



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DESAFIOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NA JURISDIÇÃO
CRIMINAL

Nayara Santiago Lopes

Rio de Janeiro
2017

NAYARA SANTIAGO LOPES

DESAFIOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NA JURISDIÇÃO
CRIMINAL

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professora orientadora: Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro
2017

DESAFIOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NA JURISDIÇÃO CRIMINAL

Nayara Santiago Lopes

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro/RJ.

Resumo – com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, parece chegar ao fim antiga controvérsia doutrinária sobre a compatibilidade do *stare decisis* - sistema de precedentes obrigatórios - com ordenamentos jurídicos erigidos sob as bases da *civil law*. Tendo como premissa a aceitação do poder criativo do Poder Judiciário, o novo diploma processual introduz um complexo conjunto de normas e instrumentos formais, dentre os quais se destacam os relativos aos precedentes obrigatórios, todos destinados à racionalização e à limitação das decisões judiciais, em inequívoca preocupação do legislador com o tratamento isonômico entre partes em idêntica situação fática e com a segurança jurídica nas relações públicas e privadas. A profundidade da reforma legislativa repercutiu na própria Teoria Geral do Processo Brasileiro, tornando, por tal motivo, especialmente relevante investigar os seus reflexos no âmbito Direito Processual Penal, microsistema no qual, apesar da importância historicamente conferida aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, tem prevalecido, em boa parte dos casos, a discricionariedade dos magistrados, em contrariedade ao espírito trazido pelo novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave – Direito processual. Jurisdição criminal. Precedentes obrigatórios. Aplicabilidade. Adaptações. Segurança jurídica. Isonomia.

Sumário – Introdução. 1. A nova ética precedentalista, materializada pelo Código de Processo Civil de 2015, como instrumento de redução da imprevisibilidade do direito brasileiro. 2. Análise sobre a compatibilidade do sistema de precedentes obrigatórios com a jurisdição criminal. 3. O microsistema de precedentes obrigatórios criminais: adaptações teóricas e dificuldades práticas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como cerne a discussão sobre os desafios do sistema de precedentes obrigatórios brasileiro, recentemente positivado pelo novo Código de Processo Civil, no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Procura-se demonstrar a compatibilidade desse sistema com a jurisdição criminal, suas singularidades, bem como as consequências da sua inobservância por parte dos operadores do Direito, a quem incumbe papel fundamental nesse novo modelo.

A complementariedade entre a *stare decisis* americana e a moderna *civil law*, embora ainda possa assustar, não causa mais desconforto, ao menos para o Direito brasileiro. O novo Código de Processo Civil é, nesse aspecto, revolucionário, alçando as decisões judiciais a um novo patamar. Determinadas interpretações conferidas pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário passam a ter caráter vinculante, tanto em seu aspecto vertical, como horizontal.

Alargam, enfim, o conceito de direito, o que, de modo algum, implica em equiparar-lhes à lei, fato que será aprofundado ao longo do presente trabalho.

O Direito Penal e o Processual Penal não estão imunes a esse processo de mudança de paradigmas. O sistema de precedentes obrigatórios abarca a jurisdição criminal, tal como os demais microssistemas de Direito Processual, respeitados, sempre e em todo o caso, as regras e princípios específicos daquele ramo, em análise que não pode ser negligenciada.

A parca construção doutrinária sobre a aplicabilidade do sistema de precedentes obrigatórios na jurisdição criminal e, sobretudo, das adaptações eventualmente necessárias, além de contribuir para a disseminação de decisões atécnicas pelos julgadores, reforça a sensação de insegurança jurídica entre os jurisdicionados em completa e absoluta violação à razão de ser da reforma processual de 2015.

Por isso, inicia-se o primeiro capítulo esclarecendo que a *stare decisis* não constitui atributo exclusivo do sistema *common law* e, sendo assim, apresenta-se como valioso instrumento de resgate da racionalidade do direito brasileiro, na medida em que viabiliza a isonomia e a segurança jurídica entre os jurisdicionados. Busca-se, nesse momento inicial, resumir conceitos fundamentais da Teoria dos Precedentes e demonstrar em que extensão ela foi incorporada pelo novo Código de Processo Civil.

No segundo capítulo, objetiva-se demonstrar que, a despeito da omissão verificada no artigo 15 do Código de Processo Civil, o sistema de precedentes obrigatórios se aplica de forma subsidiária à jurisdição criminal, não só por força do artigo 3º, do Código de Processo Penal, mas, também, e, principalmente, por constituir parte integrante da nova Teoria Geral do Processo Brasileiro, destinada à diminuição da imprevisibilidade do direito jurisprudencial, esta tão ou mais sintomática nos microssistemas de Direito Penal e Processual Penal.

No terceiro capítulo, procura-se debater as adaptações necessárias a esse novo modelo, conferindo enfoque ao problema da eficácia *pro futuro in malam partem* no Direito Penal e *tempus regit actum* no Direito Processual Penal; ao cabimento da revisão criminal com fundamento na superação ou na elaboração de novo precedente formalmente vinculante; à possibilidade de suspensão do prazo prescricional nos casos de processos sobrestados em razão do reconhecimento da repercussão geral e à incidência reflexa do artigo 489, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

Constitui, assim, objetivo primordial do presente trabalho acadêmico refletir sobre as repercussões decorrentes dessa nova concepção sobre os precedentes judiciais, tratando de conceitos básicos e singularidades a serem observadas na jurisdição criminal, a fim de

fomentar a superação do estado de incerteza jurídica que ainda assola a comunidade jurídica, além de contribuir para o aprimoramento do tema.

O método eleito para a pesquisa é o dedutivo e a pesquisa será realizada com base em bibliografia prévia, incluindo análise de leis e jurisprudências e posicionamentos doutrinários.

1. A NOVA ÉTICA PRECEDENTALISTA, MATERIALIZADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA IMPREVISIBILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO

Não é exagero dizer que o novo Código de Processo Civil já constitui um dos mais importantes marcos na história do direito brasileiro.

Mais do que modernização, o novo diploma, atento à multiplicação de decisões díspares diante de casos iguais e à consequente violação aos princípios da isonomia, da eficiência e da segurança jurídica, acolheu uma nova e diferente forma de operacionalização do direito, dando o primeiro passo rumo à superação do patriarcalismo e do individualismo até então acriticamente aceitos no Brasil como herança imutável¹.

A ética positivada pelo novo Código de Processo Civil, para além da ressignificação de antigos princípios, como o da motivação das decisões, inovou ao, corajosamente, fixar limites à discricionariedade judicial, inaugurando o que se convencionou chamar de sistema de precedentes obrigatórios, composto por um conjunto de regras e princípios próprios, todos voltados à estabilização e à uniformidade da jurisprudência.

As críticas não são poucas.

Entretanto, bem vistas as coisas, a introdução de um sistema de interpretações judiciais vinculantes em países de tradição *civil law*, não só é possível, como, em determinados casos, como o brasileiro, socialmente inadiável.

Segundo o professor Luiz Guilherme Marinoni², “a previsibilidade é essencial ao Estado de Direito. É preciso que o sujeito saiba o significado das condutas que pode praticar para viver com liberdade e se desenvolver”.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

² MARINONI, op. cit., 2014, p. 55 e 62, p. 109.

Nos países de tradição *civil law*, à época do positivismo legalista, buscou-se a previsibilidade pela imposição da lei, que, tendo a pretensão de ser completa, plena e de caráter geral, seria hábil a regular todas as relações humanas, garantindo segurança jurídica, proteção aos cidadãos em face das arbitrariedades do poder estatal, liberdade e, segundo se acreditava, também igualdade.

Por consequência, sob o império da lei, coube ao Poder Judiciário papel secundário. Aos juízes era permitida apenas a aplicação mecânica do texto normativo aos casos concretos mediante processo de subsunção, sendo vedada qualquer consideração extrajurídica. Não havia espaço para a livre interpretação, pois, uma vez admitida, aniquilada estaria a certeza jurídica esperada da unidade e da hegemonia do direito codificado. Em outras palavras, a limitação do poder jurisdicional era, também, condição necessária à preservação da previsibilidade conquistada. Não por outro motivo, destacou Montesquieu³ que se “os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.

A busca pela certeza jurídica levou à crença de que a lei deveria ser tão clara e completa a ponto de gerar apenas uma única interpretação correta: texto e norma confundiam-se, eliminando, ao menos em tese, a possibilidade de existência de decisões diferentes acerca de uma única controvérsia jurídica. Compreensível, assim, que, àquele tempo, não se tenha cogitado sobre a inserção de técnicas voltadas à racionalização das decisões judiciais tal qual operado nos países de tradição *common law*.

Contudo, com a ruína do império da lei, fruto da tirania do Poder Legislativo, e a consequente instituição do Estado Constitucional de Direito como resposta à falência da atuação ilimitada do Parlamento, grande impacto se operou sobre a *civil law* e sobre o princípio da legalidade. Não bastava o respeito ao processo formal de edição das leis. Tornou-se necessário retomar a análise sobre o conteúdo dessas normas, alçando àquelas de fundamental relevância a patamar superior de forma a limitar a ação reformadora do Poder Legislativo. Nasciam, assim, o constitucionalismo e as constituições rígidas, como a brasileira, ampliando o que se compreendia como direito positivo.

Como consequência, as leis passaram a ser submetidas a controle de validade perante a constituição, de onde tiram o seu fundamento até os dias de hoje, conferindo ao Poder Judiciário papel de destaque.

³ MONTESQUIEU apud MARINONI. Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes / Justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 51/52.

No Brasil, foi inicialmente instituído o controle de constitucionalidade difuso, por meio do qual permitido a todo e qualquer juiz, diante de determinado caso concreto, a validação das leis, com parâmetro na Constituição Federal. Posteriormente, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Carta Magna, a competência para a apreciação das arguições abstratas de inconstitucionalidade e constitucionalidade.

O processo, contudo, teve as suas intempéries. A análise sobre a compatibilidade material de uma lei em face da Constituição Federal, assim como a interpretação das cláusulas gerais, viabilizou a cada intérprete a reintrodução de alguns parâmetros extrajurídicos nos julgamentos, tais como concepções políticas e sociais⁴, assemelhando-se, pois, tamanho grau de discricionariedade, à tradição *common law*, em que expressamente reconhecido o poder criativo do Poder Judiciário.

E não é só. O avanço na teoria da interpretação viabilizou a separação entre o texto e a norma legal, admitindo, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Consagrou-se a máxima de que existem diversas interpretações possíveis para uma única previsão legislativa, superando definitivamente as bases da certeza e da previsibilidade positivista.

A perda gradual de previsibilidade no direito brasileiro, constatada, sobretudo, na concomitância de interpretações diferentes acerca de um único direito fundamental ou diretriz legal, a despeito de manifestação do órgão jurisdicional de vértice, foi, entretanto, por anos, negligenciada, desencadeando grave sentimento de descrédito na Justiça. O jargão *loteria jurídica*, para além de macular a imagem da magistratura, ilustra com precisão a gravidade da lesão causada aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. O direito, apesar de modernizado, tornou-se disforme e irracional, em desfecho estranhamente diverso daquele observado em países como os Estados Unidos, berço do controle de constitucionalidade.

À frente do seu tempo e já percebendo os reflexos decorrentes do constitucionalismo contemporâneo, alguns doutrinadores, dentre os quais se destaca Luiz Guilherme Marinoni, debruçaram-se, então, sobre os estudos acerca da compatibilidade da *stare decisis* americana com o sistema jurídico brasileiro, apontando-a como possível instrumento de resgate da previsibilidade jurídica perdida ao longo do processo histórico de modernização do direito brasileiro. Para isso, foi tecnicamente demonstrado, a partir do enfrentamento dos argumentos contrários, - que aqui, por sua profundidade, não serão analisados - a autonomia da *stare decisis* em relação à *common law*, concluindo-se ser aquela técnica de racionalização

⁴ MARINONI, op. cit., 2014, p. 55 e 62.

do direito passível de ser empregada, em maior ou menor grau de profundidade, tanto no direito consuetudinário, como no direito legalista, principalmente quando admitido o controle de constitucionalidade difuso, eis que, num ou noutro caso, o objetivo é coincidente, isto é, conferir maior previsibilidade ao direito.

Não sem razão, fala-se na existência de um movimento de aproximação entre a *civil law* e a *common law*, exemplificado, no Brasil, pela atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal, às decisões vinculantes tomadas em ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade e nas arguições de preceito fundamental; pela formalização do sistema de recursos especiais e extraordinários repetitivos; pelo incremento dos poderes dos relatores, que passaram a poder negar seguimento a recursos manifestamente contrários à jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, entre outros tantos recursos que foram inseridos antes, inclusive, da promulgação do Novo Código de Processo Civil.

As reformas operadas, a par do inegável objetivo de conferir maior sistematicidade e celeridade ao direito, mostraram-se, contudo, ainda insuficientes ao resgate da previsibilidade. Na prática, embora, em sede de recurso extraordinário, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade de determinada norma, nenhum magistrado sentia-se moral ou institucionalmente compelido a seguir tal entendimento, porquanto prolatado como mera razão de decidir. Da mesma forma, apesar de formalmente solucionado o conflito sobre duas interpretações possíveis acerca de uma lei federal pelo Superior Tribunal de Justiça, nenhuma condição formal vinculava os órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores. Por conseguinte, mantinha-se indefinidamente a concomitância de decisões divergentes, sobrecarregando desnecessariamente o Poder Judiciário, dificultando o acesso à Justiça aos jurisdicionados e perpetuando o estado de violação à isonomia.

A falência da *civil law* contemporânea, consubstanciada no agravamento sistêmico dessas circunstâncias, notadamente no campo da previsibilidade, foi, assim, o que viabilizou, a partir de profundos estudos doutrinários, a introdução formal, por meio do novo Código de Processo Civil, do chamado sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro.

A ética do novo diploma consiste na superação desse cenário caótico, elencando textualmente diferentes tipos de decisões judiciais colegiadas que, por sua relevância, passaram a ter caráter vinculante, isto é, obrigatório a todos os demais órgãos jurisdicionais. Não se fala aqui em eficácia *erga omnes* do dispositivo, mas sim de efeito vinculante das razões de decidir - *ratio decidendi* -, estes sim a serem observados em momento futuro por parte dos demais magistrados, inclusive pelo órgão prolator da decisão – eficácia vertical e

horizontal – por constituírem norma jurídica abstrata e integrada ao direito, não obstante o processo de formação por meio concreto.

Dessa forma, a teor do que dispõe o artigo 927, incisos de I a V, o Código de Processo Civil, consideram-se formalmente obrigatórias as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados⁵.

Por consequência, existindo interpretação consolidada nos termos do dispositivo citado, descabe ao magistrado furtar-se injustificadamente à sua aplicação, sob pena de incorrer em nulidade por vício de motivação⁶. Na mesma linha, considera-se denegação da Justiça a omissão em relação à precedente vinculante, ainda que não haja provocação da parte⁷.

Em linhas gerais sobre o tema, cita-se, como um dos princípios inerentes a ao sistema de precedentes vinculantes, a *inércia argumentativa*⁸, segundo a qual somente se admite a superação ou a distinção de um precedente já firmado mediante significativo esforço interpretativo - interpretação qualificada - e, ainda assim, respeitadas determinadas regras, ao passo em que, por outro lado, facilita-se a elaboração da fundamentação ao juiz ou ao Tribunal que for aplicá-lo. Nesse último caso, basta a identificação da *ratio decidendi* vinculante e a demonstração da similitude entre ela e o caso sob julgamento, o que, por óbvio, além de celeridade, confere ao sistema maior racionalidade.

Esclarece-se, também, que os precedentes judiciais, fontes normativas que são, estão submetidos à livre interpretação por parte dos demais julgadores. Os enunciados normativos extraídos das razões de decidir, assim como os textos legais, por maior grau concretude que pretendam ter, jamais terão a pretensão de confundir-se com a norma a eles inerente. Caso contrário, estar-se-ia a conferir ao modelo de precedentes vinculantes a mesma lógica positivista que se pretende substituir, com o que não se pode concordar.

⁵ De acordo com o professor Fredie Didier, trata-se de rol não exaustivo. DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 11. ed., rev., amp. e atual. Salvador, Bahia: JusPodvium, 2016, p. 475.

⁶ Vide artigo 489, parágrafo 1º, incisos V e VI, do *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 jul 2017.

⁷ Vide artigos 10 e 927 do *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 jul 2017.

⁸ DIDIER JR. op., cit., p. 488.

Por tal motivo, diz-se que existem quatro regras fundamentais de confronto, interpretação e aplicação do precedente: o *distinguishing*, *overriding*, *overruling* e o *antecipatory overruling*, todas destinadas ao aprimoramento e constante evolução do direito jurisprudencial.

No *distinguishing* deve-se demonstrar que, em razão das particularidades de determinado caso, a *ratio decidendi* paradigma a ele não se aplica (*restrictive distinguishing*) ou, em sentido contrário, destacar que, a despeito das singularidades da hipótese fática, deve a *ratio decidendi* paradigma a ela se estender (*ampliative distinguishing*)⁹. O *overriding* é a superação parcial de um precedente, realizada quando o órgão responsável pela edição da *ratio decidendi* limita o seu âmbito de incidência diante de determinada regra ou princípio. Já o *overruling* é a técnica por meio da qual o Tribunal prolator do precedente obrigatório o substitui por uma nova interpretação, também vinculante. Por se tratar da mais drástica técnica de superação, comprometendo muitas vezes a confiança justificada e o princípio da não surpresa, somente se admite o *overruling* mediante fundamentação qualificada, ainda não debatida pela Corte prolatora da decisão, diante de manifesta injustiça social não devidamente imaginada no momento da elaboração do precedente originário; desgaste do precedente originário por falta de congruência social ou consistência sistêmica ou, ainda, por vício de legitimidade, como, por exemplo, nos casos em que da aplicação da *ratio decidendi* advirem consequências anti-isonômicas ou inseguras¹⁰.

Por fim, entende-se admissível no Brasil o instituto da *antecipatory overruling*, estendendo-se a juízes e a Tribunais de Justiça a possibilidade de, mediante forte carga argumentativa, superior, inclusive, à exigida no clássico *overruling*, a prerrogativa de não observância de determinado precedente obrigatório quando houver sinais de seu desgaste pelo próprio Tribunal prolator da decisão¹¹.

A principal fonte normativa do sistema de precedentes vinculantes, como já analisado alhures, é o próprio Código de Processo Civil, nenhum outro diploma havendo, até a data da presente pesquisa, a complementar ou regulamentar a matéria em sede Penal e Processual Penal, ramos do Direito em que, paradoxalmente, a despeito da maior importância atribuída ao princípio da legalidade, se verifica, também, não raras vezes, excesso de discricionariedade dos magistrados. Por tal motivo, uma das mais relevantes questões que se coloca é saber em que medida as citadas regras se aplicam à jurisdição criminal, se é que se

⁹ Ibid., p. 504/507.

¹⁰ Ibid., p. 507/512.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2013 p. 401/417.

aplicam, e os impactos experimentados especificamente nesse ramo, quase dois anos após a vigência do novo Código de Processo Civil.

2. ANÁLISE SOBRE A COMPATIBILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COM A JURISDIÇÃO CRIMINAL

A essa altura, evidente se mostra que o sistema de precedentes obrigatórios, a despeito de ter sido introduzido pelo Código de Processo Civil, constitui um dos principais pilares da teoria geral do processo brasileiro, incidindo, por isso, em todos os subsistemas processuais de forma automática e impositiva. Entendimento em sentido diverso levaria à conclusão de que a falta de racionalidade constitui atributo exclusivo da jurisdição cível, o que, além sistemicamente incompatível, é falacioso.

Cita-se, a título de exemplo, a enorme quantidade de decisões judiciais¹² reformadas por violação ao enunciado número 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, editada em 13/05/2010 e ao acórdão prolatado sob a sistemática dos recursos repetitivos que uniformizou o entendimento sobre o momento da consumação dos delitos de roubo e furto.

Não obstante, o artigo 15 do novo Código de Processo Civil não impôs, de forma expressa, como o fez para outros ramos do direito, a sua observância no âmbito do Processo Penal. De acordo com o dispositivo citado “[n]a ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Haveria, assim, óbice legislativo à incorporação do sistema de precedentes vinculantes na jurisdição criminal?

¹²Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1201491/RJ. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=viola%E7%E3o+s%FAMula+443+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 12 nov. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. HC 416.419/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=viola%E7%E3o+s%FAMula+443+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 12 nov. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. HC 408.441/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=viola%E7%E3o+s%FAMula+443+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 12 nov. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. HC 402.317/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=amotio+provimento&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11. Acesso em 12 nov. 2017.

No âmbito doutrinário, há consenso sobre a aplicabilidade das disposições do novo Código de Processo Civil ao Processo Penal¹³, atentando-se apenas para o seu caráter subsidiário, supletivo e residual, consoante determina o artigo 3º, do Código de Processo Penal¹⁴.

Diz-se subsidiária, pois somente terá incidência as normas processuais civis quando não houver regramento próprio na legislação processual penal; supletiva, porque se limita à complementação e residual, na medida em que não podem estar em conflito com as regras e princípios próprios do Direito Penal e Processual Penal¹⁵.

Em relação à subsidiariedade e à supletividade, não há maiores dúvidas: o sistema de precedentes obrigatórios não encontra disciplina semelhante no Código Penal ou no Código de Processo Penal.

Já no que tange ao caráter residual, a questão merece aprofundamento.

O principal questionamento sobre a adoção de um sistema de precedentes formalmente vinculantes gravita em torno do princípio da legalidade.

Como se sabe, o princípio da legalidade assume contornos diferenciados nos microsistemas de Direito Civil e Direito Penal, sendo neste o âmbito de sua maior expressão, notadamente em razão do brocado “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, positivado no artigo 1º, do Código Penal¹⁶.

Por tal razão, não se admite, na jurisdição criminal, a criação de crimes ou de penas a partir de precedentes obrigatórios. Trata-se de uma premissa. Mas haveria violação à legalidade na atribuição de eficácia vinculante aos precedentes de natureza penal e processual penal?

A resposta é negativa.

Como já ressaltado linhas atrás, inexistente incompatibilidade com o sistema legalista, típico da *civil law*, com o sistema de precedentes obrigatórios. Ao contrário: o que se verifica

¹³ Nesse sentido, cita-se o professor Cássio Scarpinella Bueno, para quem “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”. BUENO. Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52.

¹⁴ BRASIL. Artigo 3º, do *Código de Processo Penal*: “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago 2017.

¹⁵ 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)*. In DIDIER JR. Fredie (Coord. Geral). *Processo Penal*. V. 13., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 460/461.

¹⁶ BRASIL. Artigo 1º, do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago 2017.

é a complementariedade entre ambos, na medida em que a atribuição de força normativa às decisões judiciais contribui para a maior previsibilidade do direito, viabilizando o tratamento jurídico isonômico entre pessoas em idêntica situação de fato.

Em sendo assim, nenhuma razão parecer haver, ainda mais com fundamento no meio de promulgação da norma, a se afastar as partes de um processo criminal, em que discutidos os mais caros bens da vida, do âmbito da sua incidência.

No ponto, convém notar que, reconhecendo-se ou não a força vinculante das interpretações judiciais, a atividade criativa dos juízes é fato incontroverso e, no atual estágio do Direito Processual, inevitável. Dessa forma, não procede a argumentação, segundo a qual a introdução da *stare decisis* no Brasil ampliaria as prerrogativas do Poder Judiciário. A situação, como já se demonstrou, é justamente inversa: busca-se limitar a discricionariedade dos intérpretes em prol da unidade do direito, de modo que incontestável a sua natureza benéfica, ainda que, por via de determinada *ratio decidendi*, se reconheça situação desfavorável ao réu, ponto que será aprofundado no terceiro capítulo.

Ainda que assim não fosse, não excede destacar que já tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 432/2016¹⁷, de iniciativa do Senador Antônio Anastasia, por meio do qual se objetiva retificar a redação do artigo 15 do Código de Processo Civil, para que passe a constar, de forma expressa, também o Direito Processual Penal. Nas justificativas do mencionado Projeto de Lei, verifica-se não ter havido omissão intencional, mas meramente ocasional, o que só corrobora as conclusões alcançadas ao longo da presente pesquisa.

3. O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS CRIMINAIS: ADAPTAÇÕES TEÓRICAS E DIFICULDADES PRÁTICAS

Superada a discussão sobre a aplicabilidade do sistema de precedentes vinculantes na jurisdição criminal, impõe-se a análise sobre as eventuais adaptações a serem realizadas, ressaltando, desde logo, que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotá-las.

A primeira a ser abordada diz respeito à eficácia dos precedentes obrigatórios de Direito Penal e de Direito Processual Penal.

¹⁷ BRASIL. *Projeto de Lei 432/2016*. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127628>>. Acesso em: 15 set 2017.

Segundo Hermes Zanetti Jr.¹⁸, à exceção da técnica de julgamento dos recursos repetitivos, os precedentes vinculantes de Direito Penal não devem obedecer à regra geral da retroatividade. Para o autor, em relação aos fatos anteriores à normatização da decisão, a *ratio decidendi* desfavorável ao réu servirá tão somente como argumento persuasivo, sem força vinculante. Dessa forma, por exemplo, não caberá reclamação constitucional por parte do Ministério Público ou do assistente da acusação. Por outro lado, em sendo o precedente vinculante mais favorável ao acusado, se permitirá à defesa a impugnação por todos os meios cabíveis de forma imediata, considerando-se, inclusive, imotivada a decisão que deixar injustificadamente de aplicá-lo.

Trata-se, a toda evidência, de interpretação ampliativa do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, aqui compreendido excepcionalmente como norma jurídica, para incluir os precedentes vinculantes.

No que tange aos precedentes que veiculam matéria afeta ao Direito Processual Penal, como, aliás, pode-se citar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória a partir do exaurimento da jurisdição de 2ª grau, no HC 126.292, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki¹⁹, vige o brocado *tempus regit actum*, não se cogitando a limitação mencionada para o Direito material.

A segunda adaptação refere-se à possibilidade de suspensão dos processos em razão do reconhecimento da repercussão geral da matéria submetida a julgamento, prevista no parágrafo 5º, do artigo 1.035, do Código de Processo Civil.

A repercussão geral consiste em técnica de julgamento por amostragem nas situações em que for constatada a multiplicidade de recursos fundamentados em idêntica questão de direito. Por meio dessa técnica, o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal seleciona os recursos que melhor representam a controvérsia e os envia para o Supremo Tribunal Federal se se tratar de recurso extraordinário ou para o Superior Tribunal de Justiça se for o caso de recurso especial. Constatada a presença do pressuposto previsto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, o Relator do Tribunal Superior pode determinar a suspensão do trâmite de todos os demais recursos similares.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de sobrestamento dos recursos por força do parágrafo 5º, do artigo 1.035, do Código de Processo Civil aplica-se aos processos cíveis e criminais, convergindo, desta feita, mais uma vez, com

¹⁸ ZANETTI JR. op., cit., p. 464/465.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2E+OU+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jukvr93>>. Acesso em: 20 out. 2017

todo o exposto neste trabalho. Nesse sentido, mencione-se a decisão prolatada no RE 966.177 RG/RS, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em que efetivamente reconhecida a repercussão geral sobre a tipicidade da contravenção penal prevista no artigo 50 do Decreto-Lei n.º 3.688/41, relativa aos jogos de azar.

Ocorre, porém, que, nos processos suspensos, ficaria o Estado legalmente impedido de prosseguir na persecução penal, a despeito do transcurso do prazo prescricional.

Visando corrigir essa distorção, intimamente associada à violação aos princípios da paridade de armas e da proteção deficiente, o Supremo Tribunal Federal, ao valorar a extensão do artigo 116, inciso I, do Código Penal, posicionou-se pela utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, para sustentar a sua aplicação também nos casos de sobrestamento de recurso submetido à sistemática da repercussão geral, salvo nas hipóteses em que o réu esteja provisoriamente preso, instituindo, assim, nova hipótese de suspensão do prazo prescricional.

A terceira adaptação gravita em torno do cabimento da revisão criminal com base em novo precedente vinculante ou modificação de um já existente mais benéfico ao réu.

Hermes Zanetti²⁰ sustenta que, diferentemente do que ocorre com as ações rescisórias, nada obsta que o condenado ajuíze revisão criminal visando à desconstituição da própria condenação com fundamento em nova *ratio decidendi*. Para o autor, a situação reclama a aplicação do artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, em uma segunda referência à possibilidade excepcional de ressignificação do vocábulo *lei*, para incluir as normas jurídicas concretizadas.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.²¹, para quem é possível “cogitar uma revisão criminal com base em precedente mais favorável ao condenado”, em espécie de interpretação analógica às situações expressamente contempladas nos artigos 966, inciso V, e 525, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

Por fim, destaca-se a necessidade de releitura do princípio da motivação das decisões à luz do disposto no artigo 489, §1º do Código de Processo Civil.

Não se nega que o referido princípio, até porque positivado na Carta Constitucional em seu artigo 93, inciso IX, há muito se aplica ao Direito Penal e Processual Penal. Contudo, o que se tem percebido nos Tribunais Superiores, antes mesmo da promulgação das novas regras trazidas pelo Código de Processo Civil, é a multiplicação de decisões com vícios de motivação, sobretudo no que tange às questões atinentes à progressão de regime, à prisão

²⁰ ZANETTI JR. op., cit., p. 466.

²¹ DIDIER JR. op., cit., p. 473.

cautelar, ao regime inicial de cumprimento de pena, ao erro na dosimetria e ao excesso de prazo²².

Essa preocupante situação impõe que se analise detidamente as novas hipóteses expressamente previstas nos incisos V e VI do parágrafo 1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil, a fim de se evitar o agravamento do cenário já apurado e o aumento desnecessário de *habeas corpus* e recursos criminais, na direção oposta aos fins visados pelo microsistema de precedentes vinculantes.

Dispõe o inciso V que se considera imotivada a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar os seus fundamentos determinantes - *ratio decidendi* -, nem demonstrar que o caso sob julgamento se amolda a eles. De início, deve ser esclarecido que, em regra, toda irregularidade formal pressupõe a demonstração do efetivo prejuízo pela parte que a alega, para que a nulidade do ato possa ser decretada. Entretanto, nessa hipótese, há juristas, como o Ministro Rogério Schietti²³, que sustentam a inexistência de fundamentação, o que, por via reflexa, poderia ensejar, com fundamento na inobservância de um dos requisitos essenciais da sentença²⁴, a anulação automática do *decisum*.

Já o inciso VI, consagra o vício de motivação nos casos em que a decisão deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Veda-se, aqui, a desobediência judicial, por força da vinculação vertical e horizontal dos precedentes. Dessa forma, apesar de o inciso ter sido omissivo no ponto, entende-se que a melhor interpretação é a de que somente se considerará imotivada a sentença que deixar de enfrentar súmula ou precedente obrigatório. E, nesses casos, a situação será a de *error in iudicando* por violação também ao dever de fidelidade ao direito, justificando a reforma da decisão pelo Juízo *ad quem*.

Percebe-se, assim, que o novo Código de Processo Civil trouxe não só um espírito novidadeiro, mas profundas e complexas modificações em termos de Teoria Geral do Direito, as quais recomendam cautela e demandam atenção especial por parte dos intérpretes, principalmente no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, em que as alterações se fazem por via reflexa e de modo subsidiário.

²² SCHEITTI CRUZ, Rogério. *Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal*. In DIDIER JR. op. cit. p. 343.

²³ *Ibid*, p. 352.

²⁴ Vide artigo 489, inciso II, do *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 jul 2017.

CONCLUSÃO

Objetivou-se, com o presente trabalho, analisar as repercussões trazidas pelo novo Código de Processo Civil, notadamente no que se refere à inserção do sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro e à sua aplicabilidade na Jurisdição Criminal.

O contexto que precedeu a inovação legislativa fornece as bases legitimadoras da vinculação vertical e horizontal, demonstrando, por sua vez, a inexistência de incompatibilidade entre os precedentes obrigatórios e os sistemas *civil law*. Ao revés, no caso específico do Brasil, no qual, em razão das peculiaridades históricas, ainda se aceita com certa tranquilidade a concomitância de decisões desiguais para casos idênticos, em completo desprestígio à isonomia e à segurança jurídica, a medida tende a ser especialmente salutar.

Procurou-se demonstrar que, apesar de a nova ética precedentalista ter sido incorporada por meio do Código de Processo Civil, os seus comandos são aplicáveis de forma impositiva à Jurisdição Criminal, seara em que, pela importância conferida ao princípio da discricionariedade judicial, a sua observância tem sido ainda mais negligenciada.

Por fim, uma vez enfrentada a questão com maior clareza e profundidade, abriu-se espaço para as efetivamente necessárias indagações sobre as nuances e as peculiaridades da ética precedentalista na Jurisdição Criminal.

O tratamento igualitário daqueles em semelhante hipótese fática é um dever e uma responsabilidade do Poder Judiciário brasileiro, não sendo menor, nem menos importante entre os magistrados criminais.

Por tal razão, pretendeu o presente artigo ser uma porta aberta para novas discussões acerca da temática, mas, principalmente, um veículo de conscientização da comunidade jurídica atuante na Jurisdição Criminal acerca da profundidade da reforma operada pelo novo Código de Processo Civil, de cuja essência se extrai, sem sombra de dúvidas, uma nova e diferente forma de se pensar e de se raciocinar o direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago 2017.

_____*Projeto de Lei 432/2016*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127628>>. Acesso em: 15 set 2017.

_____*Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 jul 2017.

_____*Supremo Tribunal Federal. HC 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2EENUME%2E+OU+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jukvr93>>. Acesso em: 20 out. 2017

_____*Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1438967/PR*. Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1438967&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____*Superior Tribunal de Justiça. EDcl no RHC 44.492/SC*. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=44492&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 17 out. 2017

_____*Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1201491/RJ*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=viola%E7%E3o+s%FAMula+443+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____*Superior Tribunal de Justiça. HC 416.419/SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=viola%E7%E3o+s%FAMula+443+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____*Superior Tribunal de Justiça. HC 408.441/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=viola%E7%E3o+s%FAMula+443+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 12 nov. 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 11. ed., rev., amp. e atual. Salvador: JusPodvium, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed., rev., ampl., atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Bárbara Gaeta Dornellas. A força dos precedentes judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica. *Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição* -ISSN: 2526 - 0200 | Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 634 - 654 | Jan/Jun.2016. 635.

SCHEITTI CRUZ, Rogério. *Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal*. In DIDIER JR. Fredie (Coord. Geral). *Processo Penal*. V. 13., Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *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)*. In DIDIER JR. Fredie (Coord. Geral). *Processo Penal*. V. 13., Salvador: Juspodivm, 2016.