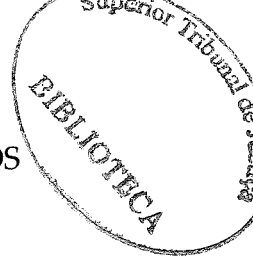


ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS



*Coordenação científica*

Luis Felipe Salomão

Reynaldo Soares da Fonseca

Renata Gil de Alcantara Videira

Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer

Daniel Castro Gomes da Costa

## SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO

Belo Horizonte

**FORUM**

CONHECIMENTO JURÍDICO

2021

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto ( <i>in memoriam</i> )	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

# FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Apoio: Associação dos Magistrados Brasileiros

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail [editorial@editoraforum.com.br](mailto:editorial@editoraforum.com.br) para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com AACR2

SI623 Sistema penal contemporâneo / Associação dos Magistrados Brasileiros [et al.] ... (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2021.

584p. ; 17cm x 24cm.  
ISBN: 978-65-5518-205-7

1. Direito Penal. 2. Direito Processual Penal. 3. Direito Constitucional. I. Associação dos Magistrados Brasileiros II. Salomão, Luis Felipe. II. Fonseca, Reynaldo Soares da. III. Videira, Renata Gil de Alcantara. IV. Szporer, Patrícia Cerqueira Kertzman. V. Costa, Daniel Castro Gomes da. VI. Título.

CDD: 341.2

CDU: 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; SALOMÃO, Luis Felipe; FONSECA, Reynaldo Soares da; VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara; SZPORER, Patrícia Cerqueira Kertzman; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Sistema penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 584p. ISBN 978-65-5518-205-7.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA

Nº

DATA

1206088

# A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA EFICÁCIA VERTICAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL BRASILEIRO

OG FERNANDES

FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER

JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA

## Introdução

O CPC trouxe para o centro do debate – tanto na academia quanto nos tribunais – os precedentes vinculantes, temática que, embora não seja absolutamente nova no Brasil, ganhou muita força com o advento da nova legislação processual.

É imprescindível avaliar qual o alcance desse recém-implantado sistema de precedentes, mormente considerando a nossa tradição jurídica estar incluída na família do *civil law*.

Alguns questionamentos têm que ser enfrentados nessa jornada: 1) A eficácia obrigatória dos precedentes dos tribunais superiores é algo que pode ser depreendido diretamente da Constituição Federal? 2) O rol de precedentes vinculantes previsto no art. 927 do CPC é exemplificativo ou taxativo? 3) O Brasil possui um sistema completo de precedentes obrigatórios que se estende ao sistema de justiça criminal? 4) Há aplicação subsidiária ou supletiva do CPC no CPP, especialmente no que tange ao sistema de precedentes? 5) Qual a posição da Terceira Seção do STJ, órgão responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal na área criminal (art. 12, parágrafo único, do RISTJ), sobre a formação e aplicação de precedentes vinculantes no Direito Penal? 6) Os julgados proferidos pela Terceira Seção do STJ em sede de competência originária são dotados de força vinculante, em face do disposto no art. 927, V, do CPC, que faz menção apenas a “plenário” e a “órgão especial”? 7) Afigura-se correta a assertiva de serem o *habeas corpus* e o mandado de segurança criminal destinados apenas a garantir o direito fundamental à liberdade individual, não podendo gerar precedentes vinculantes para terceiros?

Enfrentaremos essas questões no presente artigo, apresentando, ao final, nossas conclusões.

## 1 A legitimidade filosófica do *stare decisis*

Embora não possamos tomar a afirmação como absoluta, nem devamos colocá-la com uma verdade ao longo de toda a história do mundo ocidental, a literatura relativa à família do *civil law*, desde o final do século XVIII, tem dado grande ênfase à importância dos valores “certeza” e “verdade”, os quais seriam obtidos por meio da legislação, cabendo ao magistrado *revelar* os referidos valores no caso concreto por meio da mais ampla cognição;<sup>1</sup> em contraste, no *common law* “certeza” e “verdade” seriam oriundas da força jurídica atribuída às decisões judiciais.<sup>2</sup>

Porém, engana-se quem pensa que essas duas influentes tradições jurídicas do mundo contemporâneo<sup>3</sup> se diferenciam apenas pelo critério das fontes do direito. Além de existirem várias outras maneiras de distingui-las, há muitos e muitos anos a edição de atos legislativos abstratos e gerais está presente no *common law*, sobretudo no sistema de justiça penal, bastando perceber que desde 1812, no julgamento do caso *The United States v. Hudson and Goodwin*, a Suprema Corte dos Estados Unidos banuiu a criação de crimes por precedentes, entendendo que apenas o Congresso teria essa atribuição.<sup>4</sup>

Assim, para o *common law*, a adesão ao positivismo jurídico também consiste na observância da lei, dos atos oriundos do Poder Legislativo, assim como no uso de técnicas de avaliação das provas, de interpretação de textos legais ou previsões contratuais, na aplicação de regras para os fatos da causa – podendo significar aplicá-la a uma nova e imprevista situação, na escolha entre estabelecer normas amplas, chamadas de padrões, ou normas estreitas ou específicas. Além disso, como não poderia deixar de ser, consiste igualmente em efetuar analogias e distinções entre precedentes para aplicação no caso em análise (aplicando-os ou efetuando distinções). O uso de precedentes em um novo caso, para eles, tem um papel central no sistema jurídico, havendo um domínio do raciocínio por analogia, ainda que, na prática, o rigor intelectual seja somente aparente em muitos exemplos.<sup>5</sup>

Não sem a crítica filosófica de muitos, a vinculação a precedentes sob o ponto de vista vertical, de cima para baixo, surgiu no século XVIII, ou mesmo antes, mas o constrangimento a observá-los sob o ponto de vista horizontal não se tornou aceito antes do século XIX,<sup>6</sup> o que, no *common law*, não teve nenhuma relação com uma determinação oriunda do Poder Legislativo.

<sup>1</sup> FERRAZ, Tais Schilling. Os desafios do modelo brasileiro de precedentes. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 65, n. 473, p. 11-12, mar. 2017.

<sup>2</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 48 e 49.

<sup>3</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 1.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/32/>. Acesso em: 17 out. 2020.

<sup>5</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 175 e 176.

<sup>6</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 42.

Tushnet enfatiza duas diretrizes que justificam a vinculação a precedentes: eficiência e humildade. Ressaltando uma maior importância da primeira para o sentido vertical, ele diz o seguinte:

Imagine a hipótese na qual um juiz ou tribunal de grau inferior receba uma causa contendo questão jurídica idêntica à que já foi submetida e resolvida no âmbito de um juiz ou tribunal de instância hierarquicamente superior. Suponha também que o julgador da instância inferior desconsidere a lógica do sistema de precedentes e, ao contrário, examine o mérito da questão jurídica sob uma ótica jurídica exclusivamente pessoal. Se a solução dada à causa pelo julgador originário, nesta hipótese, seguir a mesma linha de orientação já estabelecida pelo juiz ou tribunal de instância superior, tanto esse julgador quanto às partes litigantes terão despendido o seu tempo e os seus esforços inutilmente. Assim, parece simplesmente eficiente solucionar-se a questão mediante remissão ao precedente já estabelecido em decisão da Corte superior. Por outra, se o julgador originário soluciona a questão de maneira contrária àquela com que operou o julgador da instância superior, a parte vencida pode recorrer e o órgão julgador da instância superior reformará a decisão originária por ter cometido (sob o prisma do julgador da instância superior) um equívoco jurídico. Mas, se a parte vencida não apelar por lhe faltarem recursos materiais para tanto – é difícil imaginar que outro motivo haveria para impedir um recurso da parte vencida ao grau apelação disponível nessas circunstâncias – o princípio do Estado de Direito resta violado. Assim, ou bem o tempo e a energia das partes litigantes serão consumidos desnecessariamente, ou os valores que inspiram o Estado de Direito ficarão comprometidos.

Quanto à segunda diretriz (a humildade), o professor de Harvard a relaciona mais fortemente ao precedente horizontal. Diz não haver razão para um juiz subsequente supor que ele seja melhor do que o anterior, ou que chegará a uma conclusão melhor do que a dele, podendo poupar o tempo e a energia de todos simplesmente ao seguir a orientação do precedente. Se assim não agir, disso não decorre, de qualquer modo, a certeza de que a causa terá um resultado mais consonante com aquilo que o direito “verdadeiramente” prevê. Em acréscimo, diz ele, as razões de humildade operam em qualquer nível do sistema judiciário, desde o juiz de primeiro grau ao juiz da mais alta Corte. Mesmo Ministros da Suprema Corte devem ter em conta que, em linha de princípio, eles não têm motivos específicos para pensar que são melhores, ao produzir interpretação jurídica, do que os seus predecessores.<sup>7</sup>

Mas há ainda outras razões que levam à aplicação do *stare decisis*. Embora na prática isso seja complexo, sendo também objeto de divergências acadêmicas, para Schauer, ao exigir que as decisões sigam precedentes, o direito se compromete com a visão de que muitas vezes é melhor concordar com ele do que estar “certo”, sendo importante ressaltar que o instituto serve para instruir os juízes a alcançarem justamente o que eles pensam ser a decisão errada. Não só no Direito, mas na vida, frequentemente é mais importante ter as coisas resolvidas do que tê-las decididas corretamente, para que as pessoas possam confiar no que ficou resolvido e orientar seu comportamento nesse sentido. Da perspectiva daqueles que estão sujeitos às restrições do direito, os ganhos

<sup>7</sup> TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 218, p. 99-110, abr. 2013.

decorrentes de melhorias marginais raramente são suficientes para compensar as perdas oriundas da incapacidade de confiar mesmo em regras e precedentes imperfeitos.<sup>8</sup>

Embora defendendo mais limitações ao *stare decisis* e pedindo exame e reexame da sua aplicabilidade, Edward D. Re não deixa de admitir que ele continua a possuir uma função útil e benéfica, acrescentando outros valores também inerentes à sua teoria. Diz que ele prestigia a estabilidade, permitindo o desenvolvimento de um direito consistente e coerente, além de preservar a continuidade, manifestando respeito pelo passado, assegurando igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação e uma desejável medida de previsibilidade.<sup>9</sup>

Diante de tal base filosófica, independentemente de determinação constitucional ou legal expressa, o *stare decisis* tem sido entendido como razoavelmente objetivo e bastante convincente nos Estados Unidos, a despeito de algumas posições em sentido contrário. Ele tem sido compreendido como algo importante ao ponto de ser difícil entender como poderia funcionar um sistema jurídico, ou, pelo menos, um sistema jurídico dotado de um número substancial de casos por resolver, sem contar com algo que seja minimamente similar ao sistema de precedentes.<sup>10</sup>

Parecendo desejar seguir uma trilha semelhante, o art. 926, *caput*, do CPC, prescreveu que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Já seu art. 927, §4º, ainda que limitado a uma específica situação, prestigia os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia. Porém, fora o problema de o direito ser ou não apto a impor determinada cultura, é importante avaliar qual o alcance do nosso recém-implantado sistema de precedentes, mormente considerando nossa tradição jurídica do *civil law*.

## 2 A teoria dos precedentes sob o ponto de vista dogmático

Parte da doutrina nacional defende que no Brasil há um completo sistema de precedentes obrigatórios, o que se estenderia ao sistema de justiça criminal. A afirmação tem sido feita principalmente com base em três argumentos gerais: 1) interpretação da CF; 2) interpretação do próprio CPC; 3) interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

A corrente que defende a eficácia obrigatória de “todos” os precedentes dos tribunais superiores sustenta, em primeiro lugar, que isso é algo que “logicamente” defluiria da leitura da Constituição.<sup>11</sup> Consoante Mitidiero, a necessidade de formação de precedentes decorre de imposição do Estado Constitucional, existente para promover a dignidade da pessoa humana e a consequente tutela de direitos. Esta, por sua vez, estaria longe de uma dimensão puramente particular, como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas razões elaboradas pelos juízes em suas decisões, de onde resultaria

<sup>8</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009, p. 41 e 43.

<sup>9</sup> RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 702, p. 8, abr. 1994.

<sup>10</sup> TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 218, p. 99-110, abr. 2013.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 24.

a necessidade de afirmação e respeito aos precedentes. E, por debaixo da questão ligada ao precedente judicial, pulsaria a questão, de radical importância, atinente ao apropriado delineamento do papel das cortes judiciárias. O precedente judicial, então, converter-se-ia no instrumento a partir do qual o STJ pode desempenhar com maior eficiência as suas altas funções.<sup>12</sup>

Entendimento semelhante é apresentado por Lucas Buri, para quem, em respeito à segurança jurídica e à igualdade, é imprescindível que se estabeleça também o respeito aos órgãos fracionários do STJ, não mencionados no art. 927, V, do CPC, quando inexistir precedente dos órgãos maiores em sentido contrário. Assim, em matéria infraconstitucional, defende a observância obrigatória aos precedentes da Corte Especial daquele Tribunal e, não havendo nenhum, entende que seja necessário seguir o tratamento da matéria pela Seção competente ou mesmo por alguma das suas Turmas.<sup>13</sup>

Não pensamos da mesma forma. Se a doutrina dos precedentes obrigatórios decorresse da Constituição atual, desde 1988, o sistema teria sido implementado no Brasil, o que evidentemente não aconteceu. Naquela época, em que a tradição jurídica brasileira estava ainda mais enraizada na tradição do *civil law*, por aqui pouco se falava em *stare decisis*. Além disso, se estivesse correto o raciocínio, não haveria necessidade da previsão do §2º do seu art. 102, que atribuiu “eficácia contra todos e efeito vinculante” às decisões do STF proferidas em controle abstrato de constitucionalidade.

Seria possível defender que uma interpretação evolucionista autorizaria uma “mutação constitucional”, a qual permitiria a conclusão atual de que o *stare decisis* decorre da Carta Magna. Ocorre que as normas constitucionais que justificariam a sua previsão são extremamente vagas, admitindo qualquer interpretação que se queira, tanto que existe uma corrente doutrinária contrária à vinculação a precedentes, fundamentada justamente na inconstitucionalidade desse entendimento. Embora ao nosso ver ela seja igualmente equivocada, argumenta defender uma mudança de racionalidade no uso de julgados dos tribunais que não desmonte o devido processo constitucional e que evite o isolamento de cortes supremas em relação ao restante da comunidade jurídica, não aceitando que vivamos em um sistema de precedentes, nem que o “Judiciário possa legislar”.<sup>14</sup>

Para Marinoni, as decisões proferidas em todo e qualquer recurso, não apenas em recursos repetitivos, obrigam os juizes e tribunais, porque “a restrição do CPC é absurda”, já que implicaria a conclusão de que pudessem ser ignoradas decisões relevantes tomadas em recurso que não têm facilidade para se repetir. Segundo ele, a letra da norma legal parece supor que a função das cortes supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da justiça.<sup>15</sup> Entretanto, o conteúdo da sua argumentação parece demonstrar que a discordância

<sup>12</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27, 28, 31 e 98.

<sup>13</sup> MACÊDO, Lucas Buri. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 482.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 17. O autor cita Dierle Nunes, Marcelo Cattoni, Francisco Borges Motta, Rafael Tomás de Oliveira, André Karam Trindade, Lucio Delfino, Georges Abboud e Nelson Nery Jr. no mesmo sentido.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 21, 22 e 24.

está mais dirigida à própria norma, não à interpretação do texto correspondente, sendo mais ideológica do que dogmática.

Ravi Peixoto, chegando à mesma conclusão que Marinoni, sustenta que o rol do art. 927 do CPC é meramente exemplificativo,<sup>16</sup> mas dogmaticamente entendemos ser difícil que as situações ali previstas não sejam taxativas. Se antes do CPC/2015 nós não tínhamos um sistema de precedentes obrigatórios, a inovação legal, ao descrever hipóteses específicas que o abraçaram, não permite uma extensão para situações outras não previstas.

Aliás, a mesma corrente traz ainda outro argumento, no sentido de que a força vinculante do precedente judicial nem sequer depende de uma manifestação específica do direito positivo, resultando da consideração do ordenamento jurídico como um todo.<sup>17</sup>

Parecendo seguir esta trilha de dispensar a previsão no direito positivo, Kircher entende que a vinculação instituída pelo sistema de precedentes é justificada pela dupla indeterminação do direito e não pela sua disposição textual formal em lei. Para ele, a regulamentação legal é útil apenas para especificar metodologicamente a forma de sua aplicação, simplificando a sua própria compreensão e operacionalização prática, o que afasta a hipótese de que é a previsão do CPC que constitui o fundamento do sistema.<sup>18</sup>

Todavia, se o *stare decisis* decorresse logicamente de um mínimo consenso científico atual sobre a teoria da linguagem, teríamos que concluir que o instituto seria inerente a todos os países do mundo. Ademais, ele teria surgido no Brasil antes mesmo da atual Constituição, na época da virada linguística, o que obviamente não aconteceu. Por sua vez, a sistemática de vinculação a precedentes não é típica de nossa tradição jurídica,<sup>19</sup> já que historicamente fazemos parte dos ordenamentos da família do *civil law*,<sup>20</sup> não do *common law*.<sup>21</sup> Além disso, o raciocínio dispensaria a previsão, ainda que parcial, do sistema de vinculação de precedentes no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, o que, como se sabe, não procede.

Destarte, na nossa avaliação é fato que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou integralmente a teoria dos precedentes obrigatórios, como algo desvinculado dos arts. 926 e seguintes do CPC/2015. Porém, resta-nos avaliar a possibilidade de sua extensão e, se for o caso, o seu alcance, no sistema de justiça penal, de forma sobretudo relacionada ao papel do STJ, objetivo deste trabalho.

<sup>16</sup> PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 539.

<sup>17</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 78.

<sup>18</sup> KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 134.

<sup>19</sup> Embora não desconheçamos a existência de precedentes vinculantes na história de nosso país, como os assentos da Casa de Suplicação (na época do Brasil Colônia), tais exemplos contam mais como exceções à regra geral, sendo lícito dizer que a observância aos precedentes obrigatórios não é algo profundamente enraizado em nossa tradição jurídica. Sobre o tema, confira-se: SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro: Colônia e Império*. Dissertação apresentada à Universidade Federal da Bahia – UFBA, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil. Salvador: 2014.

<sup>20</sup> Disponível em: <http://www.juriglobe.ca/eng/>. Acesso em: 9 jan. 2018.

<sup>21</sup> O direito é uma prática social profundamente tradicional, o que exige o entendimento sobre a natureza e comportamento das tradições na vida social. Em todo sistema legal, o passado é central para o presente, porque o Direito preserva uma série de crenças, opiniões, valores, mitos, rituais, que são depositados ao longo de gerações (KRYGIER, Martin. *Law as Tradition*. In: *Law and Philosophy*, Aug, 1986, p. 239 e 241. Disponível em: <https://www.jstor.org>. Acesso em: 6 set. 2018.



### 3 A teoria dos precedentes no sistema de justiça penal

Agora entramos na análise da aplicação do sistema de precedentes, tal como previsto no CPC, ao processo penal brasileiro, iniciando pela previsão do art. 15, daquele diploma, segundo o qual, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as suas disposições lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Como se vê, o dispositivo não se refere ao processo penal, de maneira que sua interpretação literal e isolada poderia caminhar no sentido da completa separação entre os dois ramos do Direito Processual. Mas esta não parece a melhor solução.

Para Renato Brasileiro de Lima, a interpretação literal do referido dispositivo não apresenta nenhuma razão lógica para afastar a aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao processo penal, até mesmo porque tal prática já era – e continuará sendo – recorrente na vigência do antigo (e do novo) CPC. Quando o art. 15 do CPC faz referência apenas aos processos *eleitorais, trabalhistas ou administrativos*, cometeu uma omissão involuntária, que deve ser suprida pela interpretação extensiva para fins de ser reconhecida a possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária do novo diploma processual civil ao processo penal.<sup>22</sup> Além disso, embora não tenha sido muito preciso, dispondo apenas que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de Direito, o art. 3º, do CPP, sempre foi utilizado como fundamento para fazer incidir as disposições do CPC ao processo penal. Em outras palavras, apesar de o art. 15 do CPC não elencar expressamente o Direito Processual Penal dentre as matérias passíveis de sua aplicação subsidiária e supletiva, a possibilidade é garantida pela própria legislação processual penal.<sup>23</sup>

Aliás, como lembra Kircher, a legislação processual penal nem sequer versa acerca das regras procedimentais que regula os recursos especial e extraordinário, sendo admitidos tais meios de impugnação da decisão judicial, atualmente, justamente diante da sua previsão no CPC.<sup>24</sup> Já Mazzei nos recorda da essencial aplicação até mesmo do antigo art. 132, do CPC de 1973, como complemento necessário ao art. 399, §2º, do CPP, relativo à identidade física do juiz, lembrando ainda da existência de várias referências expressas do CPP ao CPC.<sup>25</sup>

Aury Lopes Jr. critica a existência de uma teoria geral do processo, afirmando tratar-se de pancivilismo, de uma teoria geral do “processo civil” aplicada de forma descabida ao processo penal. Sustentando uma diferença entre os valores em jogo – na área cível, a propriedade, na criminal, a liberdade – e enfatizando uma relação de poder

<sup>22</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 34 e 35.

<sup>23</sup> GALVÃO, Danyelle da Silva; PEIXOTO JR., Hélio; LOBO, Ricardo. O art. 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e suas implicações no Direito Processual Penal. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 971, set. 2016. Baseando-se, igualmente, na interpretação do art. 15, do CPC, como também do art. 3º, do CPP, dentre outros: MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. Precedentes, CPC/15 e o processo penal: breves considerações. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 426, p. 225 e 226, jul./dez. 2017; ARRUDA, Elcio. O sistema de precedentes no sistema de justiça criminal brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v. 26, n. 104, p. 117, out./dez. 2018.

<sup>24</sup> KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 135.

<sup>25</sup> MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. Precedentes, CPC/15 e o processo penal: breves considerações. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 426, p. 226, jul./dez. 2017.

necessária e inafastável inerente apenas no processo penal, apresenta onze exemplos de distorções conceituais e absurdos processuais, mas dizendo existirem vários outros.<sup>26</sup>

Além de serem questionáveis algumas das diferenças apontadas pelo autor, o que não vem ao caso neste trabalho, não nos parece haver motivo para preocupações com as diferenças existentes entre tais ramos do Direito Processual. A aplicação subsidiária e supletiva do CPC não é automática e acrítica, havendo a necessidade de atendimento a dois filtros de adaptação: as suas normas não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprios do Direito Processual que será completado; há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação.<sup>27</sup> Mas o fato é que a teoria dos precedentes passa facilmente por esses dois testes, não sendo ela incompatível com o processo penal.

Nesse sentido caminhou a I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Jurídicos, evento que contou com a presença de vários ministros e outros juristas renomados nas comissões de trabalho, tendo ainda a participação de inúmeros profissionais do Direito espalhados pelo país, tanto na submissão de propostas quanto na participação nos debates e na votação. Naquela ocasião, em 2017, foi aprovado o Enunciado nº 3, segundo o qual “as disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”.<sup>28</sup>

Outro não foi o entendimento da Terceira Seção do STJ, responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal na área criminal (art. 12, parágrafo único, do RISTJ). No julgamento do RMS 62.452 – PR, ao entender possível a fixação de multa diária para compelir as partes e terceiros ao cumprimento de decisão judicial, o primeiro argumento utilizado foi justamente o da aplicabilidade subsidiária do CPC, quando ratificou o seguinte:

(...) é interessante ressaltar que o novo Código de Processo Civil não prevê expressamente o suprimento do processo penal por suas normas. Isso porque o artigo 15 do CPC traz a seguinte redação: (...). Da leitura do artigo, percebe-se que não há menção aos processos penais, o que trouxe duas correntes sobre a sua possibilidade de aplicação: a primeira determina que o rol trazido pelo CPC é exemplificativo, o que permite o acréscimo dos processos penais às possibilidades de aplicação analógica; a segunda, por sua vez, defende a taxatividade do rol, excluindo os processos penais e determinando o preenchimento de suas possíveis lacunas com a aplicação do Código de Processo Penal Militar. Prevalece, no entanto, o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, permitindo o preenchimento de lacunas ou complementação do CPP com os dispositivos do CPC.” (*Idem*). A jurisprudência desta Corte, seguindo a doutrina majoritária, não titubeia quanto à aplicabilidade das normas processuais civis ao processo penal, desde que haja lacuna a ser suprida.

<sup>26</sup> LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 231-233, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13>. Acesso em: 5 nov. 2020.

<sup>27</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antônio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Processo penal* (Coleção repercussões do novo CPC, v. 13). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 453-467.

<sup>28</sup> Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>. Acesso em: 21 out. 2020.

Importante observar, outrossim, que a despeito de três votos vencidos no referido julgamento, eles não foram genericamente contrários à aplicação supletiva do CPC, apenas entendendo que as *astreintes* seriam exclusivas da legislação processual civil ou que elas não poderiam ser executadas diretamente no juízo criminal.<sup>29</sup>

A compatibilidade entre o *stare decisis*, tal como previsto no CPC, e o processo penal brasileiro foi confirmada por nosso próprio legislador, ainda que indiretamente, no chamado “pacote anticrime” (Lei nº 13.964/2019). A nova redação que atribuiu ao art. 315, §2º, do CPP passou a tratar do instituto expressamente em duas oportunidades. Seguindo a mesma linha do CPC, estabeleceu não ser considerada fundamentada a 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 (inciso V); deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou “precedente” invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento (inciso VI). Embora a inovação tenha sido apresentada apenas no capítulo que trata da prisão preventiva, corresponde à reprodução fiel do art. 489, §1º, do CPC, como bem lembrado por Sanches Cunha,<sup>30</sup> sugerindo um intercâmbio entre os dois ramos do Direito Processual quanto ao tema.

Mas não é só. Como sabemos, o *stare decisis* não é um instituto originalmente brasileiro, tendo sido importado do *common law*, não obstante também tivesse sido utilizado no *civil law*, de alguma maneira, entre os séculos XVI e XVIII.<sup>31</sup> Aqui tem sido estudado no âmbito do processo civil, até diante da sua positivação no CPC, mas o fato é que no exterior o tema é trabalhado na teoria do direito, não sendo específico, muito menos exclusivo, de nenhum ramo do Direito Processual. Os filósofos do Direito que trabalham com o assunto, inclusive, o relacionam geralmente a atos da vida cotidiana, não se restringindo à abordagem de casos jurídicos.

Hart, no seu “O conceito de direito”, tratou dos precedentes como estratégia de comunicação de padrões gerais de conduta em algumas passagens;<sup>32</sup> Dworkin também abordou a temática, por exemplo, ao tratar da sua concepção de casos difíceis (*hard cases*), no seu “Levando os direitos a sério”;<sup>33</sup> Neil MacCormick, da mesma forma, os explanou ao longo do seu “Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning”, de forma bem específica no seu capítulo 8,<sup>34</sup> sendo um dos organizadores de um livro com vários autores, de diversos países, escrevendo sobre a matéria, oportunidade em que foi um dos responsáveis pela introdução e pela conclusão;<sup>35</sup> também Frederick

<sup>29</sup> Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 21-out. 2020.

<sup>30</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 296.

<sup>31</sup> GORLA, Gino. A decision of the rota Fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “Ball Game”. In: *Tulane Law Review*, 1974-1975, p. 348. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr49&i=388>. Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>32</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 161 a 165, 174 e 175, etc.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 171-180.

<sup>34</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, n.p.

<sup>35</sup> MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts. Introduction. In: GOODHART, Arthur L; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016, n.p.; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts. Further General Reflections and Conclusions. In: GOODHART, Arthur L; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016, n.p.

Schauer, em inúmeras obras, dentre elas seu já citado “Thinking like a lawyer”;<sup>36</sup> outra não sendo a situação de Waldron no seu “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach”,<sup>37</sup> os três últimos adeptos de um positivismo normativo, uma corrente de pensamento ligada à filosofia do direito.

Não fosse o bastante, se o *stare decisis* deve ser aplicado na área cível, com maior razão deve incidir no sistema de justiça criminal. Aquilo que se busca com o princípio da legalidade penal também se deseja com a doutrina dos precedentes, havendo grande coincidência entre seus fundamentos. Ambos pretendem um aumento de segurança jurídica, de proteção da confiança, de previsibilidade e isonomia.

A ausência de isonomia e previsibilidade das decisões judiciais interfere diretamente na esfera de liberdade individual, além de não estabelecer limites precisos à atuação do Estado. No âmbito criminal, os postulados da igualdade e da segurança jurídica apresentam relevância ainda maior, uma vez que os indivíduos devem conhecer os limites de sua atuação e quais as possíveis consequências de seus atos. Corroborando essa lógica, o princípio da legalidade determina que as leis devem ser anteriores aos crimes e que a sanção penal já deve estar previamente estabelecida quando de sua concreta aplicação. Pelas mesmas razões, o poder estatal de intervenção na esfera de liberdade individual não deve ficar a cargo da variação casuística do entendimento do intérprete mesmo em casos iguais. Não se pode pensar em um sistema de justiça penal que não confira tratamento isonômico a casos idênticos, e segurança jurídica, possibilitando aos cidadãos a mínima previsibilidade na aplicação das leis.<sup>38</sup>

É verdade que a legalidade penal também decorre da separação de poderes e do princípio democrático, mas tais normas não são violadas pelo *stare decisis*, salvo nos casos de formação e superação *contra-legem* de precedente, o que não defendemos, ressalvadas as hipóteses de inconstitucionalidade da lei. Por sua vez, se a ideia de estabilidade, humildade e eficiência não corresponde à base principal da legalidade penal, também não se pode falar que haja incompatibilidade entre ela e tais fundamentos.

Então, estabelecida a adequação da ampliação da teoria dos precedentes ao sistema de justiça penal, vejamos como se encontra a situação no âmbito das decisões do STJ.

#### 4 Os precedentes criminais oriundos do Superior Tribunal de Justiça

Na forma do art. 927 do CPC, os juízes e os tribunais observarão precedentes em cinco hipóteses previstas em seus incisos. No que toca às decisões do STJ, a vinculação ocorre quanto aos seus acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas (inciso III, 1ª e 2ª partes), em recurso especial repetitivo (inciso III, parte final), prolatados no “plenário” ou “órgão especial” (inciso V), bem como em relação aos enunciados das suas súmulas em matéria infraconstitucional (inciso IV).

<sup>36</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009.

<sup>37</sup> WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>38</sup> NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica. In: *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 635, 636, 638 e 641, jan./jun.2016.

No âmbito do sistema de justiça penal, o STJ, por força de determinação constitucional, atua em várias situações, seja com competência originária (art. 105, I), seja com competência recursal ordinária (art. 105, II), seja, por fim, com competência recursal extraordinária (art. 105, III). O detalhamento de cada uma não tem como ser realizado neste estudo, mas é importante abordarmos, de alguma forma, a competência dos seus órgãos fracionários, considerando que o Plenário não tem competência jurisdicional, mas apenas administrativa, consoante o art. 10 do RISTJ.

A maior parte das hipóteses regimentais de competência da Corte Especial é originária (art. 11 do RISTJ), a qual sempre produz decisões com força vinculante, em face do disposto no art. 927, V, do CPC. A questão começa a complicar, porém, quando verificamos a competência da Terceira Seção, a principal responsável pelo julgamento dos feitos criminais (art. 9º, §3º, do RISTJ), considerando que o aludido inciso V do art. 927 da legislação processual civil faz menção apenas a “plenário” e a “órgão especial”.

A dificuldade não existe nas hipóteses da competência da Terceira Seção para julgar o incidente de assunção de competência (art. 12, IX, RISTJ), o recurso especial repetitivo (art. 12, X, RISTJ), ou quando edita súmula relativa à jurisprudência uniforme da Quinta e Sexta Turmas (art. 2º, §4º, c/c o art. 9º, §3º, e art. 12, parágrafo único, III, todos do RISTJ), porque em todos esses casos haverá formação de precedente obrigatório, na forma claramente prevista nos incisos III e IV do art. 927 do CPC.

Todavia, existe uma imprecisão normativa no tocante às demais previsões regimentais relativas à competência das Seções. Elas não estão incluídas expressamente na regra legal atinente aos precedentes vinculantes, mas aqui pensamos ser possível afastar a sua literalidade, interpretando-a de forma teleológica e sistemática, em conjunto com o RISTJ. Quando a decisão final sobre o tema criminal couber à Terceira Seção, não ao Plenário ou à Corte Especial, conforme as normas regimentais, o objetivo do diploma processual civil estará atendido, não havendo razão para restringir a sua finalidade a causas numericamente muito reduzidas. Nesta linha, entendemos que a decisão da Terceira Seção também terá força vinculante horizontal e vertical, salvo quando ela for de encontro a algum julgado da Corte Especial sobre a mesma matéria, o que inclusive deve ser evitado.

Neste caminho, permanece válida a assertiva, tradicionalmente feita no Brasil, de que o propósito do recurso especial é tutelar e controlar a aplicação da legislação infraconstitucional, embora a missão não lhe seja exclusiva. De outro lado, porém, não nos parece mais totalmente correta a assertiva de ser o *habeas corpus* destinado “apenas” a garantir o direito fundamental à liberdade individual, tampouco a de que o mandado de segurança criminal visa “somente” a tutela de direito subjetivo individual.<sup>39</sup> Em consequência, também não conseguimos mais dizer que o recurso ordinário interposto contra o julgamento efetuado em tais ações se afaste completamente do foco no direito objetivo.

Além dos argumentos filosóficos e dogmáticos anteriormente apresentados, nosso pensamento também tem se confirmado empiricamente, ao menos sob o ponto de vista qualitativo e de forma mais explícita no âmbito do STF. Vinicius Vasconcellos nos lembra de decisão do Ministro Gilmar Mendes em que afetou o *Habeas Corpus* 185.913/DF ao Plenário do STF, ocasião em que Sua Excelência destacou uma lista de

<sup>39</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, n.p.

julgados recentes daquele colegiado fixando teses abstratas e generalizáveis mesmo em remédio constitucional.<sup>40</sup>

Sem dúvidas, ao se analisar a postura desta Corte nos últimos anos, percebe-se uma valorização das decisões tomadas pelo Plenário em sede de *habeas corpus*, a partir de dois fenômenos marcantes: a fixação de teses e a modulação de efeitos. Ao fixar-se uma tese no julgamento de *habeas corpus*, reconhece-se a sua potencial aplicação a outros processos, por outros juízos. No âmbito do HC 166.373 (Rel. Min. Edson Fachin, j. 2.10.2019), o Plenário, ao analisar a questão da ordem de alegações finais em casos com colaboradores premiados, concedeu a ordem e, por maioria ampla, decidiu pela formulação de tese em relação ao tema discutido e votado no *habeas corpus*. Em casos anteriores, tal prática também foi aceita e implementada, como no RHC 163.334 (Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18.12.2019), que fixou tese sobre a tipicidade do não recolhimento de ICMS; e no HC 176.473 (Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27.4.2020), que fixou tese sobre interrupção da prescrição pelo acórdão em segundo grau. Vale notar que, no RHC 163.334, foram inclusive admitidos *amici curiae* para o debate da questão, o que também pode ser descrito como marcante sinal no sentido da ampliação dos efeitos da decisão para outros casos. Além da fixação de tese, este Plenário também já realizou modulação de efeitos de declaração de inconstitucionalidade em *habeas corpus*. No HC 82.959, de 23.2.2006, ao declarar a inconstitucionalidade “incider tantum” do cumprimento de pena em regime integralmente fechado, por votação unânime, realizou-se uma espécie de modulação de efeitos para explicitar que “a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data”.<sup>41</sup>

E sob a ótica doutrinária, disse o Ministro que sustentava a possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle incidental como consequência do fenômeno da abstrativização do controle difuso, que ele preferiu denominar como uma tendência de “dessubjetivação” das formas processuais.<sup>42</sup>

O mesmo raciocínio vale, *mutatis mutandis*, para o STJ. O problema é que, na forma do art. 13, do RISTJ, cabe tanto à Quinta quanto à Sexta Turmas julgar originariamente *habeas corpus* (inciso I), como também os recursos ordinários (inciso II) e os recursos especiais (inciso III), o que lhes confere exatamente a mesma competência. E mais: ao relator, monocraticamente, cabe tomar as decisões em agravo interposto de decisão que inadmitir recurso especial, competindo-lhe ainda tomar a decisão, fora do colegiado, quando faltar algum requisito de admissibilidade, como também, no mérito, quando já existir precedente vinculante, ou, até mesmo, ao menos de acordo com a norma regimental, quando sobre a matéria houver jurisprudência dominante (art. 34, VII, XVIII, XIX, XX e XXII, do RISTJ). Essas normas são imprescindíveis para a administração do grande fluxo diário de processos na Corte, mas seu frequente uso pode dificultar a formação de precedentes vinculantes.

<sup>40</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O Habeas Corpus como formador de precedentes penais no STF. In: *Consultor Jurídico*, out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/secoes/colunas/pensando-em-habeas>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>41</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>42</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>. Acesso em: 12 nov. 2020.

Corroborando o afirmado, colacionamos precedente da Terceira Seção do STJ entendendo, em embargos de divergência, que “a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em sede de *habeas corpus*, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para fins de alegado dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial”. Leia-se a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FALTA DOS PRESSUPOSTOS. ACÓRDÃOS PARADIGMA. PROLAÇÃO NO ÂMBITO DE HABEAS CORPUS E DE RECURSO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO SERVE PARA DEMONSTRAR DISSÍDIO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em sede de *habeas corpus*, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para fins de alegado dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial. Precedentes (AgRg nos EREsp n. 1.265.884/RS, Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 21/6/2012).

2. Decisões monocráticas também não servem para demonstrar eventual divergência.

3. Cumpre à parte, no momento da interposição dos embargos de divergência, fazer a demonstração do apontado dissídio, juntando o inteiro teor do acórdão tido por divergente, prolatado no âmbito de recurso especial, e fazendo o indispensável cotejo analítico, o que, na espécie, não ocorreu.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 998.249/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/9/2012, DJe 21/9/2012)

Tal fato é agravado sob o prisma quantitativo, ao se perceber que uma enorme quantidade de processos examinados pelas Turmas com competência criminal do STJ consiste nas classes HC (68.183 impetrados em 2019) ou RHC (15.191 protocolados em 2019). A título de comparação, chegaram 63.287 à classe REsp em todo o STJ no mesmo ano.<sup>43</sup>

Diante disso, seria interessante que os ministros e turmas criminais do STJ tentassem aumentar o uso da faculdade de submeter mais temas ao julgamento da Terceira Seção, seja diante da relevância da matéria devolvida, seja para prevenir divergência nos órgãos fracionários menores (art. 14, II, c/c o art. 127, *caput*, do RISTJ). De preferência afetando o tema à sistemática dos recursos repetitivos, para evitar dúvidas quanto ao caráter vinculante da decisão, quando ele surgir no bojo de recurso especial. Isso, inclusive, impediria nova subida do mesmo tema ao Tribunal Superior, porque nestes casos a Presidência ou Vice-Presidência da Corte de origem teria que negar seguimento ao recurso, o que não desafiaria agravo em recurso especial, mas agravo interno, julgado na própria origem, nos termos do art. 1.030, §2º, do CPC.

O sistema jurídico precisa determinar da forma mais clara possível as hipóteses em que estamos diante de um precedente vinculante ou meramente persuasivo. Se ele

<sup>43</sup> Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ,qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ,qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 26 nov. 2020.

for vinculante, o princípio estabelecido no caso antecedente deverá necessariamente ser aplicado – salvo hipótese de distinção – e definirá o resultado do julgamento do caso subsequente. Se for apenas persuasivo, uma variedade de fatores adicionais deve ser considerada para que se decida sobre sua aplicação e sobre a extensão e o grau desta aplicação.

Dogmaticamente não vemos como defender a existência de um completo *stare decisis* no Brasil, porque, sob o ponto de vista legislativo, adotamos o instituto de modo apenas parcial, mesmo quando pensado nas cortes superiores. Mas isso não nos impede de pensar, no plano ideológico, que a opção adotada não foi a melhor. Para nós, o ideal, de *lege ferenda*, parece a adoção da proposta de Zaneti, de uma teoria normativa formalmente vinculante dos precedentes judiciais, diante da constatação do grande equívoco de práticas contemporâneas de acentuar o ativismo judicial e de usar a distinção entre princípios e regras como uma válvula de abertura do ordenamento jurídico.<sup>44</sup> Se temos normas abertas, inclusive no sistema de justiça penal, que não foge à imperfeição humana, sua insegurança deveria ser diminuída justamente por meio da observância da teoria dos precedentes criminais.

Em inúmeras ocasiões, como se tentou demonstrar, o STJ decide assuntos que até poderão ser seguidos por ele próprio e pelos outros juízes nacionais (caráter persuasivo), mas não o serão obrigatoriamente, de forma vinculante. Neste caso, eventual reforma do diploma processual penal deveria ir além daquilo previsto na lei processual civil, determinando a força vinculante de todos os precedentes superiores naquele ramo do Direito. Dificilmente isso resolveria imediatamente o nosso problema, mas talvez contribuísse para uma evolução paulatina da nossa cultura jurídica.<sup>45</sup>

## Conclusões

Apresentamos algumas conclusões a que chegamos após o término do estudo.

A eficácia obrigatória dos precedentes dos tribunais superiores, em nossa opinião, não é algo que pode ser depreendido diretamente da Constituição Federal. Essa a razão da previsão do art. 102, §2º, da CF, que atribuiu “eficácia contra todos e efeito vinculante” às decisões do STF proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, bem como dos arts. 926 e 927 do CPC, que regulamentaram o sistema de precedentes em nosso país.

De acordo com essa premissa, o rol de precedentes vinculantes previsto no art. 927 do CPC é taxativo, não se podendo entender como incluídos nele outros tipos de decisão que não as expressamente referidas.

Decorre disso também que o Brasil não possui um sistema completo de precedentes obrigatórios que se estende automaticamente ao sistema de justiça criminal. Essa área do Direito possui precedentes vinculantes em virtude da aplicação supletiva e subsidiária do CPC. A propósito, o “pacote anticrime” (Lei nº 13.964/2019), ao dar

<sup>44</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 17.

<sup>45</sup> RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 702, p. 8, abr. 1994. Não obstante o autor pareça estar fazendo a distinção de forma relacionada a partes da mesma decisão, isto é, a *obiter dictum* e *ratio decidendi*, pensamos que o mesmo raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, aos precedentes brasileiros que não possuem força vinculante.



nova redação ao art. 315, §2º, do CPP, passou a tratar expressamente dos precedentes vinculantes, em reprodução fiel do art. 489, §1º, do CPC.

Além disso, o instituto do *stare decisis* não é tema específico, muito menos exclusivo, do processo civil ou de qualquer ramo do Direito Processual, sendo trabalhado no exterior dentro da teoria geral do direito e da filosofia do direito. É assunto comumente relacionado aos atos da vida cotidiana, não se restringindo à abordagem de casos jurídicos.

Em suma, se o *stare decisis* deve ser aplicado na área cível, com maior razão deve incidir no sistema de justiça criminal. Aquilo que se busca com o princípio da legalidade penal é precisamente o que se persegue com a doutrina dos precedentes. Ambos pretendem um incremento de segurança jurídica, de proteção da confiança, de previsibilidade e de isonomia.

A Terceira Seção do STJ, órgão responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal na área criminal (art. 12, parágrafo único, do RISTJ), vem formando precedentes vinculantes no Direito Penal, sem percalços, quando se trata de incidente de assunção de competência (art. 12, IX, RISTJ), recurso especial repetitivo (art. 12, X, RISTJ) ou de súmula relativa à jurisprudência uniforme da Quinta e Sexta Turmas (art. 2º, §4º, c/c o art. 9º, §3º, e art. 12, parágrafo único, III, todos do RISTJ), nos moldes dos incisos III e IV do art. 927 do CPC.

Por meio de uma interpretação teleológica e sistemática do CPC em conjunto com o RISTJ, os julgados proferidos pela Terceira Seção do STJ em competência originária são dotados de força vinculante, mesmo em face da literalidade do art. 927, V, do CPC, que faz menção apenas a “plenário” e a “órgão especial”. A decisão da Terceira Seção terá força vinculante horizontal e vertical, salvo quando ela for de encontro a algum julgamento da Corte Especial sobre a mesma matéria.

Tradicionalmente, há um entendimento de serem o *habeas corpus* e o mandado de segurança criminal destinados apenas a garantir o direito fundamental à liberdade individual, não podendo gerar precedentes vinculantes para terceiros. O STF, entretanto, vem evoluindo no sentido de considerar que o colegiado pode fixar teses abstratas e generalizáveis mesmo nos remédios apontados. Tal questão é de grande relevância quando se percebe que uma enorme quantidade de processos examinados pelas Turmas com competência criminal do STJ consiste nas classes HC (68.183 impetrados em 2019) ou RHC (15.191 protocolados em 2019).

O sistema jurídico precisa determinar da forma mais clara possível as hipóteses em que estamos diante de um precedente vinculante ou meramente persuasivo. Eventual reforma do diploma processual penal deveria ir além do previsto na lei processual civil, determinando a vinculatividade de todos os precedentes superiores no ramo do Direito Penal.

## Referências

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

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.

GALVÃO, Danyelle da Silva; PEIXOTO JR., Hélio; LOBO, Ricardo. O art. 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e suas implicações no Direito Processual Penal. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 971, p. 283-312, 2016.

GORLA, Gino. A decision of the rota Fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the "Ball Game". In: *Tulane Law Review*, 1974-1975, p. 348. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr49&i=388>. Acesso em: 17 dez. 2018.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KRYGIER, Martin. Law as Tradition. In: *Law and Philosophy*, Aug, 1986, p. 239 e 241. Disponível em: <https://www.jstor.org>. Acesso em: 6 set. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 1, n. 1, Porto Alegre, 2015, pp. 230-237. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13>. Acesso em: 05 nov. 2020.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts. Introduction. In: GOODHART, Arthur L.; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts. Further General Reflections and Conclusions. In: GOODHART, Arthur L.; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Routledge: Londres e Nova York, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

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

MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. Precedentes, CPC/15 e o processo penal: breves considerações. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro v. 426, p. 217-237, jul./dez. 2017.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente*. 2. ed. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica. In: *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 634-654, jan./jun.2016.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 702, p. 7-13, abr. 1994.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press: Massachusetts, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 218, p. 99-110, abr. 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O *Habeas Corpus* como formador de precedentes penais no STF. In: *Consultor Jurídico*, Out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/secoes/colunas/pensando-em-habeas>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Processo penal* (Coleção repercussões do novo CPC, v. 13). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 453-467.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A formação de precedentes no Superior Tribunal de Justiça e sua eficácia vertical no sistema de justiça penal brasileiro. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS; SALOMÃO, Luis Felipe; FONSECA, Reynaldo Soares da; VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara; SZPÖRER, Patrícia Cerqueira Kertzman; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Sistema penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 75-91. ISBN 978-65-5518-205-7.

---