao sistema de justiça norte-americano, constituem a “bíblia legal” do assim designado direito “anglo-americano” (SCHEB; SCHEB II, 2009, p. 9).

A Constituição Nacional de 1787 concebeu a Suprema Corte, erigida a Corte de Vértice do sistema judicial federal e igualmente encarregada do poder de supervisão (*supervisory power*) sobre as decisões judiciais de qualquer órgão judiciário do país, federal ou estadual. A Suprema Corte julga apenas questões de maior relevância, entendidas como “questões constitucionais”, assim previamente aferido pelo sistema de filtragem corporificado nos *writs of certiorari* (mandados de certificação): desde cedo, o “Tribunal Supremo optara por se converter em árbitro entre as leis e a Constituição (*Marbury v. Madison*, 1803)” (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 68).

À testa a *United States Supreme Court*, o sistema judiciário federal opera através de distritos e circuitos judiciais: às cortes federais de distrito (*United States District Courts*) incumbe o julgamento em primeira instância (*trial courts*), enquanto às cortes federais de apelação de circuito (*United States Circuit Courts of Appeal*) –¹¹ órgãos intermediários –, o julgamento de apelações, sempre em questões federais (*federal question cases*), violações de leis federais (*violations of federal statutes*) e, eventualmente, a revisão de condenações prolatadas por

¹⁰ O Código dos Estados Unidos (*United States Code*) condensa as leis federais gerais e permanentes daquele país, contemplados os respectivos crimes e regras de persecução penal nos títulos 18 e 34 (<<http://uscode.house.gov>>). Já na esfera dos 50 estados norte-americanos, cada um deles possui códigos penais e processuais penais próprios: o *Model Penal Code* – Código Penal Modelo – não é lei, trata-se, sim, de proposta concebida pelo Instituto Americano de Lei (*American Law Institute*), no afã de nortear os estados na elaboração das bases do sistema de justiça criminal, além de servir de guia na interpretação judicial (SCHEB; SCHEB II, 2009, p. 12; RAMOS, 2006, p. 48).

¹¹ Há 94 cortes federais de distrito (1ª instância) e 13 circuitos de cortes de apelação (2ª instância).

cortes estaduais, quando houver violação à Constituição Nacional (SCHEB; SCHEB II, 2012, p. 28-29).

O sistema judiciário dos Estados norte-americanos – incumbido de cerca de 90% da persecução penal – segue, em regra, o modelo federal, a despeito da ampla liberdade de conformação, a resultar em diferenças de estrutura, jurisdição e procedimentos. Cada Estado possui uma Suprema Corte (*State Supreme Court*), onde há o julgamento somente de casos reputados de relevo para conformação do direito estadual. As cortes de primeira instância ou de julgamento (*trial courts*) possuem competência geral (*courts of general jurisdiction*) ou limitada (*courts of limited jurisdiction, lower courts*) e as cortes de apelação (*appelatte courts*) detêm competência para julgamento de apelações interpostas contra decisões das cortes de julgamento ou de primeira instância (*trial courts*) (SCHEB; SCHEB II, 2012, p. 32-33).

A aparente opção pela preponderância do direito escrito ou legal¹² desde o início (Constituições dos estados e Constituição Nacional) e a omissão da Constituição Nacional em explicitar o alcance das sentenças constitucionais, em princípio, pareciam desenhar cenário pouco favorável à adoção do esquema inglês de obrigatoriedade do precedente no sistema judicial estadunidense. Nada obstante, a doutrina inglesa do *stare decisis* também restara consagrada na América do Norte, muito embora em termos mais flexíveis e sobre bases mais sofisticadas. De tal sorte, casos novos iguais a casos antigos devem ser igualmente decididos, do ponto de vista de argumentação e de resultado. Decerto, a política de adoção do precedente obrigatório (*binding precedent*) refletira postura cautelosa, o compromisso de mudança gradual, para manutenção da estabilidade numa nação incipiente. Com certeza, o profícuo legado da experiência do sistema de justiça britânico, matizado pela consistência, estabilidade e segurança, levou o *stare decisis* a transpor o Atlântico e aportar na América (NEUBAUER; FRADELLA, 2015, p. 32).

Desde o limiar, pois, a tradição inglesa do *common law* de seguir o precedente matizara o circuito judiciário norte-americano. No entanto, também desde o exórdio, em contraponto à rigidez britânica, tem-se acentuado não constituir a doutrina do precedente algo absoluto: “no direito estadunidense, ao contrário, trata-se de um princípio mais flexível, derivado de uma multidão de fatores” (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 28). Sem embargo de a adesão ao precedente representar a política judiciária mais sábia e acertada no mais das vezes,

¹² Ao longo do tempo, a práxis corroborou a preponderância da opção pelo direito escrito, na medida em que, das causas levadas às cortes judiciais, atualmente, quase todas derivam de leis em sentido estrito (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 27).

situações excepcionais podem justificar o abandono (*overturn precedents*): “o *stare decisis* não é um comando inexorável” (SCHEB II; SHARMA, 2015, p. 78).

Com efeito, em casos concretos (*law in action*), mormente tendo em vista a realidade cambiante da sociedade, as cortes se deparam com situações materialmente diversas à subjacente ao precedente, nele não contempladas (omissões, lacunas) ou às quais a sua aplicação seria inadequada (ambiguidades, contradições), donde a impropriedade de aplicá-lo. Quando tanto sucede, ao se desviar do precedente, o órgão judiciário, fiel aos mandados constitucionais (*constitutional mandates*), poderá até “realiza[r] uma importante função legislativa (*lawmaking function*), bem como a função de correção de erros” (SCHEB II; SHARMA, 2015, p. 123-124).

Neste cenário, à símile do direito inglês (n. 1.1, *retro*), no aparelho judicial norte-americano, pratica-se o *distinguishing*, consistente na capacidade dos tribunais em distinguir entre precedentes, recusando-lhes aplicabilidade, quando os fatos atuais diferirem daqueles sobre os quais as decisões anteriores foram baseadas, em ordem a se chegar à decisão diversa. Outro veículo à elisão do precedente é o *overruling*, concretizado quando o órgão judiciário – “ocasionalmente e de modo muito relutante” (NEUBAUER; FRADELLA, 2015, p. 32) – revoga uma decisão anterior, assentando-lhe o equívoco ou a superação.

Definitivamente, para a estabilidade propiciada pelo esquema de vinculação ao precedente não redundar em engessamento ou fossilização do direito, nem servir à perpetração de soluções injustas e ilógicas, as duas válvulas de escape reportadas consubstanciam a garantia de capacidade de adaptação do direito ao futuro, a garantia de crescimento do direito (*the growth law*) (CARDOZO, 1924, p. 20). Aí, precisamente, a gênese do sucesso do *stare decisis*: “[...] a causa principal do êxito dos precedentes como fonte de direito no *common law* consiste em combinar em si mesmo certeza do direito e capacidade de desenvolvimento como nenhuma outra doutrina tem sido capaz de fazê-lo” (POUND; BUTTÀ, 1970, p. 163).

Talvez especialmente em razão do traslado do *stare decisis* – forjado no âmago de um sistema jurídico de prevalência de direito não escrito (*common law*) – para uma nação cujo ponto de arranque consistira exatamente no direito escrito (Constituições), a comunidade jurídica norte-americana, desde sempre, é enfática ao realçar o dever de todo operador do direito estar quotidianamente atento aos precedentes, ao *decisional law*, isto é, como a “lei é desenvolvida pelos tribunais na decisão dos casos” (SCHEB; SCHEB II, 2009, p. 12). É que, cumpre não olvidar, o *common law* se estriba em múltiplas fontes, para além do direito legislado (*uncodified*), donde não basta compulsar o direito escrito (*statutory law*), urge perquirir a compreensão dada a ele pelas cortes de justiça.

E o sistema de obrigatoriedade dos precedentes do direito norte-americano assim se articula: a) todas as sentenças prolatadas pela Suprema Corte, designadas sentenças constitucionais, são vinculantes para todos os órgãos judiciários, dêse que versado tema federal; b) a Suprema Corte é obrigada a se curvar a sentenças ditadas por tribunais estaduais de última instância, se houver sido aplicado direito local, ou seja, direito do próprio Estado; c) sentenças de tribunais federais vinculam os órgãos judiciários federais hierarquicamente inferiores; d) sentenças de um tribunal federal não são obrigatórias para outros tribunais federais de igual nível ou mesmo de níveis inferiores; e) sentenças de tribunais federais, mesmo quando dispuserem sobre matérias federais, não são obrigatórias para tribunais estaduais, valem apenas a título de precedentes persuasivos ou referenciais; f) sentenças de tribunais estaduais são vinculantes para todos os órgãos judiciários estaduais hierarquicamente inferiores (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 36-37).

Tal e como explicitado por ocasião do exame do direito inglês (n. 1.1, *retro*), a força vinculante do precedente obrigatório (*binding precedent*) reside em seu fundamento normativo (matéria de direito): aí, precisamente, radica-se a *ratio decidendi* (razão de decidir), fonte do sistema *stare decisis et quia non movere*, consistente na exigência de aplicação a casos particulares das normas contidas nos precedentes (OROZCO MUÑOZ, 2011, p. 194). Entrementes, nem todas as manifestações dos julgadores registradas na decisão judicial constituem o precedente: não servem a tanto os debates versando apenas questões fáticas, nem as proposições de direito adicionais nela veiculadas, prescindíveis ao deslinde da causa, constitutivos do *obiter dictum* (GARNER, 2007, p. 1.102).

A despeito da maior flexibilidade do sistema de precedentes norte-americano, também lá, deixar de aplicar a regra do *stare decisis et quia non movere*, em princípio, constitui uma infração, a resultar na invalidade da decisão assim proferida, salvo se tanto se justificar pelo *distinguishing* ou pelo *overruling*, hipóteses legítimas de abandono do precedente.

A Suprema Corte estadunidense – diversamente do órgão de cúpula britânico (antiga Câmara dos Lordes, atual Suprema Corte do Reino Unido) – nunca se dera por absolutamente vinculada a seus próprios precedentes, sempre reservou a si mesma a franquia de se apartar de dada linha doutrinária ou mesmo de derogá-la às expensas (*overruling*). Igual proceder é permitido aos tribunais federais e estaduais, em relação a sentenças adotadas de modo autônomo, isto é, fora do esquema de submissão hierárquica devida a órgãos superiores. Em suma:

[...] cada tribunal pode modificar livremente suas próprias decisões. Esta regra só cede nas hipóteses em que a decisão não seja própria quanto ao fundo, senão que derive de uma decisão de um órgão

superior. Neste caso, o tribunal não pode se apartar do precedente. (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 37)

O *distinguishing* materializa o meio mais conservador de se apartar da linha assinalada pelo precedente. A diferença ou distinção entre os *atos materiais* do caso posterior sob julgamento e os *atos materiais* do caso pretérito já decidido no precedente importa-lhe o abandono. A diretriz é clara: onde não há a mesma razão de decidir não se aplica a mesma regra. É bem de ver, entretanto, a maior margem de manobra conferida ao *distinguishing* norte-americano. Para tanto, tem-se a técnica de alterar o sentido das palavras usadas no precedente, de sorte a açambarcar novos significados, captados da evolução da sociedade, aptos a modificar a orientação. Outra técnica de driblar o precedente consiste em alterar o seu sentido, mediante argumentação ou interpretação totalmente diferente da linha argumentativa manejada no próprio precedente. Ambas as técnicas se justificariam para concretização da discricionariedade judicial, na busca da solução mais justa ao caso concreto, na linha da exegese de Holmes (1963, p. 1), outrora juiz da Suprema Corte norte-americana e conhecido como o “dissidente”:

[...] a vida do direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência. As sentidas necessidades da época, a moral prevalecente e as teorias políticas, as intuições de política pública, manifestas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus companheiros, têm muito mais a ver do que o silogismo jurídico na determinação das regras mediante as quais devem ser governados os homens.

Técnicas mais refinadas também são empregadas a título de realização do *distinguishing*. Uma delas consiste em o juízo inferior assentar a revogação implícita do precedente do tribunal hierarquicamente superior, sob fundamento de decisões ulteriores dele emanadas levarem à dedução da modificação da linha argumentativa outrora plasmada no precedente, conquanto ele ainda seja mantido incólume. Outra técnica mais sutil é a atuação do juízo inferior à moda de “profeta”, antecipando a nova posição a ser futuramente assumida pelo tribunal superior (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 37).

Nessa perspectiva, o domínio da técnica ou da arte do *distinguishing* permitiria ao juiz a fácil liberação da força vinculante do precedente (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 40). Todavia, a racionalização – compreendida no sentido de elaboração do raciocínio sobre falsas ou distorcidas razões (FERREIRA, 2004, p. 1.688) –, a bem da verdade, consubstancia “absurda peripécia”, “procedimento traiçoeiro”, cujo resultado prático é a demolição da teoria do *stare*

decisis, algo equivalente a decretar “sentença de morte” ao esquema de precedentes (ALONSO GARCÍA, 1984, p. 169).

Outro modo – bem mais drástico – de o órgão judiciário norte-americano se apartar do precedente é o *overruling*: o próprio precedente é ab-rogado, é descartado, perde eficácia em relação a situações posteriores, porquanto tem lugar a adoção de uma nova regra, contrária à anteriormente abrigada no precedente. Diferentemente do modelo inglês – em que somente o tribunal hierarquicamente superior detém legitimidade para invalidar ou infirmar o precedente, salvo a Suprema Corte (n. 1.1, *retro*) –, cada tribunal norte-americano detém a franquia de revogar seus próprios precedentes. Porém, não se cuida de prática habitual, o mais comum é o uso do *distinguishing* e a preservação do precedente: por exemplo, no âmbito da Suprema Corte norte-americana, entre 1810 e 1980, o *overruling* foi levado a efeito apenas cerca de 160 vezes, vale dizer, menos de uma vez ao ano, em média (ITURRALDE SESMA, 1995, p. 166).

Num cenário de maior flexibilização do precedente, algo parece certo: o modelo decisório fundamentado ou justificado é a chave à legitimação tanto do *distinguishing* quanto do *overruling*, presente a estrela guia de o *stare decisis* não poder servir de instrumento a patrocinar situações ilógicas e injustas (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 33-34).

De resto, o esquema de precedentes vinculantes tem como corolário o adelgaçamento do controle difuso de constitucionalidade atribuído a tribunais e juízes inferiores: em “questões constitucionais” federais, é da Suprema Corte a derradeira e definitiva palavra. Daí a necessária releitura do caso *Marbury versus Madison* (1803),¹³ em que se plasmou a supremacia do Judiciário (*supremacy of judiciary*): à noção correntia – “a todo e qualquer juiz, por ocasião do julgamento de casos concretos, é dado invalidar leis e atos em desconformidade à Lei Maior” (ARRUDA, 2014, p. 111) – haveria de se acrescer a condicionante “dês que ausente decisão da Suprema Corte a respeito”. Assim se ajusta, pois, o sacrossanto “direito ao *judicial review*” (DELFINO; CAMARGOS, 2014) aos impostergáveis reclamos de segurança jurídica.

¹³ Sinteticamente, no caso *Marbury versus Madison*, o então Presidente norte-americano John Adams, nos últimos momentos de seu mandato, nomeara William Marbury para o cargo de juiz de paz. Como não houvesse tempo hábil a formalmente investi-lo no ofício, mediante “comissionamento”, ao então novo presidente, Jefferson, cumpriria a prática do ato, através de seu secretário de Estado, Madison. Como houvesse recusa, Marbury impetrara *writ of mandamus* contra Madison, perante a Suprema Corte, competente para tanto por força de regra consagrada na Lei Judiciária de 1789. Como talvez não pretendesse contrastar o chefe supremo da nação, nem permitir fosse o sodalício tisonado com a pecha de pusilânime, de modo habilidoso, o Juiz Marshal declarou a inconstitucionalidade da lei, alargando a competência originária da Suprema Corte, já que em desconformidade à Lei Maior, de sorte que a impetração sequer foi conhecida (RAMOS, 2006, p. 102-103).

2 Modelo brasileiro

Cumpra alinhar o impostergável acerca do modelo brasileiro de precedentes no campo constitucional-cível, para, daí, deslizar ao exame de sua projeção ao circuito criminal.

2.1 Conformação geral

O modelo de sistema jurídico brasileiro, é um truísmo dizê-lo, é filiado ao *civil law*, “corpo de leis imposto pelo Estado, em oposição à lei moral” (GARNER, 2007, p. 263). Diversamente do *common law* – em que a lei não resulta de textos produzidos pelo Parlamento, mas, é enunciada por decisões dos juízes, no julgamento de casos concretos (*case law*), a partir dos usos e costumes do povo (n. 1.1, *retro*) –, o *civil law* se cristaliza em normas gerais e abstratas, vocacionadas à regulação de situações futuras: o direito codificado ou legislado (direito legal).

O *civil law* é comumente designado como sistema de “fundo romano”, baseado em “códigos legais” (SCHEB; SCHEB II, 2009, p. 9), porquanto sua origem histórica é encontrada no Império Romano, matizado por inúmeras leis e códigos escritos,¹⁴ donde se irradiou à Europa Continental, América Latina, Escócia e até mesmo, em alguma medida, à América do Norte (Lousiana) (GARNER, 2007, p. 263).

Segundo a tradição romana, na sentença, o juiz não deve tomar em conta outros casos já decididos (*exemplis*), deve, sim, guiar-se apenas pela lei ditada pelo soberano ou pelo poder central: *cum non exemplis, sed legibus iudicandum est* (Código Justiniano, livro VII, título 45, n. 13) (KRUEGER, 1892, p. 315-316).

Nesta conjuntura, no âmbito de sistemas filiados ao *civil law*, como os casos concretos projetados na tela judiciária são deslindados à luz da lei (direito legal ou codificado), não de outros casos já julgados (*case law*, direito judicial, jurisprudência como lei), juízes e tribunais não devem fidelidade a precedentes, vigora a ampla liberdade de interpretação, “a partir da Constituição, do costume e dos princípios gerais de direito” (RAMOS, 2006, p. 51). A liberdade decisória outorgada a juízes e tribunais permite-lhes, até, no julgamento de casos concretos, o decreto de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, assim materializado o controle difuso de constitucionalidade, legado do caso *Marbury versus Madison*,

¹⁴ O Imperador Justiniano (527-565 d.C.) buscava unificar toda a legislação do Império Romano e, para tanto, concebera o *Corpus Iuris Civilis*, integrado pelas *Institutas* (princípios ou manual da ciência do direito, 533 d.C.), o *Digesto* ou *Pandectas* (compilação do direito contemplado em obras dos autores romanos clássicos, comentários, observações e decisões paradigmáticas: 533 d.C.), o *Codex Repetitae Praelectionis* (compilação de leis: 529 d.C.) e as *Novelas* (reunião de Constituições promulgadas por Justiniano depois de 535 d.C.) (ARRUDA, 2016, p. 180).

julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte em 1803 (n. 1.2, *retro*).

Com a implantação do regime federativo no Brasil, as ideias norte-americanas de uma Suprema Corte como órgão central do controle de constitucionalidade e do permissivo ao exercício do controle difuso de constitucionalidade por juízes e tribunais para cá foram transladadas (RODRIGUES, 1992, p. 11-13).

Entretanto, a doutrina do *stare decisis* ou do precedente obrigatório, própria do *common law* inglês e norte-americano, mecanismo de garantia de respeito às decisões da Corte Suprema e dos tribunais superiores em geral, para cá não foi transposta, dada sua aparente antinomia ao modelo do *civil law* aqui abrigado (*cum non exemplis, sed legibus iudicandum est*). Daí, como produto da hibridação do *common law* e do *civil law*, a ausência de mecanismos a garantir a autoridade de decisões do Supremo Tribunal Federal no trato de questões constitucionais. O cenário começaria a mudar apenas na segunda metade do século XX, com a introdução – a partir do modelo constitucional europeu, fiado no *civil law* – de ações de controle abstrato de constitucionalidade, seguidas pela outorga de efeito vinculante e *erga omnes* a decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, ações de descumprimento de preceito fundamental, além da criação das súmulas vinculantes, equivalentes à produção legislativa primária (VIVEIROS, 2009, p. 135-137).

Na medida em que não se garantia a autoridade de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em questões constitucionais, por arrastamento, nem era garantida a autoridade das decisões proferidas por tribunais federais ou estaduais – em questões envolvendo leis federais e estaduais, respectivamente – em face dos correlatos órgãos judicantes hierarquicamente inferiores. Em termos gerais, a despeito do sistema de “súmulas” (síntese do posicionamento dominante do tribunal quanto a certo tema),¹⁵ juízes e tribunais decidiam livremente, à revelia de precedentes das instâncias superiores. A fidelidade ao precedente, quanto muito, exauria-se no plano moral e, quase sempre, cedia à máxima da “liberdade de interpretação” outorgada a cada magistrado: “o juiz não é a boca da lei [...] o juiz também não é a boca dos tribunais” (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 1.836).

Como fosse levada às últimas consequências, a absoluta independência decisória dos juízes desaguou no caos da jurisprudência nacional e, pois, em insustentável situação de incerteza do direito, algo igualmente registrado noutros sistemas jurídicos filiados ao *civil law*, como a Itália (CADOPPI, 2014, p. 16-20).

¹⁵ “O enunciado da súmula é, por assim dizer, o *texto* que cristaliza a *norma geral* extraída” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 487).

Daí a sentida necessidade de ajustar a independência judicial aos reclamos de certeza, estabilidade e segurança do direito, condensada no CPC/2015: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926).

Para tanto, o legislador constituinte previu eficácia geral e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, no tocante a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (declaratória de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade), em ação de descumprimento de preceito fundamental e súmulas vinculantes (CF, arts. 102, §§1º e 2º, 103-A; Lei nº 9.882/99, art. 10, §3º). Ou seja, embora não constituam leis propriamente, as decisões enunciadas ostentam força de lei, equivalem a *lege stricto sensu*, produção legislativa primária: trata-se da “jurisprudência como lei” ou do “direito judicial”, diretriz extensível a todos os ramos do direito, sem exceção. O descumprimento das decisões e súmulas vinculantes legitima o manejo de reclamação, endereçada ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103-A, §3º; CPC/2015, art. 988), com vistas à invalidação do ato judicial desconforme.

Já na órbita infraconstitucional, além de reforçar o caráter vinculante dos precedentes materializados em decisões do Supremo Tribunal Federal, exaradas em sede controle concentrado de constitucionalidade e em enunciados de súmula vinculante, o CPC/2015 (art. 927, III, IV, V), às expensas, enunciou o caráter vinculante também em relação a:

acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.¹⁶

Nesta altura, cumpre registrar uma aparente distopia no cenário jurídico brasileiro *post* Constituição Federal de 1988. Sabidamente, por força dela, ao Supremo Tribunal coube “precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102, *caput*), enquanto ao Superior Tribunal de Justiça se outorgou a tarefa de uniformizar

¹⁶ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

a interpretação de “lei federal” e zelar por seu respeito (art. 105, III). Vale dizer, a Carta Política, categoricamente, erigiu ambos os órgãos judiciários reportados à condição de Cortes de Vértice ou de Cúpula, incumbidas da interpretação última da “Constituição” e das “leis federais” (ou direito federal), respectivamente. A rigor, tanto seria suficiente a emprestar força vinculante a todas as decisões delas assim emanadas, quando condensadas em súmulas ou pronunciadas pelo Plenário.¹⁷ Basta relembrar que o modelo de inspiração do judiciário brasileiro pós-República (1889), reafirmado pela atual Constituição Federal (1988), foi o sistema norte-americano, no qual, desde sempre, vigorou o *stare decisis*. Contudo, como grande parte de tribunais e juízes – ancorados na ampla liberdade de interpretação, a partir da Constituição, do costume e dos princípios gerais de direito – se esquivasse de seguir as decisões emanadas das Cortes de Vértice nacionais em questões constitucionais e de interpretação do direito federal, o CPC/2015 (art. 927), ao fito de consolidar o sistema desenhado na Carta Política, erigiu a prática à condição de obrigação legal (*ex lege*).

Destarte, agora, diante dos termos expressos do art. 927 do CPC/2015, não há mais espaço para perdurar o desdém olímpico de juízes e tribunais em face de precedentes promanados das Cortes de Vértice: eles devem ser conhecidos de ofício, sob pena de omissão do respectivo julgado (CPC, art. 1.022, parágrafo único, inc. II) e até do manejo de reclamação (art. 988, IV), com vistas à prevalência do precedente. Quer dizer, súmulas do STF em matéria constitucional, súmulas do STJ em matéria de direito federal e acórdãos proferidos por ambos os tribunais em sede de recursos repetitivos (repercussão geral e representativo de controvérsia, respectivamente) não mais ostentam eficácia meramente persuasiva: “o Código de Processo Civil de 2015 consolidou cenário processual caracterizado por ferramentas de gestão de litigiosidade voltadas a conferir eficácia obrigatória a determinados precedentes” (STF, HC nº 152.742, trecho do voto do Min. Edson Fachin). Melhor esclarecendo:

A nova orientação, na verdade, apenas tornou mais claros e explícitos os contornos do novo sistema de precedentes que já vinha sendo construído em anteriores reformas legislativas e constitucionais, as quais introduziram, no direito brasileiro, técnicas de decisão e institutos direcionados à racionalização das decisões judiciais, como a Súmula Vinculante, o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, a repercussão geral, a permitir, como enuncia o art.

¹⁷ “Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como paradigmáticas, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação [...]. Tudo isso significa que o STJ desempenha uma função paradigmática, na medida em que suas decisões servem de exemplo a ser seguido pelos demais tribunais, com o que se obtém a uniformização da jurisprudência nacional” (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2010, p. 322-323, 302).

926 do CPC, a formação de uma jurisprudência mais estável, íntegra e coerente, bem como a prestação jurisdicional de modo mais célere (art. 5º, LXXVIII, da C.R.). (CRUZ, 2016, p. 350)

E a previsão contemplada no CPC/2015 (art. 927), coerente à legalidade inerente ao *civil law* agasalhado pelo regime brasileiro (CF, art. 5º, II),¹⁸ é suficiente a conferir o tónus de obrigatoriedade também a precedentes para além daqueles expressamente alinhados na Carta Política. Para tanto, tem-se por suficiente a lei ordinária federal (CPC), prescindível emenda à Constituição.¹⁹ É que a Lei Maior não atrela ao prévio aval do legislador constitucional a outorga de força vinculante a súmulas e precedentes emanados de tribunais superiores em relação às instâncias inferiores do Poder Judiciário (verticalização). Tanto seria necessário caso se pretendesse estender-lhes efeitos vinculantes para esferas além do Judiciário, ou seja, Administração Pública direta e indireta (eficácia *erga omnes*), tal e como se fez relativamente às decisões do STF em sede de controle concentrado e às suas súmulas vinculantes.^{20 21} Não é o caso, porém.

Assim atendida a liturgia constitucional-legal, há ainda mais a justificar a implementação prática do modelo de precedentes entronizado no CPC/2015 como um dos caminhos à consecução de celeridade com segurança jurídica. Tal e como acentuado linhas atrás, o aparelho judiciário nacional se encontra à beira do colapso: no final do ano de 2016, havia 79,7 milhões de processos em tramitação, 6,5 milhões de processos criminais (444 mil execuções penais); apesar da equivalência entre o número de processos novos e baixados (29,4 milhões), o

¹⁸ Diferentemente do sistema constitucional brasileiro (art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), nem o inglês nem o norte-americano consagram o princípio da legalidade, sem embargo de outras sólidas garantias instituídas em prol dos cidadãos em geral (SCHEB; SCHEB II, 2009, p. 12; RAMOS, 2006, p. 82).

¹⁹ Em sentido contrário, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 1.836-1837): “Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIN) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law* e o espírito da Constituição [...]”. O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado [...]. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve o problema da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder”.

²⁰ Os precedentes irão “obrigar aos demais órgãos judiciários, de igual ou inferior estatura, aplicando-se referencial e obrigatoriamente para casos semelhantes, tornando-se, assim, uma decisão assentada e diretriz (*‘stare decisis’*)” (CAPUTO, 2016, p. 968).

²¹ “No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 455).

número de processos remanescentes ou “estocados” permaneceu em ascensão, algo verificado desde 2009; a taxa de congestionamento (falta de solução de processos em tramitação) permanece em patamar estratosférico, na casa de 70% (BRASIL, 2017, p. 67, 182-183). Decisivamente, o voto de fé dado pelo legislador constituinte ao Judiciário (art. 5º, XXXV) impõe aos seus timoneiros a concretização do compromisso de atuar em direção à segurança jurídica, materialização da garantia da isonomia.

E para divisar o precedente passível de incidência ao caso *sub judice*, o judiciário também há de se valer dos aportes propiciados pelo uso da tecnologia da informática, incluídas as redes neurais artificiais. Assim, por exemplo, em tempos de processo eletrônico (PJE), seria curial, uma vez submetido o processo à deliberação judicial, o próprio sistema informatizado, a partir de dados processados por meio de inteligência artificial,²² já apresentar os precedentes aptos – em tese – à regência do caso. Decerto, a tanto se chegará dentro em breve, notadamente considerando a trajetória já deflagrada por tribunais nacionais. O Superior Tribunal de Justiça, *in exemplis*, há pouco, anunciou a criação de um “observatório de precedentes judiciais”, para monitorar, analisar e estudar os precedentes e, mais ainda, em junho último, já fez implantar “projeto-piloto” de inteligência artificial em seu âmbito.²³

A eficácia obrigatória aos precedentes enunciados no CPC/2015 (art. 927, III, IV, V) impõe aos juízes e tribunais nacionais a concretização do compromisso de solucionar igualmente futuros casos iguais aos casos decididos nos precedentes: “a universalidade pressupõe o compromisso de resolver do mesmo modo todos os casos iguais ao que se houver decidido” (AGUILÔ REGLA, 2012, p. 110). Deixar de fazê-lo, sem mais, constitui infração, a resultar na invalidade da decisão assim proferida, salvo se tanto se justificar pelo *distinguishing* ou pelo *overruling*, hipóteses legítimas de abandono do precedente (n. 1.1 e 1.2, *retro*).

No cenário nacional, a distinção ou *distinguishing* ocorrerá quando o órgão judiciário “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte”, mas, para tanto, cumprir-lhe-á “demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento” (CPC, art. 489, §1º, VI), ou seja, demonstrar que os *factos materiais* do caso *sub judice* são diferentes do caso já julgado, razão de a *ratio* do precedente não poder ser adequadamente aplicada. E apenas a “diferença razoável” entre o caso examinado e o precedente permitirá a elisão do

²² “Hoje, a Inteligência Artificial é a tecnologia mais importante neste processo de transformação digital que o Brasil vive. Aliada à criatividade humana, ela é capaz de resolver problemas e oferecer alternativas para que pessoas, governos e empresas interajam de maneira mais eficaz, ampliando a competitividade de todos” (INOVAÇÕES..., 2018).

²³ Informações extraídas de notícias vinculadas no *site* do STJ em 21.5.2018 e 14.6.2018.

derradeiro: os casos devem ser “razoavelmente diferenciáveis” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 58-59; 63).

A diferença ou distinção entre os *atos materiais* do caso posterior sob julgamento e os *atos materiais* do caso pretérito já decidido no precedente importar-lhe-á o abandono. A diretriz é clara: onde não houver a mesma razão de decidir não se aplicará a mesma regra.

Neste terreno, em tese, sempre é possível o julgador construir distinções excessivamente sutis, a fim de evitar a aplicação de precedentes reputados insatisfatórios, mormente porque “não há critérios prefixados para se determinar igualdades ou diferenças entre o precedente e o caso a resolver” (VIVEIROS, 2009, p. 147). Bem por isto, o domínio da técnica ou da arte do *distinguishing* permitiria ao juiz a fácil liberação da força vinculante do precedente. Como exemplos de “técnicas sutis” à realização do *distinguishing*, entre outras, tem-se: a) a adução de “revogação implícita” do precedente do tribunal hierarquicamente superior, sob fundamento de decisões ulteriores dele emanadas, levou à dedução da modificação da linha argumentativa outrora plasmada no precedente, conquanto ele ainda seja mantido incólume; b) atuação do juízo inferior à base do vaticínio, antecipando a nova posição a ser futuramente assumida pelo tribunal superior; c) mudança do sentido das palavras usadas no precedente, de sorte a açambarcar novos significados, captados da evolução da sociedade, aptos a modificar-lhe a orientação; d) alteração do sentido do precedente, mediante argumentação ou interpretação totalmente diferente da linha argumentativa manejada nele próprio, para concretização da discricionariedade judicial, a título de consecução da solução mais justa ao caso concreto (BELTRÁN DE FELIPE; GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p. 37; 40).

No ponto, cumpre registrar relevante peculiaridade. Em sede de *distinguishing*, a rigor, ao juízo hierarquicamente inferior não se permite a realização de filtragem de constitucionalidade de precedentes: aqui, não mais opera o controle difuso de constitucionalidade, ao menos em sua concepção ortodoxa. É que o juízo de constitucionalidade já foi proferido pela Corte de Vértice incumbida da “guarda da Constituição” (STF). Daí o porquê de o esquema de precedentes do CPC/2015, ao consolidar a vedação de controle difuso de constitucionalidade quanto a precedentes obrigatórios do Pretório Excelso, parecer ter como corolário também o “fechamento” do sistema, em prol da segurança jurídica (VIVEIROS, 2009, p. 137).²⁴

²⁴ “[...] O advento desses mecanismos, ao acrescentar verticalidade ao sistema de controle de constitucionalidade, acentua a autoridade do Supremo Tribunal como guardião maior da Constituição. A esse aumento da autoridade do máximo Tribunal corresponde uma diminuição lógica na atividade de controle por parte dos tribunais e juízes inferiores, submetidos agora à força cogente da interpretação constitucional que ocasiona o ‘fechamento’ processual de um sistema de controle antes aberto e permeável a disfunções e conflitos importantes [...]”.

A bem da verdade, porque a atividade judicante sempre implica opções e valorações, a única garantia à validade e à legitimidade do *distinguishing* consiste na obrigatoriedade de o órgão judiciário, sempre e sempre, invariavelmente, valer-se adequadamente do modelo decisório fundamentado, consagrado, inclusive, na Carta Política (CF, art. 93, IX) e explicitado pela Corte Suprema (STF, Repercussão Geral, Tema nº 339).²⁵ Calcado no processo de justificação, ele constitui a única base metodológica apta a permitir divisar similitudes ou diferenças fáticas entre o caso resolvido e o caso a resolver, em ordem a espantar o subjetivismo, processos psíquicos incontroláveis e insondáveis, a materializar o “decisionismo”, algo sempre arbitrário (ALEXY, 2008, p. 165).

Se o *stare decisis* não pode servir de instrumento a patrocinar situações ilógicas e injustas e se é inadmissível o silogismo judicial ancorado em falsas ou distorcidas razões, quando o juiz ou tribunal se propuser a operar a distinção, caber-lhe-á explicitar por que o precedente é distinto, sujeitando-se seu raciocínio ao crivo dos tribunais superiores. Sem embargo de não poder o órgão judiciário aceitar o precedente “cegamente”, sob perspectiva automatizada e mecanicista (LARENZ, 1997, p. 612), sua liberdade para refutá-lo há de ser exercida nos limites fixados pelo sistema constitucional-legal, sem distopias e usurpações.

Outro mecanismo para o juízo se apartar do precedente é o *overruling*, “a superação do entendimento”, a resultar em sua derrogação ou invalidação, *pro futuro*. O próprio precedente é ab-rogado, é descartado, perde eficácia em relação a situações posteriores, porque tem lugar a adoção de uma nova regra, contrária à outrora abrigada. Apenas o tribunal emissor do precedente detém legitimidade a revogá-lo. Se outro órgão judiciário pretender a superação do precedente, mesmo assim, impor-se-lhe-á aplicá-lo, sem prejuízo de tecer “a crítica ao precedente e à jurisprudência vinculante, inclusive a título de colaboração para oportuna superação” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 130).

Ao órgão judiciário competente à realização do *overruling* não é dado simplesmente ignorar o precedente, nem o redefinir ou reproduzi-lo sem fidedignidade à fórmula original. Se a hipótese não comportar *distinguishing*, é-lhe dado ou efetivamente revogar o precedente ou segui-lo, sem espaço a uma “terceira via” legítima (BUSTAMANTE, 2016, p. 399).

Em definitivo, o precedente também vincula o próprio tribunal emissor (eficácia horizontal ou horizontalidade), sob pena de infirmação ao *stare decisis*, de se decretar “sentença de morte” ao esquema de precedentes (ALONSO GARCÍA, 1984, p. 169) e de se instaurar a insegurança jurídica. Exatamente porque o

²⁵ “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”.

precedente reflete a melhor interpretação da regra, embora não signifique a última palavra, “espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião” (SCHAUER, 2012, p. 37). E, mais ainda, a “fidelidade ao Estado de direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou tribunal para outro” (MACCORMICK, 2008, p. 191). No ponto, joga importante peso a estrita observância ao “princípio da colegialidade”, inerente a órgãos fracionários: “a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz [...], as vozes individuais vão cedendo em favor de uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação” (STF, HC nº 152.752/PR, trecho do voto da Ministra Rosa Weber).

Induvidosamente, o vilipêndio à eficácia horizontal do precedente constitui algo especialmente grave quando protagonizado por Cortes de Vértice ou de Cúpula (STF, STJ). De fato, quando a Corte prolatora do precedente simplesmente lhe dá de ombros, sem superá-lo no todo ou em parte, tem-se postura verdadeiramente autofágica, por induzir as instâncias judiciais inferiores a procederem de igual modo. Assim agindo, a Corte de Vértice deflagra a demolição do sistema arquitetado a propiciar a almejada segurança jurídica, prestigia a imprevisibilidade e denega a concretização da igualdade ante a lei (tratar casos iguais de modo igual).

De remate, no contexto das considerações gerais acerca ao modelo de precedentes obrigatórios, com certeza, muito há ainda a construir. Cumprirá à dogmática e aos juízes aportarem soluções para múltiplas questões ainda em aberto. Entre outras, têm-se: a) a eficácia de decisões judiciais que somente adquiriram o *status* de precedentes obrigatórios com o advento do CPC/2015, quer dizer, quando prolatadas, não foram pensadas para ter força de lei; b) a eficácia de precedentes emitidos pelas Cortes de Vértice nacionais (STF, STJ) fora das atribuições constitucionalmente delimitadas (interpretação da Constituição Federal e do direito federal, respectivamente); c) *quid hoc facere* quando as próprias Cortes de Vértice, mormente quando atuam em sessões não plenárias, esquivam-se de seus próprios precedentes, sem lançar mão do *distinguishing* ou do *overruling*.

2.2 Sistema criminal

A imputação de cometimento de infração penal se projeta ao leito de processo de idêntica natureza, o processo penal, “complexo de princípios, regras e leis disciplinadoras da atuação dos agentes do Poder Judiciário e de seus auxiliares, na administração da justiça criminal” (TUCCI, 2003, p. 169).

E o sistema de precedentes obrigatórios consagrado no CPC/2015 se irradia ao processo penal.

Primeiro, porque “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (CPP, art. 3º). Logo, é possível a aplicação subsidiária do CPC/2015 ao processo penal, ou seja, quando ele carecer de regra disciplinando matérias e temas específicos (TOLEDO, 1994, p. 29; STF, RE nº 78.770, j. 23.8.1974). A lacuna involuntária do CPP a respeito do tema “precedentes obrigatórios” legitima a integração pelo CPC, com esteio na analogia, nos exatos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil): “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (ARRUDA, 2015, p. 211-213).

Segundo, porque a ausência de alusão a “processos penais” no art. 15 do CPC/2015²⁶ não é de molde a obstar a extensão àqueles. É bem verdade que o anteprojeto de lei original do CPC/2015 contemplava expressa referência a propósito. Nada obstante, em algum momento da tramitação legislativa, a locução “processos penais” restou suprimida. Seja como for, no particular, urge superar a interpretação literal, insuficiente à solução dos problemas e das questões jurídicas. Até porque, de muito, é possível ter-se por formada uma “teoria geral do processo”, manancial de preceitos e princípios norteadores do processo em geral, independentemente de sua natureza. Assim o revela a antiga – e ainda atual – obra *Teoria geral do processo* (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2015), algo na linha do que modernamente se tem designado “diálogo de fontes”.

De tal sorte, se o modelo de precedentes plasmado no CPC/2015 é extensível ao processo penal e se seu objeto é a lei penal substancial (tipos penais), naturalmente, a projeção igualmente alcança o direito penal material. Aqui, entretanto, a irradiação encontra limites intransponíveis nos princípios da legalidade e da culpabilidade.

O *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (CF, art. 5º, II e XXXIX; CP, art. 1º),²⁷ no afã de levar segurança jurídica e estabilidade também em direção ao sistema de justiça criminal, malgrado sofra uma “*queda de tensão* em contacto com o direito vivente” (CADOPPI, 2014, p. 163), há de se compatibilizar ao direito judicial (direito vivo e aplicado) derivado da obrigatoriedade de precedentes. Para tanto, há de se lhe manter hígida a coluna vertebral, seu “núcleo duro”, precisamente o imperativo de unicamente lei em sentido estrito (direito codificado) permanecer apta à tipificação de condutas. “Es solo ley (escrita) lo que abre las puertas de la cárcel”, sentenciava Mezger (ARRUDA, 2009, p. 196). Por arrastamento, nenhum

²⁶ “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

²⁷ “Em matéria penal, tudo é de direito estrito. Não se pode suprir a lei penal, à maneira do que se faz à lei civil, com analogias e induções” (HUNGRIA, 1967, p. 206).

precedente vinculante de natureza penal comporta leitura analógica em detrimento do agente: “por força do princípio cardeal da legalidade, é inadmissível analogia em detrimento do agente (*in malam partem*)” (ARRUDA, 2009, p. 257). Aliás, bem por isto, tal e como acentuado linhas atrás, mesmo no âmbito do *common law*, a tipificação penal deriva de leis escritas (*statutes* ou *statutory laws*), preponderantemente (n. 1.1 e 1.2, *retro*).

Já a culpabilidade, para além da clássica ideia de dolo ou culpa forçosamente impregnados à conduta do agente (*nullum crimen sine culpa*), significa “possibilitar” aos cidadãos em geral o conhecimento da norma penal, mediante o cumprimento do cânone *prævia lex scripta* e, mais importante, abstenção em tipificar condutas reputadas conformes pela consciência social. A ausência de sintonia entre a lei penal formal e o sentimento social (*Kulturnormen*) induz à ausência de culpabilidade, muito embora possa o legislador até ter respeitado o *nullum crimen sine lege*, formalmente (CADOPPI, 2014, p. 57).²⁸ Nessa perspectiva, compreendida a culpabilidade como necessidade de sintonia entre as normas penais formais e as normas culturais²⁹ e, pois, como desdobramento do princípio da legalidade, corrobora-se a vedação à tipificação à base de precedentes obrigatórios, igualmente inservíveis a legitimar a analogia *in malam partem*.

Enfim, ao Judiciário não é dado criar tipos penais, direta ou indiretamente, vale dizer, por via transversa, através do sistema de precedentes obrigatórios (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 454-455).

O escopo da aplicação do esquema de precedentes do CPC/2015 ao sistema de justiça penal também é a concretização da certeza, igualdade, ausência de arbitrariedade, imparcialidade, objetividade e celeridade:

Um sistema caracterizado pela multiplicidade de interpretações ao mesmo texto legal ou constitucional, à moda *tot capita tot sententiae* não sobrevive; antes, produz instabilidade, insegurança e falta de isonomia para os jurisdicionados, com reflexos danosos a seus bens mais caros, entre os quais, no processo penal, a liberdade. (CRUZ, 2016, p. 352)

²⁸ “O cidadão conhece a lei não somente através da Gazeta Oficial ou do Código, mas, também (e sobretudo) através da conformidade da norma penal com a *Kulturnormen* difusa no ambiente em que vive. Com um defeito em tal sintonia, de fato, o cidadão não poderá, de modo verossímil, conhecer a lei, apesar do respeito formal do *nullum crimen* por parte do legislador”.

²⁹ Em derradeira análise, a ausência de harmonia entre a consciência social (*Kulturnormen*) e o direito penal formal constitui algo equivalente à dessemelhança entre os conceitos material e formal de crime, verso e reverso duma mesma moeda, a despeito de cumprirem funções distintas: o primeiro (material) se debruça sobre a legitimação intrínseca do direito penal, é dizer, o que pode e deve ser punido, enquanto o segundo (formal) traduz a delimitação prática e concreta da zona penal (DIAS, 1999, p. 53-55).

Com certeza, os 2 (dois) objetivos básicos de qualquer sistema de justiça criminal sério – “proteger a sociedade do crime e, ao mesmo tempo, proteger os direitos dos suspeitos do cometimento de crime” (SCHEB; SCHEB II, 2012, p. 38) – têm como premissas a uniformidade, a previsibilidade e a segurança jurídica.

Conclusão

O art. 927 (III, IV, V) do CPC/2015 consolidou o esquema constitucional de outorgar eficácia obrigatória a precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, Cortes de Vértice, quanto a temas constitucionais e de direito federal, respectivamente, inclusive no campo penal (direito material e processual).

De par ao direito legal ou codificado, o direito judicial (jurisprudência como lei) também constitui fonte imediata ou direta. A antiga “batalha” entre o direito legal (*law in the books*) e o direito judicial (*law in action*) foi equacionada com a conciliação entre ambos (*in medio virtus est*): a lei, por excelência, mantém-se na condição de fonte primária de direito, mas, ao lado dela, passou a figurar o precedente (“lei em ação”), despido da eficácia, todavia, de conceber tipos penais e de redundar em analogia *in malam partem*.

A “queda de tensão” do princípio da legalidade, tomado no rigor euremático, justifica-se em nome da segurança jurídica, da igualdade, da certeza e da estabilidade do sistema jurídico, aturdido por crônico congestionamento.

A fim de a estabilidade propiciada pelo esquema de vinculação ao precedente não redundar em engessamento ou fossilização do direito, nem servir à perpetuação de soluções injustas e ilógicas, ao órgão judiciário se permite lançar mão de duas válvulas de escape, a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*), fiadoras da capacidade de adaptação do direito ao futuro, de seu crescimento e de sua evolução.

No entanto, urge empregar ambas as ferramentas reportadas à égide da parcimônia: de uma face, juízes e tribunais não podem nem devem aceitar o precedente “cegamente”, sob perspectiva automatizada e mecanicista; de outra, a liberdade lhes outorgada para refutá-los há de ser exercida nos estritos limites assinalados pelo sistema constitucional-legal, sem distopias e usurpações.

Na configuração prática do modelo de precedentes nacional, os aportes hauridos a partir do direito britânico e norte-americano, matrizes do sistema, deverão ser tomados em conta e ajustados à nossa realidade.

Aos atores do sistema de justiça – ainda céticos e resistentes, na maioria, à força dos “novos” precedentes obrigatórios explicitados pelo CPC/2015 – é imposta a tarefa, urgente e inadiável, de cerrarem fileiras à adequada construção

do “novo modelo”, sob pena de o prenunciado colapso do aparelho judiciário efetivamente se concretizar.

Referências

- AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ANDERSON, Perry. *Passagens da Antiguidade ao feudalismo*. Tradução de Renato Prelorentzou. São Paulo: Editora UNESP, 2016.
- ARRUDA, Élcio. *História do direito penal: origem e aplicação das penas na antiguidade (3500 a.C.-476 d.C.)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ARRUDA, Élcio. Impactos do novo Código de processo civil no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 23, n. 92, p. 211-223, out./dez. 2015.
- ARRUDA, Élcio. Novos perfis do controle de constitucionalidade: da hibridação ao risco de desfiguração. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 22, n. 86, p. 103-126, abr./jun. 2014.
- ARRUDA, Élcio. *Primeiras linhas de direito penal: fundamentos e teoria da lei penal*. Leme: BH, 2009. v. 1. t. 1.
- ASHWORTH, Andrew. *Sentencing and criminal justice*. 5. ed. New York: Cambridge University Press, 2010.
- BARNES, Harry Elmer. *The repression of crime: studies in historical penology*. Montclair: Petterson Smith, 1969.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2. ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Chicago: The University of Chicago, 2002. v. 1.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoría del precedente judicial: la justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*. Lima: Ediciones Legales, 2016.
- CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2014.
- CAMPOS, Ronaldo Benedicto Cunha. *O direito processual na atualidade*. Uberaba: Vitória, 1978.
- CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. *Código de Processo Civil articulado: comentários aos artigos do NCPC, com remissões, referências, notas e quadro comparativo*. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2016.
- CARDOZO, Benjamin Nathan. *The growth of the law*. New Haven: Yale University Press, 1924.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel aos nossos dias*. 8. ed. Tradução portuguesa de Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CROSS, Rupert; HARRIS, James W. *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CRUZ, Rogério Schietti. Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. Coleção Repercussões do Novo CPC.

DAVIES, Malcom; CROALL, Hazel; TYRER, Jane. *Criminal justice*. 4. ed. UK: Pearson Higher Education, 2009.

DELFINO, Lúcio; CAMARGOS, Luciano. Ontem e hoje: os variados enfoques do acesso à justiça. In: DELFINO, Lúcio *et al.* (Coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 3.

DURANT, William J. *A história da civilização: a idade da fé*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Record, [s.d.]. v. 4.

DUXBURY, Neil. *Elements of legislation*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2013.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. *Dereito Público*, v. 1, n. 2, p. 55-82, out./dez. 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GARCIA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. 4. ed. Lima: Grijley, 2003.

GARNER, Bryan A (Org.). *Black's law dictionary*. 8. ed. Saint Paul: West Group, 2007.

GILLESPIE, Alisdair A.; WEARE, Siobhan. *The English legal system*. 6. ed. New York: Oxford Univ. Press, 2017.

GRAY, John Chipman. *The nature and sources of the law*. New York: Columbia University Press, 1909.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1963.

HUDSON, John. *The formation of English Common Law: law and society in England from the Norman Conquest to Magna Carta*. New York: Routledge, 1996.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 7.

HUNGRIA, Nelson. Os pandetistas do direito penal. *Revista Forense*, v. 118, n. 541-542, p. 5-10, jul./ago. 1948.

INOVAÇÕES como inteligência artificial transformam governos no Brasil. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 29 jun. 2018. Estúdio Folha.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995.

KRUEGER, Paul. *Corpus iuris civilis: Codex iustinianus*. Berolini: Apud Weidmannos, 1892.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LILE, William Minor et al. *Brief making and the use of law books*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1909.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MCBAIN, G. Abolishing some obsolete common law crimes. *Kings College Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 89-114, 2009.

MORAES, Guilherme Peña. *Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEUBAUER, David; FRADELLA, Henry F. *America's courts and the criminal justice system*. 12. ed. Boston: Cengage Learning, 2015.

ORMEROD, D.; SMITH, J. C.; HOGAN, B. *Criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

OROZCO MUÑOZ, Martín. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2011.

POUND, Roscoe; BUTTÀ, Giuseppe. *Lo spirito della common law*. Milano: Giuffrè, 1970.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHEB II, John M.; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015.

SCHEB, John M.; SCHEB II, John M. *Criminal law*. 5. ed. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 2009.

SCHEB, John M.; SCHEB II, John M. *Criminal procedure*. 6. ed. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIVEIROS, Mauro. O precedente no controle de constitucionalidade brasileiro: visita ao modelo norte-americano. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, v. 4, n. 6, p. 135-151, jan./jun. 2009.

WILLIAMS, Glanville Llewelyn. *Learning the law*. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: CABRAL, Antônio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13. Coleção Repercussões do Novo CPC.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARRUDA, Élcio. O sistema de precedentes no sistema de justiça criminal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 26, n. 104, p. 83-123, out./dez. 2018.

Recebido em: 15.08.2018

Aprovado em: 26.09.2018