

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

VINÍCIUS LUIZ PALLÚ

PRECEDENTES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO PENAL

CURITIBA

2022

VINÍCIUS LUIZ PALLÚ

PRECEDENTES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, área de concentração Poder, Estado e Jurisdição do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. André Peixoto de Souza.

CURITIBA

2022

VINÍCIUS LUIZ PALLÚ

PRECEDENTES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO PENAL

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Peixoto de Souza

Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR) – Orientador

Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR) – Avaliador interno

Prof. Dr. Tiago Gagliano Pinto Alberto

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) – Avaliador externo

CURITIBA

2022

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me conceder a força necessária para concluir este instigante trabalho.

Aos meus amados pais, Ivan Luiz Pallú e Vera Lucia Luiz, por me ensinarem a recomeçar com todo amor, além de contribuírem com a minha formação humanística, acadêmica e profissional.

Ao meu orientador, Prof. Dr. André Peixoto de Souza, pelos ensinamentos, reflexões e apontamentos, incentivos e apoio incondicional para a efetiva conclusão do trabalho. Sem sua contribuição, com sugestões enriquecedoras, tal objetivo jamais seria possível.

Ao professor Celso Luiz Ludwig, que participou ativamente, me auxiliando, para que o presente trabalho pudesse ser concluído, e também pelo aprendizado e pela contribuição nesta pesquisa.

Aos meus colegas de PPGD, que contribuíram com o compartilhamento de informações imprescindíveis e conhecimentos essenciais.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	OS IDEÁRIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE	12
2.1	SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DE DIREITO	12
2.2	VINCULAÇÃO AO DIREITO E A NECESSÁRIA PROMOÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA POR MEIO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	16
2.3	RAZÕES PARA A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	19
3	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	23
3.1	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À LUZ DO ILUMINISMO E DO POSITIVISMO	25
3.2	TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	29
3.2.1	Teoria declaratória-formalista-cognitivista	29
3.2.2	Teoria reconstrutiva-adscritivista-constitutiva	31
3.3	CLÁUSULAS ABERTAS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	37
3.4	CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIS POR ANALOGIA OU INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA	40
3.5	IGUALDADE DE TODOS PERANTE A JURISDIÇÃO	43
4	PRECEDENTES JUDICIAIS: PREMISSAS GERAIS	50
4.1	DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DO <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	50
4.2	LOCUS DO TEMA	53
4.3	CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES	60
4.3.1	Precedentes vinculantes e persuasivos	61
4.3.2	Precedentes com vinculação vertical e horizontal	62
4.4	CORTES DE PRECEDENTES E CORTES DE JUSTIÇA	64
4.5	JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA E PRECEDENTE JUDICIAL: DISTINÇÕES CONCEITUAIS	71
4.5.1	Precedente	72
4.5.2	Jurisprudência	74
4.5.3	Súmula	77
4.6	INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	78
4.6.1	<i>Distinguishing</i> como técnica de confronto e aplicação do precedente	79
4.6.2	<i>Overruling</i> como técnica de superação do precedente	83
4.7	<i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBITER DICTUM</i>	89
4.8	APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 926 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	93
4.8.1	Estabilidade do precedente	96
4.8.2	Integridade do precedente	98
4.8.3	Coerência do precedente	101
4.8.4	Uniformização de jurisprudência	103
5.	PRECEDENTES JUDICIAIS: PREMISSAS ESPECÍFICAS (PROCESSO PENAL)	105
5.1	A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA JURISDIÇÃO PENAL	105

5.2 DECISÕES JUDICIAIS NÃO MOTIVADAS E A RELAÇÃO COM OS PRECEDENTES JUDICIAIS – ANÁLISE DO ART. 315, § 2º, INCISOS IV, V E VI, DO CPP	109
5.2.1 Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo (art. 315, § 2º, inciso IV, do CPP)	112
5.2.2 Decisão que se limita a invocar enunciado de súmula ou precedente, sem identificar seus fundamentos determinantes (art. 315, § 2º, inciso V, do CPP)	114
5.2.3 Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar distinção ou superação do entendimento (art. 315, § 2º, inciso VI, do CPP)	116
5.3 AS DECISÕES OBRIGATÓRIAS NO PROCESSO PENAL.....	118
5.3.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.....	122
5.3.2 Enunciados de súmula vinculante	123
5.3.3 Acórdãos em Incidente de Assunção de Competência (IAC), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Recursos Extraordinário e Especial repetitivos	125
5.3.4 Enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	130
5.3.5 Orientação do Plenário ou do Órgão Especial dos Tribunais aos quais os juízes estiverem vinculados	133
5.3.6 Embargos de divergência	135
5.3.7 Habeas Corpus como formador de precedentes penais.....	139
5.4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR.....	142
5.5 REVISÃO CRIMINAL COMO INSTRUMENTO PARA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SUPERVENIENTE MAIS BENÉFICO AO ACUSADO: UMA ANÁLISE EM COTEJO COM A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL	144
6. CONCLUSÃO	151
REFERÊNCIAS	154

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma abordagem dogmática sobre os sistemas do *civil law* e do *commow law*, e, em tal dimensão, analisa os dispositivos legais do Código de Processo Civil vigente e a (in)compatibilidade com o processo penal, bem como a necessidade de se respeitar os precedentes judiciais, principalmente os vinculantes, sem perder de vista os precedentes persuasivos.

Palavras-chave: Court's precedents. Processo Penal. Princípio da Segurança jurídica. Previsibilidade.

ABSTRACT

The present work presents a dogmatic approach on the systems of civil law and commow law, and, in such a dimension, it analyzes the legal provisions of the current Civil Procedure Code and the need to respect judicial precedents, especially binding ones, without losing view of persuasive precedents.

Keywords: Court's precedents. Criminal Process. Principle of legal certainty. Predictability.

1 INTRODUÇÃO

De início, é possível afirmar que o tema precedentes não tem sido analisado com a merecida profundidade pela doutrina brasileira. Basta consultar os principais manuais de processo penal para perceber que existe uma escassa literatura a respeito da questão, o que não significa que a matéria não seja relevante.

Considerando a falta de literatura nacional no âmbito criminal sobre o tema, este trabalho tem como intento analisar as premissas do *civil law* e *common law*, desde as suas origens, para depois averiguar os dispositivos do CPC/15, e aferir a possibilidade de transportar ao processo penal as disposições já existentes no sistema normativo vigente.

O presente trabalho amolda-se a linha de pesquisa “Jurisdição e Processo na Contemporaneidade”, haja vista a utilização do exercício da jurisdição penal, que expressa o poder punitivo estatal, para influir na esfera das liberdades individuais.

Esse fato, por si só, já indica a importância do estudo, além da contribuição à comunidade científica em futuros estudos acerca do tema.

Com efeito, o escopo do trabalho é analisar a possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária dos dispositivos da legislação processual civil ao processo penal, precipuamente os artigos 926 e 927, bem como examinar se o rol dos precedentes vinculantes previsto na legislação processual civil é taxativo ou exemplificativo, e, ainda, se pode haver a formação de precedentes penais para além dos cinco incisos legais.

O presente estudo surge como um referencial teórico adicional para a comunidade jurídica, com o intuito de enfrentar os problemas do tema, sem pretensão de exauri-lo.

O principal problema consiste justamente no fato de que juízes e Tribunais, em determinados casos, simplesmente ignoram os precedentes das Cortes Superiores, como se esses precedentes não existissem ou como se fosse natural oferecer tratamento jurídico diverso a pessoas que estão em semelhante situação jurídica, por meio de decisões conflitantes, o que transforma a jurisdição criminal em uma espécie de loteria jurídica, sem que o jurisdicionado possa antever, minimamente, o resultado da decisão judicial.

Partindo dessa premissa, indaga-se: onde está situada exatamente a linha divisória entre o *civil law* e o *common law*? O modelo de precedentes é compatível com países da tradição do *civil law*? Apenas a lei pode garantir segurança jurídica e previsibilidade aos indivíduos? Como ocorre a vinculação ao direito e a tentativa de promoção da segurança jurídica? Qual o conceito de lei, direito e jurisdição com a evolução da teoria da interpretação? Os dispositivos da

legislação processual civil aplicam-se ou não ao processo penal? É possível formar precedentes penais para além das hipóteses legais?

Tais questões serão averiguadas ao longo de todo o trabalho, após uma pesquisa bibliográfica, que foi realizada através do exame da legislação, e inúmeros entendimentos doutrinários e jurisprudenciais inerentes ao assunto¹, construindo uma base teórica sólida e segura para delimitar o objeto do estudo.

Portanto, o trabalho tem o propósito de perquirir a viabilidade do modelo de precedentes na jurisdição criminal. Tal propósito justifica-se, porque o papel do acadêmico é criar e disseminar conhecimento na sociedade, sendo a produção acadêmica a origem e extensão do ensino.

No primeiro capítulo, propôs-se, inicialmente, abordar o sobreprincípio da segurança jurídica, e a relação deste com o Estado de Direito, para, em seguida, analisar como se dá a vinculação ao direito e a tentativa de promoção da segurança jurídica.

No segundo capítulo, procedeu-se ao devido cotejo entre as duas principais teorias da interpretação e sua evolução histórica, desde o século XVIII, com a Revolução Francesa, até os dias atuais, perpassando pelas contribuições aduzidas pelo iluminismo e positivismo, assim como pela evolução do significado dos conceitos de “lei”, “direito” e “jurisdição”, e a função do juiz, hodiernamente, ao interpretar e aplicar o direito.

Todos esses conceitos influem diretamente no princípio da legalidade na atualidade, principalmente na utilização, pelo legislador, de tipos penais abertos, cláusulas gerais, termos vagos e conceitos jurídicos indeterminados.

Após, foi trazida uma compreensão distinta e ampliativa do princípio da isonomia, ressignificando o *slogan* “todos são iguais perante a lei” para “todos são iguais perante a jurisdição”, até porque é absolutamente antagônico pensar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, mas são desiguais perante as decisões judiciais.

No terceiro capítulo, analisou-se as principais características dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, e, em tal dimensão, a viabilidade de conceber um modelo de precedentes também para os sistemas filiados as tradições do *civil law*.

Em seguida, o tema precedentes foi posicionado metodologicamente para saber se pertence exclusivamente ao processo civil ou transcende para outros ramos do Direito, bem como se conflita com as bases epistemológicas do processo penal.

¹ Neste caso, foi necessário realizar um recorte temporal, analisando-se os julgados até fevereiro de 2022.

Para facilitar a compreensão da problemática proposta, foi realizada, também, a classificação dos precedentes e uma distinção essencial entre Cortes de Precedentes e Cortes de Justiça, assim como o efetivo papel do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na jurisdição penal.

Diferenciou-se, também, conceitos essenciais e próprios dos precedentes judiciais, tais como: jurisprudência, súmula e precedentes – a fim de eliminar aparente indistinção semântica – assim como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*,

Após, analisou-se, individualmente, os deveres de estabilidade, integridade, coerência e uniformização do precedente, a partir de uma leitura do artigo 926 do Código de Processo Civil.

No quarto e último capítulo, abordou-se três hipóteses normativas, relacionadas com o tema da pesquisa, que foram inseridas no diploma processual penal, com o advento da Lei nº 13.964/2019, em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial.

Além disso, investigou-se os precedentes vinculantes elencados no artigo 927 do Código de Processo Civil e algumas hipóteses de formação de precedentes obrigatórios no processo penal, para além das hipóteses da lei, inclusive com possibilidade de julgamento monocrático pelo Relator aos recursos dirigidos ao Tribunal.

Por derradeiro, o trabalho traz uma inovação no tocante ao manejo da revisão criminal como mecanismo para assegurar a aplicação de entendimento jurisprudencial mais favorável ao réu, analisando dispositivos da Constituição Federal, do Código Penal, do Código de Processo Penal e do Código de Processo Civil, procedendo a uma leitura sistêmica e conjugada do ordenamento jurídico brasileiro.

2 OS IDEÁRIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE

Este capítulo tratará inicialmente de algumas noções introdutórias sobre dois elementos essenciais para o Estado de Direito: segurança jurídica e previsibilidade, para melhor compreender o tema fulcral: precedentes judiciais.

2.1 SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DE DIREITO

O princípio constitucional da segurança jurídica é corolário da opção estruturante do Estado de Direito (art. 1º da Constituição), sendo indisputável o reconhecimento de que as relações jurídicas, mormente as estabelecidas entre Poder Público e particulares, devem estar assentadas em determinados parâmetros de previsibilidade².

Dessa maneira, a segurança faz parte da vida humana, sendo necessária para que o ser humano possa planejar e conduzir sua vida; por tal razão o princípio da segurança jurídica é elemento constitutivo do Estado de Direito³. A segurança jurídica pode ser definida também como um sobreprincípio do Estado de Direito⁴.

Tal raciocínio resulta do fato de que as pessoas podem planejar seus assuntos com mais confiança se tiverem uma orientação melhor sobre quando e como o Estado vai intervir, e se puderem racionalmente examinar as decisões judiciais anteriores para prever as próximas⁵.

Do mesmo modo, a previsibilidade também é elemento essencial ao Estado de Direito, pois é preciso que o sujeito saiba qual o significado das condutas que pode praticar para viver com liberdade e se desenvolver. A previsibilidade efetivamente importa quando se percebe que de um mesmo texto legal podem ser extraídas várias interpretações ou normas jurídicas. A mera

² CAMBI, Eduardo; DOTTE, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1.675.

³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade, segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. Tese de Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, pág. 201.

⁴ “O juiz, mais do que qualquer outro operador do Direito, tem o dever de autocobrar-se a lembrança diuturna de que é preciso haver segurança e previsibilidade das ações Estatais. O sobreprincípio da segurança jurídica emerge como sendo certamente um esteio do Estado Democrático de Direito, com uma básica formulação de exigência: previsibilidade da ação estatal. O Estado deve atuar sempre com lealdade em face das pessoas (físicas e jurídicas), pautar-se invariavelmente de modo a não surpreendê-las (não-surpresa) com as medidas tomadas.” (STJ – AREsp nº 1.675.841/PR, decisão monocrática do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 03.08.2020).

⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pág. 193.

publicação da lei, como garante da previsibilidade, deixa de ter qualquer importância ao se saber que de um texto legal pode ser retirada uma pluralidade de significados⁶.

A toda evidência, segurança jurídica e previsibilidade caminham juntas como sustentáculos do Estado de Direito, com a finalidade de que os indivíduos possam pautar suas vidas em conformidade com o direito e definir livremente suas condutas por meio de escolhas juridicamente conscientes e orientadas. Por isso, a previsibilidade é um dos principais aspectos da segurança jurídica, senão o mais importante.

É premissa elementar que o indivíduo molda suas condutas e pauta suas escolhas com base não apenas na lei, mas também de acordo com a interpretação conferida pelo Poder Judiciário acerca do sentido do texto legal, podendo-se afirmar que as decisões dos tribunais guiam também comportamentos⁷, até porque a lei é insuficiente para prever todas as regras de convivência da sociedade em relação ao conteúdo do direito, pois possui como características principais a generalidade e abstração, e dependerá sempre da atividade interpretativa do juiz.

Por consequência, o juiz também faz parte do conceito da “lei”, pois se as leis fossem autoaplicáveis, os julgadores seriam despididos. Por conseguinte, as leis e os precedentes complementam-se na construção do Direito.

Logo, o princípio da segurança jurídica é um dos cânones do Estado Democrático de Direito e tem por lastro, fundamentalmente, a previsibilidade das decisões, a fim de que seu conteúdo possa ser, em certa medida, antevisto pelas partes⁸. A previsibilidade, além de evitar surpresas, permite ter confiança nos direitos⁹.

A segurança jurídica pode ser decomposta analiticamente em cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica¹⁰. Não é possível exigir fidelidade ao precedente se o direito não é cognoscível e confiável¹¹.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 107.

⁷ A propósito: “Por essa razão, a força vinculante do precedente, em sentido estrito, bem como da jurisprudência, em sentido substancial, decorre de sua capacidade de servir de diretriz para o julgamento posterior em casos análogos e de, assim, criar nos jurisdicionados a legítima expectativa de que serão seguidos pelo próprio órgão julgador e órgãos hierarquicamente inferiores e, como consequência, sugerir para o cidadão um padrão de conduta a ser seguido com estabilidade.” (STJ – REsp 1.721.716/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 10.12.2019).

⁸ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 169.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 108.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 24.

¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 39.

Cognoscibilidade constitui conhecer o Direito para que seja possível fazer escolhas juridicamente orientadas (segurança de orientação). Estabilidade representa continuidade, permanência, durabilidade, impedindo variações abruptas de entendimento. Confiabilidade relaciona-se com a ideia de proteger a firme expectativa naquilo que é conhecido e que se concretamente planejou. Por fim, efetividade normativa significa que só é seguro aquilo que tem a capacidade de se impor acaso ameaçado ou efetivamente violado (segurança de realização)¹².

Portanto, o precedente também é um instrumento essencial que permite aos cidadãos planejar os seus comportamentos desejáveis após conhecer o significado do direito (cognoscibilidade), eliminando-se risco de insegurança jurídica e imprevisibilidade, que deslegitima o direito e produz penosa desorientação social.

Aliás, não se pode perder de vista o fato de que o excesso de julgados contraditórios gera instabilidade e descrédito que corroem a aptidão do Judiciário para criar direito, na medida em que se produz no jurisdicionado e na comunidade jurídica uma impressão de caos e de loteria jurisprudencial¹³.

Registre-se um trecho do voto do Ministro Luís Felipe Salomão: “a observância à iterativa jurisprudência do STJ, a par de prestigiar o próprio sentido de federação, garante tratamento isonômico aos jurisdicionados, prevenindo a denominada "jurisprudência lotérica", que a par de ocasionar desprestígio ao Poder Judiciário e colocar em risco a autoridade de suas decisões, propicia inúmeros reflexos deletérios, inclusive o de ensejar que causas idênticas tenham soluções divergentes”¹⁴.

A jurisdição torna-se, então, uma loteria em favor de uma das partes em detrimento da outra, sem mecanismos legais de controle eficiente¹⁵, na medida em que a mesma questão jurídica é julgada de maneira diferente, o que evidencia um casuísmo¹⁶.

De maneira geral, isso torna a jurisdição aleatória, sujeita à instabilidade, à decisões contraditórias e incoerentes. Inclusive, essa foi uma preocupação externada na exposição de

¹² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 24.

¹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 68.

¹⁴ STJ – REsp 1.412.667/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12.11.2013.

¹⁵ STJ – REsp 1.676.027/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 26.09.2017.

¹⁶ A propósito: “Deve-se ressaltar a obrigação legal que os tribunais têm de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC/2015), não sendo possível, portanto, o desvio casuístico do entendimento firmado pela Corte Especial em recente pacificação do tema.” (STJ – AgInt no AREsp 1.410.406/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 17.10.2019).

motivos do CPC/15¹⁷. O desrespeito aos precedentes das Cortes Supremas é porta aberta para a distribuição desigual e aleatória da justiça, com todas as suas perversas consequências¹⁸.

Isso porque qualquer norma jurídica essencialmente gera a expectativa de sua aplicação posterior, ou seja, os sujeitos envolvidos esperarão que determinadas condutas levem a certos efeitos e, por isso mesmo, ajustarão seus comportamentos de acordo com as normas geradas jurisprudencialmente¹⁹.

É imprescindível, a partir dos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança (não surpresa)²⁰, considerar a legítima expectativa do jurisdicionado como juridicamente relevante diante do precedente instituído, porquanto a justiça das decisões afere-se por meio de sua previsibilidade. O direito tem, pois, papel importante para a estabilização das expectativas das pessoas²¹. A previsibilidade obviamente depende da confiança.

Para tanto, é preciso verificar se, à época da prática dos atos, havia “confiança justificada” no precedente, ou se, pelo contrário, o precedente estava desgastado e, assim, não poderia ter amparado a ação social. Se, no instante da prática dos atos, havia confiança justificada no precedente, uma vez que a Corte Suprema não tinha sinalizado para a perda da sua autoridade ou não havia clara crítica na academia quanto a sua fragilidade, a invalidação de atos que nele se fundaram constitui uma “surpresa injusta”²².

Os precedentes judiciais ensejam expectativas nas pessoas de que a decisão proferida no caso antecedente, seja igual para os casos posteriores que forem semelhantes. Aí encontra-se a ideia de confiabilidade.

¹⁷ “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera inquietude e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”. Disponível em: <https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf> Acesso em: 22 nov. 2021.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 67.

¹⁹ MACÊDO, Lucas Baril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 108.

²⁰ “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”. (CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, pág. 256).

²¹ STJ – REsp 1.066.724/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24.04.2014.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 109-110.

A confiança nos precedentes judiciais é fundamental para autodeterminação das pessoas e para assegurar a credibilidade das cortes. O jurisdicionado precisa ter confiança de que as leis serão, consentaneamente, interpretadas e aplicadas, bem como que os precedentes serão, corretamente, seguidos e respeitados.

Dessa forma, o desrespeito aos precedentes é fenômeno que depõe contra a credibilidade das cortes. A previsibilidade em relação às decisões judiciais contribui para a racionalização das expectativas, minimizando o espectro de incertezas²³. A ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição²⁴.

Em geral, a segurança jurídica está relacionada com elementos objetivos da ordem jurídica, enquanto a proteção da confiança prende-se mais com componentes subjetivos da segurança jurídica: calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos²⁵.

2.2 VINCULAÇÃO AO DIREITO E A NECESSÁRIA PROMOÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA POR MEIO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Após analisarmos o princípio da segurança jurídica, cabe indagar um problema central presente em qualquer ordem jurídica: como se dá a vinculação ao direito e a tentativa de promoção da segurança jurídica?

Para tanto, oportuno contextualizar no tempo e no espaço a tentativa de vinculação do direito à lei para se chegar na tentativa de vinculação do direito aos precedentes.

A desconfiança sobre a atuação dos juízes na Idade Média, arbitrária e subserviente aos interesses de castas privilegiadas, e a adoração da lei fomentada pelo racionalismo imperante no século XVIII fizeram com que a estrita vinculação à lei se tornasse um postulado central²⁶.

As promessas de segurança (jurídica) e previsibilidade (das decisões) têm nas codificações do final do século XIX a primeira possibilidade de concretização, fomentando a criação de ferramentas interpretativas que permitem concentrar e sistematizar o universo das

²³ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1.686.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 60.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 104.

²⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 26.

normas jurídicas, dando-lhes unidade e coerência. A crença na unidade e coerência dos Códigos aponta o diagnóstico de que as falhas no ordenamento jurídico são disfunções eventuais e eminentemente metodológicas, suprimíveis através das técnicas de interpretação²⁷.

No contexto do Estado do século XIX e seguindo o entendimento firmado pelo positivismo jurídico existe a presunção de que o conteúdo do direito legislado codificado é suficiente para legitimar as decisões, não havendo necessidade de outro tipo de fonte normativa, senão aquela que deriva diretamente do direito positivo. Acreditava-se fielmente na segurança jurídica advinda da lei, como forma de solucionar todos os problemas sociais.

O problema da vinculação ao direito no Brasil sempre foi pensada como algo concernente à legislação. No Brasil, até pouco tempo, a jurisdição era relegada a segundo plano. O intérprete extraía o significado do texto legal através de uma interpretação judicial meramente declaratória (declarar à lei já preexistente) e literal²⁸. Veremos adiante a evolução das teorias da interpretação.

No entanto, segundo lições de Marinoni, o direito mudou de lugar; abandonou o texto legal – em que, na verdade, nunca se acomodou plenamente – e passou a ocupar o lugar das decisões das Cortes Supremas. Assim, essas, por mera consequência lógica, passaram a representar os critérios de orientação da sociedade e de solução dos casos conflitivos, dando origem ao que se chama de precedente²⁹. Isso quer dizer que a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito³⁰.

Acreditar na vinculação do direito penal, exclusivamente por meio da lei, como única forma racional de controle do poder punitivo, é um engodo. Soa especioso e utópico acreditar que a vinculação do direito somente é possível através do direito legislado. A segurança jurídica advinda da lei é uma segurança ilusória.

A vinculação do juiz à lei deve ser concebida dentro da perspectiva de uma sociedade em acelerado processo de mudança e não sob uma visão inerte, estática³¹.

²⁷ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, págs. 43-44.

²⁸ “Para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 43).

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 90.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 93.

³¹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 17.

Diante disso, exige-se a alteração do referencial da segurança jurídica: não mais apenas a estática declaração da lei ou dos precedentes, mas a dinâmica reconstrução da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação³².

Com efeito, a vinculação do juiz não é, exclusivamente, à lei, mas ao ordenamento jurídico: ao direito³³. A pauta de conduta dos indivíduos abrange um conjunto de elementos, quais sejam: a constituição, a lei, a doutrina, a jurisprudência e os precedentes vinculantes³⁴.

No âmbito criminal, segurança jurídica e previsibilidade assumem importância ainda maior, porque protege-se o valor liberdade, devendo os indivíduos ter orientação sobre quais as consequências de seus comportamentos e os limites de atuação do poder punitivo.

Quando se adjetiva a segurança jurídica, compreende-se o conhecimento do jurisdicionado sobre qual o direito certo para determinada situação, antes mesmo da ocorrência do fato ensejador do evento jurígeno.

Desse modo, o modelo de precedentes possibilita assegurar o princípio da segurança jurídica e garantir a previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão na prestação jurisdicional, o que não se constata atualmente na jurisdição criminal³⁵.

Em síntese: a promoção da segurança jurídica consubstancia-se em um problema central e perene de qualquer ordem jurídica. Sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas, e do mesmo modo é impossível reconhecer qual o Direito vigente, que deve ser aplicado a todos uniformemente. Daí a razão pela qual a segurança jurídica é uma condição para que se possa conceber a própria existência do Direito³⁶.

Por isso, é importante demonstrar por quais razões os precedentes devem ser seguidos e respeitados.

³² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 87.

³³ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 189.

³⁴ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 137.

³⁵ “A par disso, o déficit de segurança jurídica, com a falta de previsibilidade em relação ao conteúdo das decisões judiciais, tem sido uma marca do sistema judiciário (penal) pátrio, inclusive no âmbito dos tribunais superiores.” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 14).

³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 22-23.

2.3 RAZÕES PARA A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

É importante pontuar as razões que justificam o respeito aos precedentes. A maioria está relacionada à manutenção de uma ordem jurídica estável e previsível, cuja finalidade é diminuir o fator surpresa decorrente da mudança abrupta dos posicionamentos dos tribunais³⁷.

Como vimos, as razões para observância dos precedentes cumpre papel determinante para a vida em sociedade, pois solidifica os princípios da segurança jurídica – por trazer cognoscibilidade aos destinatários –, e isonomia, evitando-se, com isso, tratamento anti-isonômico no julgamento de casos similares, e propiciando maior estabilidade e previsibilidade nas decisões das Cortes, bem como ajuda a pautar condutas dos cidadãos³⁸.

Respeitar precedentes torna o sistema processual penal mais coerente, incrementando o respeito à liberdade (autodeterminação) e à igualdade entre as pessoas (mesmo tratamento para situações iguais), bem como densifica a segurança jurídica³⁹.

A legitimação da atuação punitiva estatal está intrinsicamente ligada à prévia ciência pelo jurisdicionado das consequências jurídicas que lhe podem advir em razão da prática de suas condutas⁴⁰. Daí que a orientação de comportamentos que o direito tem o dever de oferecer tem a sua tônica deslocada: da legislação para a jurisdição⁴¹.

Além disso, os precedentes têm a função de reduzir o âmbito de equivocidade do Direito, aumentando a sua cognoscibilidade e possibilitando um tratamento igualitário entre as pessoas⁴². Por isso, a institucionalização de um sistema de precedentes vinculantes é uma tentativa de resposta frente à notória insuficiência da legalidade penal. Por meio da sua incorporação como fonte normativa, aprofunda-se a possibilidade de controlabilidade da decisão⁴³.

³⁷ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 43.

³⁸ “Como demonstrado, se o Judiciário define o significado da lei, a sociedade não pode determinar o seu comportamento apenas a partir da norma legal, sendo-lhe imprescindível pautar-se pelos precedentes.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 149).

³⁹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 141.

⁴⁰ SILVA, Bruno Nova. *A (ir)retroatividade das alterações jurisprudenciais: uma nova leitura do princípio da legalidade penal em meio à teoria dos precedentes*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013, pág. 110.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 77.

⁴² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 116.

⁴³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 191.

A cognoscibilidade do Direito permite que os destinatários possam definir, prévia e livremente suas condutas, através de escolhas juridicamente conscientes e orientadas, a fim de que o conteúdo do direito possa ser antevisto pelas partes⁴⁴. Por essa razão, ao definir um precedente, os tribunais darão publicidade a seus precedentes, divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (art. 927, § 5º, CPC), com o intuito de aumentar o grau de cognoscibilidade da sociedade sobre o inteiro teor do precedente.

Os precedentes favorecem também a generalidade, na medida em que, quando há unidade do direito, um só direito regula a vida social e aplica-se a todos, indistintamente⁴⁵. O precedente é uma norma com um nível menor de generalidade, se comparado com a legislação. Isso porque se trata de uma norma especificada e balizada pelos fatos de um caso concreto, gozando, por consequência, de um nível de densificação maior que a lei⁴⁶.

Segundo Robert Alexy, as razões básicas para seguir os precedentes é o princípio da universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal⁴⁷. Com efeito, o precedente está atrelado com a ideia de generalidade e universalização, prestigiando um modelo vocacionado para a racionalidade da ordem jurídica⁴⁸.

Para ser racional, o resultado da interpretação tem de ter ainda capacidade de universalização, isto é, a justificação tem que ter condições de ser replicável para os casos futuros. Sem replicabilidade da justificação (*replicability*), não há objetividade e imparcialidade na interpretação⁴⁹.

O princípio da universalidade do direito liga-se à ideia de que o direito é um só, o qual, uma vez violado, acarreta danos não só ao indivíduo, mas ao ordenamento jurídico como um

⁴⁴ “Não é possível exigir fidelidade ao precedente se o direito não é cognoscível e confiável.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 39).

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 103.

⁴⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 107.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, pág. 259.

⁴⁸ “A independência dos juízes e tribunais dependerá cada vez mais de decisões com caráter universal, aplicáveis para todas as situações similares, deixando de lado os casuismos que a jurisprudência estimula e que fazem dos nossos tribunais uma verdadeira loteria.” (NERI, Bianca Garcia; Lima, Barbara Gaeta Dornellas de. *A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica*. Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição, vol. 2, n. 1, Brasília: jan/jun. 2016, pág. 648). Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322621174_A_Forca_dos_Precedentes_Judiciais_no_Processo_Penal_Uma_Busca_pela_Igualdade_e_Seguranca_Juridica/fulltext/5a6339e34585158bca4d6d6b/A-Forca-dos-Precedentes-Judiciais-no-Processo-Penal-Uma-Busca-pela-Igualdade-e-Seguranca-Juridica.pdf> Acesso em: 18 out. 2021.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 65.

todo⁵⁰. Por isso, é preciso “garantir ao menos um mínimo de universalidade na aplicação do Direito”⁵¹. Outrossim, a universalidade tem importância para propiciar a aceitabilidade das razões justificadoras da decisão judicial e para permitir a checagem de se as decisões que lhe são posteriores ferem a igualdade. Além de contribuir para a racionalidade jurídica, a universalidade favorece a isonomia e inibe a parcialidade⁵².

Isso não significa, de modo algum, que o precedente tenha eliminado a independência dos magistrados que atuam nas instâncias ordinárias, porque o fundamento é de caráter lógico-pragmático: não faz o menor sentido um magistrado julgar em desconformidade com um precedente vinculante, pois já se sabe, de antemão, qual a resposta final que será conferida pelas Cortes Superiores sobre aquela determinada matéria jurídica, em um eventual recurso⁵³.

Fato é que os benefícios trazidos pelo respeito aos precedentes não podem ser negados. Segurança, uniformidade do direito e igualdade nas decisões judiciais são apenas alguns direitos garantidos pela vinculação dos magistrados aos precedentes⁵⁴.

Logo, o respeito aos precedentes desestimula a interposição de recursos manifestamente infundados, fomenta a celeridade processual⁵⁵, efetividade da jurisdição⁵⁶ e racionalidade da distribuição da justiça⁵⁷, conferindo respeitabilidade, autoridade, credibilidade e confiabilidade

⁵⁰ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, págs. 167-168.

⁵¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, pág. 326.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 102-103.

⁵³ “Ora, seria pouco mais do que irracional admitir o processamento de uma causa em tribunais que pudessem decidir sem considerar as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente isso significaria um castigo à parte que tem razão perante a Corte Suprema, pois a penalizaria com a necessidade da interposição de recurso – com o consequente consumo de tempo e dinheiro – para chegar à decisão que, desde o início, se sabia – ou ao menos se pressupunha – que prevaleceria. Mas isso também geraria deslegitimação do próprio Judiciário, na medida em que faria ver não apenas inexplicável conflito interno no seio do Poder, como ainda inadmissível falta de respeito à hierarquia, base lógica de todo e qualquer sistema que se proponha a razoavelmente funcionar.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 123).

⁵⁴ PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. Dissertação em Direito – Universidade Federal do Paraná, 2011, pág. 78.

⁵⁵ “É preciso que as cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor.” (TARUFFO, Michele. *Linee per una Riforma della Cassazione Civile*”, *Il Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile: Il Mulino*, 1991, pág. 173).

⁵⁶ “E isso porque a violação do precedente é danosa para as partes, que aí passam a ter o ônus de interpor recurso para as Cortes Supremas para poder ver o caso apreciado de acordo com o Direito, com manifesta violação da igualdade, da segurança jurídica e da duração razoável do processo, e é danosa para o próprio Poder Judiciário, que passa a ter o dever de atuar apenas para reafirmar aquilo que já se encontra devidamente solucionado com o precedente, com manifesto prejuízo à eficiência administrativa e à racionalização da atividade judiciária. (...) Inexiste qualquer razão jurídica que autorize agressões de tamanha envergadura ao Estado Constitucional.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 123).

⁵⁷ “A identificação da correta função de cada uma das esferas do Poder Judiciário, a partir da delimitação das suas competências, é indispensável para que o sistema ganhe racionalidade e que se promova a economia processual. Se houver, de fato, uma racionalização na atuação dos tribunais, ocorrerá, de modo inegável, um

no Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que demonstra a sua unicidade⁵⁸. É evidente que os precedentes têm como vantagem a economia de valiosos recursos, assimilável pelas partes e pela sociedade, com ganho em celeridade e efetividade do Poder Judiciário como um todo.

Essas razões, objetivamente consideradas, justificam a observância dos precedentes judiciais no âmbito do direito (processual) penal, independentemente da convicção pessoal do magistrado que deva aplicá-los ou da concordância com os seus fundamentos, até porque o precedente obriga o Judiciário – jurisdição é una – e não um juiz ou outro⁵⁹.

Se o direito não é apenas revelado pela decisão judicial, se o texto legal não é portador de um único sentido intrínseco, mas é de algum modo afirmado (“*established*”) pelas decisões judiciais, então a fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha unidade, tornando-se um ambiente seguro, livre e isonômico, predados sem os quais nenhuma ordem jurídica pode ser reconhecida como legítima. Essas são as razões pelas quais os precedentes são vinculantes na nossa ordem jurídica⁶⁰.

Em suma: são inúmeras as razões para observar os precedentes judiciais, como restou demonstrado.

acréscimo de qualidade nas decisões, em face da maior disponibilidade de tempo para analisar e julgar os casos.” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 116).

⁵⁸ “*Contudo, compreendendo-se que os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam as suas “opiniões”; eles estão subordinados ao sistema e ao Poder a que servem e, portanto, não podem afrontar as decisões das Cortes Supremas. Trata-se de enfatizar o aspecto institucional das decisões judiciais, deixando-se de lado o equívoco de que elas representam a liberdade de o juiz julgar, que estaria subjugada apenas à lei. Aliás, exatamente porque a lei é equívoca é que o juiz está submetido à norma jurídica que dela a Corte Suprema extrai ao interpretar.”* (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 158).

⁵⁹ “*É preciso colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com as Cortes Supremas. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do direito e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua decisão em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso, violando o direito fundamental à duração razoável do processo.”* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 51).

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 94

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

O princípio constitucional da legalidade sempre foi visto como o grande anteparo ao poder punitivo estatal e como um símbolo de segurança jurídica, em razão de trazer consigo a cognoscibilidade do Direito⁶¹. Assim, a resposta de Beccaria para resolver o problema da indeterminação e cognoscibilidade foi o respeito à legalidade estrita e a proibição de interpretação (interpretação literal) das leis pelos juízes⁶².

Essa forma de pensar encontra-se impregnada pela ideologia da separação dos poderes, na sua versão ligada ao ciclo constitucional revolucionário francês, e pelo cognitivismo interpretativo⁶³, que será melhor abordado adiante.

O princípio da legalidade, no direito penal, se notabilizou na máxima de Feuerbach (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*⁶⁴) e está inserido no texto constitucional através da seguinte redação “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (art. 5º, XXXIX). Na verdade, este enunciado normativo já estava reproduzido identicamente no artigo 1º do Código Penal.

No âmbito penal, a segurança jurídica, cristalizada no princípio da legalidade, constitui uma garantia fundamental do indivíduo em face do Estado, e não o contrário⁶⁵.

Diante disso, a legalidade, no âmbito penal, assume inegavelmente um alto grau de importância, juntamente com o princípio da segurança jurídica, já que sem a solidificação desses princípios a própria legitimidade do Direito Penal ficaria comprometida. Por isso, o Estado só pode restringir o *status libertatis* do cidadão por intermédio da lei.

⁶¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 17.

⁶² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 30.

⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 72.

⁶⁴ Luigi Ferrajoli, afirma serem 10 os postulados do direito penal e processual penal, em um sistema garantista: 1) *nulla poena sine crimine*; 2) *nullum crimen sine lege*; 3) *nulla lex (poenallis) sine necessitate*; 4) *nulla necessitas sine iniuria*; 5) *nulla iniuria sine actione*; 6) *nulla actio sine culpa*; 7) *nulla culpa sine iudicio*; 8) *nullum iudicium sine accusatione*; 9) *nulla accusatio sine probatione*; 10) *nulla probatio sine defensione*. (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004, pág. 69).

⁶⁵ “Assim, se o direito penal descreve condutas e lhes comina penalidades, é porque está limitando o poder do Estado e não do cidadão. É assim que deve ser visto o princípio da legalidade: sob uma ótica democratizante, emancipatória, garantista.” (BRETAS, Adriano. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM Editora, 2006, pág. 34)

De fato, o princípio da legalidade é essencial ao Estado de Direito e, certamente, foi a maior conquista do direito penal da modernidade em termos de garantias individuais, com a finalidade de inibir o arbítrio punitivo e o subjetivismo⁶⁶.

É inegável que a concepção do princípio da legalidade, na época da Revolução Francesa, foi uma conquista de extrema relevância para a sociedade da época, que se mantém até os dias atuais, conforme será demonstrado adiante. Não se pretende, com isso, reduzir o princípio da legalidade, mas apenas demonstrar que a expressão “lei” possui várias acepções, de acordo com a evolução da teoria da interpretação.

Por outro lado, Ferrajoli qualifica o princípio da legalidade como metanorma de reconhecimento das normas vigentes, que existe e é válida apenas em razão das formas de sua produção, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular, e desligada de sua justiça intrínseca⁶⁷.

No entanto, com o avanço do constitucionalismo e o reconhecimento da força normativa da Constituição, a mutação do princípio da legalidade levou Ferrajoli a constatar uma quebra de paradigma em relação ao direito legislado, substituindo o princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade substancial. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se agora exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais⁶⁸.

Logo, o verdadeiro significado da transformação da função jurisdicional está em que, ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplifica a latitude do espaço judicial para expressar o significado do direito e resolver o caso litigioso⁶⁹.

E mais: a utilização de cláusulas gerais e a adoção de princípios constitucionais para a leitura das regras legais, por si só, ampliou a latitude de poder do juiz, aumentando o espaço de subjetividade para a definição dos litígios. Afinal, em um caso, o juiz é chamado a definir o que

⁶⁶ “A jurisdição criminal não pode, ante a deficiência legislativa na tipificação das condutas humanas, impor responsabilidade penal além da que esteja em conformidade com os dados constantes dos autos e com a teoria do crime, sob pena de render-se ao punitivismo inconsequente, de cariz meramente simbólico, contrário à racionalidade pós-iluminista que inaugurou o Direito Penal moderno.” (STJ – REsp 1.689.173/SC, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 21.11.2017).

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 46.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 50.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 52.

não foi decidido pelo legislador e, no outro, tem poder para negar validade às regras legais em face da Constituição ou mesmo para conformá-las às normas constitucionais⁷⁰.

O avanço do constitucionalismo, e a atuação judicial mediante a concretização de cláusulas abertas e indeterminadas, fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*, assim como uma mutação do princípio da legalidade: da legalidade formal para a legalidade substancial.

Aliás, essa é uma concepção herdada do direito americano, no qual cabe ao Judiciário o papel de interpretar a Constituição e fazer com que as normas editadas pelo Legislativo sejam conformes ao texto constitucional⁷¹.

Todavia, não é possível falar em legalidade atualmente sem antes entender todo o contexto histórico que norteia o tema, desde o movimento iluminista, até o avanço na própria expressão do conceito de lei e direito através da evolução da teoria da interpretação. Tal percepção faz com que seja necessário repensar uma nova dimensão ao princípio da legalidade, em especial no âmbito penal.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À LUZ DO ILUMINISMO E DO POSITIVISMO

Para melhor compreender o princípio da legalidade, torna-se necessário fazer alusão aos ideais introduzidos pelo iluminismo, no momento histórico vivido pela sociedade da época (século XVIII), em especial na França.

O sonho iluminista é fundado na concepção da codificação como estrutura completa e harmônica, isenta de aberturas, incoerências ou contradições. Os dogmas de completude e coerência conduzem à fetichização do texto legal e à contração do horizonte de análise do direito aos parâmetros determinados pelo legislador. Ao basear os critérios de aplicação do direito na concepção de que as leis conformam universo autossuficiente, o projeto exegeta conduz à mecanicização da atividade do juiz, sujeito apolítico e axiologicamente neutro⁷².

Isso gerou uma era de codificações (e o fetichismo de que a lei absorveria todo o Direito), formando-se monossistemas jurídicos que visavam a exaurir a regulação social (mito da completude⁷³) e, desse modo, evitar a interpretação do juiz. A legislação seria a forma certa

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 65.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 75.

⁷² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 44.

⁷³ “O dogma da completude jurídica está há muito superado. BOBBIO ensina que a escola da exegese já foi abandonada e substituída pela escola científica. O caráter peculiar da escola da exegese é a admiração

de resolver todos os problemas jurídicos, devendo o intérprete limitar-se a encontrar as respostas prévia e estritamente determinadas⁷⁴.

O princípio da legalidade, tal como pensado no iluminismo, trouxe a concepção do apego à lei, em que o Poder Judiciário aplica os enunciados normativos de forma mecânica aos casos concretos através do silogismo perfeito⁷⁵.

O pensamento iluminista representou um grande avanço em termos de garantias penais, sendo, talvez, o período com maior desenvolvimento nesse ponto. Entretanto, a ideia do julgamento como um silogismo perfeito e da atuação mecânica do juiz (“boca da lei”) é impossível sob o ponto de vista epistemológico⁷⁶.

Isso porque a lei sempre demandará interpretação por parte do intérprete – mesmo quando formulada mediante o uso da melhor técnica legislativa –, que poderá escolher uma dentre as inúmeras diretivas interpretativas possíveis⁷⁷.

Portanto, de nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes⁷⁸, até porque o cidadão necessita saber – obviamente que com determinado grau de previsibilidade – o que esperar do Judiciário⁷⁹.

*incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das Leis, a crença de que os códigos, uma vez promulgados, bastam-se completamente a si próprio, isto é, sem lacunas. É a ilusão de que no sistema não há nada a acrescentar ou retirar e que não existem conflitos. O dogma da completude cai por terra quando verificamos que o sistema está eivado de lacunas e de conflitos internos (antinomias). (...) Ademais, não há mais espaço para o juiz paleopositivista, boca da lei. (...) Uma pura e simples aplicação da lei é inviável, porque sua completude é impossível.” (LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, págs. 292-295).*

⁷⁴ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 51.

⁷⁵ Eros Grau menciona que: “no silogismo subsuntivo a premissa maior é o texto normativo; a menor, os pressupostos de fato e a consequência jurídica. A premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não conforme à lei. Propõe-se, então, a distinção entre interpretação in abstracto e interpretação in concreto. A primeira respeita ao texto, à premissa maior no silogismo. A segunda, à conduta, aos fatos. Esta última é tida como aplicação; a primeira, como interpretação.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 51).

⁷⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 67.

⁷⁷ O trabalho jurídico de construção das normas aplicáveis a cada caso é trabalho artesanal, não se reduzindo o trabalho jurisdicional ao de um autômato, como se fosse uma máquina, sem raciocínio, sem vontade própria. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. A interpretação jurídica envolve um quadro enorme de complexidade, haja vista que cada caso comporta mais de uma solução correta, nenhuma exata.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 43-44.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 129.

Segundo a concepção instituída pela Revolução Francesa, que bebeu das fontes do iluminismo e teve como um dos precursores Montesquieu⁸⁰, o poder de julgar deveria apenas revelar o direito já produzido pelo Parlamento, sendo vedado ao juiz interpretar ou participar da construção da norma⁸¹, vale dizer, nada que estivesse fora da legislação poderia se constituir em Direito, pois o juiz estava amarrado ao texto da lei, sem nenhum poder criativo.

A separação de poderes tem como pressuposto uma atuação objetiva do Poder Judiciário, com a vinculação estrita da decisão judicial à lei, de modo a não invadir as atribuições do Poder Legislativo⁸².

A lei era compreendida como uma norma geral e abstrata oriunda da vontade geral do povo devidamente associado por força de um perene contrato social⁸³. Com efeito, as bases do Direito Penal liberal se fundam no ideal de pacto social, em que os cidadãos entregam ao Poder Legislativo o direito de punir através da criação de tipos penais incriminadores. Com isso, o papel do intérprete seria apenas descobrir e revelar o significado e o sentido da lei criada pelo legislador.

A noção de lei geral e abstrata fez com que o legislativo assumisse uma nítida posição de superioridade em relação aos demais poderes. Nessa época, o Poder Judiciário assume um papel secundário, fruto do dogma da onipotência do legislador.

Dessa forma, o direito se confundia com a letra fria da lei. O Direito seria um sistema de normas fechado em si mesmo, completo e imune às influências externas. A interpretação era eminentemente literal. Enfim, vivia-se o “império da lei”⁸⁴.

Portanto, sob a forte influência do iluminismo e dos ideais da Revolução Francesa, surge também o movimento positivista como forma de sistematizar o raciocínio jurídico. No século

⁸⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

⁸¹ “A Revolução Francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 46).

⁸² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 36.

⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 48.

⁸⁴ “O império da lei, como instrumento a serviço da liberdade burguesa, ganha conteúdo em contraposição à ideia de império de homens. Império da lei significa, antes de tudo, que o próprio legislador está vinculado às leis que edita. (...) Essas são sintetizadas na expressão de lei geral e abstrata. Para não violar a liberdade e a igualdade, a lei deveria guardar as características da generalidade e da abstração. A norma não poderia tomar em consideração alguém em específico ou ser feita para uma determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos – que, por ser seres “iguais”, deveriam ser tratados sem discriminação –, e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 47-48).

XX, Hans Kelsen criou a Teoria Pura do Direito, que se funda em uma teoria geral do direito positivo, ápice do pensamento positivista⁸⁵.

Kelsen denominou a teoria como “pura” visando conferir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e isolando deste conhecimento tudo que não pertença ao seu objeto, isto é, despindo-se a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, como, por exemplo, influências culturais, históricas, empíricas, sociais e axiológicas. Esse é o seu princípio metodológico fundamental: analisar o Direito por meio de um critério “puramente” jurídico⁸⁶.

O positivismo é caracterizado pela sistematicidade e pela plenitude, tendo como objetivo a certeza jurídica e a previsibilidade. O ideal da supremacia do legislativo⁸⁷ era o de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta⁸⁸.

A sistematicidade acompanhava a plenitude do direito, em que o intérprete podia, mediante operação intelectual, retirar das disposições legislativas as partículas constitutivas de todo edifício jurídico, encontrando uma única interpretação correta (sentido unívoco do texto).

No positivismo, as normas são deduzidas logicamente do sistema e os casos podem ser resolvidos mediante mera operação lógica de subsunção da situação real e concreta a uma

⁸⁵ “O ápice do pensamento positivista foi alcançado com Hans Kelsen, na década de 1930, com a edição do clássico *Reine Rechtslehre* (teoria pura do direito). A teoria kelseniana surgiu como uma crítica das concepções dominantes sobre os entraves do direito público e da teoria geral do Estado, e também como um grito de independência da ciência jurídica que, a partir da teoria pura do direito, deveria ser vista como uma ciência autônoma, divorciada da ciência natural e desvinculada de outras elucubrações – tais como a política, a sociologia, a economia, a religião, a moral, a etiqueta e os exercícios psicológicos de valoração e sentido de justiça –, e que teria como objeto o estudo da norma jurídica e a sua consequente descrição.” (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direito Constitucional Internacional, Reforma das Nações Unidas e Corte Constitucional Internacional*. Revista da AJURIS, vol. 43, n. 141, Porto Alegre: dez, 2016, pág. 53). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.02.pdf> Acesso em: 14 jun. 2021.

⁸⁶ “Para chegar à conclusão da pureza do Direito, Hans Kelsen trilhou um longo caminho, que elegeu a lógica como atributo supremo da autonomia buscada. Serviram como momentos de capital importância para o positivismo kelseniano, no citado longo caminho trilhado, os seguintes tópicos básicos e fundamentais: a distinção entre as categorias do ser e do dever-ser; a diferença entre os princípios da causalidade e da imputabilidade e a inaplicabilidade daquele no campo do Direito; a distinção entre validade e eficácia; a teoria da norma fundamental; o fundamento de validade de uma norma é outra norma que lhe é superior (o Direito cria o Direito); a Constituição como norma hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico posto; a superioridade do Direito Internacional Público em face dos “subsistemas” jurídicos “parciais e periféricos” nacionais.” (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Hermenêutica para a compreensão da Corte Constitucional Internacional e Novo Mundo*. RIHJ, ano 14, n. 20, Belo Horizonte: jul/dez. 2016, pág. 135). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3904242/mod_resource/content/1/Pagliarini.pdf> Acesso em: 02 jul. 2021.

⁸⁷ “A história da supremacia da lei, portanto, é sobretudo a história do encobrimento ideológico do caráter prático-valorativo da sua interpretação engendrado.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 41-42).

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 49.

valoração hipotética contida num princípio geral implícito. Questões de ordem moral, religiosa, política ou econômica não podem ser consideradas⁸⁹.

A sentença formada lança mão de um silogismo em que a premissa maior é uma norma, deduzida de um conceito, e a premissa menor é o fato material, sendo a conclusão exatamente a adequação entre premissa maior e premissa menor. Este é o esquema básico do raciocínio do positivismo jurídico, durante o século XIX⁹⁰.

A interpretação judicial constituía apenas uma atividade cognitiva, que não envolvia qualquer valoração e decisão, e a aplicação das normas se consubstanciava em uma atividade lógico-dedutiva, em que, uma vez assentadas as premissas de direito e de fato, a conclusão é necessariamente a única resposta correta para o caso⁹¹.

Feita esta breve contextualização do movimento iluminista e positivista, torna-se imprescindível apresentar as duas principais teorias da interpretação do direito.

3.2 TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Para melhor compreender o princípio da legalidade penal atualmente é preciso, de antemão, asseverar que houve uma transformação no próprio conceito de direito, remodelando-se uma nova dimensão da teoria da interpretação, com uma nova apreensão do fenômeno jurídico⁹². Será analisado no presente trabalho a teoria declaratória-formalista-cognitivista e a teoria reconstrutiva-adscriitivista-constitutiva.

3.2.1 Teoria declaratória-formalista-cognitivista

Durante o paradigma liberal, concebeu-se que a interpretação jurídica ocorria por meio da declaração do Direito que estava preexistente no texto da lei, não havendo que se falar em (re)construção de sentidos. A função do intérprete era eminentemente declaratória, perfazendo-

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 43-44.

⁹⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 48.

⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 34.

⁹² “Em grande parte, a teoria jurídica dos Novecentos procurará resolver esse pesadelo mobilizando os juristas preocupados com o conceito de direito e com a sua realização prática. Vale dizer: preocupados com o significado da sua interpretação.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 53).

se por meio de um ato cognitivo, que explicitava a vontade do legislador. O pressuposto era claro: texto e norma eram considerados sinônimos⁹³.

Há diferença: o texto é criado pelo legislador, no bojo do processo legislativo, ao passo que a norma é produzida pelo julgador, no âmbito do processo normativo.

A teoria da interpretação que se aproxima da época da Revolução Francesa é denominada formalista ou cognitivista. Nessa teoria, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva, resultando numa descrição ou declaração – que tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito –, e o conteúdo da lei está implícito no texto legal. O juiz investiga para declarar o que está gravado no texto. O intérprete está preso a uma norma preexistente. Por isso, a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade⁹⁴.

A base dessa teoria é que o texto normativo é dotado de um conteúdo unívoco e suscetível de ser conhecido pelo intérprete sem a necessidade de valoração. A certeza jurídica encontrava-se na crença da clareza da lei a ponto de gerar apenas uma única interpretação possível e correta.

O pensamento jurídico conhecia apenas o direito-lei (*dura lex sed lex*), surgindo a figura do juiz “boca da lei”⁹⁵. A interpretação literal se destacava, porque o juiz construía o significado do direito utilizando o “sentido exato da lei”, através do método silogista⁹⁶.

Porém, a evolução da teoria da interpretação fez ver que o intérprete valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis. A norma, portanto, não está implícita no texto legal, ou seja, não antecede à interpretação, mas dela deriva. Para tanto, o juiz valora, seja ao eleger determinada diretiva interpretativa, seja ao optar por um dos resultados da atividade- interpretação. Cada disposição corresponde uma multiplicidade de normas dissociadas. Enfim, no estágio atual, a evolução da teoria da interpretação coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito ou definir a interpretação adequada do texto legal⁹⁷.

⁹³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 65.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 60.

⁹⁵ “É impossível aceitar acriticamente o mito do “juiz boca da lei”, surgindo o precedente, portanto, como mais um instrumento de redução da inevitável discricionariedade judicial.” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 74).

⁹⁶ “A suposta aplicação literal do ordenamento penal apresenta-se como uma ideia fundada no mito da univocidade de sentido do texto, na confusão entre texto e norma e na superada ideia de aplicação jurídica meramente silogista.” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, págs. 48-49).

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 60-61.

Trocando em miúdos: a interpretação do direito não se exaure apenas na literalidade da letra fria da lei. Cada vez mais, a exata percepção sobre o que é direito depende de uma profunda compreensão do direito vivente (*diritto vivente*)⁹⁸.

O Direito então é concebido como um fenómeno social, e, em decorrência disso, a ciência jurídica é assumida como ciência dos problemas reais, práticos, voltada para resultados concretos e não para sistematizações conceituais abstratas⁹⁹.

Em razão disso, o exercício da jurisdição concretiza-se através da interpretação do texto normativo e da aplicação dos pressupostos de fato (elementos do caso) com a respectiva consequência jurídica (conduta conforme ou não à lei), enfrentando os problemas reais encontrados no universo processual em busca de uma solução jurídica.

Ao longo do tempo, a teoria declaratória demonstrou-se insuficiente para dar conta de processos interpretativos dinâmicos da ordem jurídica.

3.2.2 Teoria reconstrutiva-adscricionista-constitutiva

Como mencionado, a concepção de direito se alterou com o tempo. No século XX, iniciou-se uma abertura para o processo interpretativo pós-positivista. Consagrou-se a máxima de que existem diversas interpretações possíveis, superando as bases solidificantes de certeza e previsibilidade jurídica do positivismo, marcado pela plenitude, afastando-se do reducionismo ilusório da aplicação do direito somente através da letra fria da lei (*dura lex sed lex*).

E mais: a transformação da função jurisdicional, ao subordinar a lei aos direitos fundamentais, fez ruir a crença de que o juiz poderia decidir mediante mero raciocínio lógico, subsumindo as situações concretas às hipóteses abstratas contidas no sistema jurídico. Elimina-se, portanto, a pretensão de se obter certeza jurídica e previsibilidade mediante o esquema positivista próprio ao *civil law* do final do século XIX e início do século XX¹⁰⁰.

⁹⁸ “D’altra parte, è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. diritto vivente, il quale rappresenta in molti casi il solo diritto di cui disponiano – ad esempio quando i giudici creano diritto colmando lacune – o il vero diritto di cui disponiano – quando i giudici creano diritto interpretando clausole generali, o qualunque altro tipo di norma.” (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, pág. 11). Tradução livre: “Por outro lado, é a jurisprudência que consistiu o conteúdo do assim chamado direito vivente, que representa, em muitos casos, o único direito de que dispomos – por exemplo quando os juízes criam direito suprindo lacunas – ou o verdadeiro direito de que dispomos – quando os juízes criam direito interpretando cláusulas gerais, ou qualquer outro tipo de norma.”

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 03.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 52-53.

Inicia-se uma ruptura epistemológica, colocando em dúvida alguns dogmas do positivismo, máxime na crença da verdade absoluta e da segurança jurídica advinda da lei¹⁰¹.

Em primeiro lugar, é preciso ver a relação entre a legislação e a jurisdição como uma relação dinâmica e cooperativa. Em segundo lugar, ter presente as vicissitudes que os conceitos de lei, jurisprudência, súmula e precedente experimentaram ao longo do desenvolvimento do direito, levando-se em consideração a interpretação como uma atividade adscritiva de um sentido possível empreendida por uma jurisdição reconstrutiva da ordem jurídica¹⁰².

Através dos precedentes desfaz-se o mito da teoria declaratória da jurisdição e dos juízes. Ao mesmo tempo, percebe-se que a atividade judicial não constitui apenas declaração de uma norma preexistente, uma atividade meramente cognitiva que resulta sempre em uma única resposta possível para os problemas jurídicos, cuja aplicação para o caso concreto é realizada apenas por silogismos judiciários¹⁰³.

O juiz, muito mais do que subsumir o caso à lei – e daí o conceito de juiz como *bouche de la loi* (“boca da lei”) –, leva em consideração os elementos externos – assim considerados os elementos do direito –, e os elementos internos – aqueles especificamente relacionados ao caso posto à sua apreciação. E é nesse momento que o juiz faz o direito, adequado à realidade social e adaptado à atualidade¹⁰⁴.

Emancipado o direito francês da mística figura do *juge inanimé*, cai o nobre sonho da segurança pela atuação exclusiva do legislador a partir de uma ordem jurídica constituída previamente. Surge a partir daí a necessidade de dar conta de processos interpretativos dinâmicos da ordem jurídica, o que leva à busca por soluções capazes de resolver a crise de segurança evidenciada pela complexidade do direito, sentida principalmente no momento da sua interpretação e aplicação¹⁰⁵.

¹⁰¹ “(...) houve uma mudança sobre a compreensão do Direito, de uma perspectiva declaratória, cognitivista e logicista (prévia determinação do Direito) para uma perspectiva reconstrutivista, adscritivista e lógico-argumentativista (dupla indeterminação do direito: textos equívocos e normas vagas), o que possibilitou a Ciência do Direito avançar para a fundamental distinção entre texto e norma.” Publicado em: 19 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-19/marcus-vinicius-faria-reclamacao-tutela-precedente-processo-penal>> Acesso em: 25 mai. 2021

¹⁰² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 72.

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 41.

¹⁰⁴ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 134.

¹⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 52.

A função normativa do Judiciário, na própria atividade interpretativa, não viola a tripartição dos poderes, pois a lei deve, necessariamente, ser interpretada. O fato de o Judiciário criar precedentes, que deverão, obrigatoriamente, ser aplicados aos casos subsequentes semelhantes, não significa que o Judiciário estaria usurpando competência que não é sua.

Por essas razões, reconhece-se contemporaneamente que interpretar o Direito é uma atividade complexa que envolve, a partir de um processo discursivo, atividades descritivas, adscritivas e criativas. A atividade de criação do Direito (normativa) é uma empreitada de compartilhamento de tarefas entre o legislador e o juiz¹⁰⁶.

Ademais, a reconstrução do significado do direito é um compartilhamento de tarefas entre legisladores, professores e juízes cuja confluência desagua justamente na justificação das decisões judiciais – elemento a partir do qual é possível perceber a existência de um duplo discurso: outorgar tutela aos direitos em particular, decidindo-se de forma justa os casos concretos, e em geral, outorgando-se unidade à norma jurídica por meio de precedentes¹⁰⁷.

Desse modo, Poder Judiciário e Poder Legislativo possuem atribuições complementares, e não isoladas. Ambos, amalgamados no mesmo propósito, participam ativamente do desenvolvimento próprio do direito¹⁰⁸.

De acordo com o princípio da legalidade os jurisdicionados têm o direito de saber como devem se comportar e a pauta de condutas é resultado de um conjunto de elementos, que não somente a lei. O princípio da legalidade, assim, deve ser entendido de uma forma ampliativa. A vinculação do juiz não é, exclusivamente, à lei, mas ao ordenamento jurídico: ao direito.¹⁰⁹ A pauta de conduta abrange vários elementos, quais sejam: a constituição, a lei, a doutrina, a jurisprudência e os precedentes vinculantes.¹¹⁰

¹⁰⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 69.

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 57-58.

¹⁰⁸ Sobre o tema: “O direito é a pauta de conduta que decorre da compreensão concatenada de uma série de elementos, de forma integrada, a saber: (i) a lei escrita; (ii) a lei interpretada pelos Tribunais; (iii) a lei compreendida pela doutrina; (iv) os precedentes e as Súmulas Vinculantes; (v) os princípios jurídicos. (...) A Constituição é direito. A lei é direito. A jurisprudência é direito. A doutrina é direito. Enfim, o direito é o resultado da engrenagem de todos esses elementos. Eles estão unidos de forma indissociável: a pauta de conduta dos indivíduos. Uns não vivem sem os outros. Do conjunto emerge o direito, como uma espécie de amálgama de todos esses elementos. O direito é um ordenamento jurídico que deve tender à coerência.” (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, págs. 130-132).

¹⁰⁹ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 189.

¹¹⁰ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 137.

A atividade jurisdicional exerce um verdadeiro papel de coprodução do Direito, funcionando como uma complementação da legislação. A criatividade judicial é vinculada ao texto da legislação, mas em razão da abertura natural da linguagem e dos tipos penais abertos, torna-se inevitável¹¹¹.

Portanto, o precedente revela algo que é autônomo diante da lei, que dela não é mera consequência lógica. As leis e os precedentes caminham juntos para integração de uma ordem jurídica de maior amplitude. O direito então é interpretação e prática argumentativa e, assim, ganha autonomia em relação à lei¹¹².

É preciso compreender que o significado da interpretação jurídica se alterou, impactando diretamente na própria concepção do princípio da legalidade. Pode-se dizer que o Direito vigente (*law in the books*) é fruto da legislação, enquanto o Direito vivente (*law in action*) é fruto da jurisdição¹¹³.

Nessa perspectiva, não é possível mais aceitar que um juiz possa estar submetido simplesmente à lei. Os juízes não podem estar submetidos a um texto que, em princípio, tem vários significados, o que significa que somente devem estar vinculados aos precedentes das Cortes Superiores¹¹⁴.

Como não resta mais qualquer dúvida de que o intérprete pode, a partir de interpretações legítimas e razoáveis, retirar mais de uma norma de um só texto legal, surge por mera consequência lógica a necessidade de conferir às Cortes de vértice a função de definir o significado atribuível à lei, sem a qual, aliás, a atividade do legislador jamais ganharia completude¹¹⁵.

Como a lei é apenas o ponto inicial a partir do qual o juiz elabora a decisão, uma vez que não se interpreta sem valorar e optar, a decisão atribui significado ao texto legal, expressando uma norma jurídica. O juiz colabora com o legislador para a frutificação do direito; não é mais seu servo, rompendo com o *slogan* de que “o juiz é submetido apenas à lei”¹¹⁶.

¹¹¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 76.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 62 e 100-101.

¹¹³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, págs. 71-72.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 90.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 89-90.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 89.

Por isso, a interpretação é uma fase necessária pela qual a aplicação do direito deve passar. É o órgão judicante que interpreta o texto e produz a norma como produto de sua interpretação.

A partir do reconhecimento da atividade interpretativa como tarefa de reconstrução de sentido normativo, deve-se ter claro que o a material outorgado pelo legislador (textos) é apenas parcial na constituição do Direito, dependendo de uma outorga de sentido dada pelo intérprete (norma)¹¹⁷.

Trata-se da adoção de uma perspectiva adscritivista da interpretação: se a norma é resultado da interpretação, dada a dupla indeterminação do direito, então é imprescindível que a jurisdição colabore com a legislação a fim de que o significado do direito seja densificado, precisado e comunicado aos seus destinatários¹¹⁸.

A dupla indeterminação se traduz em dois aspectos: equivocidade textual e vagueza normativa¹¹⁹. Os textos são equívocos porque ambíguos, complexos, implicativos, defectivos e por vezes se apresentam em termos exemplificativos ou taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência¹²⁰.

Se o direito depende da interpretação que é dada pela jurisdição, então a tônica na legislação não basta para guiar os comportamentos sociais. Sendo a interpretação uma atividade adscritiva de sentido, é preciso que o direito seja visto como o produto de uma relação dinâmica e cooperativa que se estabelece entre a legislação, a doutrina e a jurisdição¹²¹.

Por isso, a interpretação do direito não consiste mais em uma simples declaração de um enunciado normativo preexistente. Na atualidade, a atividade interpretativa adscribe sentido ao texto legal. Com isso, as decisões da Suprema Corte densificam o conteúdo e o significado atribuível à lei, que contém, em princípio, várias diretrizes interpretativas legítimas e razoáveis, o que indica que os magistrados devem apenas estar vinculados aos precedentes das Cortes de Precedentes.

¹¹⁷ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 117.

¹¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 76.

¹¹⁹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 67.

¹²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 59.

¹²¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 77.

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica¹²².

No estágio atual, o juiz (re)constrói o direito, suprindo lacunas ou interpretando cláusulas gerais (conceitos jurídicos indeterminados ou até mesmo outro elemento textual), uma vez que não lida com uma norma pronta e acabada.

Em outras palavras: aplicar o direito significa recriá-lo constantemente a partir da interpretação adscrita à legislação, possibilitando a permanente reconstrução do significado do Direito.

Enfim, é possível concluir que a teoria da interpretação moveu-se de uma perspectiva declaratória e cognitivista para uma reconstrutiva e adscritivista, acarretando uma paulatina ênfase na atividade das Cortes Supremas como responsáveis pela unidade do direito¹²³. Importante registrar que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes¹²⁴.

Em síntese, no direito brasileiro, é possível sistematizar a interpretação do direito em três grandes momentos: i) teoria cognitivista que visava à declaração da norma preexistente correta para a solução do caso concreto; ii) teoria cognitivista que visava à extração da norma preexistente justa para a solução do caso concreto; iii) teoria adscritivista que visa à outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica para prolação de uma decisão justa e para a promoção da unidade do direito¹²⁵.

No entanto, a percepção de que determinadas conclusões dependem das situações concretas e dos momentos históricos fez o legislador compreender que, nessas hipóteses, deveria editar normas dotadas de conceitos vagos ou indeterminados ou dar ao juiz o poder de expressamente completar o texto legislativo¹²⁶.

Veremos adiante como funciona a criação de tipos penais abertos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 67.

¹²³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 67.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 27.

¹²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 74.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 57.

3.3 CLÁUSULAS ABERTAS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Direito é linguagem, porque é através dela que se constrói as normas jurídicas, representadas em palavras inseridas pelo direito positivo mediante os veículos introdutórios (leis), dotadas de um denso conteúdo sintático-semântico-pragmático.

Grosso modo, o estudo da relação que os sinais estabelecem com outros sinais chama-se sintática; da relação com objetos, semântica; e da relação com as pessoas, pragmática¹²⁷.

Nessa linha, não se pode perder de vista que a linguagem jurídica apresenta ambiguidade, imprecisão, incompletude e vagueza, trazendo consigo uma certa indeterminação, e a determinação absoluta *ex ante* é inatingível e impossível¹²⁸.

Nos dias atuais há uma tendência à utilização de conceitos jurídicos indeterminados e tipos abertos no Direito Penal¹²⁹. Isso porque, nas sociedades contemporâneas, existem diversas ordens de valores que subsistem, de maneira autônoma, e também porque a era da “sociedade de risco” traz consigo a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, levando o legislador a tipificar condutas penais de forma vaga, imprecisa ou incompleta, através de tipos abertos e indeterminados¹³⁰.

De fato, considerando a dissociação estrutural entre texto legal e norma, a dupla indeterminação do direito, e a insuficiência do princípio da legalidade para garantir cognoscibilidade normativa aos sujeitos¹³¹, o legislador, nessas situações, cria cláusulas gerais-abertas e conceitos jurídicos indeterminados, que demandarão sempre interpretação por parte do julgador, para completar o conteúdo normativo e criar mecanismos de complementação ao princípio da legalidade¹³².

¹²⁷ BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *Moderna Teoria do Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, pág. 105.

¹²⁸ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 84.

¹²⁹ Cita-se alguns exemplos de tipos penais abertos: relevante valor social ou moral (art. 121, § 1º, CP), grave ameaça (art. 157, CP), ato obsceno em lugar público (art. 233, CP). Na lei processual penal menciona-se alguns exemplos de conceitos jurídicos indeterminados: ordem pública (art. 312, CPP), justa causa (art. 395, III, CPP), prejuízo (art. 563, CPP), manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”, CPP), contrária ao texto expresso da lei penal (art. 621, I, CPP).

¹³⁰ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, págs. 79-80.

¹³¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 64.

¹³² O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as circunstâncias atenuantes, por serem aplicadas em benefício do réu, permitem a construção de textos genéricos que dêem liberdade para que o juiz, considerando as circunstâncias do caso concreto, reduza a pena do réu, de forma que melhor atenda ao princípio da individualização da pena. (REsp 1.394.233/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 03.05.2016)

A necessidade de interpretação, portanto, resulta da indeterminação dos conceitos jurídicos, bem como da plurissignificação de sentidos e significações veiculados pelos enunciados normativos. Os juízes produzem as significações da mensagem legislada, em vista do caráter plurívoco do conteúdo normativo, que deixa várias possibilidades potencialmente em aberto no sistema¹³³.

A par disso, para reduzir a indeterminação, a fim de que o direito possa orientar condutas, é necessário implementar um modelo de precedentes, visto que é no âmbito da interpretação que se reduz a indeterminação do direito,¹³⁴ até porquanto a dinâmica do direito se manifesta, de modo mais intenso, no âmbito do processo¹³⁵.

Os precedentes colaboram decisivamente para transformar a indeterminabilidade da linguagem jurídica e dos textos de lei na determinação do direito, para atingir previsibilidade.

Além disso, o Poder Legislativo nem sempre consegue elaborar leis penais que expressem de forma clara o que se quer proibir, fazendo uso de conceitos jurídicos abertos. Portanto, a utilização de um sistema de precedentes vinculantes no âmbito criminal traz segurança jurídica e potencializa os limites do direito de punir¹³⁶.

Isso não significa que se pretende substituir a legalidade penal pela criação judicial do direito pelo Poder Judiciário. Os precedentes vinculantes servirão para reduzir a discricionariedade, mas a legislação continua tendo papel proeminente na fixação de balizas, pois é a base do Direito Penal¹³⁷.

Dessa forma, os precedentes contribuem para aclarar os textos normativos, atributo indispensável para a orientação da vida social e à previsibilidade. A falta de clareza, compreendida como indeterminabilidade ou equivocidade dos textos legais, é eliminada pelos

¹³³ “O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. (...) Vale dizer: a norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição). O intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação, atualizando-o, contudo.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, págs. 40 e 47).

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 61.

¹³⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 150.

¹³⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 18.

¹³⁷ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 192.

precedentes, que, ao conferirem unidade ao direito, eliminam a possibilidade de as condutas serem qualificadas de forma variada e imprevisível¹³⁸.

Na verdade, a técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia de que a lei é insuficiente e requer complementação pelo juiz para dar concretude ao significado de conceitos jurídicos. Por isso mesmo, o modelo de precedentes é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta¹³⁹.

Diante da cláusula geral, o juiz tem poder para elaborar a norma adequada à regulação do caso; a cláusula é texto legislativo que conscientemente lhe dá amplo espaço para participar da elaboração da norma jurídica¹⁴⁰. A amplitude propositadamente disposta na lei visa alcançar o significado veiculado no texto da lei.

No caso de cláusula geral, é natural que o julgador tenha um poder normativo muito maior, concedendo uma grande flexibilidade na sua interpretação. Contudo, se estivermos diante de um conceito determinado, a liberdade conferida ao julgador não será na mesma intensidade da aplicação de uma cláusula geral¹⁴¹.

Com efeito, quanto maior a abertura semântica, maior a justificativa que deve ser empreendida para sua aplicação. Isso vale para todas as espécies normativas, mas ganha especial relevo para a aplicação dos princípios jurídicos e para concretização de termos vagos empregados pelo legislador¹⁴². A fundamentação exigirá um esforço bastante grande toda vez que ela tratar de conceitos jurídicos indeterminados¹⁴³.

Entretanto, impende frisar que a norma judicial derivada da técnica legislativa das cláusulas gerais, não obstante considere uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter caráter universalizante, na medida em que não terá racionalidade caso não puder ser aplicada a casos futuros marcados pela mesma circunstância¹⁴⁴.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 103.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 65.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 57.

¹⁴¹ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 143.

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 63.

¹⁴³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 167.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 59.

Todavia, não se pode confundir cláusulas gerais-abertas com discricionariedade. A primeira implica um juízo de valor por parte da autoridade judicial, que está autorizada por lei a completar o texto legislativo. Em contrapartida, a segunda resulta da liberdade conferida por lei ao magistrado, para que decida dentro das opções conferidas pelo legislador, utilizando, via de regra, expressões “pode”, “poderá”, “podendo”, “é facultado”¹⁴⁵.

Alerte-se: ainda naquelas hipóteses em que a lei assegura ao magistrado uma certa carga de discricionariedade, a liberdade de decisão não desvincula o magistrado dos princípios jurídicos consagrados, que funcionam como elemento de contenção do arbítrio judicial.

A presunção legal de que o desconhecimento da lei é inescusável (art. 21, CP), e de que ninguém pode se escusar de cumpri-la, alegando que não a conhece (art. 3º, LINDB) é uma utopia¹⁴⁶. Soa especioso acreditar que a cognoscibilidade normativa e a vinculação do Direito somente se daria através da legislação, porque se até mesmo os operadores do direito desconhecem todos os tipos penais, o nível de incognoscibilidade aumenta ainda mais em relação à sociedade em geral¹⁴⁷.

O aumento considerável de tipos penais enseja uma inflação legislativa, fruto de uma proliferação de leis penais, que gera inevitavelmente o desconhecimento das leis.

O excesso de tipos penais encampados tanto na legislação penal quanto na legislação extravagante fomenta o estado de insegurança jurídica. Os precedentes pretendem justamente reduzir o nível de incognoscibilidade dos sujeitos.

3.4 CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIIS POR ANALOGIA OU INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Como vimos, a lei penal utiliza-se do rol abstrato dos tipos penais¹⁴⁸ para punir condutas proibidas. Disso deriva que a infração penal deve encontrar-se claramente definida pelos

¹⁴⁵ *Verbi gratia*: a discricionariedade ocorre, por exemplo, nas hipóteses de perdão judicial no homicídio culposo (art. 121, § 5, CP), em que o juiz pode deixar de aplicar a pena ou nas hipóteses de substituição da pena restritiva de direito por multa (art. 44, § 2º, CP).

¹⁴⁶ “Nessa dimensão, bem vistas as coisas, o conhecimento do direito legislado chega a não ter relevância. Isso quer dizer que para a previsibilidade não resta alternativa a não ser a unidade do direito, derivada do exercício da função das Cortes Supremas.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 107).

¹⁴⁷ Em seminário organizado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro (FGV), no dia 20 de março de 2019, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirmou que há uma profusão imensa de leis penais, com a previsão de mais de 10 mil tipos penais no Brasil. Publicado em: 04 abr. 2019. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/reformas-leis-penais-brasileiras-sao-debatidas-seminario>> Acesso em: 08 dez. 2021.

¹⁴⁸ “Uma das principais funções do tipo na dogmática penal é a de garantia. É o tipo que assegura o princípio da legalidade expresso na fórmula *nullum crimen sine lege*.” (BECKER, Marina. *Tentativa criminosa*. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004, pág. 89).

elementos constitutivos do tipo penal. A perfeita conformidade entre o fato concreto e o fato descrito abstratamente no tipo penal denomina-se tipicidade.¹⁴⁹

De acordo com o princípio da legalidade, é permitido tudo aquilo que não for proibido legislativamente. Por isso, o Estado não pode punir uma conduta que não esteja tipificada na legislação penal ou impor uma pena não prevista de modo expresso.

Porém, apesar da importância dos precedentes na aplicação do Direito aos casos concretos, no âmbito penal, a primazia da lei, especialmente na criação e delimitação dos tipos penais e das penas correspondentes, não pode ser totalmente substituída pela atividade judiciária.¹⁵⁰

O fato de existir conceitos jurídicos abertos e indeterminados não significa, de modo algum, que o Poder Judiciário possa instituir crimes sem qualquer respaldo legal, utilizando-se da analogia *in malam partem*¹⁵¹, interpretação extensiva¹⁵² ou interpretação ampliativa contra o acusado.¹⁵³

¹⁴⁹ Confira-se: “A tipicidade é uma expressão dos princípios da legalidade e do sobreprincípio da segurança jurídica, que abarca a reserva legal, a taxatividade e a anterioridade da lei penal.” (STJ – REsp 1.128.170/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 20.03.2014).

¹⁵⁰ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 49.

¹⁵¹ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.838.056/RJ, entendeu que a captação clandestina de sinal de televisão por assinatura não pode ser equiparada ao furto de energia elétrica, tipificado no art. 155, § 3.º, do Código Penal, pela vedação à analogia *in malam partem*. (STJ – CC 173.968/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 09.12.2020). Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu a união estável como agravante genérica inserta no artigo 61, inciso II, alínea “e”, do Código Penal, por configurar analogia *in malam partem*. (STJ – AgRg no HC 570.436/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 08.09.2020).

¹⁵² “5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no mesmo sentido de que “o art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. O tipo penal deveria prever expressamente a conduta de contratação de serviços fraudulentos para que fosse possível a condenação do réu, uma vez que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu.” (STJ – REsp nº 1.571.527/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 06.10.2016, DJe 25/10/2016).” (STJ – HC nº 485.791/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 07.05.2019).

No mesmo sentido: “1. O art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. 2. Considerando-se que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não pode haver interpretação extensiva de determinado tipo penal em prejuízo do réu.” (STJ – REsp 1.407.255/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21.08.2018).

¹⁵³ A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 34.059/BA, de relatoria do Ministro OG Fernandes, julgado em 19.03.2013, decidiu que o artigo 22, *parágrafo único*, da Lei nº 7.492/1986, proíbe a saída de moedas ou divisas do país, não podendo ser abarcada nessa previsão a remessa de mercadorias, tampouco a ausência de internalização do montante recebido, sob pena de se promover nítida interpretação ampliativa, inadmissível na seara criminal, regida pelos princípios da legalidade estrita e da taxatividade.

No direito penal, é proibida a analogia *in malam partem*, uma vez que a segurança jurídica no âmbito penal consiste em negar a possibilidade de criminalização de condutas que não se inscrevam formalmente em algum tipo penal¹⁵⁴.

Por essa razão, os princípios da taxatividade e da reserva legal, corolários lógicos do princípio da legalidade, proíbem qualquer ampliação do poder punitivo estatal pela via da analogia ou interpretação extensiva-ampliativa (art. 5º, XXXIX, CRFB/88)¹⁵⁵, além de proscreever a criação de leis *ex post facto* (art. 5º, XL, CRFB/88).

O Superior Tribunal de Justiça também já definiu de que a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário, impondo-se a integração da norma mediante a analogia *in bonam partem*.¹⁵⁶

Por tais razões, não se admite, na jurisdição penal, a criação de crimes a partir de precedentes judiciais, sem qualquer previsão legal. Não se pode, no afã de implantar um modelo de precedentes penais, fomentar a criatividade judicial e instituir novos tipos penais não previstos taxativamente pelo legislador. Os tribunais não podem criar crimes, mas tão somente demarcar a interpretação do texto que deve ser seguido.

O *discrimen* a ser considerado para a possibilidade da criação do direito pelo Poder Judiciário está no direito material objeto da normatização. Para as hipóteses em que o objeto normatizado esteja relacionado a tipos jurídicos penais, por exemplo, não há o que se falar na evolução do Direito por força da jurisprudência. Para esses casos, o sistema é muito mais rígido e deve, necessariamente, ser regrado através de leis.¹⁵⁷

No entanto, em 2019, o Supremo Tribunal Federal equiparou a homofobia e a transfobia aos dispositivos da Lei nº 7.716/1989 (crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor).¹⁵⁸

¹⁵⁴ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 42.

¹⁵⁵ A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.113.746/RJ, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 07.04.2011, entendeu que nos casos em que a lei restringe direitos não se admite analogia, sendo que a adoção de lei prejudicial ao réu, reguladora de caso semelhante, implicaria evidente analogia *in malam partem*, resultando em confronto com o direito penal moderno, que defende, sempre, a observância do princípio da legalidade estrita (reserva legal).

¹⁵⁶ STJ – HC 641.533/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23.03.2021.

¹⁵⁷ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 139.

¹⁵⁸ EMENTA: “DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer

Por 8 votos a 3, o colegiado entendeu que a homofobia e a transfobia enquadram-se no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, que criminaliza o racismo, o que ensejou inúmeras críticas doutrinárias.¹⁵⁹

Segundo João Paulo Martinelli, a ampliação do texto da lei pelo Poder Judiciário é uma afronta à divisão de poderes da República, por mais nobre que seja o motivo. Dilatar a criminalização por decisão judicial é verdadeiro abuso de autoridade. A homofobia é moralmente reprovável, mas só pode ser combatida dentro das regras da democracia. A pressão pela criminalização deve ser feita sobre o Poder Legislativo, e não sobre o Judiciário.¹⁶⁰

Em uma dimensão geral, as Cortes Supremas têm a função precípua de dar unidade ao Direito punitivo por meio de seus precedentes, a partir dos marcos estabelecidos na legislação, orientando a sociedade acerca do significado normativo. Isso não quer dizer que as Cortes Supremas tenham a tarefa de criar crimes *ex nihilo*.

3.5 IGUALDADE DE TODOS PERANTE A JURISDIÇÃO

Alguns juristas ainda insistem em manter o *status quo*, portando-se como se fosse natural oferecer decisões desiguais a pessoas que estão em uma mesma situação jurídica¹⁶¹.

discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.” (MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, grifamos)

¹⁵⁹ (1) Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>> Acesso em: 11 out. 2021; (2) Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/nao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia-criminalista>> Acesso em: 18 out. 2021; (3) Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniao-lgbtphobia-nao-racismo-enquanto>> Acesso em: 25 out. 2021; (4) Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>> Acesso em: 29 out. 2021.

¹⁶⁰ Publicado em: 23 mai. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ampliacao-de-lei-para-incluir-homofobia-e-abuso-de-autoridade.shtml>> Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 154.

Na realidade, alguns juízes e operadores do direito simplesmente fazem de conta que não veem os precedentes das Cortes Superiores. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis¹⁶².

Um sistema que ecoa, com naturalidade, a falta de unidade na solução de casos iguais, vendo o tratamento jurídico diferenciado das pessoas como algo normal, viola, de modo inocultável, o princípio da isonomia.

Registre-se que o postulado de que os casos similares devem ser decididos da mesma forma (*treat like case alike*) constitui um princípio universal da administração da justiça, já conhecido e respeitado na Babilônia antes mesmo do reino de Hamurabi¹⁶³.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 preconiza que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”¹⁶⁴.

Ocorre que apenas a igualdade perante a lei é insuficiente, pois se restringe ao plano abstrato, sendo irrealizável, quando se interpreta e aplica a legislação de modo diverso em cada caso. Não teria sentido que a lei fosse igual para todos, mas a sua aplicação diferenciada para alguns, ou seja, casos análogos teriam soluções diversas¹⁶⁵.

Dessa forma, é contraditório pensar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, mas são desiguais perante a jurisdição¹⁶⁶. Não é possível que a tutela de um direito seja conferida a um e não a outro sujeito em situação semelhante. O Direito não pode beneficiar uns em detrimento de outros.

Por esse motivo, é preciso compreender o significado da expressão “lei”, prevista no dispositivo constitucional, e traçar uma diferença primordial entre a linguagem do legislador e

¹⁶² “Embora deva ser no mínimo indesejável para um Estado Democrático dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileira. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do civil law, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante o direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 78-79).

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 90.

¹⁶⁴ Confira-se: “Já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei, que não permite se tratem igualmente situações desiguais ou desigualmente situações iguais.” (STJ – HC 46.410/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, Sexta Turma, julgado em 27.09.2005).

¹⁶⁵ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 132.

¹⁶⁶ “Pouca diferença existe em aplicar de maneira errônea o precedente e a legislação, sendo que ambas as situações são perniciosas ao sistema jurídico em termos de igualdade.” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 133).

a linguagem do julgador¹⁶⁷. Isso porque a linguagem do legislador está situada no âmbito do processo legislativo (dimensão legislativa), ao passo que a linguagem do julgador encontra-se pavimentada no bojo do processo normativo (dimensão normativa).

Tal raciocínio está alicerçado no fato de que a expressão “lei” possui duas acepções distintas: (i) lei geral e abstrata criada pelo parlamento (texto); (ii) lei individual produzida pelo juiz no caso concreto, no exercício da jurisdição (norma jurídica).

Ou seja: o legislador, ao criar os dispositivos legais, não se depara com nenhum elemento concreto do mundo fenomênico. O legislador cria o Direito *in abstracto*.¹⁶⁸ Em contrapartida, o julgador aplica o Direito *in concreto*, sempre *post factum*, a partir dos enunciados genéricos e abstratos dos textos legislativos. O texto está na plataforma da virtualidade/abstração. Por sua vez, a norma está no plano da atualidade/realidade.

O legislador, ao prever um determinado enunciado normativo, não se depara com elementos da realidade (fatos ou provas), razão pela qual a criação do texto normativo é virtual e abstrata, o que não significa dizer que o Poder Judiciário exerça uma função de supremacia em detrimento do Poder Legislativo, pois ambos se complementam, cada qual na sua atribuição constitucionalmente demarcada, na construção do direito. O juiz, ao exercer o poder normativo, não legisla, mas produz a norma para o caso concreto, fruto da atividade jurisdicional.

Desse modo, o que se interpreta é o texto legal (e não a norma), especialmente pelo fato de que ele não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A norma é o resultado da interpretação do texto escrito, da realidade e também dos fatos (elementos do caso), no momento histórico no qual se opera a interpretação, em cujo contexto serão eles aplicados¹⁶⁹.

A realidade é parte da norma. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida¹⁷⁰. Por essa razão, o juiz vivifica os preceitos legais, em sua totalidade, para produzir a norma, mas sempre inserido no contexto do mundo da vida¹⁷¹.

¹⁶⁷ Já vimos no tópico da legalidade penal a dissociação entre texto e norma. No entanto, faremos mais alguns apontamentos sobre o tema para aclarar o princípio da isonomia, para a compreensão integral da temática proposta.

¹⁶⁸ “o legislador não interpreta *in concreto*, mas *in abstracto*; cogita da premissa maior do silogismo, sob a forma legislativa, pois interpretar *in abstracto* é legislar.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 55).

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, págs. 38-39; 47-48).

¹⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 18.

¹⁷¹ Colaciona-se uma passagem do voto do Min. Eros Grau, no agravo regimental na Reclamação nº 3.034/PB, julgado pelo Plenário do STF em 21 de setembro de 2006: “Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito — porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação — ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu

Afinal, é essencial que a norma jurídica acompanhe a evolução histórica, a dinâmica da ordem jurídica e das relações sociais, criando um precioso mecanismo de oxigenação do direito, uma norma “viva” aplicável ao caso concreto.

Na atualidade, é possível afirmar que o direito é constituído ou criado pela decisão judicial.

A condição estática da lei é convertida em uma perspectiva de dinamicidade, pois o direito deve ser mutante, adequando-se às necessidades do dia a dia da sociedade por ele regulada. A sociedade, em sua dinâmica evolutiva, passa por diversas transformações que não são acompanhadas pela lei, diante da dificuldade do legislador em prever todas as situações concretas da realidade social¹⁷².

Em acréscimo, a tentativa de se preverem todas as situações em lei sempre se mostrou despida da possibilidade de vingar, fato que se cristaliza na atualidade, resultante da infinidade de situações possíveis. Isso faz com que o ambiente real se torne, infinitamente, maior do que o objeto já especificamente legislado, mostrando-se impossível a previsão expressa de todas as situações jurisdicionáveis¹⁷³.

Afinal, a interpretação do texto em paralelo com a realidade (caso dado) impede o engessamento e a imutabilidade do direito, possibilitando, com isso, que a norma jurídica acompanhe a dinâmica social e sua evolução histórica.

Portanto, a norma é um novo texto, produzida pelo juiz a partir da interpretação de um primeiro texto – Constituição, leis – e complementa o trabalho do autor do texto normativo (legislador). Sua completude somente é realizada quando o sentido expressado pelo texto é produzido pelo intérprete, como uma nova forma de expressão.

Porém, a interpretação do enunciado semântico do texto legal ocorre no contexto histórico presente (e não no contexto histórico da redação do texto)¹⁷⁴, porque pode haver uma

ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos — para o que nos bastaria a alfabetização — mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento”.

¹⁷² “*Repita-se: a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. O direito é um dinamismo. (...) É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.*” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 85).

¹⁷³ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 55.

¹⁷⁴ “*Um texto, seja uma lei ou uma mensagem de salvação, deve ser sempre compreendido em cada momento e em cada situação concreta, e por consequência, de maneira nova e distinta. Isto significa que a aplicação é um momento constitutivo da própria compreensão e não meramente um possível efeito seu.*” (LUDWIG, Celso Luiz.

imensa diferença entre o significado original e o significado atual do texto, pois o significado de ontem não é necessariamente aquilo que significa hoje.

Logo, o juiz deve buscar uma significação própria para determinados conceitos jurídicos, a partir das condições materiais do momento em que a lei é aplicada¹⁷⁵.

Por consequência, se a norma jurídica é o resultado da interpretação por força da indeterminação da linguagem jurídica, então é imprescindível dar atenção não apenas aos textos dotados de autoridade legislativa, mas também à atividade com que se outorga judicialmente sentido a esses textos. Não se pode mais supor que para dar unidade à ordem jurídica basta olhar para a constituição e para a legislação – como se esses documentos dotados de autoridade normativa não estivessem sujeitos à interpretação¹⁷⁶.

Diante disso, conclui-se que quando os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão¹⁷⁷.

Por isso, é possível dizer que o juiz, ao interpretar e aplicar o direito no caso concreto, positiva o direito. Por consequência, o juiz também está inserido no conceito da “lei”, porque se os textos legais fossem autoaplicáveis os julgadores seriam dispensáveis.

Compreender a dissociação entre texto e norma é fundamental para assimilar todo o conteúdo do presente trabalho, em específico os princípios da isonomia e legalidade, bem como o significado da expressão “lei”, contida no artigo 5º do texto constitucional¹⁷⁸.

Assim, o mesmo fundamento que levou à formulação da frase de que “todos são iguais perante a lei” está implícito na necessidade de se ter as decisões das Cortes Supremas como precedentes obrigatórios. Trata-se de algo imprescindível num país que realmente acredita que todos devem ser igualmente tratados perante o direito¹⁷⁹.

Formas da razão – Racionalidade jurídica e fundamentação do direito. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, pág. 100).

¹⁷⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 17.

¹⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 66.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 96.

¹⁷⁸ De acordo com Márcio Bellocchi, a intenção da Constituição, em seu art. 5º, inciso II, ao utilizar a palavra lei, tratando do princípio da legalidade, foi a de fazer menção ao direito. Propõe, então, uma releitura do dispositivo, da seguinte maneira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude do direito.” (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 138).

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 105.

Logo, não basta à igualdade de todos perante a lei; necessária também a igualdade de todos perante o direito, pois nada pode ser mais contrário à cláusula constitucional da isonomia do que tratar casos iguais de forma desigual, sobretudo em um curto intervalo de tempo. Os casos similares devem ser tratados do mesmo modo.

Com efeito, através do precedente é possível assegurar o princípio constitucional da isonomia, aplicando-se o mesmo direito a todos os futuros casos subseqüentes que sejam semelhante àquele em que proferida a decisão.

Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição de igualdade de todos perante a ordem jurídica, sem o que a isonomia prometida pela Constituição não passa de uma afirmação fantasiosa¹⁸⁰.

A harmonização dos julgados também é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia, além de permitir que todos se comportem conforme o Direito¹⁸¹.

O respeito à isonomia impede que, no mesmo processo e ante a mesma situação fática, se decida de forma diversa. A isonomia pode ser assim enunciada: devemos alcançar igualdade, em primeiro lugar, pela simetria dos precedentes judiciais e, depois, pela aplicação indistinta para todos os jurisdicionados que estejam em situações similares.

Na prática, o tratamento igualitário é um dever judicial de respeito aos precedentes, não estando imune os magistrados criminais. Por isso, durante o processo decisório, o juiz deve analisar os precedentes que já foram proferidos em hipóteses semelhantes, principalmente pelos tribunais superiores.

Sem dúvidas, os precedentes visam justamente reduzir inseguranças jurídicas no momento da interpretação e aplicação do direito, na tentativa de alcançar isonomia entre todos os jurisdicionados – direito de todos serem tratados de forma igual –, assim como um patamar mínimo de previsibilidade em relação ao conteúdo das decisões judiciais.

Aumentando-se à distribuição igualitária do direito perante as decisões judiciais diminui-se a discricionariedade, o subjetivismo e o risco de arbitrariedade judicial.

Por essas razões, o precedente tem que ser visto como direito vigente e, conseqüentemente, como vinculante no ordenamento jurídico. A adoção de um sistema de precedentes vem

¹⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 93 e 133.

¹⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.300.

servir para a densificação da segurança jurídica, com incremento no que se refere à proteção da liberdade (possibilidade de escolhas conscientes dos atos a praticar, com as consequências previamente delimitadas) e da igualdade (tratamento de situações idênticas de maneira igual) das pessoas frente ao Direito¹⁸².

A aplicação do Direito de maneira díspar, tratando casos similares de modo diferente, impacta na legítima expectativa de confiabilidade dos jurisdicionados para com o Poder Judiciário, ocasionando um sentimento de descrédito. É inconcebível que dois casos tenham julgamentos diferentes, quando versarem sobre a mesma temática jurídica e inexista peculiaridades que as distinga¹⁸³.

Ao fim e ao cabo, a jurisdição criminal não pode mais conviver com a coexistência de posicionamentos conflitantes sobre casos semelhantes, que afetam, direta ou indiretamente, na liberdade individual dos cidadãos, o que demonstra a importância de assegurar a igualdade de todos perante a ordem jurídica.

¹⁸² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 16.

¹⁸³ “Partindo-se da premissa – fundante do Estado de Direito – de que os homens são iguais perante a lei e os tribunais – e, portanto, diante de suas decisões –, torna-se um paradoxo admitir que pessoas iguais, com casos iguais, possam obter decisões diferentes do Judiciário. Trata-se, bem vistas as coisas, de um absurdo, curiosamente ainda alimentado por alguns setores. Viola a igualdade e o Estado de Direito admitir que um caso, cuja questão jurídica já foi definida pelas Cortes Supremas, possa ser julgado de forma distinta por um órgão inferior do Poder Judiciário, quando, como todos sabem, a jurisdição é una. Ora, se não há dúvida que o Judiciário, tomado em sua unidade, não pode atribuir vários significados à lei ou decidir casos iguais de forma desigual, restaria àqueles que sustentam que o juiz não pode se subordinar ao precedente, o argumento de que o Judiciário pode e deve ter diversos entendimentos e decisões sobre a mesma lei e o mesmo caso, como se fosse um Poder irremediavelmente multifacetado. É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, digladiam-se.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 146-147).

4 PRECEDENTES JUDICIAIS: PREMISSAS GERAIS

4.1 DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Inicialmente, para uma melhor compreensão da temática objeto do presente trabalho, é necessário proceder a uma breve comparação entre os dois modelos de sistemas jurídicos ocidentais: *civil law* e *common law*¹⁸⁴.

O direito brasileiro é estruturado à tradição romano-germânica, de modo que a lei é a fonte primária e principal do Direito (direito legislado).

É comum autores citarem que no *common law* a principal fonte do direito é a jurisprudência¹⁸⁵, e no *civil law* a fonte formal do direito por excelência é a lei¹⁸⁶. Por tal razão, os estudantes de direito aprendem que o sistema jurídico brasileiro é constituído pelo *civil law*¹⁸⁷, diante da codificação dos principais diplomas normativos nacionais.

Por trás do sistema do *civil law*, sempre houve uma forte convicção de que seria possível se preverem, em tese, todas as questões jurisdicionalizáveis. Daí a origem do direito legislado¹⁸⁸. Desse enquadramento decorre a proeminência que a legislação sempre ocupou na jurisdição brasileira, deslocando a jurisprudência como fonte secundária¹⁸⁹.

Assim, afirma-se que a diferença mais marcante entre o *common* e o *civil law* é o fato de o primeiro ter suas normas criadas, primordialmente, no âmbito dos Tribunais, enquanto que,

¹⁸⁴ Para aprofundar o estudo do *civil law* e *common law*, sugere-se a leitura da tese de doutorado da Professora Estefânia Maria de Queiroz Barbosa: *Stare decisis, integridade, segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. Na tese publicada, a autora diferencia o *common law* na Inglaterra e dos Estados Unidos, apresentando suas características específicas.

¹⁸⁵ “Como é generalizadamente sabido, no sistema do *common law* o direito escrito tem reduzida abrangência e a grande fonte das normas jurídicas é a construção jurisprudencial e não a lei. Nesta tradição anglo-saxônica, o juiz tem não apenas o poder de declarar o direito, como também o de criar ele próprio a regra que vai reger o caso submetido à sua apreciação. A Constituição norte-americana é o que a Suprema Corte, a cada época, afirma ser”. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 54).

¹⁸⁶ “No Brasil, que adota o sistema de direito escrito (*civil law*), a fonte do direito por excelência é a lei, entendido o conceito em sua acepção lata (Constituição, lei complementar, lei ordinária etc.)”. (COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 37).

¹⁸⁷ “O *civil law* é pautado em uma rígida e precisa tripartição dos poderes ou funções do Estado, desenvolvida por Montesquieu. Certamente está caricatura está longe de representar a complexidade do que se realmente vivencia nos sistemas jurídicos. A partir da tripartição dos poderes outorgou-se ao legislativo toda a atividade produtiva do direito, e exercer jurisdição não seria mais do que enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador: o juiz não passaria de la bouche la loi, exercendo um poder nulo”. (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, págs. 34-36).

¹⁸⁸ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 186.

¹⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 71.

no segundo, as normas emanam, principalmente, do Poder Legislativo¹⁹⁰. Na tradição do *civil law*, a vontade apenas poderia estar no Parlamento, ao passo que no *common law*, nunca se cogitou de um juiz destituído de vontade¹⁹¹.

No *common law*, o raciocínio tende a ser indutivo, isto é, de um caso específico, surgem as regras gerais, em conformidade com as decisões proferidas pelos juízes. Por outro lado, no *civil law*, o raciocínio é dedutivo, pois as leis preexistentes é que servirão de base para o julgamento de casos futuros e individuais¹⁹².

Por essas razões, os sistemas de tradição do *civil law* preocuparam-se em garantir a segurança jurídica pela codificação do direito, na medida em que todas as respostas estariam expressas nos Códigos, e o juiz estaria limitado a aplicar a lei, que já estava prevista e determinada. Por sua vez, no *common law* a busca da segurança jurídica não estava baseada na lei, mas no sistema de precedentes judiciais, o qual procurava garantir a coerência entre as decisões, ou seja, o juiz não se encontrava limitado pela lei, mas pelos precedentes. Essa limitação imposta pela doutrina do *stare decisis* significa respeito aos precedentes; respeito este que engloba os atos de segui-los, distingui-los ou revogá-los¹⁹³.

Com isso, a tradição do *civil law* conviveu com a falsa suposição de que a subordinação do juiz à lei seria suficiente para garantir a segurança jurídica, vale dizer, manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica¹⁹⁴.

Dessa suposição surge algumas expressões, utilizadas ainda no cotidiano jurídico, para justificar o que o juiz deve buscar ao interpretar: “sentido exato da lei”, “clareza da lei”, “vontade da norma”, “intenção do legislador” (*mens legis*), “espírito da lei” (*mens legis*), “razão da lei” (*ratio legis*).

¹⁹⁰ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 39.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 40. Complementa o autor: “Note-se que isso não apenas demonstra que o *common law* confiou e apostou no Judiciário, enquanto o *civil law* escravizou os juízes ao Parlamento, mas também que a superação do *iusnaturalismo* pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas – tendo colaborado – certamente que em termos essencialmente teóricos – para a formação das concepções antagônicas de *jude bouche de la loi* (juiz boca-de-lei) e de *judge make law* (juiz que cria o direito).”

¹⁹² BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, págs. 35-37.

¹⁹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade, segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. Tese de Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, pág. 201.

¹⁹⁴ “(...) se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”. (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, pág. 123)

Como no *civil law* cabia ao juiz apenas expressar as palavras ditadas pelo legislador, porquanto o direito era concebido unicamente como lei, a tarefa do Judiciário se resumia à aplicação das normas legisladas. Todavia, com a evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, a lei perde sua supremacia e os juízes passaram a ter o poder de controlá-la a partir da Constituição, transformando-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado da jurisdição¹⁹⁵.

Em outros termos: a evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo, e a transformação do próprio conceito de direito e jurisdição, fez surgir uma nova racionalidade jurídica no *civil law*, admitindo-se um modelo de precedentes obrigatórios¹⁹⁶. E mais: os precedentes não decorrem exclusivamente das tradições jurídicas do *common law*, pois são ínsitos à teoria do Direito, daí ser possível conceber um modelo de precedentes também para as tradições jurídicas do *civil law*¹⁹⁷.

Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos constitucionais¹⁹⁸.

Por esses motivos, é possível dizer que a linha divisória entre os dois modelos está muito longe de sustentar uma polaridade ou separação estanque, havendo uma aproximação entre eles, ou seja, há uma complementariedade entre a lei e os precedentes.

Entretanto, reconhecer a proximidade e complementariedade entre os sistemas é insuficiente para afirmar que o direito brasileiro possui atualmente um “sistema de precedentes”. Afirmar, porém, que os precedentes judiciais são utilizados apenas pelos juízes de *common law* também é um equívoco. Em contrapartida, não é acertado dizer que as cortes de *civil law* nunca seguem precedentes, posto que, muitas vezes, consideram as decisões passadas, pelo menos, como argumentos de persuasão¹⁹⁹.

Aliás, a demonstração da aproximação entre as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law* não é o fundamento principal para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 32-33.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 40.

¹⁹⁷ MAZZEI, Rodrigo. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n° 65, jul./set., 2017, págs. 169-172. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rodrigo_Mazzei_%26_Maira_Ramos_Cerqueira.pdf> Acesso em: 30 jul. 2021.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 54.

¹⁹⁹ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 27-28.

no Brasil, que se situa na (dupla) indeterminação do Direito e na insuficiência do princípio da legalidade para garantir a cognoscibilidade normativa²⁰⁰.

Portanto, a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e o *civil law*. É engano pensar que o *civil law* é caracterizado pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribuiu aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. De modo que, se há alguma diferença, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código²⁰¹.

Em suma: não é mais possível sustentar, acriticamente, que no *common law* a principal fonte do direito é a jurisprudência, e no *civil law* a principal fonte do direito é a lei.

Com o impacto do constitucionalismo e a evolução da teoria da interpretação, que modificou o conceito de direito e jurisdição, as leis e os precedentes complementam-se na construção do direito. A jurisdição complementa à legislação e o juiz completa o trabalho do legislador (autor do texto da lei), a fim de que o significado do direito seja densificado. Desse modo, Judiciário e Legislativo possuem atribuições complementares, e não isoladas. Ambos participam ativamente do desenvolvimento próprio do direito.

Em função disso, os dois modelos vêm passando por significativas transformações. No *common law* é cada vez mais frequente o direito legislado. De outro lado, no *civil law*, a importância dos precedentes e da jurisprudência é claramente ascendente, não estando alheio a essa tendência o direito brasileiro.

Logo, percebe-se que é compatível com os sistemas filiados tradicionalmente à *civil law* a adoção de um modelo de precedentes vinculantes, mesmo que a partir de origens diversas²⁰².

4.2 LOCUS DO TEMA

De início, cabe indagar: em qual ramo do Direito está situado o tema precedentes judiciais? Por estar disciplinado no Código de Processo Civil, seria uma matéria pertencente exclusivamente ao processo civil?

²⁰⁰ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 191.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 43-44.

²⁰² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 64.

Oportuno destacar que os precedentes não decorrem exclusivamente das tradições jurídicas do *Common Law*, pois são ínsitos à Teoria do Direito, daí ser possível conceber a sistematização de um modelo de precedentes também para as tradições jurídicas do *civil law*²⁰³.

Daniel Mitidiero aduz que o CPC/15, ao introduzir o conceito de precedentes e ressignificar os conceitos de jurisprudência e de súmulas, não está tratando de matéria atinente exclusivamente ao direito processual civil. Na verdade, está cuidando de conceitos ligados à teoria geral do direito, especificamente concernentes à teoria da norma – que por essa razão são transeitoriais, servindo a todo o ordenamento jurídico brasileiro²⁰⁴.

Pari passo, Luís Felipe Schneider Kircher também comunga do mesmo pensamento, de que o tema precedentes está inserido no plano da teoria geral do Direito (transeitorial), sendo aplicado para todas as searas jurídicas, dentre elas a criminal²⁰⁵.

Endossamos o mesmo raciocínio, de que o *locus* teórico da temática “precedentes” está situado dentro da teoria geral do direito (TGD), aplicando-se a todos os ramos do direito, incluindo o criminal, mormente porque a Lei nº 13.964/2019 inseriu a expressão “precedente” no artigo 315, § 2º, incisos V e VI, do diploma processual penal, bem como fez expressa alusão de que o recurso especial e extraordinário, que formam precedentes vinculantes (art. 927, III, CPC), conforme será demonstrado ao longo do trabalho, serão processados e julgados na forma estabelecida pela lei processual civil (art. 638, CPP).

Na verdade, a necessária adoção de um sistema de precedentes no processo penal não decorreu do advento do CPC/15, até porque já existiam mecanismos de unificação da jurisprudência antes da sua entrada em vigor (embargos de divergência no recurso especial, incidente de uniformização de jurisprudência e súmula vinculante)²⁰⁶.

Logo, o precedente, por estar situado no âmbito da teoria geral do Direito, transcende ao processo civil, amoldando-se perfeitamente ao direito (processual) penal.

Mas, ressalte-se que se deve respeitar, em todo os casos, as singularidades, regras e princípios específicos a serem observados na jurisdição penal, que naturalmente lhe dizem

²⁰³ MAZZEI, Rodrigo. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 65, jul./set., 2017, págs. 169-172. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rodrigo_Mazzei_%26_Maira_Ramos_Cerqueira.pdf> Acesso em: 30 jul. 2021.

²⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 97.

²⁰⁵ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, págs. 14-16.

²⁰⁶ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 87.

respeito, sem perder de vista que o processo penal possui categorias jurídicas próprias e particularidades que lhe são inerentes, porque tutelam distintos bens jurídicos²⁰⁷.

Isso porque no processo penal tutela-se a liberdade individual, diferentemente do processo civil em que o “bem da vida” protegido é a propriedade, a posse, o patrimônio, o que evidencia a diferença substancial entre os bens jurídicos tutelados²⁰⁸.

Por isso, não há que se falar na impossibilidade de se emprestar o que já existe no sistema normativo vigente, mais especificamente nos artigos 926 e 927 do CPC/15, pois caso o legislador quisesse vedar a aplicação dos aludidos dispositivos ao processo penal certamente o faria expressamente.

Dessa forma, apenas quando conflitarem com a lógica, os princípios próprios²⁰⁹ ou regra específica do processo penal²¹⁰, não serão aplicados os enunciados normativos do Código de Processo Civil, o que não é o caso do modelo geral de precedentes instituído pelo CPC/15.

²⁰⁷ Aury Lopes Jr. relata a história contada por Carnelutti em 1946, intitulada “Cenerentola”: “Era uma vez três irmãs, que tinham em comum, pelo menos, um dos progenitores: chamavam-se a ciência do Direito Penal, a ciência do Processo Penal e a ciência do Processo Civil. E ocorre que a segunda, em comparação com as demais, que eram belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Durante muito tempo, dividiu com a primeira o mesmo quarto. A terceira, bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções. (...) O processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas. Durante muito tempo, foi visto como um mero apêndice do Direito Penal. Evolui um pouco rumo à autonomia, é verdade, mas continua sendo preterido. (...) Todo um erro de pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal as categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida. É a velha falta de respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal. (...) É preciso compreender que o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente, e que não mais se contenta em usar as vestes da irmã.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, págs. 81-83). Prossegue o autor: “O principal erro está em transportar as categorias do processo civil para o processo penal, colocando o Ministério Público como verdadeiro “credor” de uma pena, como se fosse um credor do processo civil postulando seu “bem jurídico”. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pág. 134).

²⁰⁸ “Como explica CARNELUTTI, o processo civil é, nove de cada dez vezes, um processo de sujeitos que “têm”, e, quando um dos dois não tem, aspira muito “ter”. É o processo do “meu” e do “teu”, o que está em jogo é a propriedade, é uma relação coisificada. O processo civil é o cenário da riqueza (de quem possui), ao passo que no processo penal, cada vez mais, é o processo de quem não tem, do excluído. No processo penal, em (radical) câmbio, do que estamos tratando? Não é do ter, mas sim da liberdade. No lugar da coisa, pensa-se na liberdade, de quem, tendo, está na iminência de perder, ou que já não tendo pode recuperá-la ou perdê-la ainda mais. Trata-se de voltar para casa ou ser encarcerado. (...) Significa dizer que ao juiz penal não se pede, como ao juiz civil, algo que nos falta, o tal “bem da vida” como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, págs. 83-84)

²⁰⁹ “A aplicação do CPC ao processo penal será sempre residual como forma de controle da adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o CPC se o CPP e os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitirem.” (ZANETI JR, 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: *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 461).

²¹⁰ Exemplos em que a regra específica do processo penal prevalece sobre dispositivos legais do Código de Processo Civil: (1) inaplicabilidade do artigo 219 do CPC/2015, que determina a contagem dos prazos em dias úteis, pois o artigo 798 do CPP prevê que a contagem será contínua, ou seja, em dias corridos; (2) incompatibilidade da regra do artigo 220 do CPC/2015, que assegura a suspensão dos prazos durante as férias, uma vez que conflita

O que se quer dizer é que somente serão aplicáveis as regras processuais civis em caso de ausência de disposição específica e guardando-se harmonia com os princípios processuais penais²¹¹. Isto é: não havendo previsão legal específica no diploma processual penal sobre o tema “precedentes”, aplica-se os dispositivos do processo civil, máxime os artigos 926 e 927 do CPC, na forma do artigo 3º do Código de Processo Penal.

Os artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927, do CPC, são dispositivos que devem servir como substrato interpretativo e aplicativo ao Direito brasileiro em geral (heterotópicos)²¹². Vale dizer: os arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927, do CPC, são normas gerais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil como um todo²¹³.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados, aplica enunciados do Código de Processo Civil no processo penal, por analogia²¹⁴.

Verifica-se, então, que o Código de Processo Civil preenche inúmeras lacunas existentes na legislação processual penal, além de complementá-la, até porque os dois diplomas foram concebidos em épocas completamente distintas (CPC/2015 e CPP/1941), sem olvidar que o próprio Código de Processo Penal prevê hipóteses de aplicação da lei processual civil²¹⁵.

A aplicação do modelo de precedentes do CPC/2015 ao processo penal depende, portanto, de dois requisitos: (i) que ocorra uma omissão no CPP a respeito do que se pretende aplicar, e (ii) que haja compatibilidade do instituto de transporte e absorção²¹⁶.

com o disposto no artigo 797 do CPP, que autoriza a prática de atos, ainda que no período de férias; (3) cabimento dos embargos infringentes, por haver previsão expressa no artigo 609, *parágrafo único*, do Código de Processo Penal, se sobrepondo, desse modo, ao disposto no artigo 942, § 3º, do Código de Processo Civil, constituindo um recurso privativo do réu e não uma técnica automática de julgamento.

²¹¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 141.

²¹² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 140.

²¹³ MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 97.

²¹⁴ Exemplos no STJ: art. 1.025 do CPC (REsp 1.870.989/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 16.11.2021); art. 372 do CPC (RHC 86.549/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 06.04.2021); art. 43 do CPC (HC 591.218/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 09.02.2021); art. 451, CPC (AgRg no RHC 119.377/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 13.10.2020); art. 678, *parágrafo único*, do CPC (REsp 1.741.784/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 15.10.2019); art. 1.026, § 1º, do CPC (HC 513.374/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 18.06.2019); art. 463, I, CPC/73 (HC 167.789/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 03.03.2015); art. 132, CPC/73 (AgRg no AREsp 547.281/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Quinta Turma, julgado em 16.12.2014); ProAfR no REsp 1.708.301/MG (art. 1.036, CPC). Ainda, o Supremo Tribunal Federal aplicou o artigo 191 do CPC ao processo penal. (Inq 4112 AgR, Relator: TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01.09.2015).

²¹⁵ Artigos 139, 362, 638 e 790 do Código de Processo Penal.

²¹⁶ MAZZEI, Rodrigo. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 65, jul./set., 2017, pág. 179. Disponível em:

Quanto ao primeiro requisito, tem-se, que o CPP não desenvolveu um modelo de precedentes próprio, portanto, este requisito resta cumprido. Com relação a segunda exigência, os precedentes não são incompatíveis com o direito processual penal²¹⁷.

Outrossim, nem mesmo a falta de referência expressa do artigo 15 do Código de Processo Civil²¹⁸ em relação ao processo penal é argumento plausível para superar o raciocínio alvitrado, na medida em que o artigo 3º do Código de Processo Penal prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica.

Cumprir destacar que já tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 432/2016, de autoria do Senador Antônio Anastasia, por meio do qual se objetiva retificar a redação do artigo 15 do Código de Processo Civil, para permitir a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal²¹⁹.

A aplicação supletiva serve para preencher lacunas normativas. Em contrapartida, a aplicação subsidiária visa complementar a legislação processual penal com regras contidas no Código de Processo Civil, realizando uma ampliação interpretativa, obviamente naquilo que for compatível²²⁰.

<http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rodrigo_Mazzei_%26_Maira_Ramos_Cerqueira.pdf>
Acesso em: 30 jul. 2021.

²¹⁷ MAZZEI, Rodrigo. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 65, jul./set., 2017, pág. 179. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rodrigo_Mazzei_%26_Maira_Ramos_Cerqueira.pdf> Acesso em: 30 jul. 2021.

²¹⁸ Art. 15, CPC – Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

²¹⁹ Explicação da ementa: “*Promove alteração do art. 15 do Código de Processo Civil (CPC), com o objetivo de possibilitar a aplicação supletiva (caso de omissão) e subsidiária (caso de ampliação interpretativa) de regras constantes do CPC no âmbito do processo penal.*” Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127628>> Acesso em: 25 ago. 2021.

²²⁰ Um exemplo de interpretação ampliativa ocorreu no julgamento da QO no RE 966.177/RS, em que o Supremo Tribunal Federal ampliou o alcance do artigo 116, inciso I, do Código Penal e aplicou o art. 1.035, § 5º do CPC ao processo penal, possibilitando a suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva relativa aos crimes e/ou contravenções penais que são objeto das ações penais sobrestadas, enquanto não ocorre o julgamento do recurso extraordinário oriundo do processo paradigma. Trecho do r. acórdão: “*a) a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la; b) de qualquer modo, consoante o sobredito juízo discricionário do relator, a possibilidade de sobrestamento se aplica aos processos de natureza penal; c) neste contexto, em sendo determinado o sobrestamento de processos de natureza penal, opera-se, automaticamente, a suspensão da prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes que forem objeto das ações penais sobrestadas, a partir de interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP.*” (RE 966.177 RG-QO, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07.06.2017).

Nas justificativas do indigitado projeto de lei, verifica-se não ter havido omissão intencional, mas meramente ocasional, o que só corrobora as conclusões alçadas ao longo da presente pesquisa²²¹.

Além disso, a aplicação dos precedentes no processo penal decorre da inteireza do direito, preservando a higidez e harmonia lógica da sistematicidade do ordenamento jurídico²²².

Portanto, o sistema normativo, como um conjunto de enunciados legais, onde os textos normativos dialogam sistematicamente na unicidade do direito, compreende a doutrina de precedentes em todos os âmbitos, incluindo a jurisdição penal, haja vista não haver qualquer incompatibilidade com as categorias jurídicas próprias do processo penal.

Com efeito, com relação ao tema proposto, não há que se falar em transposição de categorias do processo civil ao processo penal, porque, conforme mencionado, a matéria é transetorial, estando afeta à teoria geral do Direito e, conseqüentemente, aplicáveis a todos os

²²¹ Justificativas: “Entretanto, o CPC e o Código de Processo Penal (CPP) não podem ser vistos como compartimentos estanques e incomunicáveis. Regras constantes do CPC são com alguma frequência chamadas para suprir lacunas legislativas do processo penal. Por sua vez, embora com uma incidência menor, regras constantes do CPP são chamadas para suprir normas do processo civil. É o diálogo comum e necessário entre as fontes normativas processuais. (...) Assim, não há dúvidas sobre a pertinência de aplicação subsidiária do CPC ao processo penal, uma vez que esse diálogo é inerente aos sistemas processuais, especialmente quando lacunas legislativas não podem ser supridas pelo diploma legislativo que lhe é correspondente. Aliás, essa também é uma característica do ordenamento jurídico como um todo, que deve sempre possibilitar a comunicação entre os diversos diplomas legais que lhe compõem. A par desses esclarecimentos, o art. 3º do CPP é expresso no sentido de que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Um dos exemplos clássicos de aplicação dessa norma é a possibilidade de o juiz penal utilizar-se do art. 145, § 1º, do CPC, para alegar suspeição por motivo íntimo, já que dispositivo semelhante não se encontra no CPP. Além disso, há também alguns dispositivos do CPP que invocam expressamente a aplicação do CPC. São eles os arts. 139, 362 e 790 do CPP. Em consonância com o entendimento aqui esposado, o processualista Cássio Scarpinella Bueno aduz que, não obstante a ausência de referência ao processo penal no art. 15 do novo CPC, persiste a possibilidade de sua aplicação subsidiária. Vejamos: A questão, pertinentíssima, é saber se, não obstante esse silêncio, a aplicação continua a ser autorizada pelo art. 3º do CPP. A melhor resposta parece ser a positiva, o que se justifica até mesmo pela amplitude do texto da referida regra processual penal. De resto, nos casos em que o Código de Processo Penal faz expressa remissão ao Código de Processo Civil (art. 139 [depósito e administração de bens arrestados]; art. 362 [citação por hora certa]; e art. 790 [homologação de sentença estrangeira]), é irrecusável o prevailecimento da disciplina trazida pelo novo CPC.” (Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52). Sendo assim, diante da existência de lacuna legislativa, entendemos que, para se evitar qualquer interpretação em sentido contrário, deve haver a previsão expressa da possibilidade de aplicação do CPC ao processo penal, na eventual ausência de normas para a solução de questões específicas surgidas no decorrer de sua tramitação, desde que evidentemente a regra a ser aplicada seja compatível com o sistema processual penal instituído pelo CPP.” Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4191316&ts=1644319782432&disposition=inline>> Acesso em: 25 ago. 2021.

²²² “O ordenamento jurídico, composto por uma multiplicidade de normas, é descrito pela Ciência Jurídica, que o compartimenta em diversos domínios, consoante a especificidade de seu objeto, para melhor estudá-lo. Todos os ramos do ordenamento jurídico inter-relacionam-se, como não poderia deixar de ser, existindo zonas de conexão entre as diversas disciplinas.” (COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 34).

ramos jurídicos, inclusive no âmbito penal, ou seja, não pertence exclusivamente ao processo civil, pois é um tema de interesse de toda a Ciência do Direito²²³.

Considerando os princípios da segurança jurídica e isonomia, bem como a previsibilidade e estabilidade nas decisões judiciais, assim como todos os fundamentos já apresentados, evidencia-se compatível com as bases epistemológicas e premissas principiológicas do processo penal o modelo de precedentes judiciais instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, aplicando-se supletiva, residual e subsidiariamente²²⁴.

A regra da residualidade é negativa, melhor dizendo, não se aplica os dispositivos da legislação processual civil se os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitirem.

Como vimos, nem mesmo a omissão do artigo 15 do Código de Processo Civil, é um fundamento plausível para afastar a aplicação dos precedentes no processo penal, por duas razões: (i) o rol do artigo 15 do CPC é meramente exemplificativo, permitindo o preenchimento de lacunas ou complementação do CPP com os dispositivos do CPC²²⁵; (ii) o artigo 3º do

²²³ [...] *O CPC é a lei processual infraconstitucional mais importante no Estado Democrático Constitucional. O CPC é norma nova e não é mera alteração cosmética, significa uma mudança profunda de paradigmas. A ausência de normas específicas que regulem os demais processos atrai a aplicação supletiva e subsidiária do CPC (art. 15, CPC c/c art. 3º, CPP). Considerando o sistema processual como um todo o CPC compõe o núcleo em torno do qual gravitam todos os demais ordenamentos processuais. Não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação. O CPC deve ser compreendido como um Código do movimento da (Re) Codificação, portanto, permeável, plástico e adaptável às novas exigências do ordenamento jurídico. Aplica-se, igualmente, o diálogo de fontes entre o CPC e os demais diplomas processuais, naquilo que faltar ao CPC. A aplicação do CPC é, portanto, transeporial.*” (ZANETI JR, 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: *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 461).

²²⁴ Enunciado nº 3, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) na I Jornada de Direito Processual Civil – As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

²²⁵ Não há como saber com precisão se houve silêncio eloquente da lei, lacuna legislativa ou omissão proposital. Entretanto: “*A leitura apressada do art. 15 do CPC/2015 pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. A premissa é falsa, pois, o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Note-se que para encaixar do novo CPC como fonte (supletiva, subsidiária e residual), deve se entender que não basta que ocorra a omissão no diploma externo a esse, mas que a regra que se pretende exportar seja também compatível com o diploma de recepção. (...) Assim, percebe-se que o novo diploma processual funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção.*” (MAZZEI, Rodrigo. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 65, jul./set., 2017, págs. 172-173. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rodrigo_Mazzei_%26_Maira_Ramos_Cerqueira.pdf> Acesso em: 30 jul. 2021).

Código de Processo Penal admite a interpretação extensiva e a aplicação analógica, exceto para criação de tipos penais incriminadores.

4.3 CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Os precedentes judiciais podem ser classificados de diversas formas: (i) precedentes vinculantes e persuasivos; (ii) precedentes verticais e horizontais.

Há quem sustente que os precedentes podem ser classificados em função de sua intensidade e grau de vinculatividade: (i) precedentes com grau de vinculação forte (precedentes obrigatórios); (ii) precedentes com grau de vinculação média (precedentes persuasivos); e (iii) precedentes com grau de vinculação fraca (precedentes ilustrativos)²²⁶.

Os autores que classificam os precedentes em sentido forte justificam o argumento pelo fato de que apenas os precedentes obrigatórios ensejam a propositura de reclamação²²⁷.

Há quem defenda que os precedentes considerados obrigatórios, classificados com grau de vinculação forte, têm lastro nos seguintes dispositivos do Código de Processo Civil: (i) art. 927, inciso III; (ii) art. 988, inciso IV, e § 5º, inciso II; (iii) art. 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*; (iv) art. 1.039²²⁸.

Além disso, Daniel Mitidiero menciona que o precedente é composto de aspectos qualitativo, material e funcional²²⁹. Dele promana sempre eficácia vinculante²³⁰.

²²⁶ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, págs. 66 e 187.

²²⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 521.

²²⁸ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 66.

²²⁹ “Conta com um aspecto qualitativo, porque depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida – apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes. (...) Pouco importa para a sua configuração ainda se um caso ou vários casos são julgados. Nessa linha, o conceito de precedente não é um conceito quantitativo. Conta com um aspecto material, porque depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos – os precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram. Em outras palavras, os precedentes são umbilicalmente dependentes da unidade fático-jurídica do caso. É por essa razão que normalmente se refere que os precedentes não se operam sem referência a fatos. Conta com um aspecto funcional, porque depende da função do órgão jurisdicional do que promanam – os precedentes são oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve ser resolvido.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 98-100).

²³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 98.

Para o presente trabalho, o que importa são os precedentes vinculantes, na medida em que somente estes são de aplicabilidade obrigatória. A essência dos precedentes é justamente o caráter de obrigatoriedade.

4.3.1 Precedentes vinculantes e persuasivos

Os precedentes surgiram, nos países de *common law*, como parâmetro para o julgamento de casos subsequentes que fossem semelhantes àquele anterior. Originalmente, os precedentes não tinham caráter vinculante e eram apenas utilizados como referência para um novo caso em apreciação²³¹. Foi ao longo do século XIX que o precedente passa da persuasão à vinculação, convertendo-se em uma efetiva norma jurídica²³².

A força do precedente se baseia na autoridade e na competência do órgão judiciário que proferiu a decisão. A vinculação dos tribunais aos precedentes no sistema de *common law* é chamada *stare decisis*, que se traduz na necessidade de respeitar as coisas já decididas e não mexer no que está estabelecido²³³. Em breve síntese, *stare decisis* é a eficácia vinculante dos precedentes.

Como é evidente, ou o precedente tem força vinculante e vale independentemente de suas boas razões, ou é um simples exemplo, que obriga apenas nos limites em que a experiência anterior persuade o seu destinatário. É por essa razão que a doutrina chega à ácida conclusão de que a doutrina do precedente persuasivo se resume ao fim à oferta de uma escolha totalmente livre do juiz, que resolve-se em um amplo juízo de conveniência²³⁴.

Com efeito, o caráter meramente persuasivo do precedente acabou sendo abertamente questionado, na medida em que a possibilidade de afastamento do precedente pela discordância das suas razões por qualquer juiz tornavam as razões invocadas nas decisões judiciais simples exemplos despidos de valor normativo, ou seja, em conselhos oriundos da experiência judicial incapazes de prover efetivamente segurança jurídica²³⁵.

²³¹ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 42.

²³² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 36.

²³³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 146.

²³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 35.

²³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 39.

De duas uma: ou o precedente é obrigatório e vincula a todos; ou o precedente é persuasivo e será apenas um argumento retórico de cunho justificatório.

Em acréscimo, o precedente persuasivo serve somente de orientação para casos futuros (exemplo), entretanto, como visto, não é dotado de nenhum efeito vinculante, pois possui natureza meramente diretiva, não estando os magistrados obrigados a segui-los, mas podem, obviamente, repercutir em julgamentos posteriores²³⁶.

Na verdade, nada impede, antes aconselha-se, seja observado os precedentes persuasivos como forma de assegurar estabilidade (vinculação horizontal) e integridade nas próprias decisões dos Tribunais locais e regionais, sobretudo quando os precedentes invocados pelas partes são da mesma turma ou câmara, competente para julgar o recurso.

4.3.2 Precedentes com vinculação vertical e horizontal

Como consectário lógico dos precedentes vinculantes e persuasivos exsurge os precedentes com vinculação vertical e horizontal. A força vinculante de um precedente é explicada, via de regra, por sua hierarquia institucional, haja vista que uma Corte diz estar vinculada a seguir os julgados definidos por uma Corte Suprema (natureza vertical).

Essencialmente, o efeito vinculante das decisões depende da posição hierárquica do prolator da decisão. O julgamento normalmente vincula a própria corte (eficácia interna ou horizontal) e os órgãos hierarquicamente inferiores (eficácia externa ou vertical)²³⁷. A vinculação interna vincula os membros e os órgãos fracionários do próprio Tribunal que formou o precedente obrigatório, e a vinculação externa vincula os tribunais a este subordinados (TRFs, TJs, juízes federais e estaduais)²³⁸.

A vinculação vertical consiste na obrigatoriedade de os tribunais inferiores respeitarem e seguirem os precedentes estipulados pelos tribunais superiores. Inexiste a possibilidade de as cortes inferiores (TJs e TRFs) e de os juízes de primeiro grau negarem aplicação aos precedentes das Cortes Supremas (STJ e STF)²³⁹.

²³⁶ Isso ocorre especialmente quando o precedente persuasivo serve como base para a interposição de recursos que têm por objetivo pacificar o entendimento de uma questão, a exemplo dos embargos de divergência (art. 1.043, CPC) e do recurso especial fundado em divergência (art. 1.029, § 1º, CPC).

²³⁷ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O Precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pág. 76.

²³⁸ STJ – PET no AREsp 957.821/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, julgado em 07.03.2018.

²³⁹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 144.

Impende frisar que se a Corte Superior deliberar um posicionamento, automaticamente, a Corte de Justiça adotará o entendimento, obediente à verticalização da jurisprudência. Assim já era no CPC/73 e agora (CPC/2015), ampliando as hipóteses é mais incisivo na obediência.

Ademais, a dimensão vertical dos precedentes refere-se à obrigatoriedade de respeito, pelas cortes inferiores, ao conteúdo das decisões proferidas pelas cortes superiores, em casos de mesma essência jurídica. Assim, conforme a teoria do *stare decisis*, as cortes inferiores devem respeitar os precedentes originados nas cortes hierarquicamente superiores²⁴⁰.

Por outro lado, a dimensão horizontal da função vinculante do precedente tem a ver com o fato de as cortes estarem obrigadas, minimamente, a manter a coerência das decisões por elas próprias já, anteriormente, proferidas²⁴¹.

A vinculação horizontal diz respeito à vinculação do próprio tribunal que produz o precedente em segui-lo. A justificativa para as Cortes Supremas seguirem os seus próprios precedentes (autoprecedentes) decorre da necessidade de igual tratamento para casos similares²⁴². Nesse ponto, os juízes e tribunais de segundo grau estão vinculados aos precedentes das Cortes Supremas (vinculação vertical), bem como os próprios ministros que integram as cortes de precedentes (vinculação horizontal)²⁴³.

Deve-se reconhecer que todas as decisões colegiadas, principalmente dos tribunais superiores, podem formar precedentes, e, com isso, não devem ser desconsiderados.

Aliás, quando os tribunais não respeitam a sua própria jurisprudência, ainda que através de entendimentos majoritários, os órgãos hierarquicamente inferiores não sabem qual entendimento aplicar no caso concreto à luz do entendimento do tribunal superior²⁴⁴.

Trocando em miúdos: os precedentes obrigatórios vinculam as Cortes Superiores (vinculação horizontal) e as demais instâncias do Poder Judiciário (vinculação vertical)²⁴⁵.

²⁴⁰ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 44.

²⁴¹ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 44.

²⁴² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, págs. 147-148.

²⁴³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 115.

²⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.300.

²⁴⁵ “Sua vinculação vertical e horizontal, portanto, está diretamente ligada à segurança jurídica, pilar do Estado Constitucional (ao lado da dignidade da pessoa humana e da isonomia).” (STJ – ED no RE 855.178/SE, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23.05.2019).

Em suma: a segurança jurídica, em termos de previsibilidade e cognoscibilidade do Direito, para efetivar-se, passa a reclamar pela estabilidade (vinculação horizontal) e respeito aos precedentes das Cortes Supremas (vinculação vertical)²⁴⁶.

4.4 CORTES DE PRECEDENTES E CORTES DE JUSTIÇA

O modelo de jurisdição sempre foi pensado para solucionar o problema individual dos casos (*case-by-case*)²⁴⁷, através de uma racionalidade estritamente singular do caso penal.

Em específico, a jurisdição penal também se preocupou em solucionar os casos concretos, mediante o ajustamento do fato à regra aplicável. Sua relação era para com o caso em exame (perspectiva individual), não tendo nenhum papel de desenvolvimento em relação à ordem jurídica como um todo (perspectiva macro de construção da ordem jurídica)²⁴⁸.

Sob tal perspectiva, o papel do juiz seria experimentar uma emoção através da sentença²⁴⁹, dentro de um universo de “incerteza processual”²⁵⁰. Por isso, a sentença seria um ato de vontade²⁵¹. Enfim, o processo penal conviveu constantemente com crenças do “livre convencimento motivado”, “sentença como ato de vontade do juiz”, “independência do

²⁴⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 148.

²⁴⁷ “Independentemente de se tratar de povos de civil ou de common law, inicialmente, tudo era decidido à base do case by case. Repita-se: não havia leis preexistentes. E a concepção de precedente, sob o enfoque jurídico, nasce, exatamente, do case law. Essa concepção decorre do binômio indicação e necessidade de que casos idênticos ou similares sejam julgados de forma igual.” (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 25).

²⁴⁸ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 66.

²⁴⁹ “O papel do sentimento do juiz é fundamental e isso fica evidenciado até pela etimologia da palavra “sentença”, que vem de “sententia”, que, por sua vez, vem de “sententiando”, gerúndio do verbo “sentire”, ensejando a ideia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma intuição emocional. Mais do que isso, ele sente e declara o que sente. (...) O papel do juiz no processo penal constitucional é o alguém que deve “sentir” (sentenciar) e eleger os significados válidos da norma e das versões trazidas pelas partes, fazendo constantemente juízos de valor.” (LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, págs. 284-293).

²⁵⁰ “O mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhe são inerentes. (...) A dinâmica do processo transforma a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. (...) A incerteza processual justifica-se na medida em que coexiste em iguais condições a possibilidade de o juiz proferir uma sentença justa ou injusta.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, págs. 95-96).

²⁵¹ “A sentença, desse modo, não é apenas um ato de inteligência, mas também um ato de vontade, porquanto ela exprime uma ordem que nada mais é senão aquela mesma ordem genérica, abstrata e hipotética, prevista na lei, que se transmuda em concreta.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 873).

magistrado para decidir”²⁵², com baixo compromisso em promover a unidade do Direito mediante a formação de precedentes.

Perceba-se que atribuir a sentença o sentido de intuição emocional ou um ato de vontade é permitir que cada magistrado criminal decida a seu bel-prazer sobre o significado do direito, desconsiderando todo o ambiente judiciário precedentalista formado pelas Cortes Supremas.

Obviamente que os juízes tem liberdade para valorar os fatos e as provas e decidir de acordo com os fundamentos suscitados pelas partes no processo penal. Entretanto, no plano da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional, o juiz deve obediência aos precedentes judiciais definidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, instituições constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado do direito constitucional e legislação federal²⁵³.

É imprescindível conferir a devida e natural autoridade aos precedentes das Cortes Supremas²⁵⁴, retirando dos juízes e tribunais ordinários a “opção” de não toma-los em consideração quando da resolução dos casos²⁵⁵.

No processo penal, nunca houve uma preocupação efetiva em decidir os casos símiles mediante precedentes, o que reduz(iria) o nível de desigualdade na interpretação e aplicação do direito. Basta verificar que os principais manuais sequer abordam o tema.²⁵⁶

²⁵² “Contudo, excluída a hipótese da famigerada *súmula vinculante*, os magistrados não são obrigados a acatar as decisões proferidas por outro juiz sobre determinada norma jurídica, mesmo que seja de grau superior. Esse aspecto é saudável, na medida em que preserva a independência do juiz, caso contrário seria uma forma disfarçada e inconstitucional de impedir o direito do cidadão de submeter a lesão a seu direito à apreciação do Poder Judiciário.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 156).

²⁵³ “Como já exposto, as recentes reformas constitucionais e legais por que passaram o STF e o STJ, em termos de cabimento de recurso extraordinário e especial, parecem sinalizar que tais cortes devem ter uma função muito mais de interpretação e estabelecimento de precedentes do que de julgamentos individuais de recurso que podem se repetir aos milhares.” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 943).

²⁵⁴ “É importante perceber que a falta de autoridade das decisões das Cortes Supremas não deriva apenas da rejeição retórica à ideia de que as suas decisões devem definir o sentido do direito e, portanto, orientar os demais tribunais, mas também do desinteresse de posições sociais significativas na racionalização da distribuição do direito no país.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 70).

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 91.

²⁵⁶ Os principais manuais e cursos de processo penal não enfrentam o tema de modo contundente, mesmo após a vigência do CPC/15. Vide.: BADARÓ, Gustavo. *Processual Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2018; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017; MOUGENOT, Edilson. *Código de processo penal anotado*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

Nesse contexto é que se pode afirmar que a tendência para o futuro é a de consolidação do fenômeno da objetivação – mudança do paradigma subjetivo (caso a caso) para o objetivo (precedentes e decisões estranhas a determinado processo o influenciando diretamente)²⁵⁷.

O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso nas suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente²⁵⁸.

Desse modo, é preciso perceber a necessidade de reconstrução do sistema judiciário e a necessidade de remodelar a função dos Tribunais Superiores no cenário brasileiro, (re)posicionando suas atribuições no local constitucionalmente demarcado, evitando-se, com isso, incompreensões de que o controle de legalidade das decisões no âmbito das Cortes Supremas ocorre em cada caso levado a sua jurisdição, ou seja, a aplicação da lei é analisada de maneira casuística e atomizada, o que inviabiliza a igualdade de todos perante o direito.

O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa (Cortes de Justiça) e cortes para formação de precedentes (Cortes de Precedentes)²⁵⁹.

Para tanto, é necessário compreender a distinção atual entre: (1) Cortes de Justiça, de revisão ou cassação; e (2) Cortes Superiores, de Precedentes, de Vértice ou de superposição²⁶⁰.

A base da distinção entre Cortes de Justiça e Cortes Superiores consiste no fato de que somente estes Tribunais possuem o monopólio de atribuir a última palavra a respeito do sentido do direito, isto é, atribuir um significado para à Constituição e à legislação, projetando-se perante toda a sociedade e obrigando os tribunais ordinários a cumprirem seus precedentes.

Como vimos, a evolução da teoria da interpretação coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito e definir a interpretação adequada do texto legal²⁶¹.

²⁵⁷ CORTES, Oscar Mendes Paixão. *O futuro da recorribilidade extraordinária e o novo código de processo civil, In Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, Organizadores Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira, Vol. III, Salvador: JusPodium, 2014. pág. 487.

²⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993, pág. 83.

²⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 80.

²⁶⁰ “À luz do art. 926 do CPC, é preciso distinguir entre as funções das Cortes de Justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – e as funções das Cortes de Precedentes – que ocupam o “vértice” da organização judiciária, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Em outras palavras, importa perceber a necessidade de reconstrução do sistema judiciário”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 78-79).

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 61.

Atribuir sentido ao direito significa solucionar casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura das Cortes de Justiça e dos juízes a elas vinculados²⁶². Ademais, cabe à corte de vértice definir o sentido dos direitos, particularmente dos direitos fundamentais, sendo apenas por essa razão lógica incompreensível a possibilidade de um juiz ou tribunal ordinário conferir a uma norma constitucional significado diverso daquele que já lhe foi atribuído pela Corte Suprema²⁶³. É exatamente nessa compreensão que as decisões das Cortes Supremas assumem a qualidade de precedentes.

Quando a decisão da Corte atribui sentido ao direito – porque se acredita na dissociação entre texto e norma –, outorga-se unidade ao direito com a elaboração do precedente. Proclamar a interpretação mediante precedente é a função da Corte Suprema, o que quer dizer que a “uniformidade da interpretação”²⁶⁴ não pode mais ser meio de controle da legalidade, devendo ser vista como sinônimo de “unidade do direito”²⁶⁵.

A interpretação uniforme era meio de controle da legalidade e o precedente é meio de tutela da igualdade, haja vista que a interpretação não é mais método para a revelação da norma contida na lei, porém instrumento para encontrar o seu significado. Logo, uma corte de vértice só pode ser vista como Corte de interpretação que garante a igualdade perante o direito²⁶⁶.

Em um brilhante voto, o Superior Tribunal de Justiça consignou que a observância aos precedentes garante ao jurisdicionado a certeza do posicionamento do Judiciário em relação a determinada matéria posta em juízo, evitando, com isso, a proliferação de decisões contraditórias (muitas vezes oriundas de um mesmo juízo ou tribunal). A interpretação uniforme das leis faz com que exista uma ordem jurídica mais coerente, mais estável, com maior previsibilidade quanto à interpretação adotada pelo Poder Judiciário²⁶⁷.

²⁶² “É indispensável lembrar que uma Corte com essa função, ao contrário das Cortes de revisão e cassação, trata de uma situação jurídica que interessa à sociedade, isto é, da questão de direito que, uma vez definida por precedente, vai iluminar a vida social e servir de bússola para os demais juízes e tribunais resolverem os casos concretos. Significa dizer que, mais do que as partes envolvidas no litígio, toda a sociedade tem interesse em controlar o exercício do poder das Cortes Supremas. Mais claramente, têm concreto interesse todos aqueles que podem ser potencialmente atingidos pela solução instituída no precedente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 96).

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 53.

²⁶⁴ “Para uniformizar, é preciso conhecer o que é disforme: pressupõe-se justamente a ausência de uniformidade na interpretação e aplicação do direito.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 85).

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 62-63.

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 63.

²⁶⁷ STJ – AgRg no HC 338.964/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24.05.2016.

Daí que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – como Cortes Supremas – devem dar unidade ao direito e não propriamente uniformizá-lo. Essas Cortes não devem repetir inúmeras vezes diante de milhares de casos concretos a mesma solução jurídica para uniformizar a aplicação do direito. Nessa linha, uniformizar é tarefa das Cortes de Justiça, que têm o dever de controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos, o que inclui o dever de aplicação isonômica do direito²⁶⁸.

Há uma clara diferenciação entre os tribunais superiores e inferiores na delimitação constitucional das suas respectivas competências.

Pode-se dizer que os órgãos jurisdicionais ordinários devem cuidar da produção de decisões justas, sendo responsabilidade dos órgãos jurisdicionais extraordinários a promoção da unidade do Direito mediante a formação de precedentes, justificando, com isso, a divisão de tarefas entre as Cortes de Justiça e as Cortes de Precedentes²⁶⁹.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado²⁷⁰.

Os tribunais inferiores institucionalmente (TJs e TRFs) têm atribuição precípua de decidir o caso concreto e não de definir o significado do Direito, sendo que as suas decisões não servem para pautar condutas (sob uma perspectiva geral) e, por essa razão, não podem ser vistos como cortes de precedentes²⁷¹.

Um tribunal de apelação não firma precedentes por uma razão muito simples. Não é função sua atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento, mas resolver os litígios. Os tribunais atuam de modo a revisar a justiça das sentenças sem qualquer restrição. Mas, os juízes e tribunais têm a importante missão de colaborar para o amadurecimento da interpretação das leis, cabendo-lhes dar início à atividade interpretativa do Poder Judiciário, fornecendo os primeiros exemplos de interpretação e de solução das questões de direito²⁷².

Por isso, as Cortes de Precedentes visam outorgar interpretação prospectiva mediante a formação de precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos

²⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 85.

²⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 81-82.

²⁷⁰ Disponível em: <https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf> Acesso em: 22 nov. 2021.

²⁷¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 109.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 288-289.

concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito; não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça²⁷³.

No entanto, a ideia das Cortes Supremas no Brasil ainda está impregnada pela teoria cognitivista-formalista da interpretação do Direito, em que essas Cortes serviriam apenas como cortes de controle da legalidade das decisões (controle subjetivo), para verificação de erros e acertos das instâncias ordinárias, o que é inadmissível à luz da Constituição Federal²⁷⁴.

O modo como as instâncias ordinárias e extraordinárias interpretam o direito também é diferente. Isso porque quando a corte está preordenada para tutela dos direitos mediante decisão justa, a interpretação normativa é meio para obtenção do fim (decisão de mérito justa e efetiva ao caso). Do contrário, quando está direcionada para tutela do direito mediante precedentes, o caso concreto é apenas um meio – um verdadeiro “pretexto” – para formulação da adequada interpretação dos dispositivos nele envolvidos²⁷⁵.

No entanto, de acordo com Daniel Mitidiero, as Cortes Supremas geram “precedentes” e não “teses” (desligadas de seus substratos fático-jurídicos). E mais: a alusão ao caso como “pretexto” não significa autorização para que se ignore o caso concreto. Pelo contrário, significa apenas que a atenção da Corte Suprema não está ligada à solução do caso, mas à definição do significado do direito “a partir” do caso – não podendo, obviamente, desbordá-lo²⁷⁶.

Soma-se a isso o fato de que, embora as teses busquem retratar um precedente, também não são vinculantes: o que vincula é o precedente que se encontra na sua origem. A tese é a interpretação dada pela Corte Suprema ao precedente – o que não dispensa, porém, a avaliação da sua congruência com os fatos e as razões que procura retratar.²⁷⁷ O que vincula, portanto, não é a tese, mas o precedente de que deriva.

Dessarte, as instâncias ordinárias (TRFs e TJs) devem preocupar-se com a uniformidade da interpretação e a justiça de suas decisões, enquanto que as instâncias extraordinárias (STF e STJ) devem ater-se a unidade do direito, definindo o seu sentido e significado, em que o caso

²⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 83.

²⁷⁴ “*Nem o recurso especial nem o extraordinário têm por objetivo precípua a realização da justiça no caso concreto (ou a tutela do direito do recorrente), mas sim preservar a integridade e unidade do direito nacional. É um contencioso objetivo ou de legalidade. Não se tutelam direitos subjetivos, mas o próprio direito objetivo.*” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 922).

²⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 81.

²⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 79, nota de rodapé.

²⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 104.

concreto é apenas um meio para se chegar ao fim: interpretação do direito para a formação do precedente.

Portanto, a interpretação realizada pela Cortes de Justiça é apenas um meio para chegar-se ao fim: controle da justiça do caso. Diferentemente do que ocorre com as Cortes Supremas, em que o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito. Enquanto inexistente precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo no seio da jurisprudência é inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados²⁷⁸.

Isso não quer dizer que os juízes e desembargadores estão proibidos de interpretar o direito. No âmbito criminal, eles interpretam o direito com a finalidade de decidir o caso penal individualizado, mediante decisão justa, e a atividade interpretativa é um meio utilizado para se chegar ao resultado e não um fim. Entretanto, quando a Corte está voltada para a tutela do direito mediante a formação de precedentes, a interpretação é o fim, sendo que o caso vai servir como base para se chegar ao resultado interpretativo²⁷⁹.

É evidente que todos os juízes, desembargadores e ministros interpretam o direito: o que se altera é o motivo pelo qual interpretam. As cortes supremas decidem casos com o fim de interpretar: as cortes de justiça e os juízes de primeiro grau interpretam para decidir casos²⁸⁰.

Ocorre que o modelo de julgamento das Cortes de Vértice no Brasil (STJ e STF) ainda é o das Cortes de Correção (da aplicação correta e exata da lei para resolver o caso concreto), em que o mais importante é o resultado consubstanciado no dispositivo da decisão do recurso²⁸¹.

Cabe salientar que um modelo de julgamento preocupado com a decisão do recurso tem atenção somente na argumentação trazida pelas partes²⁸². Contudo, atualmente, o debate tende a ser ampliado, com a admissão de *amici curiae*, por exemplo, a fim de que se tenha um aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e consequente formação do precedente, haja vista que a discussão está ligada a definição do sentido do direito.

²⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 82-83.

²⁷⁹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 109-110; 114.

²⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 82, nota de rodapé.

²⁸¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 120.

²⁸² “Não é por outro motivo que as decisões, quando resolvem litígios, interessam às partes (*res judicata*) e, quando atribuem sentido ao direito, interessam à sociedade (*ratio decidendi*)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 288).

Nesse particular, a admissão de *amici curiae* em matéria penal é possível e sempre recomendável, desde que observado os critérios encampados no artigo 138 do Código de Processo Civil, em face da aplicação analógica autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal²⁸³.

Feita a diferenciação entre Cortes Superiores e Cortes de Justiça, oportuno descrever o papel atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no âmbito da jurisdição penal.

4.5 JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA E PRECEDENTE JUDICIAL: DISTINÇÕES CONCEITUAIS

A distinção entre as expressões “precedente”, “jurisprudência” e “súmula” é essencial para a compreensão do tema objeto de estudo. Isso decorre da aparente indistinção semântica e da diferenciação com que o artigo 315, § 2º, inciso VI, do Código de Processo Penal tratou os temas, não se podendo tomar tais conceitos como sinônimos.

Jurisprudência, súmulas e precedentes revelam caminhos distintos trilhados pelo direito brasileiro à procura de uma solução para o problema da vinculação ao direito²⁸⁴. Sobre o tema conferir o item 4.5.

Primeiramente, importante frisar que jurisprudência não se confunde com precedente.

Por jurisprudência compreende-se, em síntese, o conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre o mesmo assunto, que embora se repitam sistematicamente, são desprovidas de força vinculante. Precedente, por sua vez, pode ser compreendido como uma decisão judicial, cujo fundamento (*ratio decidendi*) tem aptidão para ser utilizado como diretriz em julgamentos

²⁸³ (1) STF – RHC 163.334/SC, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, decisão monocrática proferida em 22.11.2018 – Trecho da decisão: “2. Tendo em vista os critérios previstos no art. 138 do Código de Processo Civil, aplicáveis por analogia ao processo penal (CPC, art. 3º), reconheço excepcionalmente possível a admissão de *amici curiae* no âmbito criminal, quando a questão discutida possua grande repercussão social (cf., v. g., HC 143988 AgR, Rel. Min. Edson Fachin). No caso concreto, a discussão sobre a tipicidade penal da conduta de não recolhimento do ICMS próprio pelos comerciantes tem gerado uma ampla controvérsia entre a comunidade empresarial e os Ministérios Públicos dos diversos estados, prejudicando a segurança jurídica. 3. De todo modo, a participação dos *amici curiae* tem por objetivo auxiliar o Tribunal na compreensão dos pontos controvertidos, e não criar transtorno processual.”; (2) STF – RE 971.959/RS, Relator(a): LUIZ FUX, decisão monocrática proferida em 17.10.2016 – Trecho da decisão: “Com efeito, como se faz presente a pertinência do tema a ser julgado por este Tribunal com as atribuições institucionais da requerente, legitima-se a sua atuação no feito, máxime em razão da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda e da repercussão social da controvérsia. Ex positis, ADMITO o ingresso no processo, na qualidade de *amicus curiae*, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

²⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 73.

subsequentes, dotado, portanto, de força vinculativa. Contudo, nem todas as decisões formam precedentes judiciais²⁸⁵.

O termo “precedente” refere-se, primeiramente, a uma diferenciação quantitativa, uma vez que o precedente judicial corresponde a uma decisão unitária e isolada, de um caso concreto específico, cuja relevância é apontada pelas questões discutidas no caso e cuja norma é aplicada – a depender da vinculação – aos casos semelhantes subsequente, enquanto “jurisprudência” é um conjunto plural de decisões reiteradas em um mesmo sentido num determinado espaço de tempo²⁸⁶.

Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. Ademais, as súmulas podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça. Portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes²⁸⁷.

Feita essas breves considerações, é necessário discernir a diferença entre precedente, jurisprudência e súmula.

4.5.1 Precedente

Precedente é uma palavra de origem latina que significa “precede, antecede”. Por isso, o envolvimento de uma questão temporal é a característica principal para sua formação. É necessário, ainda, que exista um caso posterior, a fim de, logicamente, tornar a decisão anterior um precedente. A perspectiva voltada para o passado é que permite a identificação de certa decisão como precedente²⁸⁸. Para Neil Duxbury, um precedente é um evento no passado que

²⁸⁵ MAZZEI, Rodrigo. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n° 65, jul./set., 2017, pág. 167. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rodrigo_Mazzei_%26_Maira_Ramos_Cerqueira.pdf> Acesso em: 27 set. 2021. No mesmo sentido, o Enunciado n° 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “*Nem todas as decisões formam precedentes judiciais*”.

²⁸⁶ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 38.

²⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 90-91.

²⁸⁸ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 23.

serve de guia para uma ação no presente²⁸⁹, ou seja, o precedente é uma analogia feita com o caso passado.

Como servem para nortear decisões posteriores e, devido à importância que adquirem, são conhecidos como *'leading case'*, em decorrência da vasta análise do caso²⁹⁰.

Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente. Registre-se nesse ponto que nem toda decisão, ainda que proferida pelo tribunal, é um precedente. Uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente²⁹¹.

Logo, os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. Em outras palavras: decisão e precedente estão em níveis discursivos diferentes. O precedente é um discurso elaborado a partir do discurso da decisão²⁹². A decisão judicial é a resolução de um caso individual, tendo conotação particular e singular²⁹³.

Para elucidar, cumpre destacar os três níveis de graus discursivos: (i) a decisão é o primeiro degrau discursivo; (ii) precedente e a jurisprudência uniforme o segundo; (iii) as súmulas constituem o terceiro degrau discursivo. Vale dizer: as súmulas consistem em um discurso elaborado a partir dos precedentes ou da jurisprudência uniforme²⁹⁴.

Outrossim, o juiz, ao criar um precedente²⁹⁵, faz com que uma regra individual (interpretação de um caso concreto) torne-se uma norma de caráter geral e abstrato, aplicável a todos indistintamente. O juiz produz uma norma, que possui exclusividade e relativo

²⁸⁹ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1.677.

²⁹⁰ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, págs. 25-26.

²⁹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, págs. 1.297-1.298.

²⁹² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 90-91.

²⁹³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 106.

²⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 97.

²⁹⁵ “Pela conceituação realista contemporânea da jurisprudência, o juiz ‘cria’ Direito, não como legislador, mas por agregar à lei todas as circunstâncias valorativas do fato; por isso, a jurisprudência tem valor relevante, por suplementar, na sua aplicação, o que a lei não pôde dizer, por sua absoluta generalidade e abstração.” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, pág. 223).

ineditismo, no espectro do ordenamento jurídico, pois, caso contrário, desnecessário seria tal precedente²⁹⁶.

A aplicação de precedentes deve ocorrer em casos futuros, não necessariamente idênticos ao caso em que proferida a decisão que originou o precedente. Os casos devem ter, no mínimo, a mesma essência jurídica, a mesma estrutura básica de raciocínio jurídico²⁹⁷. Mesma essência jurídica significa casos assemelhados, e não necessariamente casos idênticos, até porque tal situação é praticamente impossível.

Nenhum caso é intrinsecamente similar a outro, sendo a individualização dos elementos relevantes num e noutro caso matéria confiada à valoração e à decisão do intérprete encarregado de aplicá-lo²⁹⁸.

Aliás, o precedente espelha uma decisão que compartilha um mesmo fundamento para a solução da questão de direito e está necessariamente relacionado com o quadro fático em que a questão de direito está inserida. A Corte Suprema obviamente não analisa fatos ou valora provas, mas argumenta de acordo com a realidade fática que envolve a *quaestio iuris* a ser solucionada. A moldura fática, que deve ser delineada na decisão da Corte, ajuda a dar inteligência à solução da questão de direito e, assim, dá aos magistrados dos casos futuros condições de racionalizar as suas decisões – mediante raciocínio racional, pautado em critérios objetivos –, diante de situações fáticas similares²⁹⁹.

Não há como falar em precedente sem associar o tema com o quadro fático em que a questão jurídica está inserida e com a *ratio decidendi* (regra de direito inscrita no julgado), pois é ela que vincula.

4.5.2 Jurisprudência

Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por

²⁹⁶ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 165.

²⁹⁷ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 26.

²⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 113.

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 287.

precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões de decidir em outros processos, e de meras decisões³⁰⁰.

Tradicionalmente, a jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante³⁰¹. Todavia, nos últimos anos, passou a se notar uma tendência bastante acentuada de conferir à jurisprudência efeitos mais amplos e genéricos e, em certos parâmetros, uma eficácia vinculante³⁰².

A jurisprudência é o conjunto de decisões reiteradas em um dado sentido proferidas pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça a respeito de um conjunto de casos, podendo ter força vinculante ou não, ou seja, é um conceito tendencialmente quantitativo. A diferença para os precedentes é que estes se traduzem na última palavra no âmbito do Poder Judiciário³⁰³.

Como visto, somente as Cortes Superiores (STF e STJ) formam precedentes. As Cortes de Justiça (TJ e TRF) dão lugar à jurisprudência.

Há uma diferença essencial entre os dois institutos: o precedente é objetivo e a jurisprudência é abstrata. O precedente possui caráter concreto, já que se trata de uma decisão específica que venha a ser utilizada como fundamento em outros processos. A jurisprudência, por outro lado, é abstrata, porque não vem materializada de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo extraída do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica³⁰⁴.

A jurisprudência é genérica, representando o entendimento sedimentado de um tribunal a respeito de uma determinada matéria. Por sua vez, o precedente é a decisão do caso concreto, individualizada. Assim, pode-se afirmar que a jurisprudência é formada pelo conjunto de precedentes. A jurisprudência constitui o precedente reiterado.

³⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.298.

³⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 96.

³⁰² CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1.681.

³⁰³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, págs. 108-109.

³⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.298.

Existe outra diferenciação: um precedente judicial não se dá pela quantidade de decisões proferidas em determinado sentido, como ocorre com a jurisprudência, tampouco pode ser compreendido como um enunciado genérico com o fim de esclarecer certo entendimento, sem uma fundamentação adequada, tal qual ocorre com as súmulas.

Além disso, Daniel Mitidiero diferencia jurisprudência de jurisprudência uniformizadora. Ao contrário da jurisprudência, a jurisprudência uniformizadora não constitui um conjunto de julgamentos de casos em um dado sentido. Em comum ambas têm apenas o fato de resultarem da interpretação formulada pelas Cortes de Justiça, isto é, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça³⁰⁵.

Segundo o autor, a jurisprudência uniformizadora é formal, independe da reiteração de julgamentos (basta um único julgamento) e é obrigatória. Em contraste, a jurisprudência não depende de uma forma específica, depende da reiteração de julgamentos e não é obrigatória. Como deixam claro os arts. 927, III e V, 947 e 976 a 987, do CPC, a jurisprudência uniformizadora depende mais da forma com que o julgamento é realizado do que propriamente da reiteração de vários julgados³⁰⁶.

Em suma: a diferença entre uma e outra está na obrigatoriedade da jurisprudência uniformizadora.

O autor também conceitua analiticamente precedente, jurisprudência uniformizadora (vinculante) e jurisprudência no Código. Os precedentes não se encontram umbilicalmente ligados aos casos repetitivos e nem mesmo a jurisprudência vinculante apresenta semelhante correlação. Para os precedentes, o que interessa é a qualitatividade, a materialidade e a funcionalidade. Para a jurisprudência uniformizadora, a qualitatividade, a materialidade e a formalidade³⁰⁷.

Assim, para o precedente não se exige a formalidade, mas, tão somente, a funcionalidade oriunda das cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra acerca do significado do direito constitucional ou infraconstitucional federal.

Entretanto, o artigo 927 do Código de Processo Civil, que trata dos precedentes vinculantes, não faz expressa alusão à jurisprudência, seja ela uniformizadora ou não.

³⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 104.

³⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 104.

³⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 109.

4.5.3 Súmula

As súmulas foram incorporadas ao direito brasileiro como um método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal³⁰⁸, aproximando-se dos assentos portugueses e com as máximas italianas. Em ambos os casos a influência sentida provém da tradição romano-canônica³⁰⁹.

Note-se que aí os destinatários das súmulas eram apenas e tão somente os próprios órgãos judiciais que compunham os tribunais que as emanavam – bastava redigi-las de forma abstrata, sem qualquer alusão aos casos concretos aos quais ligadas³¹⁰.

Na verdade, a súmula é uma consolidação objetiva da jurisprudência do tribunal, ou seja, é a materialização objetiva da jurisprudência³¹¹.

Cabe, também, diferenciar precedente judicial de súmula. A súmula é apenas um extrato, a “enunciação destacada” de uma tese jurídica vencedora ou do entendimento de algum tribunal, que facilita a identificação da jurisprudência dominante daquele órgão pelos demais julgadores. O enunciado da súmula da jurisprudência do tribunal não é propriamente uma decisão sobre um caso concreto específico, mas um resumo do entendimento do tribunal, feito de maneira condensada³¹².

Trata-se, na verdade, de condensação de determinada orientação jurisprudencial já formada amplamente, que será apenas compendiada pelo enunciado de súmula.

A crítica de Marinoni é pertinente, pois as súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito, porque foram concebidas como enunciados de interpretação das Cortes de correção e destinadas a facilitar os julgamentos dos recursos, mas não explicam os motivos da

³⁰⁸ “Em 1963, mediante emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, criaram-se as súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essas súmulas foram concebidas originariamente como enunciados gerais e abstratos que visavam a informar rapidamente os Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal a respeito de qual era a orientação da Corte sobre determinada questão. (...) Nessa linha, constituíam um “horizonte da jurisprudência” do Supremo Tribunal Federal para a orientação dos seus próprios Ministros”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 74).

³⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 73.

³¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 96.

³¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.298.

³¹² GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 40.

adoção das teses em face de uma determinada situação concreta e não refletem a racionalidade da argumentação própria de um precedente³¹³.

Desse modo, o artigo 926, § 2º, do Código de Processo Civil, ao reconhecer os enunciados de súmula como guias para interpretação do direito, previu o dever de identificação das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram sua criação. As súmulas, portanto, devem guardar estrita congruência com os julgados que lhe serviram de base, devendo reproduzir os fundamentos determinantes do precedente³¹⁴.

Isso significa que os enunciados sumulares não podem estar desconectados das premissas fáticas que o caso original apresenta.

Isto para que os enunciados não permaneçam sendo aplicados como se fossem a legislação, de maneira abstrata, totalmente desvinculados das hipóteses fáticas e das características dos casos que lhe deram origem. Isto não é possível com os enunciados da súmula, uma vez que são abstratos se considerados isoladamente, sem que os casos que lhe deram origem sejam considerados quando da aplicação da tese aos casos futuros³¹⁵.

Com o atual Código de Processo Civil, os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça passaram a ser vinculantes (art. 927, IV, CPC), permitindo inclusive ao Relator, monocraticamente, negar e dar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal (art. 932, IV e V, “a”, CPC).

Mais adiante, no tópico 3.5, analisaremos com profundidade o inciso IV do artigo 927 do Código de Processo Civil, especialmente as críticas doutrinárias no sentido de equiparar precedentes e súmulas no mesmo nível hierárquico, bem como a necessidade de avaliar a congruência da súmula com os fatos e as razões dos precedentes.

4.6 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A aplicação dos precedentes judiciais dependem de métodos interpretativos para aproximar ou afastar os casos, assim como para alterar o precedente.

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 284-285.

³¹⁴ Enunciado nº 8 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

³¹⁵ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 182.

4.6.1 *Distinguishing* como técnica de confronto e aplicação do precedente

É preciso perceber que aplicar um precedente envolve comparação entre casos distintos. Em outras palavras, demanda a individualização dos pressupostos fático-jurídicos essenciais que dão vida aos casos e a busca por semelhanças ou distinções relevantes³¹⁶. Mas, é através das razões que serviram para solução dos fatos que deve ser buscada a semelhança entre as categorias que justifica a aplicação de um precedente³¹⁷.

Esse método de identificação dos casos – apontando os elementos que se aproximam (pontos convergentes) ou se afastam (pontos divergentes) da hipótese de incidência do precedente – denomina-se *distinguishing*. O mecanismo do *distinguishing* permite o ajuste do caso concreto (enquadramento) com a identificação dos fundamentos determinantes do precedente. Isso porque o respeito ao precedente não traduz na sua aplicação automática e irrefletida, pois precisa respeitar as particularidades de cada caso³¹⁸.

No *distinguishing*, o precedente não se aplica, porque ausentes seus pressupostos de incidência – o caso sob julgamento simplesmente recai fora do âmbito do precedente por força da diferença do significado jurídico dos fatos subjacentes que determinaram o precedente. Todo e qualquer juiz pode distinguir um precedente³¹⁹. Enfim, o *distinguishing* é técnica que pode ser desenvolvida originariamente nas instâncias inferiores.

Portanto, a distinção serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente³²⁰. Distinguir um precedente não significa que os juízes podem desrespeitar o precedente³²¹, isto é, deixar de seguir, mas somente que, vislumbrando particularidades no substrato fático-jurídico, o precedente simplesmente não incide, por ausência de analogia entre os casos.

³¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 115.

³¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 116.

³¹⁸ A propósito: “A igualdade jurídica perante a lei não significa tratar todos da mesma forma, em todas as situações, desprezando as particularidades e especificidades das pessoas ou dos fatos; ao contrário, a padronização e a automatização das decisões, sem a devida individualização (da pessoa, da conduta e dos fatos que as cercam) é que macula o festejado princípio.” (STJ – HC 87.574/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 11.12.2007).

³¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 117.

³²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 95.

³²¹ “Uma Corte de Justiça que se afasta de um precedente que deve aplicar formulado por uma Corte Suprema não está dessa divergindo. Está, na verdade, desobedecendo à interpretação da legislação formulada pela Corte Suprema.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 121).

Ao se cogitar o dever de observância, fica preservado ao responsável pela aplicação do precedente o juízo de subsunção compatível com a identificação do substrato fático e da conformação da solução advinda do Tribunal Superior, com a possibilidade, em qualquer hipótese, de distinguir o que comportar distinção, quando houver diferença suficiente entre a hipótese concreta e o caso paradigmático. Por certo, a recusa quanto à aplicação do precedente pode advir da existência de peculiaridades que afastam a convergência entre os fatos³²².

Assim, o precedente vinculante não será seguido, por exemplo, quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentalmente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa³²³.

Dessa forma, quando os casos são desiguais basta ao tribunal inferior adotar o *distinguishing*, evidenciando que o caso sob julgamento não pode ser solucionado mediante a aplicação do precedente³²⁴.

No entanto, um ponto precisa ser ressaltado: o *distinguishing* não apenas permite a distinção do caso sob julgamento para a não aplicação do precedente, mas, igualmente, a distinção do caso para a ampliação do alcance do precedente, porque a racionalidade da *ratio decidendi* diante do caso que deu origem ao precedente evidencia que o caso sob julgamento também deve ser resolvido mediante a aplicação do precedente³²⁵.

Para tanto, basta que os casos sejam racionalmente assimiláveis. O precedente é aplicável a todos os casos que, embora diferentes, racionalmente não podem (não têm razão para) ser solucionados de modo distinto³²⁶.

Tal raciocínio é elementar, pois é impossível que os casos levados ao Poder Judiciário, sobretudo relacionados com questões de fato, sejam absolutamente idênticos. Basta, apenas, que guardem pontos de similitude a demonstrar que as razões utilizadas no precedente se adaptam ao caso em exame, através de um juízo de comparação.

É preciso ter em mente que nenhum caso é absolutamente idêntico a outro: no mínimo as partes – ou uma delas – e as datas dos eventos narrados são diferentes. É por essa razão que não se exige propriamente identidade total entre os casos comparados, a fim de que o precedente

³²² CAMBI, Eduardo; DOTTE, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, págs. 1.685-1.686.

³²³ Enunciado nº 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

³²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 155.

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 337.

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 102 (nota de rodapé).

seja aplicado, mas tão somente relevantes semelhanças ou identidade essencial entre os casos³²⁷. No mesmo sentido, o Enunciado n° 59, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) na I Jornada de Direito Processual Civil³²⁸.

Desse modo, é óbvio que não existem dois casos absolutamente iguais ou idênticos, pois ao menos as partes ou a cronologia dos eventos serão distintos, o que obviamente não impede que seja dado o mesmo tratamento jurídico se houver uma semelhança prevalente. O que há efetivamente são casos mais ou menos parecidos³²⁹.

Não há necessidade de que o caso, enquanto situação de fato, seja absolutamente igual ao resolvido quando da edição da *ratio* pela Corte Suprema. É preciso, mais do que tudo, que a questão de direito resolvida através da *ratio* esteja no caso sob julgamento³³⁰.

Em outros termos: basta que os casos tenham a mesma *ratio decidendi* ou a mesma essência jurídica, por força dos brocardos latinos *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir) e *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito).

Então, a aplicação dos precedentes parte de uma generalização, devendo ser verificadas as semelhanças e distinções relevantes. Assim, perante dois fatos essenciais (similaridade fática) é aplicável a regra universalizável extraída do precedente. Portanto, se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no nível de generalidade, não coincidirem com os fatos fundamentais do caso em que se analisa a sua aplicação, este será considerado diferente e o precedente não deverá ser aplicado³³¹.

Nesse cenário, também é importante mencionar a quem cabe o ônus de identificar os pontos de semelhança contidos na *ratio decidendi* do precedente.

Em um primeiro momento, cabe a parte o ônus de identificar os fundamentos determinantes do precedente ou demonstrar a existência de distinção ou superação do entendimento firmado³³², até mesmo para demonstrar que o argumento é capaz de infirmar a

³²⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 116.

³²⁸ Enunciado n° 59 – Não é exigível identidade absoluta entre casos para a aplicação de um precedente, seja ele vinculante ou não, bastando que ambos possam compartilhar os mesmos fundamentos determinantes.

³²⁹ “Um homicídio, por exemplo, nunca será igual ao outro, em razão de múltiplas circunstâncias (de espaço, tempo...), o que torna cada situação única”. (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 48).

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 336.

³³¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 133.

³³² Enunciado n° 9, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) – E ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes

conclusão adotada pelo julgador³³³, nos moldes do que dispõe o artigo 315, § 2º, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já perfilhou entendimento de que a aplicação da técnica do *distinguishing*, para fins de afastar a incidência de determinado precedente, requer a efetiva demonstração, por parte de quem o alega, acerca dos pontos que diferenciem a situação do caso abordado nos paradigmas³³⁴.

Mas, uma vez invocado o precedente e demonstrado os pontos que aproximam ou afastam seus pressupostos de incidência, incumbe ao julgador afastar o precedente, através da técnica do *distinguishing*, de modo a indicar na fundamentação da decisão a razão pela qual os casos são distintos, não suprindo, como forma de motivação, a simples invocação do precedente (art. 315, § 2º, V, CPP).

Diante disso, para afastar a aplicação de um precedente invocado pela parte (art. 315, § 2º, VI, CPP), exige-se do magistrado fundamentação apta a justificar a não incidência do julgado anterior (precedente) ao caso presente, sob pena de incorrer em omissão (art. 1.022, *parágrafo único*, inciso II, do CPC).

Logo, incumbe ao órgão jurisdicional, independentemente da sua origem, enunciar os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso em julgamento se ajusta ou não aos fundamentos substanciais invocados no precedente citado³³⁵.

Enfim, os juízes têm o dever de analisar os precedentes existentes sobre o caso, quando invocado pelas partes (art. 315, § 2º, VI, CPP), têm o dever de segui-los, ainda que não concordem com as suas razões (arts. 926 e 927 do CPC), e só podem se afastar dos precedentes para distingui-los ou superá-los. No último caso, se e somente se, tiverem competência para tanto – apenas o Tribunal formador do precedente poderá superá-lo.

ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

³³³ Enunciado nº 40, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) – Incumbe ao recorrente demonstrar que o argumento reputado omitido é capaz de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador.

³³⁴ AgRg no REsp 1.717.005/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 04.09.2018. Outro julgado: AgRg no AREsp 1.065.642/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 25.04.2017; AgRg no REsp 1.792.365/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 04.02.2020.

³³⁵ Enunciado nº 174 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.

4.6.2 *Overruling* como técnica de superação do precedente

A formação de um precedente não significa o fechamento discursivo e argumentativo da questão jurídica, pois o sistema normativo permite a superação do precedente por inúmeros fatores, através do método conhecido como *overruling*, de modo a permitir o desenvolvimento regular, o aprimoramento e a evolução do direito, a fim de evitar o seu engessamento³³⁶.

Na verdade, a superabilidade é uma característica do Direito como um todo. A distinção e a superação, portanto, são técnicas que, longe de infirmarem a vinculação ao precedente, a pressupõe³³⁷.

Daí que as Cortes Supremas podem superar os seus próprios precedentes, desde que a fundamentação seja adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia³³⁸ (art. 927, § 4º, CPC).

Dessa forma, é necessário saber quando, como e quem pode alterar um precedente.

Um precedente pode ser alterado de forma integral (*overruling*) ou parcial (*overturning*). A superação total configura a resposta judicial ao desgaste da congruência social, da consistência sistemática ou da coerência normativa do precedente (há um equívoco na sua aplicação). A alteração parcial de um precedente pode ocorrer mediante a sua transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). Há transformação quando a corte, sem negar formalmente o precedente, reconfigura-o parcialmente, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não tidos por relevantes na decisão anterior³³⁹.

No *overruling* o precedente é revisto e substituído por outro, via de regra, por haver algum fato novo, como, por exemplo, superveniência de uma nova regra ou princípio legal. Em

³³⁶ A propósito: “*I. É possível, e mesmo aconselhável, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, modificar-lhe os contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (distinguishing), ou que o leve a sua superação total (overruling) ou parcial (overturning), de modo a imprimir plasticidade ao Direito, ante as demandas da sociedade e o dinamismo do sistema jurídico*”. (STJ – REsp 1.656.322/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 23.10.2019).

³³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 95.

³³⁸ “*O princípio da igualdade do qual se deduz o princípio da coerência temporal, exige que o Poder Judiciário se vincule aos seus precedentes, salvo se tiver alguma justificativa para a sua alteração. É que, se a decisão anterior foi num sentido, das duas, uma: ou ela estava correta, e diante de caso similar deve ser proferida a mesma decisão, ou ela estava incorreta, devendo ser, por isso, alterada. Isso significa que a vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária*”. (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiro, 2011. págs. 462-463).

³³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 118-119.

contrapartida, no *overriding* é redefinido o âmbito de incidência do precedente, que tem seu âmbito de eficácia restringido. Desta feita, é possível a reinterpretação de um precedente sempre que houver novos argumentos.

Seja integral ou parcial, o sistema normativo exige contraditório efetivo³⁴⁰ (art. 927, § 2º, CPC), assim como fundamentação adequada e específica para modificar um precedente (art. 927, § 4º, CPC), pelo fato do *overruling* comprometer o princípio da proteção da confiança.

Overruling ou superação total é técnica que pressupõe justamente a força vinculante do precedente e que, portanto, impõe à corte responsável pela sua formulação um complexo encargo argumentativo, a indicar que a antiga interpretação já se tornou inconstitucional ou está se tornando³⁴¹.

A técnica do *overruling* possibilita ao Tribunal formador do precedente superar sua decisão, em virtude da modificação dos valores sociais ou de uma nova interpretação acerca de um mesmo instituto, conceito ou dispositivo jurídico, evitando-se que a lei se torne obsoleta. Isso porque os preceitos legais são criados em um determinado espaço-tempo. Logo, envelhecem e ficam em desacordo com os novos valores sociais vigentes³⁴².

Por isso, a tarefa essencial da jurisprudência é justamente adequar frequentemente as disposições legais com a realidade social, pois os textos legislativos sofrem um inevitável “envelhecimento”, com o passar do tempo, devendo buscar soluções juridicamente válidas para as inúmeras questões surgidas no campo social³⁴³.

A realidade social está sujeita a constantes mudanças, hoje muito mais rápidas em virtude das possibilidades que a tecnologia oferece. O direito, por sua vez, deve ser o espelho das necessidades sociais, de modo a reger, coerentemente, e com base no princípio da isonomia, a vida dos indivíduos. O direito necessita de uma atualização rápida. Caso contrário, não poderá cumprir com o propósito de sua própria existência³⁴⁴.

³⁴⁰ A adoção de um sistema de precedentes judiciais pressupõe observância a critérios de motivação. Por isso, para modificar um precedente vinculante é imprescindível não apenas o contraditório entre as partes, mas também a possibilidade do contraditório pela sociedade civil, por meio da participação de pessoas em audiências pública ou *amicus curiae*, para fomentar o debate sobre a questão jurídica em discussão, a fim de complementar ou contrapor os argumentos já existentes.

³⁴¹ Voto do Ministro Edson Fachin no Recurso Extraordinário nº 655.265/DF, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 13.04.2016.

³⁴² “O direito é um organismo vivo; peculiar, porém, porque não envelhece nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 96).

³⁴³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 117-118.

³⁴⁴ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 133.

Como a mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade, a possibilidade de modificação do precedente é inseparável do seu processo de evolução. Daí surge a necessidade de conjugar, de um lado, a necessidade de mudança no Direito e, de outro, a proteção ao planejamento jurídico realizado e atuado com base no conhecimento de determinado precedente³⁴⁵.

Nessa linha, o *overruling* possui uma íntima relação com o princípio da proteção da confiança, que influi na expectativa legítima de atuação do jurisdicionado.

Se de um lado a modificação do direito e a frustração de expectativas são eventos inevitáveis; por outro lado, mediante a proteção da confiança legítima tem-se uma forma de proteger os sujeitos, garantindo um sistema jurídico tão flexível e seguro quanto possível. Assim, através da proteção da confiança, apurada segundo expectativas passadas e confirmadas no presente, o sistema constrói-se³⁴⁶.

Por essa razão, a fundamentação das decisões que superam precedentes judiciais deve ser ainda mais sólida e qualificada quando comparada às decisões que as aplica, exigindo-se esforço argumentativo maior, com análise do contexto político, econômico, social ou de desgaste da norma que justifique a alteração, justamente porque há quebra da estabilidade³⁴⁷.

Aliás, diversas são as causas que alteram os sentidos possíveis a ser atribuído no momento da (re)criação da norma jurídica. Os sentidos finitos não são imutáveis³⁴⁸.

Por exemplo, a criação de um novo texto legal, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz, por superação do entendimento aplicado³⁴⁹. Além disso, a modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida³⁵⁰.

³⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 136.

³⁴⁶ MACÊDO, Lucas Baril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 108.

³⁴⁷ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 78-79.

³⁴⁸ “Mudanças de ordem cultural, social, econômica, axiológica; a aprovação de novas leis, com as quais é possível obter novas combinações legislativas; a fixação de novos precedentes judiciais, com os quais é necessário igualmente manter a coerência e integridade.” (MARQUES, Elmer da Silva. *Os Precedentes Judiciais Obrigatórios como Fonte do Direito no Estado Constitucional Brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015, pág. 198).

³⁴⁹ Enunciado nº 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

³⁵⁰ Enunciado nº 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Assim, a criação ou alteração redacional superveniente de um dispositivo legal no sistema normativo, incompatível com o precedente judicial instituído, é hipótese clara de superação (*overruling*).

Ademais, a Corte tem o dever de revogar o precedente que foi superado diante da evolução da sociedade, de uma nova concepção geral do direito, ou, ainda, que se mostra claramente equivocado – o que é excepcional³⁵¹.

Em acréscimo, as alterações no Direito devem ocorrer somente pela alteração da legislação ou da jurisprudência, mas nesta segunda hipótese as alterações não podem ocorrer pela simples mudança de composição de uma câmara³⁵².

Enfim, existem relevantes razões que recomendam a superação do precedente, contingência justificada na necessidade de desenvolvimento do direito, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito³⁵³.

Isso porque a busca pela efetividade dos direitos também é justificativa para revisão, aprimoramento ou desenvolvimento dos precedentes pelas Cortes de Vértice responsáveis por sua elaboração, quando, por exemplo: (i) ao reafirmar a tese, o Tribunal entenda oportuno melhor esclarecer termos, expressões, institutos ou conceitos a que se referiu o *leading case* e que estão sendo interpretados além, aquém ou diversamente do que quis dizer em seu pronunciamento; e (ii) forem alteradas as leis, fatos ou costumes que justificaram a formação inicial do precedente³⁵⁴.

No entanto, o aprimoramento no desenvolvimento do precedente não se confunde necessariamente com revisão do entendimento firmado³⁵⁵.

Além do mais, do ponto de vista processual, um precedente só pode ser superado pela Corte Suprema que o formou mediante contraditório efetivo e fundamentação adequada e

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 101.

³⁵² PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. Dissertação em Direito – Universidade Federal do Paraná, 2011, pág. 67.

³⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 118.

³⁵⁴ Voto do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 23.05.2019.

³⁵⁵ “Especificamente quanto ao desenvolvimento do precedente, penso deva ocorrer quando, por exemplo, a Corte verificar, seja por superveniência de lei que trata do tema, integrando-o, seja mesmo pela utilidade de esclarecimentos sobre o “instituto” ou sobre “conceitos” aplicados, a oportunidade de nova manifestação sua para contribuir ao aprimoramento da prestação jurisdicional nas instâncias inferiores”. (Voto do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 23.05.2019).

específica³⁵⁶. Por razões óbvias, a revogação do precedente é afeta à Corte que o emitiu. Apenas o Tribunal que formou o precedente possui competência para superá-lo³⁵⁷.

Trata-se de requisito formal para a revogação do precedente, que a competência para superação do precedente ocorra pela Corte que o editou.

Diferentemente do que ocorre com o *distinguishing*, pois, nesta situação, qualquer juiz pode distinguir um precedente.

É possível, também, que a superação de determinado precedente tenha eficácia apenas prospectiva (*prospective overruling*), atuando apenas com eficácia *ex nunc*, quando demandar a ocorrência de alteração retroativa e surpreendente do precedente³⁵⁸. Por esses motivos, o acórdão que revisar ou superar a tese indicará os parâmetros temporais relativos à eficácia da decisão revisora³⁵⁹.

Nesses casos, em que configurada a alteração retroativa e surpreendente do precedente, a estabilidade e a confiabilidade da ordem jurídica dependem da outorga de eficácia prospectiva à mudança do precedente, protegendo-se a parte contra a sua superação inesperada, bem como todas aquelas pessoas que se encontram em situação semelhante e que, até o momento da sua publicação, tenham atuado judicialmente com base no precedente superado³⁶⁰.

A teoria da superação prospectiva (*prospective overruling*), de origem norte-americana, é invocada nas hipóteses em que há alteração da jurisprudência consolidada dos Tribunais e afirma que, quando essa superação é motivada pela mudança social, seria recomendável que os efeitos sejam para o futuro apenas, a fim de resguardar expectativas legítimas daqueles que confiaram no direito então reconhecido como obsoleto³⁶¹.

A eficácia da superação do precedente, em regra, se realiza para o futuro como prevê o artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil³⁶². Quando se profere uma decisão no momento

³⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 120.

³⁵⁷ “Parece bastante óbvio, remarco, que, ao ser a única Corte que pode interpretar o direito constitucional formando precedentes, também é a única a poder revê-los, seja para superá-los, total ou parcialmente, aprimorá-los ou desenvolvê-los.” (Voto do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 23.05.2019).

³⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 137-138.

³⁵⁹ Enunciado nº 608 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

³⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 139-140.

³⁶¹ REsp 1.721.716/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 10.12.2019.

³⁶² Sobre o tema: “6. Não há contradição na modulação de efeitos da decisão recorrida realizada, pois se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente

em que a jurisprudência não se consolidou inteiramente, é preciso haver modulação dos efeitos, até para que o jurisdicionado não seja tomado de surpresa³⁶³.

É que a drástica ruptura de paradigma motivada por revisão jurisprudencial substancial e *in malam partem* não incide sobre situações já consolidadas no passado, que se desenvolveram sob a égide de anterior e mais favorável diretriz jurisprudencial (*prospective overruling*), como prevalência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança³⁶⁴. Nesse caso, os efeitos do novo precedente serão modulados *pro futuro*.

Uma técnica bastante interessante que os tribunais podem utilizar no tocante à superação do precedente é sinalizar (*signaling*) que pode haver alteração futura, conforme inclusive já fez o Superior Tribunal de Justiça³⁶⁵.

(*prospective overruling*). Art. 927, §3º, do CPC”. (STF – RE 593.849 ED-segundos, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08.11.2017).

³⁶³ Confira-se: “REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. – A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica”. (STF – MS 26.603, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04.10.2007).

³⁶⁴ A respeito do tema: “E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ATO DECISÓRIO QUE DECLARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO (PRESCRIÇÃO “IN CONCRETO”) – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA PROLATADA EM MOMENTO QUE PRECEDEU A CONSOLIDAÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO CONCERNENTE AO CÔMPUTO DO LAPSO PRESCRICIONAL – REVISÃO SUBSTANCIAL, NA MATÉRIA, DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL – NOVO ENTENDIMENTO QUE CONFERE EFICÁCIA “EX TUNC”, PARA EFEITO DE PRESCRIÇÃO PENAL, AO JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONFIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TÍPICA HIPÓTESE DE RUPTURA DE PARADIGMA – NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SITUAÇÕES QUE SE DESENVOLVERAM SOB A ÉGIDE DE ANTERIOR E MAIS FAVORÁVEL DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL – “PROSPECTIVE OVERRULING” – FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES – PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO – CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE ORDEM DE “HABEAS CORPUS”. (STF – ARE 652.469 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26.09.2017).

³⁶⁵ A propósito: “2. Em atenção aos princípios da confiança e da não surpresa, do contraditório substancial e da segurança jurídica devem as partes se cientificar que o exame mais acusado do tema, sobretudo em virtude da relevante modificação na realidade econômica dos estados e do surgimento de novos argumentos jurídicos e dados fáticos, pode ensejar a modificação (*overruling*) da orientação até então pacificada no âmbito desta Corte.” (STJ – ProAfr no REsp 1.665.033/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 25.10.2017).

Desse modo, os tribunais indicam aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros³⁶⁶.

O ideal é que a superação do precedente seja sinalizada (*signaling*) pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para indicar à sociedade civil a possibilidade de mudança de orientação. Pela sinalização, o Tribunal não distingue o caso decidido e nem supera o precedente, mas apenas manifesta publicamente preocupação a respeito da adequação da solução nele contida. A sinalização é um modo de pavimentar o caminho para uma superação suave do precedente, isto é, não abrupta³⁶⁷.

A modificação ou superação do precedente é hipótese excepcionalíssima, porque constitui evento traumático na vida do direito (*last resort*). Com efeito, a revogação do precedente deve ser vista como última cartada, apenas o seu equívoco evidente ou o seu irreconciliável desgaste a autoriza. Na dúvida, mantém-se o precedente³⁶⁸.

Em síntese: as condições materiais para que os precedentes possam ser superados são: (i) modificação das condições em que foram proferidos, por meio de alteração do texto normativo (superveniência de uma nova regra); (ii) evidente equívoco na sua aplicação (coerência normativa)³⁶⁹; (iii) mudança dos valores sociais vigentes, seja no contexto político, econômico, social ou cultural (enfraquecimento da sua congruência social³⁷⁰); (iv) desgaste da sua consistência sistêmica, quando deixa de guardar congruência com as próprias decisões da corte (deixa de aplicar o precedente parcialmente, mas não o revoga)³⁷¹.

4.7 *RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM*

É cediço que a sentença é composta de relatório (art. 381, I e II, CPP), fundamentação (art. 381, III e IV, CPP) e dispositivo (art. 381, V, CPP). Tal exigência estende-se as decisões judiciais dos Tribunais.

³⁶⁶ Enunciado nº 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

³⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 137.

³⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 119.

³⁶⁹ “Se a interpretação está fora da moldura, há equívoco claro no precedente, sendo possível a partir daí pensar na sua superação. O simples ensejo para o seu refinamento, contudo, não constitui razão suficiente para a sua superação. (...) O simples enfraquecimento de suas bases não autoriza a sua superação”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 120).

³⁷⁰ V.g.: precedente recusa proposições políticas, morais ou de experiência (evolução tecnológica).

³⁷¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. JusPodivm, 2018, págs. 158-159.

Entretanto, a eficácia vinculante do precedente não resta circunscrita à parte dispositiva da decisão, mas está essencialmente na sua fundamentação (*ratio decidendi*³⁷²) e, como consequência, é ela que é dotada de vinculatidade³⁷³. O que forma o precedente é a razão de decidir do julgado, a sua *ratio decidendi*. São os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão e que podem ser invocados em julgamentos posteriores³⁷⁴.

Portanto, a *ratio decidendi* é a premissa fundante da decisão, as razões de decidir necessárias e suficientes³⁷⁵, os motivos determinantes, centrais e nucleares constantes no precedente e que serão utilizados como base para os julgamentos subsequentes.

É nos fundamentos determinantes do precedente que se garante a observância do princípio isonômico e ainda a coerência dos julgamentos. Logo, a segurança jurídica passa a estar atrelada ao campo da decisão judicial e não ao conteúdo da norma jurídica³⁷⁶.

Por isso, o artigo 1.038, § 3º do Código de Processo Civil, prevê que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.

Logo, a *ratio* é a norma que se extrai do julgado. É, exatamente, o comando da decisão cuja aplicação será de caráter obrigatório em caso subsequente em que se discuta uma mesma questão jurídica. Naturalmente que só poderemos falar de precedente para a hipótese de decisão colegiada em que, ao menos, haja maioria no julgamento³⁷⁷.

Da mesma forma, só há fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* quando o fundamento que determinou o resultado do recurso na Corte Suprema é compartilhado pela maioria do colegiado. Fora daí, não há *ratio* e, por consequência, precedente³⁷⁸.

³⁷² Também conhecida por *holding*, *core* ou *rule* no direito estadunidense. A expressão *ratio decidendi* é tradicional do direito inglês.

³⁷³ Enunciado nº 7 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) – O acórdão, cujos fundamentos não tenham sido explicitamente adotados como razões de decidir, não constitui precedente vinculante.

³⁷⁴ DONIZETTI, Elpídio. *A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil*, págs. 06-07. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>> Acesso em: 05 out. 2021.

³⁷⁵ “Se o passo é necessário, ele é imprescindível, obrigatório. Suficiente, porém, é o que é bastante. Ora, há diferença entre caminho obrigatório e caminho bastante. Se o caminho é obrigatório, não há como chegar onde se quer sem passar por ele. Contudo, se o caminho é suficiente, chega-se ao lugar que se procura passando-se por ele, que é apto para conduzir ao local desejado. Suficiente ou apto ou idôneo não se confunde com necessário ou obrigatório.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 169).

³⁷⁶ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’ Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1.682.

³⁷⁷ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 28.

³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 336.

Ademais, é preciso que a decisão seja uma manifestação institucional do tribunal e não o somatório de decisões isoladas, apontando-se com clareza os fundamentos majoritários. No caso brasileiro, tem-se uma dificuldade frente ao modelo de elaboração dos acórdãos por parte dos tribunais, que se traduz na soma de todas as manifestações individuais dos membros do colegiado. Diferentemente da forma *per curiam*, que é a junção das razões de decidir do colegiado em um só texto (opinião da corte)³⁷⁹.

Em um sistema de julgamento adequado a um sistema de precedentes o ideal é que as decisões sejam colegiadas (e não plurais), os fundamentos sejam unânimes ou majoritários (e não concorrentes) e a contrariedade seja expressa em termos de votos dissidentes (e não simples votos divergentes)³⁸⁰.

No entanto, o problema é que nem sempre, ou quase nunca, a *ratio decidendi* vem explicitada no julgamento de um caso concreto, cabendo ao intérprete, e ao juiz, a tarefa de extrair da decisão o que vincula (*ratio*), separando o que não vincula (*obiter*)³⁸¹.

Desse modo, identificar a *ratio* do precedente não é tarefa simples e de fácil assimilação para o intérprete, que deverá realizar um exercício intelectual de máxima complexidade³⁸², contudo a diferenciação de *ratio* e *dicta* é necessária porque é ela que estabelece aquilo que é vinculante no precedente e, conseqüentemente, o que não é.

Por isso, seria bastante recomendável que as Cortes Supremas, quando da proclamação do julgamento, declarassem de modo expresso qual é a *ratio decidendi*³⁸³.

Outrossim, a interpretação e a aplicação de um precedente envolvem diferentes atividades. Em primeiro lugar, é preciso identificar o precedente, individualizando a sua *ratio decidendi*. Em segundo lugar, é preciso interpretar o caso ao qual se pretende aplicá-lo para

³⁷⁹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 124.

³⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 100, nota de rodapé.

³⁸¹ CAMBLI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1.682.

³⁸² “O problema maior na formação do precedente e na aplicação posterior das decisões, com efeito vinculante, reside na identificação da *ratio decidendi* no acórdão. O problema não ocorre exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal e tampouco no julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, mas em todos os tribunais colegiados, justamente pela adoção de votos individualizados no país, mesmo quando coincidentes.” (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 104)

³⁸³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 125.

saber se é suficientemente semelhante. Se não é, deve-se fazer uma distinção, rejeitando-se a sua aplicação³⁸⁴. Se é, deve ser aplicado, julgando-se o caso concreto³⁸⁵.

Quanto ao objeto, apenas matéria de direito é passível de compor a *ratio* de um precedente, jamais os fatos analisados e decididos, muito embora a *ratio* só venha a adquirir sentido à luz desses mesmos fatos³⁸⁶. Tendo como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado³⁸⁷. Porém, a *ratio* dos precedentes abrange, tão somente, matéria de direito³⁸⁸.

Um precedente deve ser universalizável, isto é, capaz de ser aplicado em situações racionalmente iguais, vale dizer, em situações que, consideradas as razões jurídicas e os fatos, não podem ser tratadas mediante a aplicação de outra norma jurídica³⁸⁹.

Além disso, o precedente fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão ao caso subsequente em função da identidade ou da similitude entre os fatos do primeiro caso e os do segundo. O raciocínio, portanto, leva em conta a análise fática dos casos e, a partir daí, aplica-se a *ratio decidendi* extraído do primeiro³⁹⁰.

Para ser racional, o resultado da interpretação tem de ter ainda capacidade de universalização, isto é, a justificação tem que ter condições de ser replicável para os casos futuros. Sem replicabilidade, não há objetividade e imparcialidade na interpretação³⁹¹.

Em contrapartida, *obiter dictum* é tudo aquilo que é dito de passagem³⁹², dito pelo caminho, mas que não integra propriamente a razão para a decisão³⁹³. São os argumentos

³⁸⁴ Arts. 489, § 1º, VI, 927, § 1º, e 1.037, § 9º, todos do CPC.

³⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 111-112.

³⁸⁶ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 27.

³⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 91.

³⁸⁸ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 47.

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 287-288.

³⁹⁰ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 108.

³⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 65.

³⁹² A propósito: “As simples considerações feitas de passagem pelo Tribunal de origem, a título de *obiter dictum*, não revelam uma tese jurídica oportunamente suscitada e devidamente resolvida no acórdão a quo, na forma como exigido pelo conceito de causa decidida presente no art. 105, III, da Constituição da República, para autorizar a revisão da matéria por este Superior Tribunal.” (STJ – AgRg no AREsp 1.905.436/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 28.09.2021; AgRg no REsp 1.222.513/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 19.02.2013).

³⁹³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 99, nota de rodapé.

utilizados por força de mera retórica ou reforço argumentativo, não desempenhando papel fundamental na decisão e não assumindo efeito vinculativo.

*Obiter dictum*³⁹⁴ (ou *obiter dicta*, no plural) pode ser conceituada como os fundamentos secundários, em caráter lateral, periférico e acessório do precedente, empregados apenas para corroborar a tese exposta e que, obviamente, não são indispensáveis para o desate da controvérsia, assumindo caráter meramente persuasivo³⁹⁵.

A definição de *dicta* decorre de um conceito negativo. Assim, será *dicta* tudo aquilo que servir de fundamento para a decisão, mas que não constitua parte essencial de sua fundamentação, ou seja, que não componha a *ratio*³⁹⁶.

Em outros termos: *obiter dictum* pode ser definida através de um critério excludente e residual: é *obiter dictum* a proposição que não compuser a *ratio decidendi*.

4.8 APONTAMENTOS SOBRE O ARTIGO 926 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Segundo a moldura do cânon inscrito no artigo 926 do Código de Processo Civil, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente³⁹⁷. É um preceito de isonomia que emana da própria Constituição e uma exigência que resulta do sobreprincípio da segurança jurídica.

Uma das disposições centrais do Código de Processo Civil é sem dúvida alguma o art. 926. Ao lado do art. 6º, esse dispositivo encarna as duas dimensões da tutela dos direitos: viabilizar em tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva (dimensão

³⁹⁴ “O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressões ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (*prescindível para o deslinde da controvérsia*). Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz *‘incidentalmente’* ou *‘a propósito’* (*‘by the way’*), mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para a construção da motivação e do raciocínio ali exposto.” (DIDIER JR. Fredie et ali. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 458).

³⁹⁵ *Verbi gratia*, o contexto histórico em que a legislação se desenvolveu ou versos de poesia, música ou literatura nos votos configuram *obiter dictum*, pois são fundamentos utilizados como reforço ou complementação retórica às razões de decidir.

³⁹⁶ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 28.

³⁹⁷ A propósito: “3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).” (STF – RE 655.265, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13.04.2016).

particular da tutela dos direitos) e promover a unidade do direito mediante uma ordem jurídica segura, livre e igualitária (dimensão geral da tutela dos direitos)³⁹⁸.

O artigo 926 do Código de Processo Civil serve como farol de alerta no exercício da atividade jurisdicional. Lembra que os juízes são órgãos de um mesmo corpo, que somente funcionará se todos atuarem em prol do seu bom funcionamento, de forma harmônica e coletiva, sem individualismos³⁹⁹.

É necessário compreender que os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça; eles estão subordinados ao sistema e ao Poder a que servem e, portanto, não podem afrontar as decisões das Cortes Supremas⁴⁰⁰.

De fato, o dispositivo legal é um ideal normativo, voltado ao aprimoramento do direito positivado, ao mesmo tempo em que se preservam as garantias de segurança jurídica e de previsibilidade⁴⁰¹. Trata-se da maior aposta na criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível, exigindo que os tribunais deem o exemplo⁴⁰².

A *ratio legis* do texto legal é justamente fazer com que o Poder Judiciário, visto como um todo, respeite seus próprios precedentes⁴⁰³. O texto normativo almeja que situações fáticas similares tenham soluções jurídicas iguais, buscando sanar o problema da discrepância na aplicação do direito.

Com efeito, coerência, estabilidade e integridade, conjuntamente, asseguram o cumprimento dos princípios da legalidade, segurança jurídica, proteção da confiança (previsibilidade das decisões) e isonomia⁴⁰⁴.

³⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 77.

³⁹⁹ CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de. *Precedentes judiciais*. Revista da EMERJ, v. 21, n. 3, t. 2, Rio de Janeiro: set./dez, 2019, pág. 350.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 157-158.

⁴⁰¹ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1.685.

⁴⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, págs. 1.299-1.300.

⁴⁰³ Enunciado nº 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927.

⁴⁰⁴ Enunciado nº 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Ressalte-se que a 3ª Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil são aplicáveis ao processo penal, em caráter subsidiário, conforme disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal⁴⁰⁵.

Além disso, inexistente no sistema normativo vigente qualquer incompatibilidade do artigo 926 do Código de Processo Civil com o processo penal⁴⁰⁶, sobretudo porque não há dispositivo específico em matéria criminal disciplinando a questão, tampouco impedindo expressamente a aplicação das regras processuais civis que tratam dos precedentes, sem perder de vista que o tema é transesterial⁴⁰⁷.

A par dessa faceta, se no processo civil, que se destina precipuamente a tutelar direitos patrimoniais, a jurisprudência deve se manter íntegra, estável e coerente, com mais razão esta lógica deve ser seguida no processo penal, que tem como mote o maior valor do ser humano, qual seja, sua liberdade⁴⁰⁸.

Dessarte, o texto legal é elogiável e se justifica porque o jurisdicionado não pode ficar à mercê do subjetivismo do julgador, que decide em desacordo com precedente vinculante dos Tribunais Superiores, sobretudo porque o direito (processual) penal tutela o bem jurídico de maior relevância de qualquer cidadão: sua liberdade individual.

Nessa perspectiva, os arts. 926 e 927, CPC, apenas tornam mais visível a adoção da regra do *stare decisis* entre nós: o deslocamento de uma perspectiva cognitivista (do *juge inanimé*, dos juízes como *oracles of the law*) para uma perspectiva adscritivista (juízes concorrendo para definição do significado do direito – *judge-made-law*)⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Sobre o tema: “2. Nesse contexto, em que a CORTE ESPECIAL – órgão jurisdicional de cúpula deste Superior Tribunal de Justiça – estabeleceu a interpretação que se deve dar aos dispositivos legais em tela, esta deve ser obrigatoriamente observada pelos demais órgãos fracionários desta Corte Superior, em consonância com o comando dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, aplicáveis em caráter subsidiário, conforme disposto no art. 3.º do Código de Processo Penal, com vistas a manter uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.” (STJ – EAREsp 857.010/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 24.11.2021). Ainda: STJ – EDcl no AgRg no AREsp 1.732.767/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 24.08.2021.

⁴⁰⁶ “O Código de Processo Civil de 2015 privilegia a admissão de um sistema de vinculação aos precedentes, de modo que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, nos termos do seu art. 926, caput.” (STJ – AgRg no REsp 1.629.674/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22.03.2018; AgRg no HC 420.045/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 12.12.2017; AgRg no HC 338.964/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24.05.2016).

⁴⁰⁷ Ver o item 4.2.

⁴⁰⁸ MAZZEI, Rodrigo. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n° 65, jul./set., 2017, pág. 179. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rodrigo_Mazzei_%26_Maira_Ramos_Cerqueira.pdf> Acesso em: 30 jul. 2021.

⁴⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 87.

Os precedentes têm como função principal a implementação da ideia do *stare decisis*⁴¹⁰, isto é, o respeito ao que já se decidiu em casos anteriores similares no passado.

Ressalte-se: as expressões contidas no *caput* dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil estabelecem um mandamento para juízes e tribunais⁴¹¹, tratando-se de uma exigência e necessidade⁴¹² imposta pelo texto da lei.

Adiante analisaremos o significado dos vocábulos contidos no artigo 926 do Código de Processo Civil.

4.8.1 Estabilidade do precedente

Não pode o tribunal, sob pena de violar o princípio da isonomia jurídica e, principalmente, da segurança jurídica, simplesmente deixar de aplicar um entendimento consolidado sem justificativa prévia, palatável e devidamente exposta. A estabilidade funciona como uma regra do autorrespeito (comumente chamada de autorreferência), ou seja, o próprio tribunal é obrigado a respeitar a jurisprudência por ele mesmo criada⁴¹³.

Por consequência, a estabilidade consiste no dever de os tribunais observarem seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários⁴¹⁴.

Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário. Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais não se veem como integrantes do sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões⁴¹⁵.

⁴¹⁰ “*Stare decisis, a similibus ad similia e treat like cases alike são expressões que visam a promover um estado de coisas seguro – que de seu turno visa a viabilizar a autodeterminação pessoal e o tratamento isonômico*”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 87).

⁴¹¹ Art. 926 do CPC (“devem uniformizar sua jurisprudência”) comumente denominado de dever de autorreferência, e art. 927 do CPC (“observarão”), ou seja, observarão significa que os juízes e tribunais aplicarão de forma obrigatória. Não se trata de faculdade, mas sim de imperatividade. A determinação destina-se a todos os tribunais (superiores, regionais e locais).

⁴¹² Nesse sentido: “*Necessidade deste STJ primar pela estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, a teor do art. 926, do CPC/2015.*” (STJ – REsp 1.830.753/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 03.12.2019).

⁴¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.302.

⁴¹⁴ Enunciado nº 316 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários. Enunciado nº 453 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes.

⁴¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 99.

A reverência ao dever de estabilização dos precedentes judiciais (art. 926, CPC) é o meio pelo qual se otimizam os princípios da segurança jurídica, da isonomia e das expectativas asseguradas, ainda que o precedente não seja formalmente vinculante⁴¹⁶.

Apesar disso, a exigência de que os tribunais mantenham sua jurisprudência estável não cria uma vedação completa para a sua modificação, o que traria indesejável engessamento do Direito. Estável é a jurisprudência que não se altera frequentemente⁴¹⁷.

Realmente, o precedente não é sinal de engessamento do direito, mas de estabilidade. A Corte, em verdade, tem dever de revogar o precedente que foi superado diante da evolução da sociedade, de uma nova concepção geral do direito, ou, ainda, que se mostra claramente equivocada – o que é excepcional⁴¹⁸.

Em regra, a modificação do precedente deve ser excepcionalíssima, devidamente fundamentada, e de difícil superação, até porque o jurisdicionado não pode ser surpreendido pela guinada jurisprudencial (*overruling*). A oscilação jurisprudencial por mudança na composição das Cortes é reprovável. Cita-se o exemplo da (im)possibilidade de execução provisória da pena, com três alterações de entendimento em curto intervalo de tempo⁴¹⁹.

Aliás, uma das características principais dos precedentes é orientar comportamentos⁴²⁰, de modo que a sociedade saiba aquilo que é proibido ou autorizado.

Algo estável, ou relativamente estável, permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; projetando – consequentemente e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo⁴²¹.

⁴¹⁶ STJ – HC 455.088/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 18.09.2018.

⁴¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.302. No mesmo sentido: “A manutenção da estabilidade e coerência da jurisprudência na seara penal é imprescindível para a segurança jurídica e a confiança no Poder Judiciário. Alterações constantes e abruptas de entendimentos são causadores de insegurança e incerteza para que os cidadãos pautem suas condutas e omissões, além de descredibilizar o Poder Judiciário. Quanto ao Processo Penal, apontamentos específicos são necessários, especialmente pela importância dos princípios da legalidade e da igualdade, bem como da tutela da liberdade.” (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 87).

⁴¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 101.

⁴¹⁹ (i) Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG, Plenário, julgado em 05.02.2009; (ii) Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP, Plenário, julgado em 17.02.2016 e Brasil. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 964.246/SP, Plenário, julgado em 10.11.2016; (iii) Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43/DF, Plenário, julgada em 07.11.2019.

⁴²⁰ “As pessoas podem planejar seus assuntos com mais confiança se tiverem uma orientação melhor sobre quando e como o Estado vai intervir, e a comunidade, portanto, estará muito melhor se puder racionalmente examinar as decisões judiciais anteriores para prever as próximas.” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pág. 193).

⁴²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 124.

Não é mais possível conviver com um direito instável, incoerente, aberto a mudanças repentinas, e com um sistema judicial despido de racionalidade, incapaz de viabilizar a igualdade perante o direito, a estabilidade e a previsibilidade das decisões⁴²².

Logo, as decisões dos Tribunais têm o condão de estabelecer pautas de conduta à comunidade jurídica. São elas que dão um mínimo de calculabilidade do comportamento do Judiciário – e aí reside uma das dimensões da jurisprudência estável do art. 926⁴²³.

Em suma: a segurança jurídica, para efetivar-se, passa a reclamar pela estabilidade (vinculação horizontal) e respeito aos precedentes das Cortes Supremas (vinculação vertical)⁴²⁴, conforme vimos com maior profundidade no item 4.3.2.

4.8.2 Integridade do precedente

Jurisprudência íntegra é aquela construída levando-se em consideração o histórico institucional de decisões proferidas pelo tribunal a respeito da interpretação e aplicação da norma a situações fático-jurídicas análogas⁴²⁵.

O precedente deve ser seguido mesmo que a composição da corte tenha sido alterada ou que o entendimento pessoal de um dos ministros tenha se alterado ao longo do tempo, sem qualquer justificativa plausível para modificar o posicionamento já referendado. Os precedentes balizam a autoridade institucional da Corte sobre uma determinada matéria e não o posicionamento pessoal de um Ministro ou Desembargador.

⁴²² “Um dos maiores temores quanto ao poder acentuado das decisões e precedentes judiciais repousa na ideia de que eles não seriam aptos a conferir estabilidade e a previsibilidade necessária à pacificação judicial. Pacificar a sociedade demanda, como sempre demandou, um sistema jurídico estável, em que as regras e soluções aplicadas aos fatos da vida não variam e sejam, tanto quanto possível, previsíveis. Estabilidade e previsibilidade são dois dos pilares de qualquer ordenamento jurídico que se quer pretender respeitado, e ninguém elabora um intrincado modelo normativo, com uma série de regras que determinam tantas situações quantas passíveis de serem verificadas na sociedade, consolidado ao longo de séculos, para que ele não seja obedecido. Um direito instável e imprevisível não gera a segurança jurídica que razoavelmente dele se pode esperar. Instabilidade e previsibilidade resultam em nervosismo, ao revés de pacificação social. É correto afirmar-se, então, que é melhor não haver direito a possuir um direito sujeito a toda e qualquer ingerência externa e parcela de interesses pessoais, celeiro de desigualdade, insegurança e controvérsias”. (SABINO, Marco Antonio de Costa. *O precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil*, Revista Dialética de Direito Processual Civil, n. 85, abr. 2010, pág. 59)

⁴²³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, pág. 337.

⁴²⁴ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 148.

⁴²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.302.

Uma Corte deve observar as decisões anteriormente proferidas e decidir da mesma forma que decidiu no passado (*stare decisis*)⁴²⁶, a fim de manter íntegro o entendimento firmado. Os precedentes do passado devem ser respeitados no presente e no futuro.

O dever de integridade exige que a decisão judicial seja fundamentada em precedentes anteriores e princípios constitucionais, em harmonia com o Direito, livre de voluntarismos, discricionariedades e arbitrariedades, conferindo, assim, previsibilidade e credibilidade ao julgamento. Julgar com integridade é respeitar a unicidade do Direito⁴²⁷.

No âmbito temporal, a ideia é a de que as regras se mantenham estáveis ao longo do tempo, garantindo previsibilidade e tratamento isonômico entre os indivíduos⁴²⁸.

Os precedentes devem guardar correspondência com o Direito como um todo, diante da integridade do sistema jurídico⁴²⁹, garantindo que todos aqueles que se encontrem em situação de similitude fática (igualdade jurídica) recebam o mesmo tratamento. Por essa razão, o direito deve ser considerado em sua totalidade, ontologicamente uno, incindível e indivisível⁴³⁰.

Por isso, Eros Grau entende que não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços, desprendido do sistema jurídico⁴³¹. Paralelamente a isso, a aplicação do direito não pode ser reduzida meramente a um exercício de aplicação de uma regra: o que se aplica, sempre, é o

⁴²⁶ “O precedente também ocupa um lugar importante em nossas práticas: as decisões passadas de tribunais contam como fontes de direito. Assim, toda concepção competente deve oferecer alguma resposta à questão de por que uma decisão judicial do passado deve, em si mesma, oferecer uma razão para um uso semelhante do poder de Estado por parte de outras autoridades no futuro.” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pág. 123).

⁴²⁷ CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de. *Precedentes judiciais*. Revista da EMERJ, v. 21, n. 3, t. 2, Rio de Janeiro: set./dez, 2019, pág. 350.

⁴²⁸ PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. Dissertação em Direito – Universidade Federal do Paraná, 2011, pág. 67.

⁴²⁹ “A decisão é o resultado de um sistema, e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre o próprio sistema de que faz parte”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 51).

⁴³⁰ “(...) o direito é uno e compõe um todo, que deve ser respeitado em sua integralidade e não de forma estanque”. (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 165)

⁴³¹ “Por isso mesmo a interpretação do direito é interpretação do direito e não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso, insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”. (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 86).

todo que o direito é, e não normas jurídicas isoladas⁴³². Eduardo Couture brilhantemente relaciona a interpretação do direito como o todo⁴³³.

O direito não se reduz a um conjunto de dispositivos legais. A dificuldade de compreender e aplicar o direito reside precisamente na sua natureza complexa. A lei e as palavras escritas num texto legislativo são apenas um ângulo desse fenômeno⁴³⁴.

Isso porque o direito não é apenas norma, mas um conjunto coordenado de normas; uma norma jurídica não se encontra nunca sozinha, mas é ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. A teoria geral do direito veio evoluindo cada vez mais da teoria da norma jurídica à teoria do ordenamento jurídico⁴³⁵.

Desse modo, as dimensões do dever de integridade consistem em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico, assim como observarem as técnicas de distinção e superação dos precedentes, para adequarem os entendimentos à interpretação contemporâneo do ordenamento jurídico⁴³⁶.

Cumprе salientar que o dever de estabilidade, integridade e coerência inclui, além dos tribunais superiores (STF e STJ), as Cortes de Justiça (TJ e TRF), e demonstra uma clara preocupação do legislador em garantir congruência no ambiente decisório.

A finalidade do respeito aos precedentes é diminuir o fator surpresa decorrente da mudança abrupta dos posicionamentos dos tribunais, mantendo uma ordem jurídica estável e previsível⁴³⁷. Isso em razão de que a modificação rotineira e aleatória dos precedentes, sem

⁴³² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 105.

⁴³³ “Ninguém, certamente, considera que interpretar a lei seja interpretar a passagem de um artigo ou de um inciso, colocando-o ao microscópio e examinando suas partículas, absolutamente desinteressado de todo o organismo vivo, do qual faz parte esse fragmento. Isso não é interpretar, é apenas ler um texto. A leitura pode ser tão inteligente e compreensiva quanto se queira; poderá o leitor conhecer a etimologia de todas e de cada uma de suas palavras, dominando suas raízes históricas; poderá ser ele um sagaz crítico gramatical, capacitado a pôr em relevo as exatidões ou os erros do trecho examinado. Mas se o trabalho não vai além disso, se se limita a examinar o fragmento que se encontra ao microscópio, não haverá interpretação. Toda tarefa interpretativa pressupõe trabalho de relacionar a parte com o todo. O sentido é extraído inserindo-se a parte no todo”. (COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, págs. 28-29).

⁴³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 119.

⁴³⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, pág. 37.

⁴³⁶ Enunciado nº 456 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico. Enunciado nº 457 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – Uma das dimensões do dever de integridade previsto no *caput* do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico.

⁴³⁷ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 43.

justificação robusta para tanto, gera efeitos nefastos aos jurisdicionados, especialmente porque enfraquece a confiabilidade na autoridade institucional da Corte, e compromete o princípio da segurança jurídica, que preserva as justas expectativas das pessoas⁴³⁸.

Por tais razões, a mudança de entendimento jurisprudencial sedimentado não pode ocorrer de forma aleatória, a bel-prazer do Tribunal.

4.8.3 Coerência do precedente

Não há dúvida de que casos análogos devem ter uma mesma interpretação e aplicação do Direito, sendo a coerência a forma de se garantir tal tratamento isonômico⁴³⁹.

Uma jurisprudência coerente impede que sujeitos envolvidos em situações similares sejam tratados de formas diferentes, o que preserva a igualdade de todos perante a jurisdição, isto é, casos parecidos devem ser decididos da mesma forma, aplicando-se o mesmo direito a todos, como decorrência da unidade do ordenamento jurídico.

Uma das dimensões da coerência consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes e o dever de não-contradição, vale dizer, o dever de não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação⁴⁴⁰.

O dever de coerência corresponde a observância aos precedentes, ao julgamento uniforme e homogêneo, dentro da ideia de igualdade e respeito ao Direito. A coerência repulsa a discricionariedade decisória; a solução antagônica em demandas análogas; a ideia equivocada de que cada juiz pode interpretar o Direito como bem entender⁴⁴¹.

Não é factível que cada juiz ou tribunal exerça a atribuição de conferir a melhor interpretação para o Direito a partir dos casos que examinam. Admitir esse raciocínio é desconsiderar a perspectiva do Poder Judiciário em sua unidade, de forma institucionalizada,

⁴³⁸ Na exposição de motivos do CPC/15 consta: “*A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. (...) O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.*” Disponível em: <https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf> Acesso em: 22 nov. 2021.

⁴³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.303.

⁴⁴⁰ Enunciado nº 454 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência). Enunciado nº 455 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.

⁴⁴¹ CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de. *Precedentes judiciais*. Revista da EMERJ, v. 21, n. 3, t. 2, Rio de Janeiro: set./dez, 2019, pág. 350.

privilegiando uma “liberdade” aleatória para que cada magistrado possa definir, livremente e a seu bel-prazer, o conteúdo normativo, mesmo quando as Cortes Supremas já tenham concedido a última palavra a respeito do sentido do direito⁴⁴².

O juiz que contraria a última palavra do Poder de que faz parte está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de afronta ao Poder e à coerência da ordem jurídica⁴⁴³.

Como as decisões podem dar significados diversos a um mesmo texto legal, o problema do Judiciário é de coerência e não de compatibilidade. Se o direito é “produzido” pelo Judiciário, é ilógico supor que cada juiz ou tribunal possa produzir o seu próprio direito, sem qualquer compromisso com a coerência da ordem jurídica⁴⁴⁴.

Não há direito coerente num Estado em que os seus juízes pensam ter liberdade para formular normas jurídicas desiguais para casos similares. Daí que não é mais possível conviver com múltiplas decisões para casos que exigem a mesma resposta, sobretudo quando já foi elaborada pela Corte incumbida pela Constituição a tanto⁴⁴⁵.

Além disso, coerência está diretamente relacionada com a imparcialidade do julgador. A imparcialidade projeta-se sobre a ordem jurídica, fazendo-a coerente, e impõe aos juízes o imprescindível respeito à autoridade dos precedentes da Corte Suprema⁴⁴⁶. Um sistema que confere autoridade às decisões judiciais das Cortes Supremas, vendo-as como precedentes dotados de força obrigatória ou vinculante, garante a imparcialidade da prestação jurisdicional em todos os níveis do Poder Judiciário⁴⁴⁷.

Um sistema jurídico imparcial outorga a mesma justiça a todos, independentemente de quem são as partes do caso e de quem seja o órgão julgador.

⁴⁴² “O juiz é uma “peça” no sistema de distribuição de justiça e não alguém que é investido de Poder estatal para satisfazer as suas vontades. Para que esse sistema possa adequadamente funcionar, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário possa se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional de forma isonômica e sem ferir a coerência do direito e a segurança jurídica. Portanto, a absurda e impensada ideia de dar ao juiz o poder de julgar o caso como quiser, não obstante ter o Tribunal Superior já conferido os seus contornos, é hoje completamente insustentável.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 122).

⁴⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 51.

⁴⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 157-158.

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 155.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 157.

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 90.

O juiz sujeito a um precedente, por estar submetido à norma judicial universalizante, não pode tomar em conta fatores pessoais ou tentar favorecer determinada parte a partir de aspectos secundários. A própria justificativa do precedente, levado-se em conta aspectos objetivos em relação aos quais a solução judicial sempre tenha validade, inibe o juiz de decidir a partir de critérios parciais ou pessoais, que decorram de uma visão subjetiva e particular do caso concreto⁴⁴⁸.

Por essa razão, em emblemático julgamento, o Superior Tribunal de Justiça assentou a necessidade de que a jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente, pois ao permitir que a jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, os juízes estarão prestando um desserviço ao Poder Judiciário, já que se o próprio tribunal não observa as decisões que ajudou a formar, estará dando um sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo⁴⁴⁹.

No âmbito penal, a coerência exigida do Poder Judiciário é potencializada em razão da tutela à liberdade dos acusados, pois uma norma deve ter apenas um significado ou interpretação. A oscilação entre entendimentos ou a convivência contemporânea de diferentes interpretações da lei constituem fenômeno prejudicial e perigosa,⁴⁵⁰ até porque uma lei faz parte de um sistema mais vasto, o direito como um todo, devendo ser interpretada de modo a conferir maior coerência a esse sistema⁴⁵¹.

O precedente, portanto, é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito. A unidade do direito é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares⁴⁵².

4.8.4 Uniformização de jurisprudência

Vale destacar que a coerência é apenas um dos elementos que compõe o postulado da unidade do direito. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes

⁴⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 157.

⁴⁴⁹ STJ – AgRg nos EREsp 593.309/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 26.10.2005.

⁴⁵⁰ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 89.

⁴⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pág. 25.

⁴⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 101.

federais, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes⁴⁵³.

Ademais, a coerência exigida pelo art. 926, *caput*, do CPC, é da própria essência da ideia de uniformização de jurisprudência, porque assegura uma aplicação isonômica do entendimento consolidado em casos semelhantes, ou seja, que versem sobre a mesma questão jurídica. Cria um dever ao tribunal de decidir casos análogos com a mesma interpretação da questão jurídica comum a todos eles⁴⁵⁴.

A disposição legal determina que os tribunais têm o dever de uniformizar, o que significa dizer que a mesma questão jurídica deve ser tratada igualmente dentro de um mesmo tribunal, mesmo quando julgada por órgãos fracionários diferentes⁴⁵⁵.

O dever de uniformidade consiste na obrigação de o tribunal zelar pela segurança jurídica, no sentido da unicidade do Direito, de modo a evitar decisões divergentes⁴⁵⁶.

Em razão disso, a uniformização interna em um mesmo tribunal garante que o tratamento do jurisdicionado seja igualitário, independentemente do órgão interno do tribunal que o julgue. Há insegurança jurídica quando o resultado do julgamento do caso depender da indefinição quanto ao competente órgão fracionário do tribunal⁴⁵⁷.

Dessa forma, a segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando turmas ou câmaras de um mesmo Tribunal, decidem de modo divergente entre si ou quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes⁴⁵⁸.

Como vimos no item 4.4, a ideia de uniformidade é ínsita dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais (controle da legalidade), diferentemente das Cortes Supremas que outorgam unidade ao direito (controle da igualdade).

Em seguida, analisaremos as premissas específicas dos precedentes vinculantes no processo penal.

⁴⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 84-85.

⁴⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.303.

⁴⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, pág. 432.

⁴⁵⁶ CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de. *Precedentes judiciais*. Revista da EMERJ, v. 21, n. 3, t. 2, Rio de Janeiro: set./dez, 2019, pág. 350.

⁴⁵⁷ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 82-83.

⁴⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade, segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. Tese de Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, pág. 204.

5. PRECEDENTES JUDICIAIS: PREMISSAS ESPECÍFICAS (PROCESSO PENAL)

5.1 A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA JURISDIÇÃO PENAL

No item 4.4, tivemos a oportunidade de diferenciar Cortes de Precedentes e Cortes de Justiça. Tal distinção é essencial para compreender, atualmente, o papel do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na jurisdição penal.

O sistema judicial tem, internamente, órgãos incumbidos de eliminar as dúvidas interpretativas, exatamente por ser incoerente aplicar “vários direitos” diante dos casos⁴⁵⁹.

Por isso, o poder do STJ para definir o sentido do texto legislativo e do STF para definir o sentido da Constituição não só é algo que decorre naturalmente da conclusão teórica de que o intérprete reconstrói o direito a partir de valoração e racionalização pautada no texto legal, como também tem ancoragem na Constituição, que lhes confere o dever de dar “unidade ao direito” e de “atribuir sentido ao direito”⁴⁶⁰.

Partindo-se dessa premissa contida na Constituição, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são Cortes de interpretação e não de correção. São Cortes de precedentes e não de uniformização. Na realidade, esses tribunais possuem a missão institucional definida de outorgarem sentido à Constituição e à legislação, consoante uma interpretação conjugada dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal.

Sob tal perspectiva, o STJ e o STF devem ser vistos como Cortes Supremas, ou seja, como cortes de precedentes, que definem o alcance do Direito federal e constitucional (por meio da interpretação dos textos). Deve ser superada a ideia de pensar as Supremas Cortes do nosso país como cortes de correção e de jurisprudência⁴⁶¹.

A ordem constitucional confere ao Superior Tribunal de Justiça a função de dar sentido à lei federal e de garantir que esse seja observado pelos tribunais ordinários e juízes de 1º grau de jurisdição. Isso também evidencia que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça devem obrigar os tribunais e juízes inferiores. Mais do que isso: o Superior Tribunal de Justiça tem o dever de zelar pela observância das suas decisões⁴⁶².

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 66.

⁴⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 95.

⁴⁶¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 116.

⁴⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 150.

Em que pese a sigla STJ signifique Superior Tribunal “de justiça”, a sua função precípua não é fazer justiça, mas tutelar o direito mediante a formação de precedentes. Pensar o Superior Tribunal de Justiça como Corte de Justiça é uma incompreensão imensa sobre a atribuição principal do Tribunal: outorgar sentido à legislação infraconstitucional federal.

Em um primoroso acórdão, o STJ assentou que diferentemente da Instância Ordinária, que tutela o valor justiça, a Instância Extraordinária tutela o valor direito⁴⁶³.

Todavia, no Brasil, parcela significativa dos juízes e desembargadores ainda insistem em não respeitar os precedentes do STJ. Na verdade, sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão da Suprema Corte. O próprio STJ tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais. Uma mesma Turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão. Isso ocorre porque o STJ ainda funciona como uma Corte de correção das decisões dos tribunais ordinários. Ainda não possui o semblante de uma Corte de precedentes, que define a interpretação ou a norma que deve regular os casos futuros⁴⁶⁴.

Nesse cenário, o Superior Tribunal de Justiça não deve funcionar como um Tribunal de Apelação, muito menos terceira instância revisora⁴⁶⁵, até porque inexiste no ordenamento jurídico brasileiro um triplo grau de jurisdição para reexaminar o acervo fático-probatório. Por consequência, descabe ao Superior Tribunal de Justiça imiscuir-se em matéria de competência dos Tribunais locais ou regionais relacionadas a fatos ou provas. Aliás, é cediço que os Tribunais Superiores não reexaminam provas⁴⁶⁶.

Constata-se, então, que se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não analisam matéria de fato e de prova, por força das Súmulas n° 279/STF e n° 7/STJ. Por razões lógicas, incumbe apenas aos juízes e Tribunais Regionais ou locais cumprir essa função. Por outro lado, adotando-se a mesma linha de raciocínio, a última interpretação acerca dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais federal, cabe aos Tribunais Superiores.

⁴⁶³ STJ – AgRg no Ag 1.100.388/DF, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), Terceira Turma, julgado em 25.05.2010.

⁴⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 67.

⁴⁶⁵ Sobre o tema: “2. O Superior Tribunal de Justiça não é terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada. O recurso especial é recurso excepcional, de fundamentação vinculada, com forma e conteúdo próprios, que se destina a atribuir a adequada interpretação e uniformização da lei federal, e não ao rejugamento da causa porque o sistema jurídico pátrio não acomoda triplo grau de jurisdição.” (STJ – AgRg no REsp 1.716.998/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 08.05.2018).

⁴⁶⁶ Súmula n° 7 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula n° 279 do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, não compete ao Superior Tribunal de Justiça substituir o Tribunal local ou regional na função constitucionalmente estabelecida de Corte revisora⁴⁶⁷. De fato, apenas as instâncias ordinárias (TJs e TRFs) detêm o poder de analisar o arcabouço fático-probatório.

Por consequência, as Cortes Supremas não podem mais ser vistas como último grau recursal, na medida em que não existe uma terceira instância recursal para reexaminar as provas e os fatos, o que significa dizer que os Tribunais locais e regionais são soberanos na análise do conjunto fático-probatório. Nessas matérias, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem atuar.

Da mesma forma, não cabe aos juízes e desembargadores outorgarem unidade ao Direito⁴⁶⁸. Cabe às instâncias ordinárias analisar o arsenal fático-probatório para decidir o caso concreto de forma consentânea com a ordem jurídica vigente, mas, uma vez formado precedente vinculante que defina a interpretação do significado do direito constitucional ou infraconstitucional federal, só resta às Cortes de Justiça observar e seguir.

Assim, a dúvida em termos penais apareceria apenas no tocante à prova e à sua valoração, e não quanto ao significado do Direito⁴⁶⁹.

Dessa forma, o artigo 155 do Código de Processo Penal deve ser lido da seguinte forma: o princípio do livre convencimento motivado do juiz (princípio da persuasão racional) diz respeito à apreciação dos fatos e da prova produzida, aliados ao dever legal de observação das características fáticas de cada caso concreto (art. 381, III, CPP).

Contudo, em relação a interpretação do sentido do direito, o magistrado criminal deve observar os precedentes vinculantes firmados pelas Cortes Supremas. Em outras palavras: a regra dos precedentes não esvazia o livre convencimento do juiz, haja vista que o respeito aos precedentes está no campo da interpretação da lei, não interferindo na apreciação e valoração das provas pelo juiz.

Mutatis mutandis, a liberdade para formar juízo acerca dos argumentos das partes e das provas não se confunde com liberdade para dizer o que o texto legal significa. Note-se que é o Judiciário, e não todo e qualquer juiz, que colabora com o legislativo para a edificação do

⁴⁶⁷ STJ – AgRg no HC 688.223/AL, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), Quinta Turma, julgado em 05.10.2021.

⁴⁶⁸ “Tudo isso indica que o juiz não tem liberdade para julgar de forma diversa aos Tribunais Supremos. Ao contrário, tem o dever de respeitar os precedentes firmados pelas Cortes Supremas incumbidas de definir o sentido do direito. O Judiciário, tomado em sua unidade, não pode atribuir vários significados à lei ou decidir casos iguais de forma desigual, a menos que se queira um Direito irremediavelmente multifacetado”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 122).

⁴⁶⁹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, págs. 66-67.

direito. Os juízes colaboram para a atribuição de sentido ao direito até o momento em que a Corte Suprema dá a última palavra. Essa é a lógica da instituição e do exercício do poder⁴⁷⁰.

Um sistema jurídico que desrespeita e não cumpre os precedentes constitucionais das Cortes Supremas estimula o caos, fomenta a irracionalidade e a incoerência interna na jurisdição como um todo, até porque juízes, Desembargadores e Ministros participam ativamente da racionalização de compartilhamento do exercício da jurisdição, cada qual na sua atribuição conferida constitucionalmente.

Enfim, a compreensão de que as Cortes Supremas têm funções de definição da interpretação e da validade das leis gera aos tribunais e aos juízes o sentimento de que, ao aplicarem precedentes, estão compartilhando funções para o exercício da jurisdição⁴⁷¹.

Com isso, é possível perceber claramente que cada Tribunal possui sua função constitucionalmente delimitada, não havendo sobreposição das Cortes de Precedentes em detrimento das Cortes de Justiça.

A função do Superior Tribunal de Justiça não se sobrepõe à dos tribunais de apelação e juízes. Os juízes e tribunais de apelação têm a função de resolver os casos e, a partir daí, podem colaborar na construção do sentido do direito federal⁴⁷². Essa colaboração, porém, encontra limite na última palavra do Superior Tribunal de Justiça. Após a definição da Corte Suprema, os tribunais de apelação não podem mais negar a aplicação do sentido definido no precedente⁴⁷³.

Logo, é preciso modificar a concepção sobre as Cortes de Justiça (TRFs e TJs), que são Cortes de revisão e controlam a legalidade das decisões, e as Cortes Supremas (STF e STJ), que são Cortes de Precedentes e controlam a igualdade perante o direito.

⁴⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Á ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 104.

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 106.

⁴⁷² “Lembre-se de que ao Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*). Cabe aos juízes e tribunais de apelação a primeira tarefa, e às Cortes Supremas, a segunda”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 288).

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 150.

5.2 DECISÕES JUDICIAIS NÃO MOTIVADAS E A RELAÇÃO COM OS PRECEDENTES JUDICIAIS – ANÁLISE DO ART. 315, § 2º, INCISOS IV, V E VI, DO CPP

Desde a Revolução Francesa, o direito continental adota a exigência da motivação nas decisões judiciais. Com a supremacia de um fundamento popular para o exercício do poder, torna-se necessário também explicitar os motivos e os procedimentos adotados na tomada das decisões pelos órgãos públicos⁴⁷⁴.

A exigência de fundamentação não representa apenas uma forma de educação processual, pois o processo é diálogo. De fato, a inexistência de fundamentação revela que a decisão não foi fruto de uma ponderada reflexão sobre os elementos de fato e de direito disponíveis nos autos, mas representa ato de pura vontade pessoal do seu autor⁴⁷⁵.

A fundamentação das decisões – o que inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. A fundamentação é a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão⁴⁷⁶.

Na verdade, a justificação representa a necessidade de uma metodologia analítica capaz de viabilizar o controle intersubjetivo das razões invocadas na decisão.

Cabe destacar que, durante a atividade interpretativa, o intérprete do direito realiza uma efetiva escolha, entre diferentes possibilidades de sentido normativo⁴⁷⁷.

No entanto, não há um único critério de direito positivo capaz de realizar esta escolha, pois a interpretação jurídica envolve um processo intelectual, compondo-se de inúmeras alternativas plausíveis dentro da moldura normativa⁴⁷⁸, vale dizer, as normas são construídas

⁴⁷⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 139.

⁴⁷⁵ TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 265.

⁴⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pág. 1324.

⁴⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 56.

⁴⁷⁸ Parafrazeando Kelsen, como uma moldura, o sistema normativo admite várias possibilidades de aplicação igualmente corretas no processo de criação da norma jurídica. Segundo o autor: “O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a

de maneira argumentativa, através de uma pluralidade de diretivas interpretativas, para que se determine, afinal, qual é o sentido normativo do texto.

Em outros termos: cada caso é susceptível de várias interpretações possíveis, cabendo ao julgador eleger uma dentre as múltiplas interpretações cabíveis ao caso concreto, pois, na maioria das vezes, não é possível encontrar um sentido unívoco para o texto da lei, sendo possível extrair de um mesmo dispositivo dois ou mais significados.

Portanto, a interpretação do direito comportaria sempre várias interpretações legítimas e razoáveis e mais de uma solução admitida pelo ordenamento jurídico, a partir de parâmetros decisórios racionais de justificação.

Isso significa que o juiz tem que traçar um raciocínio argumentativo dotado de racionalidade. Só a argumentação racional constitui justificativa aceitável⁴⁷⁹.

Para tanto, é preciso desenvolver instrumentos e uma metodologia argumentativa que dê conta de permitir um controle racional mínimo⁴⁸⁰.

Dessa forma, é por meio da justificação que se exige do juiz uma argumentação racional que permita realizar um controle intersubjetivo das razões da sua decisão. Com isso, aprofunda-se a possibilidade de controlabilidade da decisão.

A justificação, então, vai ser o meio pelo qual se poderá aferir a racionalidade da atividade interpretativa, construída de forma lógico-argumentativa, e o seu resultado, funcionando também como uma possibilidade de controle da sua correção. O *iter* justificativo perfectibiliza-se com a apresentação de argumentos que suportem a decisão, pautados por regras que guiam o raciocínio exposto na fundamentação⁴⁸¹. Mas, é a partir das razões justificadoras da decisão que será possível controlá-la intersubjetivamente⁴⁸².

Aliás, a própria fonte de legitimidade da atuação jurisdicional advém da argumentação/justificação das decisões. A importância da fundamentação também se dá em relação à formação de precedentes. Isso porque a decisão judicial é composta de dois discursos: uma para o caso (direcionado especificamente para as partes e preocupado com a justiça do caso concreto) e outro para a sociedade/ordem jurídica (através do precedente, que busca

várias soluções, mas apenas uma delas se tornam Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pág. 390)

⁴⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 66.

⁴⁸⁰ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 77.

⁴⁸¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 96.

⁴⁸² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 64.

promover a unidade do Direito), sendo que, nesse ponto, a fundamentação é essencial para que se possa identificar a *ratio decidendi* (generalização das razões)⁴⁸³.

Em todo e qualquer caso, o processo argumentativo que justifica as escolhas ligadas às premissas do raciocínio jurídico deve ser orientado por códigos interpretativos, os quais fornecem diretrizes ao processo interpretativo como um todo⁴⁸⁴.

Essas diretrizes foram acrescentadas no sistema normativo vigente, com o advento da Lei nº 13.964/2019, que inseriu seis incisos no § 2º do artigo 315 do Código de Processo Penal. Trata-se de critérios criados pelo legislador para que a fundamentação da decisão judicial atinja tanto a justificação interna quanto a externa.

A justificação interna decorre logicamente da fundamentação e que essa contempla todos os fundamentos arguidos pelas partes. É uma justificação formal, em que a lógica atua no processo interpretativo⁴⁸⁵. Uma decisão apresenta justificação interna sempre que o dispositivo decorrer logicamente da fundamentação (coerência lógica) e que esta contemple os fundamentos essenciais arguidos pelas partes (completude)⁴⁸⁶.

Por outro lado, a justificação externa concerne à adequação das escolhas das premissas empregadas na justificação interna. É uma justificação material, envolvendo o exame tanto de normas como de fatos. É o campo em que a argumentação atua no processo interpretativo, no qual o julgador individualiza, valora e decide de forma não dedutiva. Em outras palavras, é todo o material que se encontra à disposição do intérprete para consecução do processo interpretativo⁴⁸⁷.

É na justificação externa que serão analisados o peso e a importância dos argumentos utilizados para decidir por uma determinada interpretação jurídica frente a outra. Os precedentes constituem uma regra de justificação externa da decisão, tendo em vista que fornecem critérios de correção das premissas, pois, em uma dinâmica argumentativa, essas não são dadas aprioristicamente, mas sim construídas⁴⁸⁸.

⁴⁸³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 78.

⁴⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 63.

⁴⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 62.

⁴⁸⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 97.

⁴⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 62-63.

⁴⁸⁸ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 98.

A explicitação da fundamentação do precedente é o elemento essencial por meio do qual é possível extrair o controle externo da decisão.

Por isso, a validade do processo hermenêutico de um precedente está condicionada ao estabelecimento de regras de argumentação que justifiquem a decisão de aderir-seguir (aplicar), afastar-distinguir (*distinguishing*) ou modificar-revogar (*overruling*) um precedente judicial.

Como vimos, o artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal – reprodução *ipsis litteris* do artigo 489, § 1º, do CPC –, elenca um rol exemplificativo⁴⁸⁹, que permite o controle no raciocínio judicial, através de parâmetros decisórios racionais que viabilizam o controle intersubjetivo dos fundamentos invocados na decisão judicial. Na verdade, o dispositivo legal aperfeiçoou o mandamento constitucional (art. 93, IX), criando um norte referencial ao julgador durante o processo decisório, através de uma motivação tecnicamente racional e legítima.

Em excelente oportunidade, a Lei nº 13.964/2019 inseriu seis hipóteses em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, devendo ser ressaltado os incisos IV, V e VI do § 2º do art. 315, por estarem relacionados à aplicação dos precedentes judiciais.

5.2.1 Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo (art. 315, § 2º, inciso IV, do CPP)

O artigo 315, § 2º, inciso IV do Código de Processo Penal dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Essas diretrizes buscam encontrar a melhor resposta possível para o caso, tendo em conta o manancial argumentativo submetido ao juízo⁴⁹⁰. Além da observância da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, o enfrentamento amplo e completo dos argumentos e teses concede à decisão mais legitimidade e autoridade⁴⁹¹.

Não há como insistir com a ideia de respeito aos precedentes, se os mesmos forem construídos de maneira dissociada do prévio debate, assim como não se pode conceber uma

⁴⁸⁹ Enunciado nº 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – As hipóteses descritas nos incisos do § 1º do art. 489 são exemplificativas.

⁴⁹⁰ “Quando melhor fundamentado o entendimento, maior o seu grau de convencimento. Isso, aliás, se faz presente em todas as vertentes da nossa vida – quanto melhor a fundamentação do médico, mas inclinados ficamos a aderir àquele tratamento; quanto melhor a fundamentação do vendedor, mais tendentes nos tornamos a adquirir aquele produto etc.” (MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O Precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pág. 211).

⁴⁹¹ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 152.

cultura precedentalista se, até então, os juízes e tribunais insistiam que não estavam obrigados a enfrentar os argumentos das partes⁴⁹².

Aliás, basta analisar decisões das Cortes Superiores que simplesmente deixam de enfrentar argumentos relevantes apresentados pelas partes, sob o fundamento de que “o julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos das partes”⁴⁹³, “não cabe ao tribunal, que não é órgão de consulta, responder a questionários postos pela parte”⁴⁹⁴.

Em razão disso, o texto normativo é digno de elogios, porque rompe-se com o paradigma da filosofia da consciência que vigora há décadas no sistema jurídico brasileiro, que autorizava os juízes a decidir da maneira que bem entendessem, sem que precisassem analisar todos os argumentos apresentados pelas partes⁴⁹⁵.

Tornou-se um dogma tradicional, infelizmente muito propalado na realidade jurídica brasileira, a expressão “decido de acordo com a minha consciência”.

O dispositivo em comento, então, surge em um ótimo momento, justamente para afastar esse aforismo e demonstrar que a decisão judicial precisa enfrentar os argumentos deduzidos no processo, devendo, também, ser construída na dinâmica relação jurídico-processual estabelecida entre as partes, em que o contraditório se manifesta, de modo intenso e efetivo, pela bilateralidade do binômio ciência/influência.

Registre-se: o juiz deve enfrentar todos os argumentos apresentados cuja resolução influencie a decisão da causa, inclusive nos processos em que há intervenção do *amicus curiae*⁴⁹⁶, isto é, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam⁴⁹⁷.

Além disso, o disposto no artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal aplica-se também em relação às questões fáticas da demanda⁴⁹⁸, e o juiz deve, para que se considere

⁴⁹² CAMBI, Eduardo; DOTTE, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 1.687.

⁴⁹³ STJ – AgRg no AREsp 1.676.717/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14.12.2021.

⁴⁹⁴ STJ – EDcl no AgRg no REsp 1.849.766/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02.03.2021.

⁴⁹⁵ GOTTARDI, Gustavo. *A inserção dos precedentes judiciais no sistema processual penal com a sanção da lei 13.694/19 (pacote anticrime)*, pág. 04. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/0FA36674B16208_PrecedentesnoCPP-Artigojuridic.pdf> Acesso em: 20 dez. 2021.

⁴⁹⁶ Enunciado nº 128 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

⁴⁹⁷ Enunciado nº 523 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

⁴⁹⁸ Enunciado nº 515 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)

fundamentada a decisão, analisar também todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada⁴⁹⁹.

Logo, é preciso que o julgador analise os argumentos de fato e os elementos de prova invocados pelas partes para que a decisão esteja suficientemente fundamentada.

Em contrapartida, cumpre ressaltar que incumbe ao recorrente demonstrar que o argumento não enfrentado pelo magistrado é capaz de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador⁵⁰⁰, bem como é ônus da parte identificar a *ratio decidendi* sempre que invocar precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula⁵⁰¹.

Por razões óbvias, o artigo 315, § 2º, IV, do Código de Processo Penal não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios⁵⁰², sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no dispositivo supramencionado, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado na decisão paradigma⁵⁰³.

Portanto, fundamentações padronizadas e sem que sejam enfrentados os argumentos e as teses trazidas pelas partes não serão mais aceitos⁵⁰⁴.

Com efeito, o juiz não pode mais deixar de enfrentar fundamento invocado pela parte quando este tem potencialidade para alterar o alcance do resultado do julgamento.

5.2.2 Decisão que se limita a invocar enunciado de súmula ou precedente, sem identificar seus fundamentos determinantes (art. 315, § 2º, inciso V, do CPP)

O artigo 315, § 2º, inciso V, do Código de Processo Penal preconiza que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

⁴⁹⁹ Enunciado nº 516 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)

⁵⁰⁰ Enunciado nº 40 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) – Incumbe ao recorrente demonstrar que o argumento reputado omitido é capaz de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador.

⁵⁰¹ Enunciado nº 9, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) – É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

⁵⁰² Enunciado nº 13 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)

⁵⁰³ Enunciado nº 19 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e Enunciado nº 524 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

⁵⁰⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 325.

O objetivo do dispositivo legal é evitar as decisões genéricas ou padronizadas, que poderiam servir a qualquer outro caso, sem enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes. Isto porque, ao não indicar a razão pela qual o precedente ou o enunciado da súmula se ajusta ao caso concreto, não há análise específica do caso em questão, mas apenas repetição de fundamentos oriundos de outros casos. Trata-se, portanto, da vedação à simples indicação de julgados ou súmulas em substituição às próprias razões⁵⁰⁵.

Assim, não basta a simples alusão ao acórdão das Cortes Supremas como fundamento para decidir. É necessária a realização do cotejo entre o que foi decidido no precedente, demonstrando que o caso *sub judice* se ajusta à *ratio decidendi* do precedente.

Vale dizer: há o dever de “identificar os fundamentos determinantes” e o “ajuste do caso”. A violação do dever de motivar está na “ausência de identificação” e na ausência de demonstração do “ajuste”. A primeira situação pertence ao âmbito dos *errores in procedendo* e revela uma violação do dever de motivar. A segunda situação, ao âmbito dos *errores in iudicando*, revelando uma violação ao próprio precedente⁵⁰⁶.

A simples menção a precedente judicial ou enunciado de súmula, sem realizar o ajuste do caso concreto com a decisão paradigma, equivale à ausência de motivação.

Exige-se, mesmo em relação aos precedentes vinculantes, que haja indicação dos pontos convergentes entre o precedente judicial e o caso concreto a justificar a utilização daquele como embasamento de pedido pela parte ou como razão de decidir, isto é, há necessidade de realização de cotejo entre os casos e indicação das razões pelas quais os fundamentos determinantes do precedente são aplicáveis⁵⁰⁷.

Em suma: o juiz não pode simplesmente invocar a *ratio* para decidir. Do mesmo modo que o juiz não pode invocar uma lei sem situá-la no contexto do caso, não pode invocar um precedente sem demonstrar que regula a questão de direito posta no caso, ou seja, que a questão de direito sob julgamento ajusta-se aos fundamentos determinantes⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 64.

⁵⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 115-116.

⁵⁰⁷ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 65 e 187.

⁵⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 336-337.

5.2.3 Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar distinção ou superação do entendimento (art. 315, § 2º, inciso VI, do CPP)

Diferente da hipótese prevista no inciso anterior, que fazia referência ao uso do precedente judicial e ao enunciado de súmula sem a indicação da correlação com o caso concreto, este inciso visa a evitar que enunciados de súmula, jurisprudências ou precedentes judiciais apontados pelas partes não sejam observados.

Apesar do inciso fazer alusão à precedente invocado pela parte não menciona qual o grau do precedente, se vinculante ou persuasivo.

No entanto, o entendimento majoritário é de que a expressão “precedente”, prevista no aludido inciso, aplica-se apenas aos precedentes vinculantes e não aos precedentes persuasivos⁵⁰⁹. No mesmo sentido, caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵¹⁰ e do Superior Tribunal de Justiça⁵¹¹.

Contudo, Danyelle da Silva Galvão entende que se a parte invocar um precedente persuasivo, o juiz, para afastar esse argumento da parte e não aplicar o precedente, tem o dever de, na motivação, fazer a comparação do caso em julgamento, e mostrar que ele difere do caso que gerou o precedente da parte. O juiz não se vincula a precedente de Tribunal local porque assim não determina o art. 927 do CPC, mas tem que justificar a não aplicação do precedente persuasivo invocado pela parte ao caso concreto, porque assim lhe impõe o dever de motivação, previsto no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC⁵¹².

Como afirma José Rogério Cruz e Tucci, se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus do argumento contrário⁵¹³.

No tocante às partes, aquela que invocar um precedente em seu favor deve demonstrar tal semelhança, cabendo à parte contrária, caso discorde, indicar a existência de fatos relevantes que impeçam a aplicação.

⁵⁰⁹ Enunciado nº 11 da Escola Nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados (ENFAM) – Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.

⁵¹⁰ ACO 3081 AgR-ED, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 30.08.2021.

⁵¹¹ AgInt no AREsp 1.907.813/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 13.12.2021; REsp 1.892.941/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 01.06.2021; REsp 1.698.774/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 01.09.2020.

⁵¹² GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 70.

⁵¹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, pág. 449.

Apesar do artigo legal ser destinado aos magistrados, pois prolatores das decisões, pode-se afirmar que o cotejo analítico entre o precedente com o caso concreto também é incumbência das partes em suas peças processuais⁵¹⁴. Logo, é ônus da parte, em um primeiro momento, identificar os fundamentos determinantes do precedente ou demonstrar a existência de distinção ou superação do entendimento firmado⁵¹⁵.

Outrossim, invocando precedente ou jurisprudência vinculante, autor e réu têm o ônus de particularizar os casos invocados, mostrando analiticamente as semelhanças relevantes, não bastando a simples transcrição de ementas ou trechos pinçados aleatoriamente da fundamentação dos julgados. É a partir das alegações das partes que se deve empreender a comparação entre os casos. Se os casos são suficientemente similares, aplica-se o precedente. Se não o são, deve-se distingui-los⁵¹⁶.

Entretanto, uma vez invocado o precedente e demonstrado os pontos que aproximam ou afastam seus pressupostos, cabe ao órgão julgador o laborioso ônus argumentativo de justificar que o precedente invocado pela parte não incide na hipótese retratada nos autos, seja pelo método da distinção (*distinguishing*) ou da superação (*overruling*). Como visto, não basta, como forma de motivação, a simples invocação do precedente ou enunciado de súmula (art. 315, § 2º, V, CPP).

Diante disso, para afastar a aplicação de um precedente invocado pela parte, exige-se do magistrado fundamentação apta a justificar a não incidência do precedente ao caso concreto, para não incorrer em omissão (art. 1.022, *parágrafo único*, inciso II, CPC)⁵¹⁷.

Trocando em miúdos, somente é possível afastar o precedente, pela exceção aberta pela própria lei (art. 315, § 2º, VI, CPP): (i) distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou (ii) superação do entendimento (*overruling*), através do enfrentamento dos fundamentos essenciais do precedente, em comparação com o caso em julgamento.

Como é evidente, um precedente pode ser afastado quando o caso sob julgamento tem particularidades que o distinguem do caso que levou à sua edição. Entretanto, o juiz tem um

⁵¹⁴ GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. *O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e suas implicações no direito processual penal*. Revista dos Tribunais, nº 971, set. 2016, pág. 12.

⁵¹⁵ Enunciado nº 9, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) – É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

⁵¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 115.

⁵¹⁷ Ademais, considera-se omissa a decisão judicial que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento (art. 1.022, *parágrafo único*, I, CPC).

pesado ônus argumentativo para deixar de aplicar um precedente que, segundo a argumentação de uma das partes, em princípio se aplica ao caso em vias de solução⁵¹⁸, quer dizer, o dispositivo evidencia um ônus argumentativo do juiz, a demonstrar que a solução da questão de direito dirimida pela *ratio* não é apta a resolver o caso ou é distinta, ou seja, não se enquadra no tipo de caso que pode ser solucionado pelo precedente⁵¹⁹.

Desse modo, é necessário que o juiz, na motivação da decisão judicial, manifeste-se sobre a aplicação ou não do precedente no caso em julgamento. Do contrário, não será considerada fundamentada a decisão judicial que ignorar precedente invocado pela parte.

5.3 AS DECISÕES OBRIGATÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Já vimos que uma das principais funções da jurisdição é atribuir sentido ao direito mediante a formação de precedentes vinculantes, sem olvidar a importância dos precedentes persuasivos para assegurar estabilidade (vinculação horizontal).

É bem verdade que inexistente na legislação processual penal qualquer disposição quanto à observância obrigatória a precedentes judiciais. Por outro lado, não há dúvidas sobre a importância do tratamento igualitário, a manutenção da estabilidade da jurisprudência para garantir a segurança jurídica e o respeito ao Poder Judiciário⁵²⁰.

Mas, como visto, os precedentes não são incompatíveis com as bases epistemológicas e premissas principiológicas do processo penal, mormente porque não há dispositivo específico em matéria criminal disciplinando a questão, muito menos vedando expressamente a aplicação das regras processuais civis que tratam dos precedentes, sem olvidar que o tema é transtornal.

Em acréscimo, o artigo 927 do Código de Processo Civil, que elenca um rol de precedentes obrigatórios, é aplicável ao processo penal, ainda que subsidiariamente, diante da lacuna do Código de Processo Penal sobre o tema⁵²¹.

De acordo com o Código de Processo Civil, os precedentes passaram a ter força vinculante, tanto em seu aspecto vertical, como horizontal, pois o artigo 927 preceitua que

⁵¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 91.

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 337.

⁵²⁰ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 91-92.

⁵²¹ O Projeto de Lei nº 8.045/2010, que cria um novo Código de Processo Penal, não traz nenhum ponto sobre a adoção de um modelo de precedentes na seara criminal. O Projeto foi aprovado no Senado Federal e, atualmente, tramita na Câmara dos Deputados. A saber, tramita projeto de lei sobre um novo Código de Processo Penal há mais de uma década, mas nada se discute no âmbito legislativo sobre os precedentes na jurisdição criminal.

juízes e 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 e do Superior Tribunal de Justiça; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados⁵²².

O dispositivo supracitado nada diz sobre precedente ou fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), o que demonstra uma imprecisão terminológica irreduzível, sem nenhum critério científico por parte do legislador.

Além disso, não há qualquer distinção, pelo menos na letra da lei, quanto ao efeito vinculante, pois o preceito legal equipara súmula vinculante com outros enunciados de súmula do STJ e do STF, isto é, uma leitura eminentemente literal coloca todos os incisos no mesmo patamar hierárquico, com o que não concordamos. Ademais, todos os incisos legais estão relacionados ao *caput* do artigo 927 do CPC, que estabelece que aquelas decisões devem ser observadas pelos juízes e tribunais⁵²³. Os autores Lênio Streck⁵²⁴ e Nelson Nery Jr.⁵²⁵ criticam a equiparação, de todos os incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil, como precedentes obrigatórios.

Apesar de toda discussão doutrinária sobre o dispositivo suprarreferido, o texto legal utiliza o verbo “observar”, que possui significado triplo: dever de “considerar”, “interpretar” e, em sendo o caso, “aplicar” o precedente ou a jurisprudência uniforme ao caso. Considerar significa levar em conta os precedentes. Interpretar, adscrever o significado do precedente de acordo com a sua moldura fático-normativa. Aplicar, retirar consequências jurídicas para o caso

⁵²² Os dois primeiros incisos já possuíam assento constitucional (art. 102, § 2º e art. 103-A, *caput*). Os incisos III, IV e V do artigo 927 do Código de Processo Civil decorrem exclusivamente de previsão infraconstitucional.

⁵²³ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 85.

⁵²⁴ “*Aqui já se inicia o sincretismo: decisões de IRDR, RE/REsp repetitivos são equiparadas a decisões de controle abstrato de constitucionalidade que, por sua vez, são equiparados às súmulas simples e vinculantes. Com a devida vênia, esse equívoco é imperdoável. Ou seja, tudo vira precedente, como se todos esses provimentos – por se tornarem de observância obrigatória por lei – já virariam assim precedentes do common law do dia para noite.*” Publicado em: 03 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>> Acesso em: 08 out. 2021.

⁵²⁵ O autor defende que a criação de precedentes obrigatórios por meio de lei ordinária (CPC) afronta a Constituição Federal, pois tais regras de vinculação deveriam ser introduzidas por meio de Emenda Constitucional, já que o texto constitucional atribui efeito vinculante apenas às decisões do Supremo em sede de controle concentrado e súmulas vinculantes, de modo que a disposição do novo Código de Processo Civil é inconstitucional. De acordo como o novo CPC a jurisprudência vincula, mas a Constituição e a lei, não. Colocaram no novo código algo que deveria ser determinado por emenda constitucional. Publicado em: 02 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>> Acesso em: 04 out. 2021.

concreto. Só não será o caso de aplicar se, e somente se, houver razão para se proceder à distinção ou, havendo competência, à superação do precedente⁵²⁶.

Entretanto, como já vimos no item 4.2, aplica-se o modelo de precedentes judiciais instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, em caráter subsidiário⁵²⁷, consoante já decidiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça⁵²⁸.

Logo, as disposições sobre precedentes judiciais estabelecidas para o processo civil podem ser transpostas para o processo penal, pois deve-se reconhecer que o sistema normativo vigente estabeleceu mecanismos vinculatórios com a inserção dos precedentes obrigatórios (art. 927, CPC), conferindo maior sistematicidade ao tema.

No entanto, vale destacar que o Código de Processo Civil não somente tornou formal a necessidade de respeitar um sistema de precedentes vinculantes, mas, na essência, essa matéria não tem uma relação direta com a legislação processual civil, tendo em vista que decorre da relação entre a legislação, a doutrina e a jurisprudência, e ocorre em razão da superação do cognitivismo interpretativo e do reconhecimento da dupla indeterminação do Direito⁵²⁹.

Ressalte-se: a força vinculante do precedente judicial não depende de uma manifestação específica do direito positivo, vale dizer, a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinada regra de direito positivo reconhece eficácia normativa geral, como ocorre com o artigo 927 do CPC⁵³⁰.

⁵²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 101.

⁵²⁷ Conforme item 4.2 do presente trabalho, o rol do artigo 15 do CPC é meramente exemplificativo, permitindo o preenchimento de lacunas ou complementação do Código de Processo Penal com os dispositivos do Código de Processo Civil, bem como o artigo 3º do Código de Processo Penal admite a interpretação extensiva e a aplicação analógica. Logo, não há no ordenamento jurídico brasileiro vigente qualquer incompatibilidade do artigo 927 do Código de Processo Civil com o processo penal, especialmente porque não há dispositivo específico em matéria criminal disciplinando o tema, muito menos vedando a aplicação das regras processuais civis que tratam dos precedentes judiciais.

⁵²⁸ A respeito do tema: “2. Nesse contexto, em que a CORTE ESPECIAL – órgão jurisdicional de cúpula deste Superior Tribunal de Justiça – estabeleceu a interpretação que se deve dar aos dispositivos legais em tela, esta deve ser obrigatoriamente observada pelos demais órgãos fracionários desta Corte Superior, em consonância com o comando dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, aplicáveis em caráter subsidiário, conforme disposto no art. 3.º do Código de Processo Penal, com vistas a manter uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.” (STJ – EAREsp 857.010/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 24.11.2021).

⁵²⁹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 140.

⁵³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 93. No mesmo sentido: GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 79. A autora cita os casos da França e Alemanha, que são reconhecidamente países de sistemas de legislação codificada, mas que não preveem em suas leis a observância obrigatória de precedentes judiciais.

Em outras palavras: a obrigatoriedade do precedente não depende de expressa previsão legislativa⁵³¹, até porque a regra do *stare decisis* não decorre propriamente dos arts. 926 e 927 do CPC, mas da compreensão do papel adscritivo da interpretação. A regra do *stare decisis* constitui a referência da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação. Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica, obrigando todas as Cortes de Justiça a aplicar os precedentes das Cortes Supremas⁵³².

Outrossim, há divergência quanto ao rol do artigo 927 ser taxativo ou meramente exemplificativo⁵³³. Sendo considerado taxativo, só pode ser atribuída eficácia vinculante aos precedentes expressamente elencados. Caso seja considerado exemplificativo, há outros precedentes vinculantes, para além das hipóteses legais, que devem ser observados pelos juízes.

Sem embargo, o entendimento predominante é de que o artigo 927 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo⁵³⁴, tendo em conta que deixa de mencionar que a partir do julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais não repetitivos julgados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a partir do julgamento de embargos de divergência é possível formar precedentes⁵³⁵.

Em suma: é possível a formação de precedentes judiciais além das hipóteses previstas nos artigos 927 do Código de Processo Civil como, por exemplo, nos embargos de divergência, nos recursos especiais e extraordinários não repetitivos, e, também, no Habeas Corpus.

Dessa forma, cabe analisar os precedentes obrigatórios disciplinados no Código de Processo Civil, para depois averiguar outras possibilidades de precedentes judiciais, que não estão contidas no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil.

⁵³¹ “A adoção de um modelo de precedentes judiciais não depende de expressa previsão legal, mesmo nos países de civil law, como o Brasil. (...) Pode-se concluir, portanto, que a necessária adoção de um sistema de precedentes no Processo Penal não decorreu do advento do Código de Processo Civil, em 2015, até porque já existiam mecanismos de unificação da jurisprudência antes da sua entrada em vigor (embargos de divergência no recurso especial, incidente de uniformização de jurisprudência e súmula vinculante).” (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 79 e 87).

⁵³² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 86-87.

⁵³³ De acordo com o professor Fredie Didier, trata-se de rol não exaustivo. DIDIER JR. Fredie et ali. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, pág. 475. No mesmo sentido, que entende que o rol é exemplificativo: KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 145. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 286.

⁵³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 286. O autor entende inclusive que o artigo 927 do Código de Processo Civil é desnecessário.

⁵³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 102.

5.3.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

O artigo 927, inciso I, do Código de Processo Civil considera precedente obrigatório as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade⁵³⁶, o que, segundo Marinoni, é um absurdo, porque o que tem eficácia obrigatória é a *ratio decidendi* das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade⁵³⁷.

Ou seja, a *ratio decidendi* das decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário (vinculação vertical), inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal (vinculação horizontal)⁵³⁸.

O que pode, no entanto, gerar precedente são as razões determinantes constantes da fundamentação da decisão em controle abstrato ou no controle difuso de constitucionalidade⁵³⁹.

A princípio, o dispositivo legal em comento prevê eficácia vinculante apenas à declaração de inconstitucionalidade realizada de forma concentrada, através do controle de constitucionalidade realizado por meio do processo objetivo. A grande diferença reside no fato de que qualquer órgão jurisdicional pode declarar de forma incidental a inconstitucionalidade de uma lei, mas nesse caso não há qualquer eficácia vinculante de tal declaração⁵⁴⁰.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já definiu que o Código de Processo Civil privilegia a admissão de um sistema de vinculação aos precedentes, de modo que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, nos termos do seu art. 926. Com esses objetivos, mesmo os precedentes fixados por meio do controle difuso de constitucionalidade devem, em princípio, ser observados⁵⁴¹.

De acordo com Daniel Mitidiero, o art. 927, I, não prevê propriamente hipótese de precedente. O dispositivo confunde eficácia *erga omnes* com efeito vinculante do precedente,

⁵³⁶ Ou seja quando a análise sobre a (in)constitucionalidade de lei ocorrer abstratamente por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 10, § 3º, Lei nº 9.882/1999).

⁵³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 281.

⁵³⁸ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 101.

⁵³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 102.

⁵⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.307.

⁵⁴¹ STJ – AgRg no HC 338.964/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24.05.2016.

assim como confunde o plano da aplicação, em que se situa o controle de constitucionalidade, com o plano da interpretação, em que se situa a formação do precedente judicial⁵⁴².

Vale destacar que o descumprimento de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade enseja a propositura de reclamação (art. 988, III, CPC).

Conforme descrito alhures, o precedente aludido⁵⁴³ tem índole constitucional⁵⁴⁴. Logo, não se trata de nenhuma novidade, haja vista a eficácia vinculante e *erga omnes* realizada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade⁵⁴⁵ e na arguição de descumprimento de preceito fundamental⁵⁴⁶.

5.3.2 Enunciados de súmula vinculante

O artigo 927, inciso II, do Código Processo Civil reconhece como precedente obrigatório os enunciados de súmula vinculante⁵⁴⁷. A instituição de súmula vinculante foi introduzida pela Emenda Constitucional n° 45/2004 (art. 103-A, CF)⁵⁴⁸.

Outrossim, a súmula vinculante é imbuída de força cogente e terá por objetivo a interpretação de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, § 1°, CRFB/88).

⁵⁴² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 102.

⁵⁴³ “*Considera-se, assim, que a previsão do efeito vinculante constante no art. 927, inc. I, do CPC, de 2015, representa o reconhecimento expresso da função nomofilática do Supremo Tribunal Federal enquanto Tribunal Constitucional.*” (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 103).

⁵⁴⁴ Art. 102, § 2°, CRFB/88 – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁵⁴⁵ Art. 28, *parágrafo único*, Lei n° 9.868/1999 – A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

⁵⁴⁶ Art. 10, § 3°, Lei n° 9.882/1999 – A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

⁵⁴⁷ As primeiras súmulas vinculantes em matéria penal foram publicadas pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 2008 e 2009. Vide.: Súmulas vinculantes n° 9 (art. 127 da LEP), n° 11 (licitude do uso de algemas), n° 14 (direito do defensor de ter acesso amplo aos elementos do procedimento investigatório), n° 24 (ausência de tipificação do crime material contra a ordem tributária, antes do lançamento definitivo do crédito tributário), n° 25 (impossibilidade de prisão civil de depositário infiel) e n° 26 (progressão de regime em crime hediondo).

⁵⁴⁸ Art. 103-A, CRFB/88 – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Porém, a multiplicação de processos não é uma preocupação direta de um sistema de precedentes, porquanto o que realmente importa é conciliar a súmula vinculante em face dos precedentes obrigatórios e, assim, atingir no requisito da controvérsia atual⁵⁴⁹.

De acordo com Marinoni, as súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito, porquanto foram concebidas como enunciados destinados a facilitar os julgamentos dos recursos. A súmula é o enunciado da tese de direito, mas não pode explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta (moldura fática). As súmulas obviamente não são precedentes e só existem por terem que ser respeitadas⁵⁵⁰.

A súmula não é a forma ideal para que o entendimento reiterado dos tribunais seja organizado, muito menos o método mais adequado para dar efeitos as decisões dos tribunais, pois o contexto fático da decisão é deixado de lado. Essa deficiência pode ser superada ao se identificar os julgamentos que deram origem à súmula⁵⁵¹.

Assim, para aplicar um enunciado de súmula em um caso, o julgador deve analisar se a *ratio decidendi* dos julgados que originaram a súmula com seus pressupostos fáticos coincidem.

Frise-se, inclusive, que a eficácia vinculante do dispositivo constitucional (art. 103-A, *caput*, CRFB/1988) é mais abrangente do que aquela descrita na legislação infraconstitucional (art. 927, IV, CPC), porque extrapola a atuação do Poder Judiciário, vinculando também a Administração Pública, direta e indireta. A matéria também está disciplinada do artigo 354-A *usque* artigo 354-G, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, as súmulas – que inicialmente tinham por função facilitar a tarefa de controle então exercida pelo Supremo Tribunal Federal e posteriormente evitar a admissão de recursos – passaram a ter uma função de determinação do conteúdo das decisões judiciais. As súmulas deixaram de conter orientações para os Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal e passaram a veicular normas para todo o Poder Judiciário e para toda a Administração Pública⁵⁵².

Por derradeiro, impende salientar que o desrespeito à súmula vinculante enseja o manejo da reclamação constitucional (art. 103-A, § 3º, CRFB/1988 e art. 988, III, CPC), mas há

⁵⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 285.

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, págs. 284-286.

⁵⁵¹ PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. Dissertação em Direito – Universidade Federal do Paraná, 2011, págs. 66 e 100.

⁵⁵² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 75.

necessidade de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo da súmula vinculante invocada para conhecimento da matéria em sede reclamationária⁵⁵³.

5.3.3 Acórdãos em Incidente de Assunção de Competência (IAC), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Recursos Extraordinário e Especial repetitivos

O artigo 927, inciso III, do Código Processo Civil atribui eficácia vinculante aos acórdãos em incidente de assunção de competência (IAC), de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos⁵⁵⁴.

Entretanto, não se tratam de instrumentos vocacionados precipuamente para a formação de precedentes, uma vez que o IRDR e o sistema de julgamentos de recursos repetitivos constituem técnicas de resolução de casos com múltipla incidência (art. 928 do CPC). Da mesma forma, o IAC é uma técnica que visa compor a divergência entre órgãos fracionários ou fixar a orientação dos tribunais a respeito de relevante questão de direito. São mecanismos complementares, que buscam conferir uniformidade aos entendimentos das cortes⁵⁵⁵.

O julgamento dos recursos repetitivos tem uma função muito mais voltada para o futuro, a de entalecer um precedente para casos idênticos, do que propriamente a de resolver o *ius litigatoris*⁵⁵⁶. Entretanto, Badaró alerta para a dificuldade de aplicação da técnica do julgamento do recurso extraordinário ou do recurso especial representativo da controvérsia⁵⁵⁷.

⁵⁵³ A propósito: “*EMENTA Agravo regimental na reclamação. Tema nº 445 da sistemática da repercussão geral. Ausência de aderência estrita. Agravo regimental não provido. 1. Há necessidade de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo da decisão do STF dotada de efeito vinculante e eficácia erga omnes para que seja admitida a reclamationária constitucional. 2. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.*” (STF – Rcl 47.354 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 15.09.2021). No mesmo sentido: “*EMENTA: RECLAMAÇÃO. ADPF 556. DEPÓSITO RECURSAL E PREPARO. NATUREZA JURÍDICA. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. É inviável a reclamação quando o ato reclamado não possui aderência estrita ao paradigma apontado como afrontado. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.*” (STF – Rcl 43.550 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22.03.2021).

⁵⁵⁴ O artigo 928 do Código de Processo Civil elenca as hipóteses de julgamento de casos repetitivos: (i) incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); (ii) recursos especial e extraordinário repetitivos.

⁵⁵⁵ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 165.

⁵⁵⁶ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 947.

⁵⁵⁷ “*A dificuldade de aplicação da técnica do julgamento do recurso extraordinário ou do recurso especial representativo da controvérsia, também chamados “recursos-modelo”, em matéria penal, é que tal mecanismo é de grande eficácia nos casos em que discutam questões com um substrato fático uniforme e, em especial, quando o objeto da causa seja exclusivamente de direito. Nem se objete que, no caso de recurso especial e extraordinário, a questão posta ao conhecimento do tribunal superior será, sempre, exclusivamente de direito. Embora isso seja verdade, a variação da hipótese fática subjacente poderá fazer com que a repetição dos recursos ou a sua uniformidade seja apenas aparente. Em outras palavras, peculiaridades do caso em si poderão fazer com que a decisão proferida no “recurso modelo” não possa ser aplicada a outro recurso em que, embora se discuta a*

Será analisada individualmente cada uma das três hipóteses contidas no inciso III do artigo 927 do Código de Processo Civil.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) está disciplinado nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil⁵⁵⁸. O julgamento do incidente inicialmente se realizará no âmbito dos tribunais de segundo grau (TJ's e TRF's), que deverá ocorrer no órgão indicado pelo regimento interno do tribunal (art. 978, *caput*, CPC), visto que o artigo 987, *caput*, do Código de Processo Civil, admite a interposição de recurso especial ou extraordinário da decisão que julgar o mérito do incidente.

Em outros termos: o entendimento firmado pelas Cortes de Justiça apenas prevalecerá enquanto não houver pronunciamento das Cortes Supremas, que são as autênticas Cortes de Precedentes. Por essa razão, se já tiver sido afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito no âmbito dos tribunais superiores, será incabível o incidente (art. 976, § 4º, CPC).

Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito (art. 987, § 2º, CPC). A inobservância da tese definida no incidente possibilitará o manejo de reclamação (art. 985, § 1º, c/c 988, IV, CPC).

Cabe pontuar, no entanto, que a premissa para a utilização do incidente é a existência de questões jurídicas idênticas, e que possuam entendimentos judiciais divergentes, mudando-se o paradigma de resolução dos casos penais de modo individual para estabelecer uma disciplina para conter a litigiosidade repetitiva. O incidente é um meio legítimo de discussão de matérias jurídicas e fixação de precedentes judiciais para utilização em casos futuros⁵⁵⁹.

Danyelle da Silva Galvão entende que é possível o uso do incidente no processo penal para a formação de precedentes vinculantes, desde que preenchidos os requisitos de cabimento⁵⁶⁰. Inclusive, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já admitiu o cabimento do IRDR em matéria criminal⁵⁶¹.

violação da mesma norma constitucional ou lei federal, aquela decisão não tenha perfeita aderência." (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 951).

⁵⁵⁸ Os requisitos objetivos e simultâneos são: (i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, *caput*, CPC).

⁵⁵⁹ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 108.

⁵⁶⁰ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 110.

⁵⁶¹ Tema em discussão: data-base para progressão de regime em caso de superveniência de nova condenação no curso da execução penal (Autos nº 0039706-76.2017.8.16.0000).

Por sua vez, o incidente de assunção de competência tem como objetivo principal evitar ou compor a divergência entre órgãos fracionários do respectivo tribunal (divergência interna)⁵⁶². Além disso, pressupõe que envolva relevante questão de direito⁵⁶³, com grande repercussão social e interesse público⁵⁶⁴, sem necessidade de repetição de múltiplos processos sobre o tema (art. 947, *caput*, CPC).

Danyelle da Silva Galvão entende que havendo um pequeno número de casos com possibilidade de multiplicação futura poderá ser instaurado o Incidente de Assunção de Competência (IAC) para fixação de precedente de maneira preventiva. Em contrapartida, o IRDR deve ser manejado apenas quando houver múltiplos processos (demandas repetitivas) sobre o mesmo tema, mas se considera incabível IRDR preventivo⁵⁶⁵.

A aludida autora também perfilha o entendimento de que o IAC pode ser utilizado no âmbito criminal, porquanto inúmeras questões relevantes e de interesse social permeiam o Direito Penal e Processual Penal, assim como porque a divergência jurisprudencial, especialmente dentro de um mesmo Tribunal, é maléfica à devida prestação jurisdicional e à manutenção da segurança jurídica e confiança do jurisdicionado, evitando-se justamente que haja disparidade de tratamento de situações que devam ter o mesmo resultado⁵⁶⁶.

A competência para julgamento será do órgão colegiado que o regimento indicar (art. 947, § 1º, CPC)⁵⁶⁷ e o acórdão proferido no IAC vinculará todos os juízes e órgãos fracionários do tribunal (art. 947, § 3º, CPC), mas se for inobservado ensejará o cabimento da reclamação diretamente ao tribunal (art. 988, IV, CPC).

Em contrapartida, em relação aos recursos extraordinários e especiais, o artigo 1.036, *caput*, do CPC, dispõe que sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com a sistemática dos recursos repetitivos previstas na legislação processual e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁶² KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 174.

⁵⁶³ É cabível o IAC quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (art. 947, § 4º, CPC).

⁵⁶⁴ O artigo 947, § 2º, do Código de Processo Civil prevê que o órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

⁵⁶⁵ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 113.

⁵⁶⁶ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 132.

⁵⁶⁷ Tanto o IRDR, quanto o IAC, podem ser julgado pelo Órgão Especial ou Plenário, a depender do Regimento Interno de cada Tribunal, afastando qualquer dúvida sobre a necessidade de os juízes vinculados a esses órgãos observarem tais decisões, seja pela previsão contida no inciso III, seja pelo inciso V, ambas do art. 927 do CPC.

A competência para julgamento dos Recursos Especiais repetitivos criminais no Superior Tribunal de Justiça é da Corte Especial ou da 3ª Seção, nos termos dos art. 11, inc. XVI, e art. 12, inc. X, do Regimento Interno do Tribunal, respectivamente. Inexiste previsão expressa sobre a competência para julgamento dos Recursos Extraordinários criminais perante o Supremo Tribunal Federal, mas pela importância da matéria e para evitar divergência entre as Turmas e o cabimento de embargos de divergência, ideal é que seja julgado pelo Plenário⁵⁶⁸.

Importante registrar que, em razão da decisão proferida em recurso repetitivo, o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido poderá negar seguimento ao recurso (art. 1.030, I, “b”, CPC) ou encaminhar o processo para juízo de retratação (art. 1.030, II, CPC). E mais: havendo decisão em recurso repetitivo, autoriza-se o julgamento monocrático pelo relator, conforme será melhor tratado em tópico específico.

Selecionado o recurso especial ou extraordinário repetitivo, no tribunal superior, o relator: (i) identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento (art. 1.037, I, CPC)⁵⁶⁹; (ii) determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes que tramitem no território nacional (art. 1.037, II, CPC); (iii) poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria (art. 1.038, I, CPC); (iv) poderá designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 1.038, II, CPC).

O que viabiliza semelhantes providências não é obviamente a repetitividade, mas o valor de precedente que é possível extrair do julgamento da questão⁵⁷⁰.

Isso porque o artigo 1.036, § 6º do Código de Processo Civil, dispõe que somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida. Tal previsão reside justamente no fato de que o efeito decorrente do julgamento do recurso repetitivo extrapola e transcende o interesse das partes do

⁵⁶⁸ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 151.

⁵⁶⁹ O artigo 1.038, § 3º, do Código de Processo Civil preceitua que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida (a redação anterior era: o conteúdo do acórdão abrangerá a análise “de todos fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”. Por essa razão, ainda há entendimentos no sentido de que no julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados (Enunciado nº 305 do FPPC), assim como não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida (Enunciado nº 585 do FPPC). Parece-nos que essa é a melhor interpretação à luz do artigo 315, § 2º, IV, do Código de Processo Penal. Vide: BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, págs. 947-948.

⁵⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 109.

caso. Por essa razão, deve conter a maior diversidade de fundamentos para que a discussão da matéria seja a mais abrangente possível.

Acentue-se, por oportuno, que com o advento da Lei nº 13.964/2019⁵⁷¹, o recurso extraordinário⁵⁷² e o recurso especial passaram a ser processados e julgados na forma estabelecida por leis especiais, pelos respectivos regimentos internos e, máxime, pela lei processual civil (art. 638, CPP⁵⁷³), o que traz mais um argumento consistente de que o modelo de precedente do CPC/15 aplica-se, subsidiariamente, ao processo penal.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça não admite o manejo da reclamação para discutir eventual equívoco ou o exame da correta aplicação de precedente formado em julgamento de recurso especial repetitivo⁵⁷⁴. A hipótese de cabimento da reclamação é para garantir a observância de precedente oriundo do julgamento de IRDR ou IAC (art. 988, IV, CPC), silenciando-se no tocante a recurso especial e extraordinário repetitivos⁵⁷⁵.

Portanto, não se admite o cabimento de reclamação destinada a vindicar o exame, pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre a aplicação supostamente indevida de precedente oriundo de recurso especial repetitivo pelo Tribunal de origem.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal admite o uso da reclamação para garantir a aplicação de decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral, tendo fixado

⁵⁷¹ “Apesar disto, alguns dispositivos têm aplicação direta no Processo Penal. Isto porque o Código de Processo Civil, de 2015, além de estabelecer novo tratamento para o processo civil brasileiro, também revogou parcialmente a Lei nº 8.038/90, exatamente no que disciplinava os recursos especial e extraordinário, embargos de divergência, além da reclamação constitucional, todos cabíveis no Processo Penal. Assim, com o advento do novo Código de Processo Civil, em 2015, tais matérias passaram a ter regramento único e, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, atingiram o Processo Penal, pois houve revogação da lei especial esparsa que tratava do assunto, inexistindo disciplina específica senão aquela do novo Código de Processo Civil.” (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 87).

⁵⁷² O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, que no recurso extraordinário, em matéria criminal, exige-se a demonstração da repercussão geral da questão constitucional (AI 664.567 QO/RS, Relator(a): MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2007)

⁵⁷³ Diante da previsão contida no art. 638 da legislação processual penal, entende-se que permanece agora sob a égide do CPC/15 o processamento da reclamação (art. 988, CPC) e dos embargos de divergência (art. 1.043, CPC), nos processos que tramitam perante a jurisdição criminal.

⁵⁷⁴ Julgados do STJ: (1) AgInt na Rcl 40.414/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Seção, julgado em 16.09.2021; (2) AgInt nos EDcl na Rcl 41.422/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, Primeira Seção, julgado em 29.06.2021; (3) Rcl 36.476/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, julgado em 05.02.2020. Em posicionamento distinto, o Enunciado nº 138, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) na II Jornada de Direito Processual Civil: “É cabível reclamação contra acórdão que aplicou indevidamente tese jurídica firmada em acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, após o esgotamento das instâncias ordinárias, por analogia ao quanto previsto no art. 988, § 4º, do CPC.”

⁵⁷⁵ A redação anterior do artigo 988, inciso IV, do Código de Processo Civil admitia reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, mas foi alterado pela Lei nº 13.256/2016.

os seguintes critérios: (i) prévio esgotamento dos meios recursais; (ii) demonstração da teratologia da decisão reclamada⁵⁷⁶.

Além disso, nos termos do artigo 256-S, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é cabível a revisão de entendimento consolidado em tema repetitivo, por proposta de Ministro integrante do órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal.

Por fim, consoante dispõe o artigo 121-A, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, os acórdãos proferidos em julgamento de IAC e de recursos especiais repetitivos constituem precedentes qualificados de estrita observância pelos juízes e Tribunais.

5.3.4 Enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

O artigo 927, inciso IV, do Código Processo Civil eleva como precedentes obrigatórios os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Uma interpretação literal do inciso IV torna praticamente todas as súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça obrigatórias⁵⁷⁷. É como se todos os incisos do artigo 927 tivessem a mesma força vinculante, o que é inadmissível.

Um grande equívoco do legislador foi equiparar precedentes e súmulas no mesmo nível hierárquico, bem como igualou as súmulas vinculantes, com status constitucional, com as súmulas inseridas no sistema normativo por força de legislação infraconstitucional (CPC/15), estendendo o efeito obrigatório a todos os enunciados sumulares dos tribunais superiores.

Aliás, enquanto todos os demais incisos legais resultam de decisões judiciais prolatadas pelos Tribunais, os verbetes sumulares refletem a condensação do entendimento consolidado pretoriano, mas não necessariamente uma decisão proferida em um processo específico.

Súmulas são enunciados que visam a retratar de modo simples e direto precedentes. Em uma palavra: são extratos. Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Julgados do STF: (1) Rcl 24.686 ED-AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25.10.2016; (2) Rcl 39.305 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03.04.2020; (3) Rcl 30.173 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20.03.2020.

⁵⁷⁷ A doutrina costuma chamar as súmulas previstas no inciso IV de “súmulas com eficácia vinculante”, como forma de diferenciar das súmulas do inciso II do artigo 927, denominadas “súmulas vinculantes” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.306).

⁵⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 103.

Cumpra destacar os três níveis de graus discursivos: (i) a decisão é o primeiro degrau discursivo; (ii) precedente e a jurisprudência uniforme o segundo; (iii) as súmulas constituem o terceiro degrau discursivo. Vale dizer: as súmulas consistem em um discurso elaborado a partir dos precedentes ou da jurisprudência uniforme⁵⁷⁹.

Nessa conjuntura, as súmulas padecem de um grave vício, pois eliminam um elemento sempre presente na discussão: fato. É a interpretação dos fatos que nutre toda a decisão a respeito do tema⁵⁸⁰.

Em síntese, os enunciados de súmula não representam os verdadeiros precedentes, mas apenas uma indicação do que foi decidido pelo Tribunal, razão pela qual há sempre indicação das decisões que lhe deram origem, que dependem da coincidência da hipótese fática a ser constatada a partir dos precedentes que os formaram, não bastando, portanto, apenas a identidade da questão jurídica para aplicação da tese constante no enunciado da súmula.⁵⁸¹

Outrossim, as primeiras súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça foram editadas muito antes da vigência do CPC/15, respectivamente, nos anos de 1964 e 1990. Na época, as súmulas ostentavam efeitos meramente persuasivos e não vinculantes, diferentemente do estágio atual (art. 927, IV, CPC).

Desse modo, considerando que os cinco incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil passaram a vigorar a partir 2016, data da entrada em vigor do novo diploma legal, há uma tormentosa problemática versada sobre os efeitos das súmulas editadas antes da entrada em vigência do Código. Tal preocupação se justifica pelo fato de que algumas súmulas foram editadas no século passado. Neste caso, estariam as súmulas editadas antes de 2016 tacitamente revogadas? Precisariam de uma ratificação superveniente (após 2016) do Tribunal competente?

Daniel Amorim Assumpção Neves posiciona-se atribuindo eficácia *ex nunc* ao artigo 927 do Código de Processo Civil, como forma de prestigiar a segurança jurídica, ou seja, somente as súmulas editadas e os precedentes formados na vigência do CPC/15 devem ter eficácia vinculante, até porque se for adotada eficácia *ex tunc* ao artigo 927 certamente se estará dando uma amplitude imediata considerável à eficácia vinculante de súmulas e precedentes antigos, simplesmente transformando o que foi criado como persuasivo em vinculante⁵⁸².

⁵⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 97.

⁵⁸⁰ PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. Dissertação em Direito – Universidade Federal do Paraná, 2011, pág. 97.

⁵⁸¹ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 181-183.

⁵⁸² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.310.

Essa nos parece ser a melhor interpretação. Cabe aos tribunais reeditar ou ratificar novamente as súmulas publicadas antes da vigência do Código de Processo Civil, como forma de demonstrar que o entendimento contido no enunciado sumular ainda prevalece na Corte.

De acordo com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a sua jurisprudência será compendiada em súmula⁵⁸³, sendo que qualquer dos ministros pode propor a revisão da súmula⁵⁸⁴, mas a deliberação final compete ao plenário⁵⁸⁵. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também será compendiada em súmula⁵⁸⁶, do qual qualquer ministro pode propor a revisão⁵⁸⁷ ou a aprovação⁵⁸⁸.

Ademais, consoante dispõe o artigo 926, § 1º, do Código de Processo Civil, qualquer tribunal pode editar enunciado de súmula correspondente a sua jurisprudência dominante, na forma do seu regimento interno. Entretanto, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, conforme preconiza o artigo 926, § 2º, do Código de Processo Civil.

Este dispositivo consubstancia uma relevante inclusão no sistema normativo, porquanto previu o dever de identificação das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram sua criação. As súmulas devem guardar estrita congruência com os julgados que lhe serviram de base, assim como devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.

⁵⁸³ Art. 102, *caput*, RISTF – A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. § 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta. § 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados. § 3º Os adendos e emendas à Súmula, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça. § 4º A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.

⁵⁸⁴ Art. 103, RISTF – Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário. No mesmo sentido o artigo 11, inciso III, do RISTF.

⁵⁸⁵ Art. 7º, RISTF – Compete ainda ao Plenário: VII – deliberar sobre a inclusão, alteração e cancelamento de enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁸⁶ Art. 122, RISTJ – A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. § 1º Poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes. § 2º A inclusão da matéria objeto de julgamento na Súmula da Jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, por maioria absoluta dos seus membros. § 3º Se a Seção entender que a matéria a ser sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial.

⁵⁸⁷ Art. 125, § 1º RISTJ – Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário.

⁵⁸⁸ Art. 126, *caput*, RISTJ – Qualquer Ministro poderá propor, na Turma, a remessa do feito à Corte Especial, ou à Seção, para o fim de ser compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal, quando verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito.

Consagra-se o respeito à *ratio decidendi* na edição de súmulas, especialmente porque com a eficácia vinculante que passaram a ter, os tribunais devem tomar especial cuidado com a identidade ou ao menos similaridade fática dos precedentes que fundamentam sua edição⁵⁸⁹.

5.3.5 Orientação do Plenário ou do Órgão Especial dos Tribunais aos quais os juízes estiverem vinculados

O artigo 927, inciso V, do Código Processo Civil estabelece como precedentes obrigatórios a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Daniel Amorim Assumpção Neves entende que o termo “orientação” só pode ser interpretado como decisão, porque o órgão jurisdicional não tem natureza consultiva, passando a ter eficácia vinculante as decisões colegiadas proferidas no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal e na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça⁵⁹⁰. Realmente, trata-se de mais uma imprecisão terminológica do legislador.

Da leitura do dispositivo examinado surge uma indagação: todas as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial do Superior Tribunal e Justiça, no âmbito criminal, são precedentes de observância obrigatória, nos termos do artigo 927, inciso V, do Código de Processo Civil?

De acordo com Danyelle da Silva Galvão a resposta, de maneira genérica e apenas sob a ótica do CPC, é positiva, porque as decisões proferidas pelo Plenário ou Corte Especial daqueles Tribunais têm ascendência sobre as demais decisões dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive das Turmas e Seções das suas próprias Cortes⁵⁹¹.

Assim, a decisão do Plenário do STF vinculará todos os juízes e tribunais, sem exceção; a decisão do Plenário do STJ e do Órgão Especial, em matéria de legislação federal, terá que ser observada pelo próprio STJ, pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelos juízes a eles vinculados; as decisões do Plenário ou Órgão Especial dos Tribunais Regionais Federais vincularão os seus próprios membros e os juízes federais; e as

⁵⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.299.

⁵⁹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 1.309.

⁵⁹¹ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 155.

decisões do Plenário e do Órgão Especial dos Tribunais Estaduais serão obrigatoriamente observadas pelos seus membros e pelos juízes estaduais⁵⁹².

Os demais órgãos fracionários do STF e do STJ, portanto, devem obediência ao que foi decidido, respectivamente, pelo Plenário⁵⁹³ e pela Corte Especial, nos moldes do artigo 927, V, e do Enunciado n° 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵⁹⁴.

O órgão máximo responsável para outorgar unidade ao direito no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o plenário. Todavia, as duas Turmas do STF também julgam questões criminais. Por outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o órgão máximo é a Corte Especial⁵⁹⁵. Contudo, o STJ é composto de duas Turmas Criminais (5ª e 6ª) e mais a Terceira Seção, que engloba as decisões da 5ª e 6ª Turma, assumindo uma função essencial como formadora de precedentes na jurisdição criminal⁵⁹⁶.

O precedente firmado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça possui um alto grau de importância, na medida em que compete a esta sumular a jurisprudência uniforme das Turmas da respectiva área de especialização e deliberar sobre a alteração e o cancelamento de súmulas, com esteio no artigo 12, *parágrafo único*, III, do Regimento Interno do STJ.

A questão que se coloca é: o dispositivo supramencionado admite interpretação extensiva, a fim de reconhecer como precedente vinculante decisões colegiadas das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal ou da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça?

Sobre o tema, cita-se um trecho do voto proferido pelo Ministro Ribeiro Dantas: A depender da interpretação sistemática do art. 927, V, do CPC, c/c o RISTJ, o precedente formado na ocasião pode até ser considerado vinculante, por ser a Terceira Seção o órgão

⁵⁹² DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 1.469.

⁵⁹³ “Desse modo, a decisão plenária do STF deve ser observada neste Superior Tribunal de Justiça (NCPC, art. 927, V, aplicável subsidiariamente ao processo penal – CPP, art. 3º).” (STJ – HC 376.575/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22.11.2016).

⁵⁹⁴ Enunciado n° 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) – As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

⁵⁹⁵ Logo, o acórdão exarado pela Corte Especial em matéria de direito federal infraconstitucional, possui em si uma vinculação interna, para os membros e órgãos fracionários do STJ, e também uma vinculação externa, para os tribunais a este subordinados (TRFs, TJs, juízes federais e estaduais), portanto, precedente obrigatório (STJ – PET no AREsp 957.821/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, julgado em 07.03.2018).

⁵⁹⁶ “Espera-se de uma Corte de Vértice, qual o Superior Tribunal de Justiça, o fiel desempenho de sua função precípua de conferir unidade à interpretação da legislação federal, valendo-se dos variados métodos de interpretação colocados à disposição do aplicador do Direito. Daí a importância de se submeterem questões jurídicas de alto relevo, debatidas em órgãos fracionários desta Corte, ao crivo do órgão colegiado mais qualificado – in casu, a Terceira Seção – de modo a ensejar a eliminação de possíveis incongruências na jurisprudência das turmas que integram a Seção, fomentando, a seu turno, a produção de precedentes que estabeleçam diretrizes interpretativas para casos futuros semelhantes.” (STJ – HC 346.380/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 13.04.2016).

máximo deste Tribunal para o julgamento das causas criminais, ressalvadas algumas pequenas competências específicas da Corte Especial nesse ramo do direito⁵⁹⁷.

De igual modo, a existência de precedentes de observância obrigatória não retira a necessidade de observância dos demais precedentes, sobretudo quando se trata de tese fixada pelo Plenário do STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário. Dessa forma, sua observância é recomendável e esperada por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário⁵⁹⁸.

Portanto, trata-se de um critério de segurança jurídica recomendar ao Colegiado do Superior Tribunal de Justiça adotar a compreensão dada pela Suprema Corte, garantindo a estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais⁵⁹⁹.

Por sua vez, em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou o entendimento de que prevalece a decisão oriunda da Terceira Seção do STJ em detrimento de uma decisão das Turmas do STF, que optou por manter um entendimento contrário, porque tal situação não está elencada no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil⁶⁰⁰.

Há uma tendência jurisprudencial de se admitir no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a formação de precedentes penais das decisões proferidas pela Terceira Seção, porque a competência da Corte Especial em matéria criminal é restrita. Porém, no Supremo Tribunal Federal entendemos que apenas o plenário pode formar precedentes vinculantes, em que pese seja aconselhável observar os precedentes persuasivos firmados pelas duas Turmas do STF.

Como vimos, os precedentes vinculantes podem ser formados para além das hipóteses do artigo 927 do diploma processual civil. As possibilidades serão analisadas adiante.

5.3.6 Embargos de divergência

O artigo 927 do Código de Processo Civil deve ser visto como meramente exemplificativo e como qualitativa e funcionalmente incompleto, tendo em conta que deixa de mencionar que a partir do julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais não

⁵⁹⁷ STJ – AgRg no REsp 1.871.695/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 04.05.2021.

⁵⁹⁸ STJ – EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1.316.819/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16.06.2020.

⁵⁹⁹ STJ – REsp 1.199.561/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 16.09.2014.

⁶⁰⁰ “3. *Havendo julgados oriundos apenas de uma das Turmas do STF, não há que se falar em precedente vinculante, por não se encontrar a situação abrangida por nenhuma das hipóteses do art. 927, do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal. 4. Ao menos enquanto o tema não for decidido com eficácia vinculante, a importante força persuasiva de decisão oriunda de uma das Turmas do STF não deve prevalecer quando ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ já a analisaram, optando por manter um entendimento contrário.*” (AgRg no AgInt no AREsp 430.131/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 09.12.2020).

repetitivos julgados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a partir do julgamento de embargos de divergência é possível formar precedentes⁶⁰¹.

Apesar de o Código de Processo Civil não dispor expressamente que os embargos de divergência formam precedentes vinculantes, uma leitura atenta e conjunta dos arts. 926 (dever de coerência da jurisprudência) e 927, inc. V, com o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal levam a esta conclusão⁶⁰².

O artigo 943 do Código de Processo Civil prevê as hipóteses de cabimento do indigitado recurso, sendo aplicável ao processo penal em virtude do artigo 3º do Código de Processo Penal.

Por essa razão, os embargos de divergência surgem como um recurso hábil para dirimir divergências prenunciadas entre os órgãos fracionários dos Tribunais Superiores (Turmas do STF ou Seções e Turmas do STJ) nos julgamentos do recurso especial e extraordinário, outorgando unidade ao direito e eliminando discussões no mesmo tribunal, seja na aplicação do direito material ou do direito processual (art. 1.043, § 2º, CPC).

Segundo Marinoni, não há qualquer dúvida que após definida a questão pela Seção do STJ – diante de embargos de divergência – as Turmas não podem decidir de modo contrário, a não ser que presentes os pressupostos para a revogação de precedente⁶⁰³.

O pressuposto para a oposição dos embargos de divergência é a existência de interpretação divergente na legislação aplicável ao caso concreto entre os órgãos fracionários do Tribunal. É irrelevante perquirir a situação em que se encontrava a jurisprudência ao tempo da oposição dos embargos de divergência, uma vez que a solução da controvérsia se dará levando-se em consideração a jurisprudência atual da Corte⁶⁰⁴.

Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária (art. 1.043, § 1º, CPC). Cabe, também, embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros (art. 1.043, § 3º, CPC). Gustavo Badaró aduz que o dispositivo deve receber interpretação extensiva ao acórdão

⁶⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 102.

⁶⁰² GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 176.

⁶⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 92.

⁶⁰⁴ STJ – AgInt nos EREsp 1.362.789/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Seção, julgado em 19.05.2020.

da mesma Seção, desde que sua composição tenha sido alterada em mais de metade dos seus membros⁶⁰⁵.

A divergência deverá ser comprovada pelo recorrente, atestando onde foi publicado o acórdão divergente, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados (art. 1.043, § 4º, CPC; art. 331, RISTF e art. 266, § 4º, RISTJ).

A identidade fática e jurídica dos casos é imprescindível, sob pena de, inclusive, inviabilizar o cotejo entre o acórdão impugnado e o paradigma. Além disso, somente haverá identidade de questão jurídica se houver coincidência de dispositivo legal, portanto, é necessário que a legislação objeto do recurso seja a mesma. Apenas as modificações legislativas substanciais que interfiram na solução da *quaestio iuris*, no entanto, devem ser consideradas como óbice para o cabimento do recurso⁶⁰⁶.

No Supremo Tribunal Federal, cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal (art. 330, RISTF), e a competência para julgamento será sempre do Plenário (art. 6º, IV, RISTF), mas o recurso deve ser dirigido ao relator, que será um dos Ministros da outra Turma (art. 76, RISTF).

Admitido os embargos, será determinada a sua distribuição (art. 335, § 3º, RISTF). Em contrapartida, se os embargos forem rejeitados monocraticamente pelo relator, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso (art. 335, § 2º, RISTF).

Entretanto, não cabem embargos de divergência, se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no mesmo sentido da decisão embargada (art. 332, RISTF e Súmula nº 168/STJ), bem como são incabíveis embargos de divergência invocando decisão monocrática como paradigma⁶⁰⁷ ou acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 965.

⁶⁰⁶ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 176.

⁶⁰⁷ “Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Processual Civil. 3. Cabimento dos embargos de divergência: art. 1043 do CPC/2015. 4. Decisão monocrática invocada como paradigma. Impossibilidade de utilização para a demonstração da divergência. 5. Decisão agravada em conformidade com a jurisprudência do STF. 6. Negado provimento ao agravo regimental.” (STF – ARE 1.250.524 AgR-EDv-AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23.11.2021). Outros julgados: RE 752.075 AgR-segundo-ED-EDv-AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 28.06.2021; ARE 841.153 EDv-ED, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07.10.2015.

⁶⁰⁸ “Cabem embargos de divergência contra acórdão de Turma que divirja de julgado da outra Turma ou do Pleno, não, porém, contra acórdão do Plenário.” (STF – AI 734.620 AgR-ED-EDv-ED, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 28.06.2012).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a competência para julgamento será da Corte Especial⁶⁰⁹ ou das Seções⁶¹⁰, e os embargos de divergência poderão ser indeferidos liminarmente quando forem intempestivos ou se não comprovada a divergência jurisprudencial atual, bem como poderá ser negado provimento caso a tese deduzida no recurso seja contrária a fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do STF ou do STJ ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema (art. 266-C, RISTJ).

O Superior Tribunal de Justiça, também, já firmou entendimento de que não é possível haver paradigmas, em Embargos de Divergência, de acórdão proferido em ações que possuem natureza jurídica de garantia constitucional, tais como: Habeas Corpus, Recurso Ordinário em Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Habeas Data e Mandado de Injunção⁶¹¹.

No entanto, o verbete sumular nº 316 do Superior Tribunal de Justiça admite embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial⁶¹², vale dizer, que julga o mérito do referido recurso, independentemente se provido ou não.

Caso o relator admita os embargos de divergência, abrirá vista ao embargado para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 267, *caput*, RISTJ), e, posteriormente, os autos serão conclusos ao relator, que pedirá a inclusão do feito em pauta para julgamento (art. 267, *parágrafo único*, RISTJ).

Por fim, para que as decisões em embargos de divergência formem precedentes vinculantes, é necessário que o recurso seja admitido e julgado pelo colegiado (Plenário do STF

⁶⁰⁹ Art. 11, RISTJ – Compete à Corte Especial processar e julgar: XIII – os embargos de divergência, se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, entre Seções, entre Turma e Seção que não integre ou entre Turma e Seção com a própria Corte Especial.

⁶¹⁰ Art. 12, *parágrafo único*, do RISTJ – Compete, ainda, às Seções: I – julgar embargos de divergência, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da Seção que integram.

⁶¹¹ (1) AgRg nos EAREsp 1.823.675/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Terceira Seção, julgado em 27.10.2021; (2) AgRg nos EREsp 1.844.293/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 26.08.2020; (3) AgRg nos EREsp 1.683.930/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 10.06.2020.

⁶¹² No mesmo sentido, o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal: “*Decisão de Turma do Supremo Tribunal Federal limitada a afirmar, à análise de agravo regimental em agravo em recurso extraordinário, a ausência dos pressupostos específicos de admissibilidade do recurso extraordinário cujo destrancamento se busca, sem emitir juízo algum sobre o mérito recursal, não enseja embargos de divergência, nos moldes do art. 546, II, do CPC. Hipótese distinta daquela em que a Turma, ao julgamento de agravo regimental, se pronuncia sobre o mérito de recurso extraordinário decidido monocraticamente pelo relator.*” (STF – ARE 734.148 AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 25.11.2015).

ou Corte Especial e Seções do STJ), pois o objetivo principal é elidir dissenso jurisprudencial *interna corporis*⁶¹³.

5.3.7 Habeas Corpus como formador de precedentes penais

Outro aspecto importante diz respeito à formação de precedentes judiciais por julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal em processos criminais não repetitivos, ou seja, fora do âmbito de incidência da lei processual civil (art. 927, III).

Por exemplo, o Habeas corpus, em que pese não estar elencado no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil, pode ser utilizado como um formador de precedentes penais, apresentando-se como valioso instrumento para assegurar racionalidade na jurisdição penal, pois importantes interpretações conferidas pelos órgãos colegiados dos Tribunais Superiores foram proferidas no bojo do remédio constitucional.

Todavia, ainda que formalmente não haja força vinculante, um julgado do Plenário em Habeas Corpus possui um impacto evidente no sistema jurídico e nos juízos inferiores, visto que qualquer caso pode aportar ao STF em Habeas Corpus, respeitadas as competências constitucionais, e então ser reformado em conformidade com a interpretação anteriormente assegurada pelo Plenário⁶¹⁴.

A título exemplificativo, em 22 de setembro de 2020 o Ministro Gilmar Mendes afetou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o tema referente a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal⁶¹⁵, reconhecendo o habeas corpus como formador de precedentes penais.

⁶¹³ “Além disso, pouco importa que, do ponto de vista psicológico, para o recorrente a eliminação da divergência interna do Tribunal superior não seja fim buscado, mas o meio para obter o seu direito subjetivo postulado no recurso especial ou extraordinário. Assim como no próprio recurso especial ou extraordinário, a finalidade de tais meios de impugnação, para o Tribunal, é nomofilática, e para o recorrente, é de tutela de seu direito subjetivo, a mesma diversidade se projeta nos embargos de divergência. (...) Em outras palavras, o embargante não interpõe os embargos de divergência para uniformizar a interpretação da lei, mas para ganhar, tendo reconhecido seu direito subjetivo” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, págs. 968-968).

⁶¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *O Habeas Corpus como formador de precedentes penais no STF*. Consultor Jurídico. Publicado em: 15 out. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/pensando-habeas-habeas-corporis-formador-precedentes-penais-stf#:~:text=Portanto%2C%20a%20consolida%C3%A7%C3%A3o%20e%20o,direitos%20fundamentais%20em%20mat%C3%A9ria%20criminal>> Acesso em: 21 fev. 2022.

⁶¹⁵ Colaciona-se trechos da decisão proferida no HC 185.913/DF: “Ainda que formalmente não haja força vinculante, um julgado do Plenário em habeas corpus possui um impacto evidente no sistema jurídico e nos juízos inferiores, visto que qualquer caso pode aportar ao STF em habeas corpus, respeitadas as competências constitucionais, e então ser reformado em conformidade com a interpretação anteriormente assegurada pelo Plenário (...) Pode-se afirmar, portanto, dada a sua importância para proteção efetiva de direitos fundamentais e pelo fortalecimento de uma teoria dos precedentes penais, que o habeas corpus tende a se consolidar como mecanismo apto a assentar precedentes pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da fixação de teses e demais mecanismos aqui descritos (...) Percebe-se, portanto, que o mecanismo de afetação do habeas corpus ao

Portanto, há uma tendência no Supremo Tribunal Federal de reconhecer como precedente vinculante as decisões prolatadas pelo Plenário, independentemente se julgadas em processo objetivo ou subjetivo.

Isso porque, diversas decisões proferidas em sede de Habeas Corpus são utilizadas como diretrizes para julgamentos posteriores, servindo inclusive de fundamento para a fixação de tese⁶¹⁶, declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais⁶¹⁷ ou para a edição de súmulas vinculantes⁶¹⁸.

Além disso, no âmbito criminal, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e a consequente formação de precedentes judiciais podem ocorrer mediante ações de controle de constitucionalidade, casos individuais com arguição incidental de constitucionalidade, recursos extraordinários, *habeas corpus* e mandados de segurança julgados pelo Plenário. Vale dizer, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julga não apenas questões constitucionais, mas também originariamente ações penais de determinadas autoridades ou mesmo casos individuais, inclusive *habeas corpus*, afetados pelo Relator ou pelas Turmas⁶¹⁹.

No julgamento do HC 143.333/PR, o Supremo Tribunal Federal decidiu que compete ao Relator, de maneira discricionária, a remessa de feitos ao Plenário para julgamento, sendo

Plenário consolida meio apto a fomentar o estabelecimento de tal ação como precedente judicial penal, com a fixação de tese a ser aplicada e reproduzida em outros casos e juízos, com o objetivo de assegurar segurança jurídica e assegurar a proteção efetiva de direitos fundamentais.”

⁶¹⁶ Vide.: HC n° 176.473/RR, julgado em 27.04.2020 (interrupção da prescrição pelo acórdão confirmatório em segundo grau); RHC n° 163.334/SC, julgado em 18.12.2019 (tipicidade do não recolhimento de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço na incidência do tipo penal do art. 2º, II, da Lei n° 8.137/1990); HC n° 166.373/PR, julgado em 02.10.2019 (ordem de alegações finais em casos com colaboradores premiados: primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado).

⁶¹⁷ Vide.: HC n° 82.959/SP, julgado em 23.02.2006 (inconstitucionalidade *incidenter tantum* do cumprimento de pena em regime integralmente fechado, assentada na antiga redação do artigo 2º, § 1º, da Lei n° 8.072/1990).

⁶¹⁸ Vide.: Em decorrência do julgamento do HC n° 82.959/SP, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n° 26: “*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*” A Súmula Vinculante n° 11 do Supremo Tribunal Federal também baseou-se no julgamento proferido no HC n° 91.952/SP. Assim, uma análise mais detida das decisões e das súmulas editadas pelo STF em matéria penal e processual penal, apontam que reiteradamente entendimentos firmados em julgamentos de Habeas corpus, tornaram-se precedentes emblemáticos na Corte.

⁶¹⁹ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 91 e 154-155.

irrecorrível a decisão⁶²⁰. Especificamente no que concerne aos habeas corpus, tal proceder é autorizado a partir dos artigos 6º, II, “c”⁶²¹ e 21, XI, do Regimento Interno do STF⁶²².

Os casos supracitados demonstram a tendência à abstrativização e à dessubjetivização das decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal diante da consolidação e o refinamento da teoria do *habeas corpus*. Assim, pode-se aventar a consolidação do *habeas corpus* como formador de precedentes penais no âmbito da corte, para o aprimoramento do processo penal brasileiro e a proeminência da corte na proteção de direitos fundamentais em matéria criminal. Ademais, reafirmando a força de tais precedentes, tende-se à racionalização do sistema judicial, reforçando a segurança jurídica e a previsibilidade do ordenamento⁶²³.

Logo, decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal podem formar precedentes vinculantes na seara penal, por força do artigo 927, inciso V, do Código de Processo Civil, a depender da *ratio decidendi*, com motivação adequada e qualificada⁶²⁴, após amplo debate público da questão⁶²⁵, com a participação de *animus curiae*, visto que o alcance do precedente afetará terceiros⁶²⁶.

⁶²⁰ Art. 305, RISTF – Não caberá recurso da deliberação da Turma ou do Relator que remeter o processo ao julgamento do Plenário, ou que determinar, em agravo de instrumento, o processamento de recurso denegado ou procrastinado.

⁶²¹ Art. 6º, *caput*, RISTF – Também compete ao Plenário: II – julgar: c) os habeas corpus remetidos ao seu julgamento pelo Relator.

⁶²² Art. 21, RISTF – São atribuições do Relator: XI – remeter habeas corpus ou recurso de habeas corpus ao julgamento do Plenário.

⁶²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *O Habeas Corpus como formador de precedentes penais no STF*. Consultor Jurídico. Publicado em: 15 out. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/pensando-habeas-habeas-corpus-formador-precedentes-penais-stf#:~:text=Portanto%2C%20a%20consolida%C3%A7%C3%A3o%20e%20o,direitos%20fundamentais%20em%20mat%C3%A9ria%20criminal>> Acesso em: 21 fev. 2022..

⁶²⁴ “Como dito anteriormente neste estudo, apenas a *ratio decidendi* das decisões tem o condão de gerar o efeito vinculante. Assim, se as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial possuírem *ratio decidendi* serão, pelo menos em tese, de observância obrigatória, por força do disposto no CPC, de 2015, desde que tenham fundamentação qualificada em restrita observância do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988 e do art. 489, § 1º, do CPC, de 2015.” (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 157).

⁶²⁵ “Ao nosso ver, em se tratando de caso individual julgado por estes órgãos, só formarão precedentes vinculantes, com aplicação da tese jurídica a terceiros, se houver o amplo debate com a possibilidade de participação de *amici curiae*, tal como estabelecido para os casos afetados.” (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 170).

⁶²⁶ “Desta forma, considera-se imprescindível garantir a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em todos os casos afetados ao Plenário/Corte Especial, justamente porque as decisões proferidas serão aplicadas a inúmeros outros casos além daquele individual em que houve a discussão.” (GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 164-165).

5.4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR

Como vimos, o Código de Processo Civil ressignificou o conceito de súmula, reconhecendo-as como guias de interpretação do Direito (artigo 927, II e IV), exigindo a sua vinculação com as circunstâncias fáticas do caso (art. 926, § 2º). Isso, por certo, aproximou as súmulas da lógica dos precedentes,⁶²⁷ a despeito de Luiz Guilherme Marinoni entender que as súmulas não são precedentes⁶²⁸.

Conquanto a crítica seja pertinente, o Código de Processo Civil permitiu ao Relator negar e dar provimento ao recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal (art. 932, inciso IV e V, “a”, CPC).

O Código de Processo Civil também autorizou o Relator julgar monocraticamente o recurso quando houver acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (alínea “b” dos incisos IV e V do art. 932), ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (alínea “c” dos incisos IV e V do art. 932). Todas as hipóteses elencadas nas alíneas dos incisos IV e V do artigo 932 são decisões com observância obrigatória, conforme previsão do artigo 927 do Código de Processo Civil, exceto as súmulas dos Tribunais locais ou regionais.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que o Ministro Relator continua podendo negar provimento, de forma monocrática, a recurso especial interposto contra a jurisprudência dominante, na forma do Regimento Interno do STJ, previsão que não afronta o disposto no art. 932, IV, do Código de Processo Civil, ainda mais quando o tema criminal já foi decidido no âmbito da Terceira Seção do Tribunal⁶²⁹.

⁶²⁷ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 106.

⁶²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pág. 286.

⁶²⁹ STJ – AgRg no REsp 1.871.695/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 04.05.2021.

Apesar da atual legislação não conter mais a previsão de o relator negar provimento ou seguimento a recurso interposto em confronto com a jurisprudência dominante⁶³⁰, o verbete sumular n° 568/STJ mantém-se hígido,⁶³¹ inclusive na seara criminal⁶³².

Portanto, a Súmula n° 568 do Superior Tribunal de Justiça é aplicável na seara criminal, porque toda decisão monocrática do relator estará sujeita à apreciação do órgão colegiado – juiz natural do recurso inicialmente interposto – em regra pela via do agravo regimental –, não implicando, por consequência, em ofensa ao princípio da colegialidade.

Além disso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal, faculta ao Relator negar seguimento a pedido ou recurso contrário à jurisprudência dominante do Tribunal.

Considerando que a lei não conceitua “jurisprudência dominante”, entendemos que o termo diga respeito à jurisprudência pacificada do Tribunal, de forma repetida e uniforme.

Por fim, Danyelle da Silva Galvão assevera que apesar de o artigo 932 do Código de Processo Civil não estabelecer diferenciação entre os recursos que tramitam perante os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e aqueles dos Tribunais Superiores, considera-se que a sua aplicação deva ser restrita aos recursos de matérias de Direito (recursos especial e extraordinário), sendo inadmissível em segunda instância, para o julgamento monocrático, por exemplo, do recurso em sentido estrito e da apelação no âmbito criminal⁶³³.

Assim, na jurisdição criminal, o julgamento monocrático pelo Relator só é admissível quando a pretensão recursal for eminentemente de direito, uma vez que em recursos com ampla

⁶³⁰ A redação do artigo 557, *caput*, do CPC/73, autorizava o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Entretanto, tal questão já foi superada pelo Superior Tribunal de Justiça: “*Nenhum método de interpretação da norma jurídica é objetivo o suficiente para levar a uma única resposta correta, todos eles envolvendo alguma atividade valorativa do hermeneuta, consciente ou não. O texto invocado (art. 932, IV, do CPC) não é fechado, deixando uma margem de discricionariedade ao julgador, porque em nenhum momento foi dito expressamente que não poderia mais haver a negativa singular de recurso contrário à jurisprudência dominante. Em outras palavras, a previsão do anterior CPC não foi reproduzida, isso é inegável, mas não há como saber com grau mínimo de certeza se houve silêncio eloquente ou mera omissão. Aliás, a razão de ser da nova previsão se basearia na adoção, pelo Brasil, do chamado stare decisis. Contudo, a suposição não é tão perfeita como poderia parecer, bastando perceber-se que não há relação absoluta entre o dispositivo invocado e as hipóteses descritas no art. 927, do CPC, relativas aos casos em que há formação de precedente vinculante.*” (STJ – AgRg no REsp 1.871.695/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 04.05.2021).

⁶³¹ A Súmula n° 568 possui a seguinte redação: “*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*”.

⁶³² A propósito: “*Não há nulidade no julgamento monocrático do recurso se a decisão singular foi proferida com base no entendimento atual firmado pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no artigo 932 do Código de Processo Civil c/c o enunciado n. 568/STJ.*” (STJ – AgInt nos EAREsp 1.029.346/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Corte Especial, julgado em 21.05.2019)

⁶³³ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, págs. 188-189.

devolutividade, que exige a realização de um juízo valorativo da prova aprofundado, tal fator praticamente inviabiliza a aplicação do artigo 932 do Código de Processo Civil.

5.5 REVISÃO CRIMINAL COMO INSTRUMENTO PARA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SUPERVENIENTE MAIS BENÉFICO AO ACUSADO: UMA ANÁLISE EM COTEJO COM A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Violado precedente ou jurisprudência uniformizadora, o meio adequado para fazer valer as razões para a solução do caso concreto é o recurso cabível da decisão que o violou⁶³⁴.

No entanto, é possível que uma decisão transitada em julgado tenha sido contrária à precedente vinculante firmado em data superveniente, que beneficie o acusado e que à época não era cognoscível porque o precedente ainda não havia sido formado, até porque, obviamente, existe um lapso temporal destinado a sua formação⁶³⁵.

Isso significa que até a formação do precedente podem ocorrer diversas interpretações nos Tribunais locais ou regionais, ou, até mesmo, nos Tribunais Superiores, acerca do significado do direito de um determinado dispositivo constitucional ou infraconstitucional federal, inviabilizando o entendimento pacificado da questão jurídica.

Somente a partir do momento em que a Corte Suprema atribuir a última palavra a respeito do sentido do direito constitucional ou federal é que os destinatários terão ciência e cognoscibilidade efetiva do precedente.

Em matéria penal ou processual penal de conteúdo misto-híbrido, caso sobrevenha, supervenientemente, um precedente vinculante mais benévolo ao réu, antes da extinção da pena, a revisão criminal pode ser utilizada (art. 621, I, CPP), em analogia ao artigo 966, § 5º, do Código de Processo Civil, que trata da ação rescisória.

O raciocínio é de que a ação rescisória e revisão criminal possuem a mesma lógica jurídica: rescindir uma decisão transitada em julgada. Desse modo, é possível utilizar-se das hipótese ampliativas de cabimento da ação rescisória (art. 966, CPC), em específico o § 5º do dispositivo, para a revisão criminal (art. 621, CPP), pois inexistente qualquer incompatibilidade.

⁶³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pág. 109.

⁶³⁵ “É igualmente preciso ter presente, contudo, que não é possível seguir um precedente inexistente. Nenhuma corte pode violar uma orientação que ainda não existe. É uma questão lógica. É claro que, existindo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, qualquer decisão posterior contrária transitada em julgado pode e deve ser rescindida mediante ação rescisória (art. 966, V, do CPC).” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, págs. 133-134).

Antes disso, é essencial que se atente para as categorias próprias do Direito Penal e Processo Penal, que têm regramentos específicos no que tange à retroatividade normativa⁶³⁶.

A irretroatividade em matéria penal consiste na obrigatoriedade quanto à atualidade da lei penal e determina que essa só alcance os fatos que foram cometidos em data pretérita ao início da sua vigência, não podendo incidir sobre os que ocorreram em momento posterior. Isso porque, quando da prática da conduta, os fatos não eram considerados crimes ou restavam punidos de forma menos severa⁶³⁷.

O princípio geral é o de que as leis são feitas para o futuro e não para o passado. Daí o princípio geral da irretroatividade das leis, isto é, a lei nova não se aplica e não pode retroagir para incidir sobre fatos que ocorreram antes da sua vigência. Por outro lado, se a lei nova descriminaliza fato até então considerado crime ou beneficia o réu de algum modo, sua retroeficácia é de rigor. Em caso de lei processual penal, a regra é da sua incidência imediata. A regra é: *tempus regit actum* (o tempo rege o ato)⁶³⁸.

Em síntese: o direito penal é regido pelos princípios da irretroatividade da lei penal e da retroatividade da lei mais benigna⁶³⁹. Por sua vez, o direito processual penal rege-se pelo princípio *tempus regit actum*, que se relaciona aos atos do processo, isto é, regras de conteúdo processual penal possuem aplicabilidade imediata aos processos já em andamento⁶⁴⁰, desde que o ato ainda não tenha sido praticado (situação processual pendente quando da vigência da lei).

Pelo princípio da aplicação imediata, em processos já em andamento, os atos que ainda não se tenham iniciado serão praticados já sob a disciplina da nova legislação. A lei processual penal não tem efeito retroativo, uma vez que não alcança os fatos jurídicos passados⁶⁴¹.

⁶³⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 141.

⁶³⁷ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 179.

⁶³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, págs. 89-90.

⁶³⁹ “Na verdade, a irretroatividade penal é corolário do princípio da anterioridade da lei penal, segundo o qual uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a determinado fato concreto caso estivesse em vigor antes da sua prática. O princípio da irretroatividade da lei penal limita-se às normas penais de caráter material.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 170).

⁶⁴⁰ “Retroatividade é a imposição de uma lei a fatos pretéritos ou situações consumadas antes do início de sua vigência. Já a aplicação imediata é a sua incidência sobre fatos e situações pendentes quando a lei entra em vigor.” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 107). Como exemplo cita-se o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao interpretar o artigo 400 do Código de Processo Penal, e deslocando o interrogatório como último ato da instrução processual, no rito das ações penais de competência originária, pois tal prática é benéfica à defesa, estendendo-se aos demais procedimentos, com exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. (AP 528 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24.03.2011).

⁶⁴¹ MOUGENOT, Edilson. *Código de processo penal anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 27.

Na verdade, as razões até aqui esposadas decorrem de cláusula constitucional expressa, que estabelece que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, CRFB/88). Logo, há uma proibição constitucional de retroatividade da lei penal mais severa. A retroatividade incide apenas quando a lei penal for mais benévola ao acusado.

Do enunciado constitucional deriva outros dispositivos do Código Penal: (i) a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (art. 2º, *parágrafo único*, CP); (ii) ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando os efeitos penais da sentença condenatória (art. 2º, *caput*, CP); (iii) extingue-se a punibilidade pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso (art. 107, III, CP).

Portanto, o princípio da irretroatividade vige somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no Direito intertemporal, a aplicação retroativa da lei mais favorável (art. 5º, XL, da CF), de acordo com o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. A lei nova que for mais favorável ao réu sempre retroage⁶⁴².

A discussão ganha outros contornos quando se trata de alterações jurisprudenciais supervenientes, no tocante ao direito material ou leis processuais penais de conteúdo misto.

A análise da questão deve ser feita de maneira dividida: alterações *in bonam partem* ou *in malam partem*. Sabe-se que com o *overruling* não há modificação ou revogação legislativa, apenas modificação de entendimento perante os Tribunais Superiores que trazem consequências aos processos em curso e àqueles já transitados em julgado. As alterações jurisprudenciais benéficas ao acusado devem ter o mesmo tratamento concedido à legislação, qual seja, de aplicação imediata e consequente retroatividade⁶⁴³.

Caso seja proferida decisão de efeito vinculante favorável ao réu relativa a direito penal material, aplica-se à regra contida no artigo 2º, *parágrafo único*, do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição, ou seja, os efeitos da decisão serão de incidência imediata, e retroagirão para beneficiar infrações praticadas antes da fixação do precedente⁶⁴⁴.

No que tange aos precedentes que veiculam matéria afeta ao direito processual penal, vige, como vimos, o brocardo *tempus regit actum* (art. 2º, CPP), aplicando-se os precedentes imediatamente aos processos em curso, independentemente se favorável ao réu ou não, exceto

⁶⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 19.

⁶⁴³ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 194.

⁶⁴⁴ MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: breves considerações*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 65, Rio de Janeiro: jul./set, 2017, pág. 180.

se a questão processual já estiver acobertada pelo manto da preclusão ou coisa julgada e desde que o ato processual ainda não tenha sido iniciado.

Ou seja, havendo modificação de precedente sobre matéria unicamente de direito processual, o novo posicionamento deve ser aplicado a partir de então, de maneira ultrativa, mesmo que atinja processos cujos fatos são anteriores à formação do novo precedente⁶⁴⁵.

Cabe enfatizar que o princípio do *tempus regit actum* somente se aplica para regras de conteúdo processual “puro” e não quando se tratar de normas processuais penais mistas ou materiais.⁶⁴⁶ Sobre as duas últimas, Badaró apresenta a corrente restritiva⁶⁴⁷ e a corrente ampliativa⁶⁴⁸. No tocante às normas processuais “puras”, ou exclusivamente processuais, não há dúvida de que o critério a ser aplicado é o *tempus regit actum*⁶⁴⁹.

Nos casos de normas mistas ou híbridas, que compreendem não apenas matéria processual, mas também matéria penal, a regra da incidência imediata da lei processual penal não se aplicaria. Para estas, aplicar-se-á o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao acusado, especialmente porque tais normas são indecomponíveis, razão pela qual não podem retroagir para prejudicar o réu, tampouco podem ter aplicação parcial⁶⁵⁰. Isso porque a irretroatividade atinge também as normas híbridas ou mistas⁶⁵¹.

Por isso, caso a decisão com efeito vinculativo trate de questão mista, aplica-se o mesmo critério do direito penal, vale dizer, tratando-se de norma benéfica, retroage para beneficiar o réu, caso seja prejudicial, os casos anteriores à fixação do precedente serão regulados pelo entendimento anterior (ultratatividade do entendimento mais benéfico)⁶⁵².

⁶⁴⁵ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 192.

⁶⁴⁶ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 185.

⁶⁴⁷ Seriam normas formalmente processuais, mas substancialmente materiais, aquelas relativas ao direito de queixa, ao de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção, entre outras.

⁶⁴⁸ São aquelas normas que estabelecem condições de procedibilidade, constituição e competência dos tribunais, meios de prova e eficácia probatória, grau de recurso, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão.

⁶⁴⁹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pág. 109.

⁶⁵⁰ Mougenot, Edilson. *Código de processo penal anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 29.

⁶⁵¹ “Também são alcançadas pela irretroatividade aquelas normas conhecidas como híbridas, ou seja, leis penais que disciplinam matéria tanto de natureza penal quanto de natureza processual penal. Toda lei penal (material ou processual) que, de alguma forma, represente um gravame aos direitos de liberdade, que agrave as consequências penais diretas do crime, criminalize condutas, restrinja a liberdade, reduza os meios de defesa, simplifique os procedimentos penais, ou limite a produção de provas, caracteriza lei penal mais grave e, consequentemente, não pode retroagir.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 180-181).

⁶⁵² MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: breves considerações*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 65, Rio de Janeiro: jul./set, 2017, pág. 180.

Portanto, se o precedente, ao interpretar dispositivo de lei de direito material ou questão mista (prescrição, por exemplo), de algum modo beneficiar o acusado, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que já decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Um exemplo de regra mista é o artigo 366 do Código de Processo Penal, que conjuga disposições de natureza processual (suspensão do processo em caso de citação por edital) e material (suspensão do curso da prescrição)⁶⁵³.

Desse modo, com relação as questões de direito material ou processual penal de conteúdo misto, é possível a retroação do precedente, que foi alterado, total ou parcialmente, para beneficiar o acusado, admitindo-se, com isso, o ajuizamento da revisão criminal, mesmo após o trânsito em julgado⁶⁵⁴, seja descriminalizando uma conduta (art. 2º, *caput*, CP⁶⁵⁵), ou fixando critérios de um benefício despenalizador⁶⁵⁶.

Entretanto, se o precedente for desfavorável ao réu, criminalizando uma determinada conduta, terá apenas aplicabilidade prospectiva e efeitos futuros.

Porém, por lealdade acadêmica, destacamos que é assente no STJ e no STF a impossibilidade de revisão criminal com fulcro no art. 621, I, do CPP, em razão de modificação de entendimento jurisprudencial⁶⁵⁷. O Superior Tribunal de Justiça entende que a mudança de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal visando à sua aplicação retroativa⁶⁵⁸.

⁶⁵³ A propósito: “*A Lei n. 9.271/1996, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal, possui conteúdo misto, só sendo aplicável aos fatos criminosos cometidos após sua vigência.*” (AgRg nos EDcl no RHC 141.977/TO, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julgado em 07.12.2021) No mesmo sentido: AgRg no RHC 101.182/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, Sexta Turma, julgado em 24.09.2019; HC 326.204/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 10.11.2015; HC 148.066/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21.06.2011; HC 143.310/GO, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 03.05.2011; HC 132.126/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 09.11.2010.

⁶⁵⁴ O pressuposto lógico e inarredável da revisão criminal, ação autônoma de impugnação que dá ensejo à criação de nova relação jurídico-processual, é justamente o trânsito em julgado da decisão condenatória (art. 625, § 1º, CPP e art. 264, RISTF), pois a lei processual se refere a processos findos (art. 621, *caput*, CPP).

⁶⁵⁵ Exemplificativamente: se um precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça não reconhece mais uma determinada conduta como sendo crime, por razões óbvias, todos os réus que foram condenados anteriormente, ainda que a decisão já tenha transitado em julgado, não podem mais sofrer os efeitos penais da sentença condenatória, por fato anterior, que precedente posterior deixa de considerar crime. Trata-se de uma hipótese ampliativa da *abolitio criminis*, extinguindo-se a punibilidade independentemente da atual fase processual (art. 107, III, CP). A respeito do tema: “*A lex mitior – seja abolitio criminis – seja qualquer alteração in mellius – retroage a aplica-se imediatamente aos processos em andamento, aos fatos delituosos cujos processos ainda não foram iniciados e, inclusive, aos processos com decisão condenatória já transitada em julgado.*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 174)

⁶⁵⁶ O acordo de não persecução penal (ANPP), por exemplo, foi criado pela Lei nº 13.964/2019 (art. 28-A, CPP). Defendemos a proposta de que o benefício deve retroagir para alcançar fatos anteriores à sua criação.

⁶⁵⁷ AgInt no HC 388.324/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 20.02.2018.

⁶⁵⁸ AgRg no HC 674.334/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19.10.2021; Outros julgados: HC 459.896/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em

Contudo, Gustavo Badaró discorda do entendimento do STJ, pois a questão deve ser tratada a partir de uma relação de complementariedade entre a lei e sua interpretação. Se houve uma mudança jurisprudencial em tema já estável e consolidado, num sentido mais benéfico aos acusados, isso não poderia deixar de ser levado em conta. Nessa nova relação entre lei e juiz, é compreensível que, com base em um mesmo texto de lei penal, uma conduta que ontem era criminosa, sendo justa a condenação penal de quem a praticou, hoje deixe de ser crime e não mais se puna quem a pratique. O autor defende a admissão da revisão criminal, com fundamento no inciso I do art. 621 do CPP, quando um alto Tribunal tem um entendimento firme, aplicado há tempos, e houver mudança dessa jurisprudência, num sentido benéfico ao acusado⁶⁵⁹. Em idêntico sentido, o posicionamento de Luís Felipe Schneider Kircher⁶⁶⁰.

A segurança jurídica não é obtida apenas através da lei, mas também dos precedentes judiciais. Portanto, se a lei penal mais benigna retroage em benefício do acusado, por idênticas razões o precedente judicial, em questões de direito material ou processual penal de conteúdo misto, também deve retroagir.

Não há sequer violação aos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada, porque o texto constitucional permite a retroatividade da lei penal mais favorável ao réu. É justamente a isonomia que fundamenta a retroatividade do precedente mais benéfico em sede penal, pois o fator tempo – para a formação do precedente – não pode beneficiar uns em detrimento de outros.

Nesse caso, a questão temporal é o ponto nevrálgico da questão: caso o precedente tenha sido formado antes da decisão a ser recorrida, não se admite a revisão criminal como sucedâneo recursal, porque presume-se que a parte tinha ciência – ou ao menos deveria ter – do entendimento jurisprudencial vigente, devendo utilizar-se da via recursal ordinária.

04.09.2018; AgRg no AREsp 511.248/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 10.04.2018; AgRg no REsp 1.664.428/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 20.03.2018; HC 420.467/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 12.12.2017; AgRg no AREsp 1.066.391/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21.11.2017; AgRg no REsp 1.663.112/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 03.08.2017.

⁶⁵⁹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, págs. 1.008-1.010.

⁶⁶⁰ “De outro lado, quanto à retroatividade benéfica do precedente, esta também será imperativa frente ao dispositivo constitucional (art. 5º, inciso XL, da Constituição de 1988). Nesse ponto, os precedentes in bonam partem incidem inclusive em casos transitados em julgado, permitindo a utilização de revisão criminal (artigo 621, I, do CPP). Dessarte, no âmbito penal, o comando de retroatividade benigna e irretroatividade in malam partem dos precedentes deve ser lido não como uma faculdade, mas sim como uma obrigatoriedade de cariz constitucional. Por essa razão, o disposto no artigo 927, § 3º, do CPC não tem aplicabilidade na teoria dos precedentes vinculantes criminais. Já quanto aos precedentes que versam estritamente sobre matéria de Direito Processual, estes terão aplicabilidade imediata, não se lhes aplicando a regra geral da irretroatividade. Isso em decorrência do princípio que rege as alterações no âmbito processual, qual seja, *tempus regit actum* (o ato processual deve ser regido pela norma que está em vigor quando de sua aplicação)”. (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, págs. 186-187).

Por sua vez, o manejo da revisão criminal apenas será admitido quando o precedente vinculante, favorável ao acusado, for firmado após o trânsito em julgado do processo criminal, porquanto era impossível o réu invocar à época precedente que sequer havia sido definido. É um raciocínio lógico: não é possível seguir um precedente inexistente.

No STF, o entendimento é de que não cabe revisão criminal em razão de meras variações jurisprudenciais, ressalvadas situações excepcionais de *abolitio criminis* ou declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais (inclusive *incidenter tantum*)⁶⁶¹.

No entanto, parece-nos que a melhor exegese à luz dos artigos 5º, LX, da Constituição Federal, artigos 2º, *parágrafo único*, e 107, III, do Código Penal, artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal e do artigo 966, § 5º, do Código de Processo Civil, é permitir o ajuizamento da revisão criminal para assegurar entendimento jurisprudencial superveniente mais favorável ao réu. Trata-se de uma interpretação sistemática da ordem jurídica atual.

Em resumo: a revisão criminal pode ser utilizada para assegurar a aplicação do entendimento jurisprudencial superveniente mais favorável ao réu, desde que o precedente tenha sido formado após o trânsito em julgado do caso, na medida em que não é possível invocar um precedente até então inexistente.

⁶⁶¹ HC 153.805 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 11.09.2018; RvC 5457 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2017.

6. CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, uma premissa elementar restou evidenciada: todo indivíduo molda suas condutas e pauta suas escolhas com base não apenas na lei, mas também de acordo com a interpretação conferida pelo Poder Judiciário acerca do significado do texto normativo, podendo-se afirmar que as decisões dos tribunais guiam também comportamentos e criam nos jurisdicionados a legítima expectativa de que os precedentes serão seguidos pelos órgãos julgadores com estabilidade e previsibilidade.

Assim, é lícito esperar de um modelo de precedentes um mecanismo permeado pela segurança jurídica, previsibilidade e igualdade de todos perante a jurisdição. Ninguém estará certo dos seus direitos se a jurisprudência for incerta.

No entanto, considerando-se a realidade da justiça criminal brasileira, constata-se com facilidade que o jurisdicionado tem grande dificuldade para antever como uma questão de direito será resolvida. Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem precedentes e modelos mínimos de racionalidade ao decidirem.

Pior do que isso, no cenário jurídico atual aceita-se com tamanha naturalidade a ideia de juízes e tribunais proferirem decisões diferentes em casos símiles, até mesmo em um intervalo curto de tempo, em completo desprestígio à isonomia e à segurança jurídica. Os próprios Tribunais mostram-se receosos em adotar um modelo precedentalista.

Essa é a situação caótica que presenciamos hoje, em que se aceita com certa tranquilidade a concomitância de decisões desiguais para casos similares, em total desprestígio à isonomia e à segurança jurídica, a medida tende a ser bastante salutar.

Em excelente oportunidade, o Código de Processo Civil tornou mais objetivo o tema precedentes judiciais, introduzindo, na conjugação dos 926 e 927, respectivamente, diretrizes para os tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, além de elencar um rol de precedentes obrigatórios. Porém, como vimos, os precedentes vinculantes podem ser formados para além das hipóteses do artigo 927 do diploma processual civil.

Foi apresentada, ainda, a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal para garantir a aplicação do entendimento jurisprudencial superveniente mais favorável ao acusado, que não era cognoscível à época, desde que o precedente tenha sido formado após o trânsito em julgado do caso, consoante o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. A precedente novo, em matéria penal ou processual penal de conteúdo misto-híbrido, que for mais favorável ao réu, sempre retroage.

Isso demonstra que há uma tendência evidente no ordenamento jurídico brasileiro de prestigiar os precedentes judiciais de forma mais expressiva, sobretudo das Cortes Superiores, superando a insegurança e a desigualdade advinda de decisões conflitantes em situações jurídicas semelhantes.

Tanto o artigo 926 quanto o artigo 927, ambos do Código de Processo Civil, aplicam-se ao processo penal, pois não há regramento próprio na legislação processual penal, bem como inexistente qualquer conflito com as regras e princípios próprios do direito penal e processo penal, ou seja, todos os juízes estão vinculados aos precedentes firmados pelas Cortes Supremas.

Portanto, parte-se da hipótese de que é possível a aplicação do modelo dos precedentes judiciais, empregando os dispositivos legais do Código de Processo Civil ao processo penal, notadamente por ser um instrumento hábil para assegurar segurança jurídica, previsibilidade e isonomia a todos os jurisdicionados.

Cabe destacar, também, que o Código de Processo Civil tornou apenas formal a necessidade de respeitar um sistema de precedentes vinculantes, mas, na essência, essa matéria não tem uma relação direta com a legislação processual civil, na medida em que decorre da superação do cognitivismo interpretativo e do reconhecimento da dupla indeterminação do Direito. Em outros termos: um modelo de precedentes independe de expressa previsão do direito positivo, pois deriva do papel adscritivo da interpretação

Além disso, não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição, aproximando-se mais do modelo do *common law*. Em outros termos: o significado de direito no Estado contemporâneo se alterou com a evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo, e a transformação do conceito de lei, direito e jurisdição, e fez surgir uma nova racionalidade jurídica no *civil law*, admitindo-se um modelo de precedentes também neste sistema.

Tal aproximação se deve, principalmente, a evolução da teoria da interpretação, que coloca, no estágio atual, nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito ou definir a interpretação adequada do texto legal.

Demonstrou-se, com isso, a diferença substancial entre as Cortes Superiores e as Cortes de Justiça, assim como o papel do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no estágio atual da jurisdição penal, pois são Tribunais encarregados de outorgarem a última palavra sobre a interpretação da constituição e da legislação.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior de Justiça precisam ser vistos como cortes de interpretação e de precedentes, e não como cortes de justiça ou revisão.

Por fim, é necessário compreender, de uma vez por todas, que a lei mudou de lugar e que o direito deixou de significar lei. A lei não está mais situada, exclusivamente, no Parlamento. Dessa forma, os magistrados participam ativamente do desenvolvimento da lei, ao produzir a norma para o caso concreto. Logo, o juiz também faz parte do conceito da “lei”, porquanto se o texto legal fosse autoaplicável, os juízes seriam dispensáveis.

A lei é ponto de partida, não é ponto de chegada. O direito não se esgota na lei e o jurista não pode ficar refém da literalidade do texto. É o processo evolutivo do juiz aplicador literal da lei para o juiz criador do direito (norma jurídica).

Atualmente, a metáfora do juiz *bouche de la loi* (“boca da lei”) deve ser alterada para *bouche du droit* (“boca do Direito”). O *slogan* “império da lei”, expressão conferida por Dworkin, deve ser concebido como “império do direito”.

Por essas razões, é necessário que os juízes e Tribunais internalizem uma verdadeira cultura do precedente, considerando todo o ambiente judiciário precedentalista formado pelas Cortes Supremas, respeitando-se os precedentes formados.

A introdução de um modelo de precedentes vinculantes no processo penal, não só é possível, como socialmente inadiável. Ou os precedentes “vinculam” ou não se tem um “modelo de precedentes”. Seguir ou não seguir um precedente de um Tribunal Superior não pode ser uma mera opção.

Diante da abrangência do tema, o presente estudo, embora útil para contribuir com o avanço acadêmico, considera ser característica a incompletude, vale dizer, trata-se de trabalho em constante vir-a-ser, sempre passível de reformulação, motivo pelo qual realizo o esforço de distancia-lo de qualquer proposição de verdade absoluta.

Como já mencionado, o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto e todos os flancos de argumentação a respeito do tema, diante da sua amplitude, visando tão somente um lento subir a escada, degrau a degrau. É apenas o embrião de um projeto acadêmico que deve germinar e dar frutos, na perspectiva de oxigenar os horizontes do mundo empírico. Trata-se de um pequeno passo que faz parte de uma longa caminhada.

Espera-se que o presente trabalho seja assimilado pela ideia de respeito aos precedentes, a fim de que possa iluminar o caminho em busca de uma maior racionalização e previsibilidade das decisões proferidas no âmbito da jurisdição penal

Por fim, espera-se, também, que os resultados obtidos tenham sido frutíferos e profícuos, com uma contribuição para a sociedade e toda comunidade científica. Por isso mesmo, a publicação deste trabalho é como o lançamento de sementes num solo arado. Quem sabe, num futuro próximo, a safra possa florescer portentosa e benfazeja.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiro, 2011.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade, segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea*. Tese de Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BECKER, Marina. *Tentativa criminosa*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- BRETAS, Adriano. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM Editora, 2006.
- BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *Moderna Teoria do Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d' Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Luciano Saboia Rinaldi de. *Precedentes judiciais*. Revista da EMERJ, v. 21, n. 3, t. 2, Rio de Janeiro: set./dez, 2019.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CORTES, Oscar Mendes Paixão. *O futuro da recorribilidade extraordinária e o novo código de processo civil*, In *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, Organizadores Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira, Vol. III, Salvador: JusPodium, 2014.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015.

DIDIER JR. Fredie et ali. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpidio. *A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>> Acesso em: 05 out. 2021.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. *O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e suas implicações no direito processual penal*. Revista dos Tribunais, nº 971, set. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. *Formas da razão – Racionalidade jurídica e fundamentação do direito*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

MACÊDO, Lucas Baril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Elmer da Silva. *Os Precedentes Judiciais Obrigatórios como Fonte do Direito no Estado Constitucional Brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015.

MAZZEI, Rodrigo. *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 65, jul./set., 2017. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rodrigo_Mazzei_%26_Maira_Ramos_Cerqueira.pdf> Acesso em: 30 jul. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O Precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MOUGENOT, Edilson. *Código de processo penal anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
NERI, Bianca Garcia; Lima, Barbara Gaeta Dornellas de. *A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica*. Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição, vol. 2, n. 1, Brasília: jan/jun. 2016). Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322621174_A_Forca_dos_Precedentes_Judiciais_no_Processo_Penal_Uma_Busca_pela_Igualdade_e_Seguranca_Juridica/fulltext/5a6339e34585158bca4d6d6b/A-Forca-dos-Precedentes-Judiciais-no-Processo-Penal-Uma-Busca-pela-Igualdade-e-Seguranca-Juridica.pdf> Acesso em: 18 out. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direito Constitucional Internacional, Reforma das Nações Unidas e Corte Constitucional Internacional*. Revista da AJURIS, vol. 43, n. 141, Porto Alegre: dez, 2016). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.02.pdf> Acesso em: 14 jun. 2021.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Hermenêutica para a compreensão da Corte Constitucional Internacional e Novo Mundo*. RIHJ, ano 14, n. 20, Belo Horizonte: jul/dez. 2016). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3904242/mod_resource/content/1/Pagliariini.pdf> Acesso em: 02 jul. 2021.

PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. Dissertação em Direito – Universidade Federal do Paraná, 2011.

SABINO, Marco Antonio de Costa. O precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil, Revista Dialética de Direito Processual Civil, n. 85, abr. 2010.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

SILVA, Bruno Nova. *A (ir)retroatividade das alterações jurisprudenciais: uma nova leitura do princípio da legalidade penal em meio à teoria dos precedentes*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

TARUFFO, Michele. *Linee per una Riforma della Cassazione Civile*”, *Il Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile*: Il Mulino, 1991.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZANETI JR, 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: *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.