

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA

MANOEL CACIMIRO NETO

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE FORMAÇÃO DE
PRECEDENTES PELO STF E STJ EM JULGAMENTOS DE NATUREZA
CRIMINAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2024

MANOEL CACIMIRO NETO

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE FORMAÇÃO DE
PRECEDENTES PELO STF E STJ EM JULGAMENTOS DE NATUREZA
CRIMINAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

Coorientador: Prof. Dr. João Rafael de Oliveira

CURITIBA

2024

Cacimiro Neto, Manoel

A possibilidade de utilização do sistema de formação de precedentes pelo STF e STJ em julgamentos de natureza criminal como instrumento de efetivação de direitos fundamentais. / Manoel Cacimiro Neto. - Curitiba, 2024.

144 f.

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese
Dissertação (Mestrado) - UniBrasil, 2024.

1. Direito Penal. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direito Constitucional. 4. Precedentes Judiciais. I. Pugliese, William Soares, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

MANOEL CACIMIRO NETO

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES PELO STF E STJ EM JULGAMENTOS DE NATUREZA CRIMINAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese (UNIBRASIL)

Coorientador: Prof. Dr. João Rafael de Oliveira (UNIBRASIL)

Integrantes: Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR)

Profa. Dra. Allana Campos Marques Schrappe (UNIBRASIL)

Curitiba, 26 de novembro de 2024.

Dedico este trabalho àqueles que vieram antes de mim, especialmente meu pai, Cacimiro Alves de Oliveira, e minha mãe, Maria do Socorro Brasileiro, cuja memória é uma constante inspiração em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao Grande Arquiteto do Universo, cuja sabedoria e providência guiaram cada um dos meus passos nesta jornada de aprendizado e realização. Sem a sua proteção e a luz de seu ensinamento, este trabalho jamais teria sido possível. Agradeço também à minha querida esposa, Maria de Fátima Vieira Cacimiro, por seu inabalável companheirismo, paciência e apoio em todos os momentos e aos meus filhos, Samuel José Cassimiro Vieira e Ana Paula Cassimiro Vieira, pelos incentivos e diálogos constantes, fonte de orgulho e motivação.

Agradeço ainda a todos os funcionários da UniBrasil, que, com dedicação e cuidado, auxiliaram nesta caminhada acadêmica. Um agradecimento especial aos meus professores, orientador e coorientador, Dr. William Soares Pugliese e Dr. João Rafael de Oliveira, cujos conhecimentos e paciência foram fundamentais para a conclusão desta dissertação. Que este trabalho seja um testemunho da força das parcerias e da construção coletiva do saber.

RESUMO

O processo de efetivação dos direitos fundamentais no Brasil está cada vez mais atrelado a atuação do Poder Judiciário, que atuando como contrapeso ao Executivo e Legislativo, desempenha papel crucial na interpretação das normas, responsabilizando-se pela aplicação de maneira a garantir a efetividade dos mandados constitucionais. Esse protagonismo acentua-se ante a crescente força persuasiva, e até obrigatória, dos precedentes judiciais. Por meio do método dedutivo, o presente estudo parte da análise da recente atuação das Cortes Superiores em selecionados casos qualificados como precedentes obrigatórios com o objetivo de investigar a possibilidade de adoção de um sistema de precedentes qualificados no âmbito do Direito Penal e Processual Penal para efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, estrutura-se em três partes, sendo a primeira dedicada à estrutura do Judiciário e a convivência entre seu protagonismo e a democracia, a segunda conferindo ênfase ao modelo de sistema de precedentes adotado no Brasil e a terceira, por fim, aprofunda a aplicação do *stare decisis* nos Direito Penal e Processual Penal, notadamente sua interação com princípios como legalidade, segurança jurídica e independência do Ministério Público. A partir das premissas estabelecidas ao longo do trabalho foi possível constatar que o sistema de precedentes obrigatórios é compatível com o Direito Penal e Processual Penal, beneficiando aos princípios da igualdade e segurança jurídica, desde que razoavelmente aplicado sem sacrifício do princípio da legalidade.

Palavras-chave: Precedentes. Direito Penal e Processual. Princípio da Legalidade. Jurisdição Constitucional. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The realization of fundamental rights in Brazil is increasingly linked to the actions of the Judiciary, which, acting as a counterbalance to the Executive and Legislative branches, plays a crucial role in interpreting norms and is responsible for their application in a way that ensures the effectiveness of constitutional mandates. This protagonism is heightened by the growing persuasive, and even mandatory, force of judicial precedents. Through the deductive method, the study begins with an analysis of the recent actions of the Superior Courts in selected cases qualified as mandatory precedents, with the aim of investigating the possibility of adopting a system of qualified precedents within the scope of Criminal and Procedural law to realize fundamental rights. To this end, it is structured in three parts: the first dedicated to the structure of the Judiciary and the relationship between its protagonism and democracy; the second emphasizing the precedent system adopted in Brazil; and the third, finally, delving into the application of *stare decisis* in Criminal and Procedural Law, notably its interaction with principles such as legality, legal certainty, and the independence of the Public Prosecutor's Office. Based on the premises established throughout the work, it was possible to conclude that the system of mandatory precedents is compatible with Criminal and Procedural Law, benefiting the principles of equality and legal certainty, as long as it is reasonably applied without sacrificing the principle of legality.

Keywords: Precedents. Criminal and Procedural Law. Principle of Legality. Constitutional Jurisdiction. Fundamental Rights.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CSMP	Conselho Superior do Ministério Público
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IAC	Incidente Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
MP	Ministério Público
PAES	Parcelamento Especial
PDT/DF	Partido Democrático Trabalhista do Distrito Federal
PSL	Partido Social Liberal
RE	Recurso Extraordinário
REFIS	Programa de Recuperação Fiscal do Governo Federal
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O NEOCONSTITUCIONALISMO	12
2.1	CORTES SUPREMAS: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	13
2.2	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA.....	22
2.3	RECONHECIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO POSITIVADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	30
2.4	PODERES DO MAGISTRADO E O PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL	32
3	SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO E JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA.....	36
3.1	JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE: ART. 103, CF/88	47
3.2	SISTEMA DE PRECEDENTES ADOTADO E SUA EFICÁCIA	51
3.3	SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS.....	54
3.4	UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	55
4	APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL NO BRASIL	63
4.1	PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC	64
4.2	O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EXPRESSAMENTE CONSAGRADO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A COMPATIBILIDADE COM A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES	65
4.3	A SEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL	76
4.3.1	Necessidade de observância dos precedentes horizontal e verticalmente em julgamentos de natureza penal e o antagonismo das decisões nos	

Tribunais	79
4.3.2 Técnicas de afastamento da aplicação dos precedentes e o respeito ao princípio da legalidade.....	88
4.4 ADOÇÃO DE SISTEMA DE PRECEDENTES EM JULGAMENTOS DE NATUREZA PENAL E PROCESSUAL PENAL NO STF E NO STJ.....	94
4.5 REFLEXO DIREITO E IMEDIATO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA PERSECUÇÃO PENAL PELO ESTADO	101
4.5.1 Obrigatoriedade da ação penal pública e a aplicação dos precedentes judiciais na fase pré-processual como fundamento na decisão administrativa de formulação da “ <i>opinio delicti</i> ” pelo MP	102
4.5.2 Coisa julgada penal e a (ir)retroatividade dos precedentes	118
5 CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS.....	130

1 INTRODUÇÃO

O desafio da efetivação de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, ante a ineficácia de mecanismos introduzidos pelas teorias do estado liberal e, posteriormente, do estado social, protagonizados pelos Poderes Legislativo e Executivo, alçou o poder judiciário ao papel de guardião dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988¹, seguindo as grandes transformações políticas na América Latina ao longo das décadas de 1980 e 1990, dentre outros avanços trouxe a incorporação de direitos humanos e do direito internacional para densificar as garantias individuais contra os poderes constituídos.

A jurisdição constitucional passa a ser um dos temas mais enfrentados, uma vez que se torna uma importante ferramenta contra governos autoritários ou arbitrários, desempenhando um papel de “criação judicial do direito”. Porém, a própria Constituição impõe limites a essa atividade na medida que exige uma argumentação jurídica consistente nas decisões judiciais, a fundamentação.

No domínio penal, a interpretação e aplicação da norma escrita caracteriza-se pelos espaços de incertezas, os quais são preenchidos pelo Poder Judiciário, sob a invocação dos poderes inerentes ao julgador, embora vinculado a observância do princípio da legalidade, não se pode deixar de reconhecer entre estes o poder de disposição, que se caracteriza pela discricionariedade, exigindo-se, assim, maior limitação e redução desses espaços de incertezas com a adoção do sistema de precedentes, instrumento tradicional do sistema da *Common Law* que confere tratamento igualitário, estabilidade, coerência e segurança jurídica as atividades do Poder Judiciário.

Contudo, resquícios de legislação processual penal anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), vez por outra, são utilizados para não aceitação desse mecanismo no domínio penal, sob os argumentos da ausência de previsão expressa em lei, fonte principal do direito no sistema da *Civil Law*, e que segundo esse entendimento poderia ferir princípios do Direito Penal e Processual Penal, e normas codificadas sob a égide de regimes totalitários, inclusive de inspiração “fascista”, como o nosso Código de Processo Penal (CPP).

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

Em sentido contrário, o texto constitucional a partir de 1988, trouxe a obrigatoriedade de observância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente as denominadas súmulas vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004.²

Em adequação as normas constitucionais, o recém-vigente Código de Processo Civil (CPC) adotou expressamente o sistema de precedentes. Contudo, a redação do seu art.15 inclui expressamente a sua aplicação ao processo eleitoral, trabalhista e administrativo, omitindo referência ao processo penal, talvez, em razão da tramitação de projeto de Lei para alteração do processo penal, vigente desde a década de 1940.³

Na legislação processual penal, parece que o embrião foi plantado pela Lei nº 13.964/2019, denominado de Pacote Anticrime, que conferiu redação aos incisos V e VI do § 2º do art. 315 do CPP, que tem como não fundamentada a decisão que:

[...] deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” ou que “limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.”⁴

A presente pesquisa, utilizando-se do método dedutivo, parte da análise da atuação das Cortes Superiores em recentes julgamentos paradigmáticos sobre temas como possibilidade de execução de pena provisória, subsunção de injúria racial ao conceito de racismo a luz dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, e da doutrina mais recente, com o objetivo de averiguar a possibilidade da adoção de um sistema de precedentes nos domínios do Direito Penal e Processual Penal para efetivação dos direitos fundamentais em harmonia com princípios e normas, buscando a racionalidade do sistema, limitando os campos de incertezas, e contribuindo para a

² BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16/03/2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 maio 2024.

⁴ BRASIL. **Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 2019. local. 48. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

segurança jurídica com a racionalidade esperada pela aplicação de tratamento igualitário, pela coerência e pela estabilidade da jurisprudência.

Em um primeiro momento o trabalho se ocupa da estrutura do Judiciário brasileiro, revisitando conceitos como jurisdição constitucional e democracia a fim de observar o papel das Cortes Superiores na unidade do direito e efetivação de direitos fundamentais. O segundo capítulo busca um aprofundamento sobre o sistema de precedentes positivado no nosso ordenamento jurídico e sua relação com os princípios da igualdade e duração razoável do processo, em especial aqueles qualificados como de eficácia obrigatória. Por último, o terceiro capítulo se apresenta como o objeto da presente dissertação e busca aprofundar nos fundamentos para a utilização de um sistema de precedentes judiciais na resolução de conflitos de natureza penal, com abordagem as interações entre o *stare decisis* à brasileira e os princípios da legalidade, da segurança jurídica, e da independência do Ministério Público (MP) como titular da ação penal pública.

Ao final, a partir das premissas estabelecidas ao longo da presente, espera-se obter a confirmação da hipótese inicial de que a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no Direito Penal e Processual Penal é benéfico para efetivação de direitos fundamentais, densificando o princípio da igualdade, porém sem sacrifício ao inafastável princípio da legalidade estrita que orienta a atuação no sistema penal brasileiro.

2 A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

O Poder Judiciário brasileiro é estruturado de forma hierárquica e complexa, dividido em diferentes esferas e instâncias, cada uma com competências específicas. Ele é responsável por assegurar o cumprimento das leis e garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Composto por órgãos como o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais Regionais Federais, além das Justças estaduais, eleitorais, trabalhistas e militares, o Judiciário desempenha um papel central na resolução de conflitos e na manutenção da ordem jurídica. Sua organização visa garantir a independência e a imparcialidade dos magistrados, assegurando que decisões sejam tomadas com base na legalidade e nos princípios constitucionais.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, surge como uma teoria jurídica que enfatiza a centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais na interpretação e aplicação do direito. Fortalecido no Brasil a partir da Constituição de 1988, esse movimento destaca o papel ativo do Poder Judiciário na concretização de direitos. Sob essa perspectiva, o neoconstitucionalismo promove uma leitura mais ampla e principiológica do texto constitucional, possibilitando a intervenção judicial para garantir direitos fundamentais e a justiça social. Assim, o Judiciário assume um papel de protagonista na efetivação de valores democráticos, enfrentando o desafio de equilibrar o ativismo judicial com o respeito às competências dos outros Poderes.

2.1 CORTES SUPREMAS: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como abordaremos adiante, para garantir a defesa da Constituição e da democracia, a jurisdição constitucional assume o papel de fiscalização dos limites das transformações sociais impulsionadas pela vontade majoritária com a finalidade de resguardar aquela dos abusos dos governantes e, também, os direitos fundamentais dos demais grupos sociais face aos anseios da maioria.

Cada momento histórico requer novas formas de organização e articulação do poder e, por conseguinte, novos mecanismos com capacidade para conduzir essas alterações. No Estado Liberal, o pensamento jurídico tinha o direito como produto da filosofia racionalista cuja criação só era admissível através do Legislativo. Já no Estado Social foi a vez do Executivo de assumir a tarefa de defesa da democracia, amenizando as desigualdades deixadas pelo liberalismo, as quais impediam o acesso igualitário aos direitos e deveres do cidadão.

Cada qual em sua época, os poderes Legislativo e Executivo exerceram protagonismo na execução dos objetivos sociais, econômicos e políticos dos séculos XVIII e XIX. Dentre tais objetivos há destaque para o estabelecimento da ideia de um governo limitado pelas leis, por direitos fundamentais, o liberalismo econômico e o governo majoritário. Assim, o constitucionalismo democrático se consolidou com uma participação destacada dos poderes representativos na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

De certa forma, esses poderes (Legislativo e Executivo), cada um a seu modo e tempo, assumiram o protagonismo na execução dos objetivos sociais, econômicos e políticos dos séculos XVIII e XIX, especialmente a ideia de governo limitado pelo Direito, os direitos fundamentais, o regime liberal econômico, a soberania popular e o governo da maioria. Consolidou-se, pois, o constitucionalismo democrático, como acentuada participação dos poderes representativos (Legislativo e Executivo) na proteção e efetivação sobretudo dos direitos fundamentais.⁵

Se ao longo dos séculos XVIII e XIX Legislativo e Executivo alternaram-se como mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais, a sua incapacidade em evitar a ascensão de governos totalitários e as graves violações de direitos humanos antes e depois da Segunda Guerra foram determinantes para a adoção do modelo de *judicial review*, assentado na ideia de governo da maioria, limitado pelo Direito, faz emergir o juiz ativista, que deixa a neutralidade liberal para assumir o papel de guardião dos direitos fundamentais, uma função política ou representativa e iluminista.⁶

A jurisdição constitucional na América Latina refere-se ao papel desempenhado pelos tribunais e órgãos judiciais na interpretação e aplicação das normas constitucionais nos países da região. Ao longo das últimas décadas, a jurisdição constitucional latino-americana passou por mudanças significativas, assumindo um papel cada vez mais importante na proteção dos direitos fundamentais, no equilíbrio de poderes e na consolidação da democracia.

Os sistemas judiciais dos países latino-americanos geralmente possuem uma Suprema Corte ou Tribunal Constitucional, que é responsável por exercer a jurisdição constitucional. Esses órgãos têm a autoridade de revisar e declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos, inclusive os praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Papel que no Brasil é atualmente conferido ao Supremo Tribunal Federal (STF), a quem a CF/1988 atribuiu a função de guarda da constituição.

⁵ TEIXEIRA, J. P. F. S. A.; LOBO, J. C. M.; DEOCLECIANO, P. R. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal à luz da doutrina da efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, 2022. p. 131. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1915>. Acesso em: 12 abr. 2024.

⁶ BARROSO, L. R. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais contemporâneas. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 11-35, set./dez. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

O constitucionalismo latino-americano passou por um período de profundas transformações ao longo das décadas de 1980 e 1990. Cabe recordar que ao longo dos anos 1960 e 1970 vários destes países estiveram sob a influência de regimes autoritários nos quais o poder Executivo foi capturado por elites econômicas e por militares apoiadas pelos Estados Unidos e, também, pelo beneplácito do Poder Judiciário local, que anuíu com as práticas ditatoriais sob um argumento de legalidade formal.

As constituições de transição política, ou de redemocratização, como é o caso da Constituição brasileira de 1988, foram produtos de uma reação direta aos regimes autoritários que as antecederam. Assim observa-se uma especial preocupação em possibilitar a participação de novos atores políticos por meio do pluripartidarismo, do reforço aos mecanismos de participação política direta, reconfiguração do parlamento para coibir a figura de parlamentares biônicos e reforço da atuação do Legislativo como fiscal do Executivo e a incorporação de direitos humanos e do direito internacional para densificar as garantias individuais contra os poderes constituídos.⁷

O constitucionalismo latino-americano é, portanto, fruto das reivindicações dos movimentos sociais e da população em geral que se preocupa com a legitimidade democrática da Constituição e com a possibilidade de solução dos conflitos sociais por meio da manifestação da vontade política do povo cujos governantes têm de se preocupar em equilibrar os valores sociais do trabalho com a livre iniciativa, o direito à propriedade privada com a função social daquela, no exercício de um modelo denominado por Santos⁸ como constitucionalismo experimental no qual há “[...] uma suspensão relativa dos conflitos e a criação de uma semântica política ambígua na qual não há vencedores nem vencidos definitivos”.

Neste contexto de relativa indecisão, além de desempenhar um papel fundamental na defesa da supremacia da Constituição e no controle da legalidade dos atos governamentais, a jurisdição constitucional tem sido importante mecanismo de proteção dos direitos de minorias e grupos vulneráveis. Em muitos países da região o julgamento dos tribunais constitucionais tem exercido impacto significativo na

⁷ SILVA, D. B.; PEDRON, F. B. Q. Hiperpresidencialismo, constitucionalismo abusivo e novo constitucionalismo latino-americano: uma leitura de teoria constitucional latino-americana. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 2, p. 264-292, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1872>. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁸ SANTOS, B. S. **Refudación del Estado en América Latina**: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: CAOL, 2010. p. 80.

promoção da igualdade de gênero e racial, no reconhecimento dos direitos indígenas, na proteção do meio ambiente, na proteção aos direitos reprodutivos da mulher.

Essa atuação das Cortes Constitucionais na região tem sido ponto de partida de tensões, sobretudo no que toca a temas delicados. Na experiência brasileira recente um ponto marcante de atrito entre o Judiciário e o Executivo ocorreu nos anos de 2020 e 2021, durante a pandemia de COVID-19, quando o país presenciou embates entre o então Chefe do Poder Executivo, defensor da intervenção mínima do Estado, e o STF em relação a medidas de restrição e políticas públicas de combate à pandemia, notadamente com relação à questão da vacinação.

Como resultado desta queda de braço democrática o Tribunal decidiu que os estados e municípios tinham autonomia para impor medidas de isolamento social, o que era contestado pelo Presidente, que defendia uma abordagem mais flexível com enfoque em amenizar o impacto econômico da crise sanitária. Essa divergência, assim como outras, gerou a intensificação do debate sobre os limites da atuação do Superior Tribunal Federal em assuntos de saúde pública.⁹

Outro ponto de tensão verificado recentemente foi a prisão do Deputado Daniel Silveira, à época filiado ao Partido Social Liberal (PSL), ocorrida após divulgação em suas redes sociais de vídeo no qual proferia insultos, ameaças e ofensas aos Ministros do STF. O Tribunal considerou que as falas do ex-Deputado caracterizavam crime inafiançável com base na Lei de Segurança Nacional – Lei nº 7.170/1983 –, gerando um intenso debate acerca dos limites da imunidade parlamentar, liberdade de expressão e o respeito às instituições democráticas. Posteriormente, confirmada a condenação, o deputado recebeu indulto presidencial, o qual foi anulado pela Corte Constitucional.¹⁰

Como se vê, em democracias jovens, com contextos políticos mais instáveis, os Tribunais Constitucionais se encontram em posição arriscada ao serem chamados a arbitrar conflitos de natureza política, sobretudo quando as demais instituições estão enfraquecidas pela apatia política ou entrincheiradas em decorrência da intensa polarização do debate. Neste contexto, a jurisdição constitucional assume um papel

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770**. Distrito Federal: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>. Acesso em: 5 ago. 2023.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 964**. Distrito Federal: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6389004>. Acesso em: 5 ago. 2023.

central na mediação dos conflitos da democracia tornando sua atuação mais complexa e arriscada em relação a seu equivalente em democracias estáveis¹¹. Assim, analisar o papel dos Tribunais Constitucionais nas democracias latinas, em especial a brasileira, requer investigar também a complexidade do contexto em que estão inseridos.

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte brasileira houve três principais propostas acerca da estrutura do STF: a primeira buscava a criação de um tribunal constitucional com competência exclusiva para decidir questões constitucionais, composto por ministros temporários, escolhidos pelo Congresso ou pelos três poderes constituídos em conjunto; a segunda propunha que o STF mantivesse a competência para unificar a jurisprudência acerca da legislação federal com ministros vitalícios, mas fosse criada uma sessão especializada dentro de sua estrutura para julgar as questões constitucionais, que seria composta por ministros temporários.¹²

Os debates foram marcados por intensa polarização política, contudo prevaleceu a terceira proposta que defendia manter o Tribunal com sua estrutura, composição e forma de escolha dos membros, bem como manter a sua competência de tribunal constitucional, federal e de cassação, com ministros vitalícios indicados pelo chefe do Poder Executivo, corrente que era defendida por Maurício Corrêa – do Partido Democrático Trabalhista do Distrito Federal (PDT/DF) – e pelos então membros do Tribunal, pela Associação dos Magistrados do Brasil e pelo governo.

Já com relação à cultura jurídica no Brasil, Roberto Kant de Lima¹³ pondera que entre nós prevalece no processo a lógica do contraditório, do dissenso infinito, com sobreposição do interesse público sobre o privado, do que resulta que os saberes particulares e especializados são sinônimos de poder e não precisam do consenso para a solução das lides. A legitimação da decisão estatal advém do saber

¹¹ LUNARDI, F. C. Cortes Constitucionais na América Latina e suas Tensões com o Poder Executivo: dificuldades, estratégias e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 2, p. 123-145, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1720>. Acesso em: 5 ago. 2023.

¹² LUNARDI, F. C. Controle Judicial de Constitucionalidade, legitimidade e sensibilidades jurídicas: quem controla o controlador. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 228-258, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1624/661>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹³ LIMA, R. K. Sensibilidades Jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, Brasília, n. 2. p. 25-51, jul./dez. 2009.

especializado e particularizado de uma autoridade que não necessita atribuir valor ao saber local ao entendimento das partes, pois o consenso daqueles não é legitimador da decisão judicial.

Assim, diferente do que ocorre nos debates que tem lugar no Legislativo e, em certo grau no Executivo, em que prevalece a lógica adversária, segundo a qual a legitimidade é extraída do consenso entre os atores envolvidos, no Judiciário brasileiro “[...] a legitimação se dá por um saber particularizado, pertencente a uma elite que reivindica seu poder de decisão sobre a sociedade, através de seu pertencimento e de sua fusão com o Estado: é a *Rule by Law*”¹⁴. Ao passo que nos Poderes eleitos prevalecem os processos de convencimento, de entendimento e de persuasão pela argumentação, no Judiciário os interlocutores não estão em posição de igualdade, de forma que prevalecerá o argumento de autoridade. O julgador ouve os argumentos das partes e, até certo ponto se limita àqueles¹⁵, mas é o Judiciário quem tem a palavra final. É ele quem decide e não precisa convencer as partes de seu argumento, pois ele detém a autoridade, o conhecimento especializado que o legitima a decidir de forma imparcial sobre a questão.

Lunardi pondera que essa sobrevalorização da racionalidade jurídica por vezes cria uma oposição entre interesses políticos entre os interesses do Estado e seus funcionários e os interesses da sociedade abrindo espaço para o argumento de que “[...] a sociedade, por não deter o conhecimento particularizado dos operadores do direito, não tem condições de decidir por si própria [...]”¹⁶ do que surge a noção de que o povo teria voluntariamente delegado ao Judiciário a proteção da democracia e dos direitos humanos em razão desse conhecimento especializado.

Sob a lógica do contraditório, a jurisdição constitucional não revela um diálogo entre os poderes, mas a sobreposição de sua decisão jurídica, racional, à decisão

¹⁴ LIMA, R. K. Sensibilidades Jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, Brasília, n. 2. p. 25-51, jul./dez. 2009 p. 38.

¹⁵ No julgamento da ADI nº 3.796/PR, em 8 de março de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que ao julgar as ações de controle abstrato de constitucionalidade o Tribunal não está vinculado aos fundamentos invocados pelo autor, o que significa que todo e qualquer dispositivo da Constituição ou do bloco de constitucionalidade poderá ser invocado como fundamento para a decisão.

¹⁶ LUNARDI, F. C. Controle Judicial de Constitucionalidade, legitimidade e sensibilidades jurídicas: quem controla o controlador. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 228-258, maio/ago. 2020. p. 240. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1624/661>. Acesso em: 10 nov. 2024.

política do Legislativo ou do Executivo, sob a acusação de que estes seriam capazes de eliminar o direito das minorias em benefício das majorias.

Barroso, no entanto, intervém no sentido de que a democracia contemporânea não se limita ao voto periódico, conclamando os brasileiros ao debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas relevantes. Para o autor e Ministro do STF, “[...] o protagonista da democracia deliberativa é a sociedade civil, em suas diferentes instâncias, que incluem o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações e cidadãos comuns”¹⁷.

Assim, Barroso defende que a Suprema Corte, por sua qualificação técnica, além do papel contra majoritário, pode excepcionalmente funcionar como intérprete do sentimento social, através do que chama de função representativa, vez que o legislativo, por diversas razões, nem sempre expressa o sentimento da maioria ou, com ainda mais parcimônia, como vetor de superação de preconceitos e superstições, realizando uma função iluminista, em favor da promoção de avanços civilizatórios independente das majorias políticas circunstanciais.

Inobstante, sem um diálogo com a sociedade, quando uma lei que seguiu o caminho da política é submetida a revisão judicial, não raro o debate que é naturalmente político reduz-se ao contraponto técnico-jurídico entre os membros da Corte Constitucional. Não por outro motivo Benvindo assevera que o constitucionalismo brasileiro está se aprimorando em termos de racionalidade jurídica, mas enfraquecido em termos de legitimidade vez que “[...] sem limites, há o contínuo risco do monólogo e da construção arbitrária do conteúdo decisório, o que é um sério ataque à democracia constitucional”.¹⁸

Ao abordar o conceito de democracia Dworkin evidencia o contraste entre duas visões: uma majoritária, segundo a qual democracia é o governo que se pauta segundo a vontade da maioria expressa nas eleições, e uma comunitária ou em parceria, na qual a democracia implica em considerar todos os seus integrantes como parceiros integrais de modo que a decisão da maioria só pode ser considerada

¹⁷ BARROSO, L. R. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais contemporâneas. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 11-35, set./dez. 2019. p. 16-17. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁸ BENVINDO, J. Z. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites de racionalidade. In: GUERRA, L. (org.) **Temas contemporâneos do direito**: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Gerra, 2011. p. 524.

democrática quando atendidas determinadas condições que protejam os *status* e os interesses de cada cidadão como parceiro, sem ignorar os interesses de minorias ou de grupos específicos.¹⁹

Entretanto, Motta e Streck, comentam que a democracia comunitária de Dworkin não se limita à imposição de limites à maioria. As decisões majoritárias somente encontram legitimação moral e política quando garantem igual consideração e respeito a todos os cidadãos. A decisão da maioria não é absoluta, submetendo-se aos direitos individuais de cada uma das pessoas sob seu domínio, com especial preocupação com a igualdade dos cidadãos e não somente com compromisso com as metas da soberania da maioria.²⁰

Assim, sob a perspectiva apresentada a legitimação das decisões judiciais ocorre quando aquelas são geradas por argumentos de princípio, os quais justificam uma decisão política através da demonstração que aquela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo, e não por argumentos de política, comprometidos somente com a meta de algum coletivo. Ou seja, as cortes constitucionais legitimam-se democraticamente na medida em que se debruçam sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional e não abstratamente sobre como se deve promover o bem geral.²¹

Contudo, a importação da teoria de Dworkin²² sem considerar a realidade institucional interna não é capaz de dar soluções adequadas para a questão do controle de constitucionalidade no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 fez uma opção política clara de que o Judiciário deve realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, seja através do controle difuso ou no controle concentrado, razão pela qual se pode afirmar que o constituinte deu ao Judiciário a última palavra. No entanto, se no controle difuso é dado às partes que serão atingidas pela decisão participar do debate, no controle concentrado há a possibilidade de que seja declarada a inconstitucionalidade do ato normativo sem que tenha havido defesa efetiva, uma vez que, além do limitado rol de

¹⁹ DWORKIN, R. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

²⁰ MOTTA, F. J. B.; STRECK, L. L. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11284>. Acesso em: 10 nov. 2024.

²¹ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

²² *Ibid.*

legitimados, a Advocacia-Geral da União, a quem em regra cabe defender a constitucionalidade do ato atacado, pode negar a defendê-la²³.

Com a finalidade de estabelecer mecanismos institucionais para garantir que a supremacia da Constituição não seja suplantada por uma supremacia da Corte Constitucional, Conrado Hübner Mendes advoga que o controle de constitucionalidade deve ser realizado pelo Judiciário, no entanto, a palavra final deveria ficar com o Poder Legislativo, mediante o mecanismo da EC, argumentando que inexistente dispositivo na CF que permita o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais.²⁴

Se por um lado há uma dificuldade de que o povo exerça diretamente influência sobre os julgamentos da Corte Constitucional, seja em razão da legitimação técnica daquele órgão cujas decisões, adotadas por seus membros vitalícios nos respectivos cargos, não dependem de aprovação externa, seja em razão do restrito universo de legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade, poder-se-ia afirmar que, no que toca à possibilidade de controle do controlador, ao colocar o Legislativo como instância final do controle de constitucionalidade este teria de prestar contas aos cidadãos periodicamente durante as eleições, permitindo aos cidadãos que exerçam pressão para mudar uma decisão tomada pelo parlamento.

Inobstante, ainda que se eleja uma ou outra instituição como responsável por dar a decisão final o risco de que aquela tome uma decisão equivocada estará sempre presente. O caso brasileiro, no entanto, revela que praticamente inexistente controle sobre os julgamentos da Corte Constitucional e há uma dificuldade em corrigir uma decisão equivocada, embora não seja impossível, conforme recentemente viu-se em relação à possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância.²⁵

Em todo caso, a realidade brasileira parece cada vez mais distante da proposta de Hübner, visto que se o texto constitucional estabelece a competência privativa do Senado Federal para “[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF [...]”, a Corte Constitucional brasileira já firmou que houve mutação constitucional do disposto no art. 52, X, da CF,

²³ Ao julgar Questão de Ordem na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.916** o Supremo Tribunal Federal consolidou posição que a Advocacia-Geral da União pode deixar de defender a constitucionalidade da norma questionada.

²⁴ MENDES, C. H. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²⁵ Até fevereiro de 2009 o STF entendia pela constitucionalidade da execução provisória da pena caso o indivíduo fosse condenado e interpusesse recurso especial ou extraordinário. Esse entendimento foi revisto, retomado e, em 07/11/2019, novamente superado para firmar que o cumprimento da pena só pode ter início com o esgotamento das vias recursais.

no sentido de que, mesmo quando declara, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão também possui efeito vinculante e *erga omnes*, ou seja, quando a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade para que ele faça a publicação, o faz apenas para que se intensifique a publicidade da decisão.²⁶

2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

A prática constitucional contemporânea tem revelado um fenômeno de aproximação entre as Cortes Constitucionais e a sociedade civil. Se outrora o poder democrático emanado do povo era exercido principalmente através do voto, por meio dos representantes eleitos para o Executivo e Legislativo, o Judiciário, em especial os tribunais constitucionais, gradualmente vem se tornando o local de decisão final acerca de temas tradicionalmente associados à esfera política, o que tem se dado através de fenômenos como a judicialização da política, ativismo judicial e controle jurisdicional de políticas públicas, por vezes suplantando a interpretação ou mesmo a vontade manifestada pelo povo através do sufrágio.

Através desses recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, os tribunais constitucionais têm sido frequentemente chamados a resolver questões atinentes às liberdades de culto e expressão, direitos de igualdade, privacidade e liberdade de reprodução, às políticas criminal, de propriedade e comércio, educação e proteção ambiental, casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites ao financiamento de campanhas e ações afirmativas.²⁷

É importante observar que no exercício da missão institucional de defesa da Constituição, em países como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil, a atuação das Cortes Constitucionais não se limita ao *judicial review*, conceito que é restrito à possibilidade de declarar uma lei ou ato do Executivo como inconstitucional,

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406**. Julgamento em 29 de novembro de 2017. Recorrente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020328>. Acesso em: 31 jul. 2023.

²⁷ HIRSCHL, R. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, [S. l.], v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>. Acesso em: 10 nov. 2024.

conferindo maior protagonismo aos tribunais na concretização dos valores constitucionais.

Naqueles países a jurisdição constitucional abrange ainda outros comportamentos, tais como: a aplicação direta da Constituição com atribuição de sentido à determinada cláusula constitucional; a interpretação conforme a Constituição, técnica que exclui determinado sentido da norma constitucional para preservá-la somente naquilo que considerado harmônico; e a criação temporária de normas para sanar inconstitucionalidades por omissão, o que tem intensificado o questionamento acerca de sua atuação contramajoritária, especialmente diante de situações consideradas moralmente complexas.²⁸

Dentre os críticos a esse novo protagonismo jurisdicional relacionado às decisões políticas, Jeremy Waldron funda sua oposição em quatro pressuposições acerca da sociedade: que esta possua instituições democráticas em boas condições de funcionamento, inclusive com um legislativo representativo; que possua instituições judiciais igualmente em boas condições; que exista um comprometimento com a maioria dos membros da sociedade com os direitos individuais e de minorias; e que haja de boa-fé na discordância quanto a direitos de seus membros e questões moralmente complexas, as quais devem ser resolvidas no Poder Legislativo.²⁹

A oposição de Waldron encontra obstáculo na medida em que, na prática, suas pressuposições raramente são fielmente observadas. A experiência mostra que as democracias representativas se encontram em constante crise. Seja por um reduzido grau de comprometimento da maioria com os direitos das minorias ou em razão da inafastável disputa por influência entre os poderes, ou mesmo pela submissão do Poder Judiciário aos Poderes Políticos, o Executivo e Legislativo, estes que em regra ficam encarregados de selecionar com ampla discricionariedade os nomes que ocuparam os órgãos de cúpula daquele, há um chamado à atuação dos tribunais constitucionais para consolidação da democracia.

Conforme pontuam Motta e Streck o problema de criar instituições e uma cultura democrática reside em estabelecer fórmulas através das quais se permita o

²⁸ BARROSO, L. R. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais contemporâneas. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 11-35, set./dez., 2019. p. 16-17. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

²⁹ WALDRON, J. **A Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Tradução de Adauto Vilela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

governo da maioria ao passo em que institucionalmente o seu poder é limitado. A vontade da maioria é expressa por meio das eleições, mas, por si só, aquelas não garantem a democracia, “[...] elas não asseguram a estabilidade política duradoura, não protegem de modo satisfatório minorias vulneráveis em face das majorias políticas poderosas, não asseguram tolerância, nem portanto, garantem legitimidade política”.³⁰

Pondera-se, portanto, que a preservação do Estado Democrático de Direito depende de uma certa confiança de que as regras de seu texto fundacional sejam razoavelmente justas e cumpridas, bem como que haja a possibilidade de aqueles cuja vontade política não prevaleceu nesta ocasião possam ressurgir como vencedores potenciais no próximo pleito. Há de se garantir que, sem prejuízo da razoável segurança jurídica, as decisões políticas da sociedade possam ser reconsideradas e que as correntes prevalentes estejam dispostas a deixar suas posições no governo na medida em que se alterem as circunstâncias e valores da comunidade.

O termo democracia advém da palavra grega *demokratia*, composta de *dèmos* (povo) e *kràtos* (poder ou superioridade física) vez que na antiguidade ser cidadão implicava o dever de ser também guerreiro e estar preparado para defender a *pólis* em caso de conflito³¹. Por conseguinte, na antiguidade poucos eram considerados cidadãos, mas àqueles que o eram, os homens de armas, livres e pertencentes à nobreza, eram dados os direitos de participarem em condições de igualdade dos processos decisórios sobre as questões politicamente relevantes.

A partir da experiência clássica de democracia ateniense extraem-se dois ideais complementares ainda valiosos para a construção do conceito atual de democracia: a distribuição equitativa do poder de tomar decisões coletivas, todos eram iguais na ágora, e possibilidade de participação dos cidadãos sobre os processos de tomada de decisões e seus resultados.

As ideias de igualdade política entre os cidadãos e participação universal ecoaram ao longo dos séculos e vêm incorporadas à CF brasileira de 1988, o qual dispõe que todo poder emana do povo, que o exerce pelo sufrágio universal e pelo

³⁰ MOTTA, F. J. B.; STRECK, L. L. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020. p. 2-3. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11284>. Acesso em: 10 nov. 2024.

³¹ CANFORA, L. **La Democrazia**: storia de un'ideologia. Roma: Laterza, 2013.

voto direto e secreto, com valor igual para todos ou diretamente, através de plebiscito, referendo ou iniciativa legislativa popular.³²

Se por um lado o mote da democracia é a participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas, o Estado de Direito, liberal e moderno, cuja concepção inicial está associada às revoluções liberais do século XVIII, se ocupa da limitação do poder do Estado.

Insatisfeita com o arbítrio os monarcas absolutistas, a sociedade europeia tornou-se ambiente fértil para o desenvolvimento de ideais de limitação ao exercício da soberania, limites centrados na razão, na separação harmônica de poderes e no reconhecimento de que todos seriam sujeitos de direitos. A partir das ideias do padre Emmanuel Jopseh Sieyès, o povo e a burguesia francesa passam a ter representantes no exercício do poder ladeando a nobreza e o clero, introduzindo a noção de um sistema político baseado na soberania popular e no governo da maioria.³³

O objetivo de Sieyès e dos revolucionários franceses foi alcançado sob a forma de um Estado Legislativo, no qual a lei é considerada a expressão racional, abstrata e universal da vontade dos cidadãos, o produto máximo dos mecanismos democráticos. “É nesse período que a história registra o aparecimento das constituições escritas, rígidas, dotadas de supremacia e lastreadas em referencial teórico técnico-científico, baseadas na razão humana e não mais na divindade”.³⁴

Ao passo em que se consolida o sistema democrático representativo popular, em oposição à monarquia, o Legislativo assume o papel de representante natural da vontade democrática, vez que o pós-revolução não confiava plenamente no Judiciário. Surge então a Escola da Exegese, fundada no respeito incondicional à lei escrita e criada pelo parlamento, a qual se consolidava como único instrumento apto a legitimamente criar direitos e obrigações.

A atividade judiciária era, portanto, realizada através da simples aplicação da lógica formal ou dedutiva. Ao magistrado, “boca da lei”, cabia exclusivamente verificar

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

³³ SIEYÈS, E. **A Constituinte Burguesa**: qu'est-ce que le Tier État. 4. ed. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

³⁴ ALLAIN, J. P. F. S.; LOBO, J. C. M.; DEOCLECIANO, P. R. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal à luz da doutrina da efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022. p. 128. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1915>. Acesso em: 10 nov. 2024.

a adequação de determinada situação à previsão abstrata e genérica que lhe era ofertada pelo texto em um processo interpretativo marcado “[...] por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta a obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu”.³⁵

Superado o contexto da Segunda Guerra Mundial, a experiência alemã mostrou a necessidade de a democracia preocupar-se com um novo vilão, a vontade de uma maioria de ocasião despreocupada com a preservação dos direitos individuais e condições mínimas de dignidade das minorias vulneráveis. Esse novo paradigma de democracia exigiu o surgimento de novos mecanismos de proteção da democracia.

Se outrora Executivo e Legislativo exerciam papel de destaque como vetores da vontade popular, legitimados pelo sufrágio popular, no Estado Democrático de Direito a tendência do constitucionalismo impulsionou o protagonismo do Judiciário a assumir um papel central na defesa da democracia com o deslocamento das tensões, que até então exercidas sobre os procedimentos políticos para os processos judiciais, onde não mais está ligada necessariamente ao consenso da maioria circunstancial.

A primeira onda do controle de constitucionalidade teve início no século XIX através da doutrina do *Judicial Review of Legislation* consagrada no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, ao qual é atribuída a origem do controle difuso de constitucionalidade.

Embora a jurisprudência norte-americana não tenha inaugurado os fundamentos ideológicos da jurisdição constitucional, que já se viam presentes nas noções judaico-cristãs de lei superior limitadora das leis inferiores e na noção lockeana de governo como contrato social, relatos políticos sobre a origem do *judicial review* convergem no sentido de que a teoria dos jogos e constrangimentos estratégicos, utilizada no julgamento acima referido, como o ponto de largada da jurisdição constitucional.³⁶

A segunda onda do controle de constitucionalidade remonta à ideia de Hans Kelsen de norma fundamental cujo modelo de jurisdição constitucional concebia a criação de uma Corte Constitucional, separada do Judiciário ordinário, cuja missão precípua seria salvaguardar a ordem constitucional. Baseado na ideia de limitação da

³⁵ FALCÃO, R. B. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 156.

³⁶ GINSBURG, T. The global spread of constitutional review. In: WITTINGTON, K.; KELEMEN, D.; CALDEIRA, G. **The Oxford handbook of Law and politics**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-88.

soberania nos Estados de Direito, os ideais de Kelsen foram prontamente incorporados por Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, países recém-saídos de regimes fascistas, e em processo de constitucionalização como as antigas colônias na Índia e em países africanos, ambos os quais as constituições passaram a adotar amplas previsões de direito, associando as cortes constitucionais à sua proteção.³⁷

A partir dessas duas primeiras ondas é possível observar os fundamentos de dois sistemas para o controle de constitucionalidade: o sistema norte-americano que legou a vocação de que qualquer membro do Judiciário para exercer o controle difuso de constitucionalidade e o sistema austríaco que atribui a um órgão específico a atribuição exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade.

A terceira onda da jurisdição constitucional se desvela com a queda do muro de Berlim e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. A partir de então praticamente toda constituição que se sucedeu previu ou reforçou em algum grau a existência de um tribunal constitucional ou previsão de controle de constitucionalidade por meio de algum tribunal ordinário³⁸. Dessa forma as democracias atuais, seja sob o sistema americano, austríaco ou sistema misto, que é adotado no Brasil, contemplam a possibilidade de controle de constitucionalidade como mecanismo de limitação do poder majoritário ou da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em outras palavras no modelo de democracia constitucional, inaugurado após a terceira onda do controle de constitucionalidade, a Constituição não se limita à fixação de procedimentos para o funcionamento da democracia ou para exercício do poder. “Elas impõem uma visão normativa a respeito de direitos e arranjos estruturais que resistem à intrusão das preferências políticas comuns”.³⁹

A democracia contemporânea não se satisfaz em colher a vontade da maioria. É necessário que o exercício da soberania seja submisso a uma série de padrões elevados de obrigações para com a sociedade, os quais devem ser defendidos por uma espécie de mediador que, por meio das amarras constitucionais, vigia a atuação do Poder, de grupos antidemocráticos e de governantes com pretensão à autocracia.

³⁷ GINSBURG, T. The global spread of constitutional review. In: WITTINGTON, K.; KELEMEN, D.; CALDEIRA, G. **The Oxford handbook of Law and politics**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-88

³⁸ *Ibid.*

³⁹ MOTTA, F. J. B; STRECK, L. L. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020. p. 3. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11284>. Acesso em: 10 nov. 2024.

Desse modo, assiste razão a Paulo Dourado de Gusmão quando afirma que não mais se concebe que a democracia moderna seja resultado somente do consenso da vontade da maioria ocasional, vez a democracia foi abraçada como regime político exatamente por incentivar a pluralidade de pensamentos⁴⁰. Daí o porquê Rousseau já visualizava a soberania popular, como fonte do legítimo poder, que se traduz através da vontade geral, deve se considerar “[...] menos do que o número de votos, aquilo que generaliza a vontade é o interesse comum que nos une”.⁴¹

O século XX foi palco de profundas transformações quanto à forma de encarar a democracia. O positivismo ideológico permitiu o ressurgimento do totalitarismo europeu através de regras ditas válidas ou constitucionais por mera imposição de uma autoridade formal, independentemente de seu conteúdo, no entanto, o pós-guerra afastou-nos do modelo lógico-formal proposto por Hans Kelsen para dar destaque ao pós-positivismo com a elaboração de constituições centradas no princípio da dignidade humana, reaproximando direito e ética como marco filosófico. Com Konrad Hesse a constituição recebe “[...] força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado [...]”, amadurecendo uma nova dogmática interpretativa, fundada na força normativa da Constituição.⁴²

Com o novo papel da Constituição, os Tribunais Constitucionais, cujo papel é a garantia da supremacia constitucional, formal e material, tiveram sua agenda decisória sensivelmente expandida. A jurisdição constitucional passa a ser um dos temas mais enfrentados, uma vez que se torna uma importante ferramenta contra governos autoritários ou arbitrários.

A judicialização da política afora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas que em uma democracia pode se envolver. Lembremo-nos dos episódios como o resultado das eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos, a nova ordem constitucional na África do Sul, o lugar da Alemanha na União Europeia, a guerra da Chechênia, a política econômica na Argentina, o regime de bem-estar social na Hungria, o golpe de Estado militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, dilemas de justiça transicional na América Latina pós-autoritária e na Europa pós-comunista, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como um 'Estado judeu e democrático', ou o futuro de Quebec e da federação canadense:

⁴⁰ GUSMÃO, P. D. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁴¹ ROUSSEAU, J. J. **Du contrat social ou principes du droit politique**. Amsterdã: Metalibre, 2008. p. 74.

⁴² HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 11.

todos esses e muitos outros problemas políticos altamente controversos foram articulados como problemas constitucionais.⁴³

É que o texto positivado de uma Constituição não encerra todas as possibilidades e alcances normativos daquela. A concretização dos princípios constitucionais perpassa o campo da discussão pública, dependente de inúmeros fatores. Nesse contexto, com certo arrefecimento do ânimo político e a normalização constitucional, o Judiciário é chamado a desenvolver uma especial sensibilidade a fim de perceber as demandas sociais e sobre elas se manifestar construindo o conteúdo da Constituição a partir do que Marcos Maliska chama de uma interpretação culturalista.⁴⁴

Assim, as sociedades contemporâneas passam a encarar o Judiciário, ao lado do Executivo e Legislativo, como mais um local para solução das grandes tensões políticas e democráticas de nosso tempo. A jurisdição constitucional se torna garantidor também dos processos democráticos e do respeito a um conteúdo democrático mínimo que extraem do texto constitucional.

A esse fenômeno acompanha a mudança no próprio conceito de democracia, que se aparta da ideia formal de mera participação para se aproximar de uma noção efetiva de democracia, dependente da existência de princípios fundamentais dentre os quais se elencam: a igualdade, que todos tenham os mesmos direitos e oportunidades políticas; liberdade de expressão sem medo de represálias, desde que não incitem a violência ou discursos de ódio; a presença do Estado de Direito, com a submissão de todos, inclusive os governantes, à lei; a participação política ativa dos cidadãos; a aceitação do pluralismo de opiniões e ideias; e a alternância no poder por meio de eleições regulares.

Entretanto, com razão, William Pugliese reverbera a advertência que “[...] a criação judicial do Direito não pode ser geral e abstrata, tal qual o Direito produzido pelo legislativo, sob pena de violação do ideal Democrático que pauta a atuação do Estado contemporâneo”⁴⁵. A jurisdição constitucional passa a ocupar papel de destaque na criação do direito brasileiro, contudo essa atuação deve ser pautada por

⁴³ HIRSCHL, R. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, [S. l.], v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006. p. 722. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁴⁴ MALISKA, M. A. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

⁴⁵ PUGLIESE, W. S. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 14.

uma argumentação jurídica consistente, pois sua legitimação democrática à luz da Constituição de 1988 é técnico-jurídica e não precipuamente política.

Em 2006 a revista *The Economist* desenvolveu uma medida de democracia, batizada de *democracy index* com o objetivo de avaliar o nível de democracia em diferentes países baseado em diversos critérios os quais abrangem dentre outras questões: integridade das eleições, liberdade da mídia, separação dos poderes, efetividade do parlamento, independência do sistema judicial, nível de participação dos cidadãos nos processos políticos, aceitação da soberania popular, nível de confiança nas instituições políticas, liberdade de expressão, direitos individuais e estabilidade do Estado de Direito.⁴⁶

À luz do cenário instalado, os Tribunais Constitucionais passam a desempenhar três papéis distintos: inicialmente o contramajoritário, através do qual as Cortes invalidam leis e atos normativos editados pelos Poderes eleitos; o papel representativo, quando atuam em atendimento às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais; e o papel iluminista ao promover avanços sociais que são imposição do processo civilizatório, mas ainda não obtiveram adesão da maioria dos cidadãos.⁴⁷

2.3 RECONHECIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO POSITADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Brasileira de 1988 adotou explicitamente a tripartição de poderes, asseverando no art. 2º que “[...] são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁴⁸

O Legislativo foi incumbido de diversas atribuições além daquela que propriamente o singulariza, tais como mediar conflitos internos entre os agentes da sociedade, controle externo orçamentário dos demais poderes, dar posse aos titulares

⁴⁶ O *democracy index* é atualizado anualmente e sua última edição pode ser consultada no site oficial da *Economist Intelligence Unit* (EIU), disponível no link: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2022/>.

⁴⁷ BARROSO, L. R. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais contemporâneas. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 11-35, set./dez., 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. local. 21. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

do executivo. No entanto, a atividade legislativa é dividida com o Executivo que tinha o poder de editar medidas provisória, cuja eficácia imediata e rito sumário mitigam ou diferem a eficácia dos princípios que devem orientar o processo legislativo, notadamente o amplo debate.

Já o Judiciário, quando chamado a decidir sobre os mais variados temas, na ausência de norma específica, pela hermenêutica ou pela reinterpretção atualizada de fatos e normas estabelece a jurisprudência a qual, na concepção de alguns, por vezes também avança sobre a atividade inicialmente atribuída ao legislativo, sobretudo no exercício daquilo que Barroso identifica como a função iluminista das supremas cortes, as quais defende que devem, com parcimônia, ser força motriz do progresso social, assegurando que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.⁴⁹

Se por um lado a tensão entre executivo e legislativo brasileiro foi amenizada através da EC nº 32/2001⁵⁰, a qual restringiu sensivelmente o poder legiferante das medidas provisórias, no que toca ao Judiciário vem ganhando força o embate entre aqueles que entendem ser indevido o ingresso da magistratura sobre a atividade típica do legislador e outros que defendem a necessidade de o Judiciário encampar uma posição enérgica em relação às demandas da sociedade que não vem sendo atendidas pelos demais poderes constituídos, sobretudo no que toca ao dever de proteção dos direitos fundamentais.

O ativismo judicial é um conceito que descreve a tendência de juízes e tribunais a interpretar e aplicar a lei de forma mais ampla do que estritamente prescrita pelos textos legais, por vezes envolvendo a tomada de decisões que moldam políticas públicas, em vez de se limitar a aplicar as leis de acordo com a intenção do legislador, sob a justificativa que se destinam a garantir acesso, a título individual ou coletivo, a bens jurídicos que, via de regra, implicam despesa pública.

As concepções doutrinárias, nas democracias jovens como regra se baseiam em constituições substancialmente revisadas a qual se mistura com resíduos

⁴⁹ BARROSO, L. R. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais contemporâneas. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 11-35, set./dez., 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁵⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 32, de 11 de setembro de 2001**. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

legislativos da era autoritária. Assim recai sobre o Judiciário a tarefa de filtrar a legislação preexistente para construir um novo modelo democrático, o que difere do papel de aprimoramento institucional realizado pelas cortes em democracias estáveis.

Essa circunstância, aliada à limitação dos demais atores políticos, ocasionada pelo sistema de coalizões impostas pelo presidencialismo, processos de corrupção ou mesmo pela baixa participação popular nos processos políticos contribui para a consolidação da posição do Judiciário como construtor do modelo democrático, conferindo-lhe maior grau de autonomia institucional em relação aos demais poderes constituídos.

Remetendo-se às ideias desenvolvidas por Samuel Issacharoff na obra *Fragile democracies: contested power in the era of Constitutional Courts*, acrescentam Motta e Streck que nas democracias jovens ou frágeis, a presença de cortes constitucionais fortes serve como antídoto para o autoritarismo, sobretudo nas sociedades profundamente marcadas por divisões raciais, identitárias ou religiosas, o que acentua o papel contramajoritário do Judiciário, no sentido de permitir que a maioria governe, mas limitando os poderes daquela.⁵¹

No caso brasileiro em específico, entendida a CF/1988 como pináculo do processo de redemocratização, a qual é bastante prolixa quanto ao estabelecer de direitos individuais, sociais e até mesmo em relação ao desenho de políticas públicas relacionadas com a efetividade dos direitos fundamentais, é inegável o papel de destaque concedido à Corte Constitucional, o STF, na construção da democracia brasileira, visto que lhe coube a função de guardião da Constituição, conforme expõe o *caput* do art. 102 daquela.⁵²

2.4 PODERES DO MAGISTRADO E O PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A independência do magistrado, muito além de um simples privilégio para a classe, é verdadeira proteção voltada a permitir que os órgãos do Judiciário, juízes e

⁵¹ MOTTA, F. J. B.; STRECK, L. L. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11284>. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

tribunais, possam atuar de forma imparcial em justa, valendo-se em sua atuação das normas fixadas pelo legislativo, sem descuidar de seu papel de construção do direito diante do caso concreto para preservar os valores sociais e humanos incorporados ao texto legal.

Nesse sentir, a independência do Judiciário pode ser definida como condição de existência do Estado de Direito que permite aos órgãos do Judiciário tomarem suas decisões administrativas e jurisdicionais com base em suas convicções do que é devido, segundo o sistema de fontes do direito constitucionalmente estabelecido, razoavelmente escudando-os do receio das consequências advindas dos outros poderes ou da própria sociedade⁵³.

O Entendimento prevalecente atual é que a lei não esgota o direito e atividade judicial não é meramente declaratória da vontade legislativa, mas construtiva da norma jurídica, o que tem ganhado força notadamente a vista da possibilidade do controle de constitucionalidade sobre os atos normativos e naturalmente, deslocado até certo ponto, a hegemonia do Legislativo ao Judiciário.

No entanto, desde a década de 1990, Wolkmer já apontava outros dois motivos preponderantes para essa circunstância: primeiro porque o legislativo deixa lacunas aparentes, ante a impossibilidade de exaurir a regulamentação de todas as áreas sociais; segundo porque os juízes, na criação do direito, podem se orientar por concepções ideológicas distintas das dominantes no legislativo em exercício. Nessas condições, a força criadora da jurisprudência a qualifica como espelho da consciência e do interesse de um determinado momento também nos países de tradição de direito escrito, onde a invocação de precedentes é uma constante entre os que buscam o Judiciário e um auxílio natural aos juízes na fundamentação de suas decisões.⁵⁴

Ainda há de considerar-se a evolução do conceito de direitos fundamentais, sob a ótica da CF1988, que sugere a classificação em gerações, historicamente concebida pelo filósofo Checo Karel Vasak, apresentada em uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, França, em 1978,

⁵³ SAMPAIO, J. A. L. **Conselho Nacional de Justiça e independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁵⁴ WOLKMER, A. C. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

resultando numa classificação de gerações de direitos de primeira, segunda e terceira geração, citado por Paulo Bonavides.⁵⁵

A primeira geração contempla os direitos concernentes a liberdade do sujeito e consiste nos direitos definidos como civis e políticos, período em que era exigido o mínimo controle estatal, sendo reservado ao juiz o papel de mero aplicador literal da norma positivada, o que não exigia maiores esforços interpretativo, exceto nos casos em que existiam omissões no texto legal.

Já os direitos fundamentais de segunda geração decorrente dos direitos nos domínios sociais, econômicos e culturais do sujeito, traz uma ideia ligada ao bem-estar do cidadão, afastando o juiz da figura de “boca da lei”, mas abrindo campo para o desempenho de função mais participativa na adequação da norma escrita a realidade, objetivando afastar injustiças.

Por último, surgem os direitos fundamentais de terceira geração que, embora já contemplado o bem-estar social do indivíduo, os direitos que não possuíam amparo no texto legal para serem exercidos, alcançariam direitos da coletividade, sendo o papel do poder judiciário adaptar a lei a realidade, para superar questões não previstas no ordenamento jurídico e, por conseguinte, criando lei no julgamento do caso concreto.

Assim, a interpretação e aplicação da lei penal sempre traz espaços de incertezas, mesmo diante de sistemas penais evoluídos, surgindo os poderes dos magistrados nas suas decisões, entre nos chamado de “livre convencimento fundamentado do Juiz”, que podem ser elencados como: Poder de verificação ou interpretação; poder de comprovação probatória ou verificação fática; poder de conotação; e poder de disposição, sendo este o que interessa ao presente estudo, pois, trata-se de um poder discricionário que poderá ser limitado ou reduzido os espaços de incerteza pela aplicação do sistema de precedentes.

A aplicação do Direito Penal traz enorme conflito entre o poder do estado para resolver os conflitos, retirando do particular a legitimidade de punir, mas, principalmente, de assegurar os direitos fundamentais e garantias asseguradas as pessoas, como princípio fundamental de nossa democracia, em razão da carência normativa, na lição de Ferrajoli:

⁵⁵ BONAVIDES, P. A quinta geração dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534>. Acesso em: 12 nov. 2024.

E, ao menos no que tange aos ordenamentos modernos, quanto mais cresce o Poder Judiciário das disposições já evidenciadas, tanto maior se tornam a ilegitimidade jurídica e a injustificabilidade política. O problema da justificação, portanto, se confunde, em larga escala, com o problema do garantismo, posto que, como veremos, as suas soluções dependem dos modelos normativos de direito e de processo penal escolhidos e do seu efetivo funcionamento.⁵⁶

Daí surge enorme preocupação com a observância de pressupostos epistemológicos na aplicação do Direito Penal, como limitador das dimensões dos poderes conferidos aos magistrados nos chamados espaços de incerteza criados pela subsunção do fato a norma jurídica.

Assim, os princípios e garantias legais devem corresponder aos referidos espaços de incerteza, da norma jurídica, princípio da legalidade, da equidade, da segurança jurídica. Para Ferrajoli as motivações judiciais, seja em matéria de direito ou de fato, se assemelham as motivações de um raciocínio empírico, não podendo ser considerada como uma segurança absoluta.⁵⁷

A interpretação dos precedentes não é menos valorosa ou técnica que a interpretação dos textos legais. Nem no auge do exegetismo francês era absoluta a crença de que os códigos cobriam toda a realidade⁵⁸. Também há de se discordar daqueles que criticam a força dos precedentes sob o argumento de que esses esvaziariam a independência do magistrado. Assim como os textos legais não conseguem aplicação automática a todos os casos, também a jurisprudência não o faz, devendo ser interpretada pelo magistrado, no exercício de sua independência funcional⁵⁹, tornando claro que a tarefa de interpretar o texto, seja ele legislação ou precedente, constitui uma atribuição de sentido, que é, por natureza, uma atividade criativa.

⁵⁶ FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 169.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ OLIVEIRA, R. T. Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, E.; STRECK, L. L. (org.). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 186-192.

⁵⁹ BAHIA, A.; NUNES, D.; THEODORO JÚNIOR, H. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (org.). **Direito Constitucional**: organização dos poderes da república. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 770. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 4.

3 SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO E JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA

A adoção de precedentes judiciais como parte essencial da fundamentação jurídica tem ganhado relevância no Brasil especialmente após o CPC de 2015, que positivou a existência de precedentes vinculantes, além de prever expressamente o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

No âmbito do processo civil, o microssistema de precedentes vinculantes é aclamado como necessária readaptação do processo brasileiro a uma nova realidade de repetição de vínculos jurídicos e multiplicação de demandas decorrentes daquelas relações, com pedidos e causas de pedir similares, combatendo o déficit de proteção causado por problemas antigos, tais como a morosidade, o alto custo do processo, a baixa previsibilidade das decisões e o descrédito no sistema de justiça.

Esse contexto reflete uma tendência de aproximação do direito brasileiro com práticas de jurisdições historicamente vinculadas ao modelo *Common Law*, tais como Estados Unidos e Reino Unido, onde a doutrina dos precedentes forma a base de sistemas jurídicos que buscam através daqueles assegurar que suas decisões não sejam arbitrárias, mas baseadas em uma lógica jurídica consistente e em princípios de justiça formal, coerência e integridade.

Para Baracho, a classificação dos ordenamentos jurídicos pode ser feita, quanto a forma de aplicação e interpretação das normas, em sistemas filiados às teorias da *Civil Law* ou *Common Law*, circunstâncias que diferenciam essas práticas jurídicas e distinguem os dois blocos para fins didáticos.⁶⁰ No entanto, embora quase totalidade dos ordenamentos jurídicos possa se enquadrar nessa classificação, existem países que adotam um sistema híbrido, citamos como exemplo a Índia.

A sociedade passa por grandes transformações constantemente para o desenvolvimento e resolução de problemas dos homens e o direito como ciência humana não fica estagnado, em razão da influência de fatores culturais, históricos e sociais. Nesse contexto, a demanda pela resolução de crescente número de conflitos levado ao poder judiciário impõe a necessidade de se buscar instrumentos jurídicos

⁶⁰ BARACHO, L. F. Jurisprudencialização e estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito PUC Minas**, Belo horizonte, n. 9, p. 107-124, 2014. Disponível em: <https://smtpgw.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8425>. Acesso em: 10 nov. 2024.

capazes de fazer justiça, com tratamento igualitário, segurança jurídica e resolutividade célere, independentemente da filiação a tradicionais sistemas jurídicos, como a *Civil Law* ou a *Common Law*.

Nesse sentido, as demandas repetitivas geradas pelas ineficiências de políticas públicas, merecem tratamento diferenciado e legítimo, buscando-se afastar a morosidade e inefetividade da prestação jurisdicional.⁶¹

Esse cenário, tem levado alguns países, dentre eles o Brasil, a buscar por instrumentos capazes de enfrentar o problema da multiplicação de demandas, assim como a uniformização de julgados, para afastar o tratamento não igualitário e a insegurança jurídica em julgamentos de casos semelhantes, sob a ótica da mesma norma jurídica, mas, com soluções diversas ou opostas. Assim, surge a preocupação com instrumentos de uniformização de jurisprudência, que muito embora esse movimento não seja recente, tem se observado uma intensificação nas duas últimas décadas, nas observações de Bahia e Vicchiatti em estudos sobre as tendências do processo civil, sob a ótica do projeto do novo CPC.⁶²

Embora, a utilização de precedentes no nosso ordenamento sabidamente de origem romano-germânica, apoiado no sistema jurídico das teorias da *Civil Law*, não se apresente com ineditismo o marco temporal de vigência do Novo CPC, não havia expressamente declarado em lei.

Evidentemente, já havia a obrigatoriedade de observância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme a sua competência, constitucional do STF e infraconstitucional do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especialmente, as denominadas súmulas vinculantes, introduzidas diretamente no texto constitucional, art. 103-A, através da promulgação da EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Contudo, a sua origem remonta a década de 60, como informa Souza⁶³:

A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência, composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator, em sessão de 13.12.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, H. *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁶² BAHIA, A.; VICCHIATTI, P. R. L. Inconstitucionalidade do Requisito da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e da Técnica de Julgamento por Pinçamento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 911, p. 243-258, set. 2011.

⁶³ SOUZA, M. A. D. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 263.

1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência.

Não obstante a inexistência de uma previsão semelhante no processo penal brasileiro, com a vigência da Lei nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como Pacote Anticrime, o legislador incorporou ao processo penal uma prática embrionária voltada à adoção de uma sistemática de precedentes semelhante àquela desenvolvida no CPC, notadamente através das atuais redações dos arts. 315, § 2º, e 638 do CPP, gerando debates sobre avanços e retrocessos decorrentes das alterações legislativas.⁶⁴

No entanto, a incorporação de um sistema de precedentes no Direito Penal e Processual Penal não tem sido pacífica. Por um lado, a inserção de precedentes judiciais no processo penal brasileiro tem o potencial de trazer consigo benefícios como aumento da uniformidade e previsibilidade das decisões, incremento da eficiência processual, segurança jurídica e isonomia. Por outro, as particularidades da aplicação do Direito Penal revelam uma maior complexidade na adoção da sistemática de precedentes, devido a possibilidade de decisões judiciais fundamentadas em elementos informativos não produzidos perante a dialética processual, o que pode ser desafiador, especialmente quando os precedentes nem sempre são claros quanto às razões que lhe servem de fundamento, ou frente a possibilidade de criação, ampliação ou redução de tipos penais pela via jurisprudencial.

Diante desse contexto, este capítulo se dedica ao estudo do precedente judicial como fonte do direito com enfoque na análise do conceito de precedentes, sua formação e técnicas de aplicação, a fim de compreender as balizas do sistema de precedentes adotado no âmbito da justiça criminal brasileira com a aplicação subsidiária das normas do CPC.

Assim como a maior parte dos países da Europa Continental, o sistema jurídico brasileiro tem suas balizas na Escola Jurídica *Civil Law*, de tradição romano-germânica. Isso significa que a jurisdição brasileira é estruturada de forma a privilegiar a aplicação do direito produzido pelo Poder Legislativo, escrito e positivado. A lei

⁶⁴ BRASIL. **Lei Nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

desponta como principal fonte do direito, apta a solucionar os conflitos levados ao Judiciário.

O inciso II do art. 5º da CF confirma a adoção desse modelo de justiça na medida em que assegura que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁶⁵. No âmbito do Direito Penal essa vinculação à produção legislativa é mais intensa, pois conforme incisos XXXIX e XL, ambos daquele mesmo art. 5º, “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e “[...] a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, respectivamente.⁶⁶

Na legislação infraconstitucional, o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, recepcionado como Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, prevê como fonte formal primeira e imediata do direito somente a lei e como fontes formais secundárias, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Embora prepondere na doutrina clássica que doutrina e jurisprudência seriam fontes informais, que não geram, por si só, norma jurídica, Tartuce considera a jurisprudência como elemento integrante do costume, fonte formal do direito, a vista da posição de destaque que tem assumido no ordenamento brasileiro.⁶⁷

No entanto, é equivocado afirmar que os precedentes judiciais são utilizados somente pelos juízes do *Common Law* ou que não há grande relevância na produção legislativa fora do sistema *Civil Law*. Em verdade, a existência de legislação escrita e precedentes, entendidos estes como decisões passadas cujo fundamento pode ser repetido em casos futuros de matéria semelhante, pode ser encontrada de forma genérica em ambos os sistemas.⁶⁸

O intercâmbio de propostas e experiências entre os diversos modelos jurídicos é um processo histórico que foi acelerado face ao processo de globalização e de facilitação das comunicações. A tese de que haveria uma rigorosa separação entre o direito codificado e o direito jurisprudencial é mero resquício do pensamento positivista que considerava o direito como objeto estático, cujo método fundamental era o

⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. local. 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁶⁶ BRASIL. **Lei Nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1988. local. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁶⁷ TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

⁶⁸ LUCCA, R. R. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

conceitualismo e um apelo a dicotomias tais como direito positivo e direito natural, norma válida ou inválida, ser ou dever ser.⁶⁹

Como bem explica Zaneti Júnior, a antiga diferenciação entre as tradições *Civil Law* e *Common Law*, que determinavam o método indutivo para esta e o dedutivo para aquela, na verdade, estão ligadas à preponderância de um modelo de precedentes ou de um modelo de leis, respectivamente⁷⁰. No entanto, as duas formas estão sempre presentes em ambos os sistemas, em maior ou menor grau.

Em qualquer sistema jurídico a postura do intérprete é sempre eminentemente dedutiva quando existente uma regra a qual os fatos do caso sob análise possam ser subsumidos e indutiva quando, por analogia, precisar extrair de um caso pretérito um princípio geral capaz de solucionar também posteriores demandas semelhantes.⁷¹

Superada a noção positivista de que o legislador era capaz de produzir normas perfeitas, gerais e abstratas de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação, há algum tempo países ligados à tradição romano-germânica, como o Brasil, vem defendendo o uso de precedentes como mecanismo para combater problemas como a morosidade do processo, a multiplicação de demandas, a diversidade de julgamento em casos apesar da aplicação de uma única norma jurídica.

A preocupação com a uniformidade da jurisprudência intensificou-se bastante principalmente nas últimas décadas. Ao final do século XX não restava dúvida que a lei, como qualquer produção humana, é suscetível de ser interpretada de vários modos. Neste contexto Barroso pondera que após a Segunda Guerra Mundial se observa um momento de vertiginosa ascensão institucional do Poder Judiciário, que deixa o papel burocrático de “boca da lei”, um departamento técnico-especializado do Estado, para se transformar em um agente dotado de poder político, que disputa espaço com o Executivo e Legislativo, posicionando-se como importante agente de preservação da democracia e direitos fundamentais.⁷²

⁶⁹ BUSTAMANTE, T. R. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

⁷⁰ ZANETI JÚNIOR, H. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁷¹ BUSTAMANTE, T. R. *op. cit.*

⁷² BARROSO, L. R. Tinta e cinco anos da Constituição de 1988: as voltas que o mundo dá. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 28, n. 2, p. 7-49, 2023. Disponível em: encurtador.com.br/zHgfQ. Acesso em: 7 abr. 2024.

Além disso, a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico contribuiu decisivamente para a judicialização do direito, notadamente em países que adotam constituições abrangentes, como é o caso brasileiro.

Como bem pontuam Teixeira, Lobo e Deocleciano, em razão do não cumprimento das promessas de proteção e efetivação dos direitos fundamentais pelo Legislativo e Executivo, é que passou a ser desejável um novo paradigma de Direito, em que as democracias instituíam Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas, transferindo-lhes a tarefa de efetivar, proteger e aplicar os direitos fundamentais, abrindo espaço para o juiz ativista, que assume uma função política, deixando o estado de neutralidade para abraçar a missão de guardião dos direitos fundamentais.⁷³

A Constituição Cidadã trouxe consigo uma série de princípios fundamentais relacionados à tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além de um extenso rol de direitos fundamentais e outros sociais vinculados à ordem econômica, ao trabalho, à cultura, dentre outros, os quais permeiam o cotidiano dos brasileiros por via da eficácia vertical, face ao Estado, e horizontal, regulando as relações privadas.

É um documento analítico não por acidente ou preciosismo, mas por reflexo de seu caráter e compromissório e plural. É uma Constituição, em suma, que transcende o sentido liberal do constitucionalismo na medida em que não se limita a definir as formas de fundamentação, legitimação e limitação do poder e os aspectos procedimentais de produção do direito e tomada de decisões (ao lado de alguns poucos direitos de cunho negativo). Essa transcendência se expressa pela afirmação de uma extensa pauta de princípios e direitos prestacionais que substanciam verdadeiros valores da comunidade, ou uma reserva de Justiça, caracterizando a República brasileira como um Estado de Direito em sentido material e possibilitando a emergência de um Estado Constitucional.⁷⁴

Como explica Schier, o processo de constitucionalização do direito só vem a assumir o sentido atualmente conhecido em um quadro de neoconstitucionalismo pós-positivista, capaz de transpor o caráter procedimental e formal da constituição, transportando o desenvolvimento do direito para o âmbito constitucional, para afastar

⁷³ TEIXEIRA, J. P. F. S. A.; LOBO, J. C. M.; DEOCLECIANO, P. R. Uma análise crítica das funções contramajoritária [...]. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, 2022. Disponível em: encurtador.com.br/zU66N. Acesso em: 12 abr. 2024.

⁷⁴ SCHIER, P. R. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, C. M. **Direito Constitucional Brasileiro**: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45-60. p. 45.

as noções de que princípios constitucionais não eram normas jurídicas, mas meras recomendações ao legislador e que os direitos prestacionais constitucionalmente garantidos eram apenas normas programáticas.⁷⁵

Essa nova eficácia das normas e princípios constitucionais conecta o constitucionalismo contemporâneo ao fenômeno da judicialização das relações sociais e da política. Como bem sintetiza Garapon “[...] se o direito liberal do século XIX foi do poder legislativo, o direito material do estado provedor do século XX, o do executivo, o direito que se anuncia poderia bem ser o do juiz”⁷⁶. O que se justifica na medida em que com crescente intensidade os magistrados vêm obtendo destaque na função de garantidores da democracia, dos valores constitucionais e da efetividade do direito.

A judicialização das relações sociais e da política é investigado também por Hirschl que indica outras três características preponderantes para o seu desenvolvimento: a difusão por toda a sociedade do domínio das regras e procedimentos jurídicos; a busca da efetividade de direitos por meio de uma justiça processual, em especial os direitos sociais, o que se alinha com a expansão dos poderes dos juízes para efetivação de políticas públicas; e a judicialização da megapolítica, que é como o autor chama as questões políticas centrais que interessam ou impactam a comunidade inteira.⁷⁷

No mesmo sentido, Barroso descreve a judicialização da vida em três pontos: a crença em um Poder Judiciário forte e capaz de assumir o papel delegado pelos outros poderes; a desilusão com a política majoritária; e uma certa complacência dos demais poderes em deixar a cargo do Judiciário a decisão sobre questões polêmicas, as quais poderiam impactar negativamente na imagem de seus respectivos membros ou que dividem o eleitorado.⁷⁸

Santos e Oliveira destacam ainda que o fenômeno das demandas repetitivas é responsável por ampliar a possibilidade de que conflitos idênticos resultem em soluções distintas, ocasionando distorções no sistema processual. Aplicado de forma

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48.

⁷⁷ HIRSCHL, R. O novo neoconstitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁷⁸ BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

heterogênea aos jurisdicionados diante de uma mesma situação, o direito perde seu sentido de controle social, levando à adoção de comportamentos distintos pelos jurisdicionados ante a incerteza sobre a maneira como a situação será tratada pelo Judiciário até que ocorra a decisão singular em relação a cada um dos sujeitos.⁷⁹

Assim, diante da judicialização da vida quotidiana e da política, a busca pela uniformidade da jurisprudência, aceitando-a como fonte do direito, desponta como instrumento a serviço da isonomia entre os cidadãos e da própria segurança jurídica, que os permite planejar suas ações com previsibilidade das consequências. Nesse contexto, a decisão anterior passa a exercer uma força gravitacional sobre as que a sucedem, o que faz parte da compreensão do direito como um produto histórico-judicial e não como um dado estático, imutável face às transformações sociais.

Inobstante, a utilização da jurisprudência como fonte formal do direito, em alguns casos colocando-a acima da letra fria da lei, não é sem resistência. Um dos principais argumentos contrários a adoção de precedentes é o de que a imposição daqueles violaria a independência judicial ou a regra do juiz natural, impondo ao magistrado e ao intérprete em geral que renuncie a seu posicionamento pessoal em favor do entendimento dos tribunais.

Essa preocupação já foi ventilada por Streck quando afirmou que a adoção de um sistema de precedentes poderia levar o Judiciário não mais julgar causa, resumindo sua atuação a uma “[...] aplicação utilitarista do Direito para resolver seus problemas numérico-quantitativos [...]”⁸⁰ e por Theodoro Júnior que observa ser não ser raro nos países de tradição *Civil Law* que o magistrado ao aplicar o precedente omita-se em realizar uma análise detalhada e comparativa dos fatos e fundamentos jurídicos que foram submetidos no paradigma para justificar a aplicação ou não do precedente.⁸¹

⁷⁹ OLIVEIRA, T. B.; SANTOS, R. M. O incidente de resoluções de demandas repetitivas como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional: reflexões a partir da análise econômica do direito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 28, n. 2, p. 209-226, 2023. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2586>. Acesso em: 7 abr. 2024.

⁸⁰ STRECK, L. L.; ABOUD, G. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 17.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, H. *et al.* **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Por outro lado, Marinoni não vê na aplicação de precedentes violação à independência do magistrado, na medida em que o Judiciário tem o dever de tratamento uniforme às situações idênticas.⁸²

É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, digladiam-se.⁸³

O Estado de Direito reflete a necessidade de estabilidade em todas as suas searas. A estabilidade da legislação não cumpre sua finalidade quando acompanhada pela frenética alternância de decisões judiciais, tampouco quando casos semelhantes obtêm decisões conflitantes, provocando insegurança aos litigantes e desestabilização dos tribunais. Neste sentido, a utilização dos precedentes como fonte do direito concorre para um sistema jurídico baseado em mais previsibilidade de que sorte.⁸⁴

Ignorar a jurisprudência como fonte do direito tem o potencial de induzir insegurança jurídica mais danosa do que a legislativa, porque as decisões judiciais têm capacidade de atingir fatos pretéritos. Essa questão assume um grau elevado de relevância no processo penal porque apesar da vedação da retroatividade da lei penal mais gravosa, as alterações jurisprudenciais podem alcançar fatos pretéritos.

Um exemplo recente desse alcance retroativo pode ser apontado no julgamento do *Habeas Corpus* 154248⁸⁵, ocorrido em 28 de outubro de 2021, ocasião em que o STF denegou a ordem requerida ao decidir que o crime de injúria racial configura uma forma de racismo, sendo, portanto, imprescritível, embora à época do fato e na época do julgamento aquele tipo não estivesse enumerado na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989⁸⁶.

⁸² MARINONI, L. Noção de Precedente. In: MARINONI, L. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 2.

⁸³ MARINONI, L. *op. cit.*, local. 1.

⁸⁴ GOUVEIA, L. G.; BREITENBACH, F. G. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro In: DIDIER JÚNIOR, F. *et al.* **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 517-531.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 154248**. Julgamento em 28 de outubro de 2021. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em: 8 abr. 2024.

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

Ratificando o direito criado jurisprudencialmente naquele caso, o legislador somente veio a incluir a injúria racial dentre as formas de racismo enumeradas na Lei nº 7.716 em 2023, através da Lei 14.532. Não fosse a aplicação do precedente como fonte do direito, a alteração legislativa não poderia atingir fatos pretéritos, incluso aquele apreciado no processo acima referido, por força das regras dos incisos XXXIX e XL do art. 5º da CF.

Noutro exemplo, contrariando a literalidade do inciso I do art. 112 do Código Penal, o STJ em 2022, no julgamento do Recurso Especial nº 1.983.259, abandonou a exegese literal do dispositivo, passando a adotar a tese segundo a qual a prescrição da pretensão executória depende do trânsito em julgado para ambas as partes.⁸⁷

Com isso, aplicando-se a fatos ocorridos muito antes do julgamento, restou afastada a norma penal mais benéfica ao acusado segundo a qual o marco inicial da prescrição para executar a pena dependia somente da estabilização da decisão condenatória para a acusação, independente da não possibilidade de execução imediata da pena em razão da existência de recursos disponíveis para a defesa.

Um outro problema que se põe à utilização dos precedentes judiciais como fonte do direito é sua legitimação. É sabido que as decisões judiciais não retiram legitimidade diretamente da aprovação popular, mas de sua efetiva correspondência à ordem jurídica. Neste sentido, a jurisprudência como fonte formal do direito está necessariamente ligada à capacidade de influência das razões do paradigma, ou *ratio decidendi*, para solucionar os casos futuros, podendo ser vinculante ou persuasiva. A força persuasiva é “[...] a eficácia mínima de todo precedente [...]”⁸⁸, ou seja, todo julgado tem ao menos a capacidade para ser utilizado como argumento, sem formalmente vincular o magistrado.

Conforme pondera Pugliese “[...] o respeito ao precedente é um pré-requisito à eficiência da justiça, uma vez que os juízes não têm tempo de debruçar sobre todas as questões e todos os casos”⁸⁹. Assim, a solução de caso anterior e semelhante ao atual é forte indicativo de que, ainda que aquela interpretação do ordenamento não

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.983.259**. Julgamento em 26 de outubro de 2022. Relator: Min. Sebastião Reis, Terceira Seção. 26 de outubro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202200257782. Acesso em: 8 abr. 2024.

⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 529.

⁸⁹ PUGLIESE, W. **Precedentes e a civil law brasileira**. São Paulo: RT, 2016. p. 54.

seja a mais correta, é, no mínimo, uma das alternativas que devem ser consideradas para resolver as lides posteriores.

Por outro lado, o precedente de eficácia vinculante atua “[...] obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação [...]”⁹⁰. Neste caso, perde importância a interpretação pessoal do magistrado, na medida em que deve observar a orientação firmada.

O precedente obrigatório, no entanto, não elimina a possibilidade de interpretação do direito, pois sua aplicação, como todo precedente, demanda a revisitação das razões para sua formação, inclusive para avaliar a possibilidade de superação do entendimento (*overruling*) ou afastamento de sua aplicação em razão de peculiaridades do caso concreto (*distinguishing*), técnicas de aplicação oriundas da tradição dos sistemas de *Common Law*.

Além de outros julgamentos de observância obrigatória, tais como as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, foi incorporado ao CPP um sistema de precedentes que se concentra em dois dispositivos recém-alterados: os arts. 315, § 2º, e 638.

Inspirado no § 1º do art. 489 do CPC, o Pacote Anticrime deu ao § 2º do art. 315 do CPP redação na qual não se considera fundamentada, a decisão que “[...] deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” ou que “[...] limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, dentre outras.⁹¹

Além de densificar o conteúdo da prescrição do inciso IX do art. 93 da CF, estabelecendo patamar qualitativo mínimo para a fundamentação das decisões, ao menos em certa medida, a nova redação do art. 315 instaura por via indireta um sistema de precedentes vinculantes no processo penal, vez que se não puder realizar a distinção (*distinguish*) ou a superação (*overruling*) o juiz está obrigado a seguir a súmula, jurisprudência ou precedente invocada pela parte, mantendo uniforme a jurisprudência.

⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 528.

⁹¹ BRASIL. **Lei Nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

Por outro lado, quando o precedente é invocado pelo magistrado como fundamento de sua decisão, o inciso V do § 2º do art. 315 impõe ao magistrado o exercício que é típico dos sistemas de precedentes aplicados no *Common Law* de revistar os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do paradigma demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta àqueles. É saber, a força do precedente não deve decorrer da autoridade do enunciado formalmente produzido, mas da reafirmação dos fundamentos diante do novo caso semelhante ao anterior.

Já o art. 638 que versa sobre o julgamento dos recursos especial e extraordinário atrai ao processo penal a aplicação das formas estabelecidas nas leis especiais, na lei processual civil e nos respectivos regimentos, insofismavelmente incorporando ao processo penal a possibilidade de julgamento vinculante pela sistemática dos recursos repetitivos, prevista no CPC a partir do seu art. 1.036.

Assim, como consequência de uma série de concausas, tais como a constitucionalização do Direito Penal, o maior destaque do Judiciário como agente de efetivação de direitos fundamentais, a necessidade de lidar de forma eficiente com o crescente volume processual sem prejuízo do tratamento isonômico dos jurisdicionados, a jurisprudência e os precedentes consolidam seu papel cada vez mais importante como fonte formal do Direito Penal e Processual Penal brasileiro, por vezes evidenciando normas jurídicas que não estão presas à literalidade da lei, decorrentes de uma interpretação do direito a qual se obrigam os magistrados em razão do dever de manter uniforme a jurisprudência, ressalvada a possibilidade de distinção e superação, técnicas típicas do sistema de precedentes observado no contexto do *Common Law*.

3.1 JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE: ART. 103, CF/88

A interpretação e aplicação das leis constituem um processo complexo que vai além da análise objetiva do texto legal. Até mesmo no sistema de *Civil Law* no qual a lei apresenta como protagonista do sistema jurídico, é importante o uso de outras fontes para complementar e dar melhor sentido às leis para se conseguir uma justiça mais efetiva, coerente com o sistema jurídico e adaptável às mudanças sociais.

Nem sempre as normas jurídicas são precisas, principalmente quando se usa os a ponderação dos princípios legais para as decisões judiciais, ou quando se têm normas vagas e cláusulas gerais; nesses casos a doutrina e a jurisprudência se

tornam ferramentas bastante importantes para o aplicador do direito. Nesse sentido, a jurisprudência como colaboradora das leis e do sistema jurídico precisa ostentar consistência e coerência para suprir de forma adequada a falta de precisão nas normas ou orientar a correta aplicação do direito com base no real sentido da lei.

Embora a fonte primária do sistema *Civil Law*, seja a lei, a jurisprudência sempre teve papel de destaque na aplicação do direito devido a reiteração e orientação que indica ao aplicador do direito o caminho já percorrido em situações semelhantes. A jurisprudência é um pilar fundamental do sistema jurídico brasileiro, inicialmente a sua previsão legal se dava de forma mais contida e persuasiva, sendo crescente sua vinculação com a evolução e aprimoramento do próprio direito processual, alcançando o seu ápice com a edição do CPC de 2015.

Reconhecida a jurisprudência como fonte subsidiária, a preocupação inicial do legislador brasileiro se voltava para a criação de mecanismos para uniformizar a jurisprudência nos tribunais, garantindo a unidade do direito, corrigindo decisões que distanciavam de teses dominantes. Nesse sentido a jurisprudência não era um mandamento jurídico, nem algo a vincular os juízes e tribunais, mas apenas uma orientação de padrão a ser seguido para evitar decisões conflitantes em casos semelhantes para preservar a própria coerência institucional e ostentar para a sociedade que de fato a atuação judicial é isonômica.

Quando a obrigação de vinculação jurisprudencial pode ser considerada como marco inicial a EC 3 de 1993⁹², que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), com efeito *erga omnes* e vinculativo. A principal função da ADC é garantir a segurança e estabilidade das normas constitucionais antes mesmo que ocorram questionamentos judiciais sobre a sua validade em casos concretos, sendo esse mecanismo especialmente importante na realidade brasileira pós ditadura militar, evitando litígios prolongados e conflitos de interpretação e assegurando estabilidade normativa e uniformidade na aplicação do Direito Constitucional.

Posteriormente outro grande avanço a vinculação da jurisprudência foi a edição da EC 45/2004. As súmulas já eram importantes para a estabilidade do direito, porém tinham apenas caráter persuasivo e não vinculante antes da emenda. Assim dispõe o art. 103-A da CF:

⁹² BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.⁹³

As súmulas vinculantes podem ser conceituadas como "[...] à indexação dos julgados – da jurisprudência –, que se orientou em um determinado sentido e que tem como premissa a abstrativização dos fatos [...]"⁹⁴. A sua função é consolidar o entendimento do Supremo sobre determinados temas, não podendo ser confundido com a ideia de usurpação do legislar pelo Judiciário, quando o STF edita uma súmula vinculante está indicando de maneira clara e precisa como determinada questão deve ser interpretada e aplicada.

Precedendo o CPC, há a relevante edição da Lei dos Recursos Repetitivos – Lei nº 11.672/2008, que trouxe a sistemática do julgamento de recursos repetitivos no STJ, sendo posteriormente essa prática adotada pelo STF. Esta lei permite que recursos especiais e extraordinários com questões jurídicas idênticas sejam julgados conjuntamente, para uniformizar o entendimento jurisprudencial.⁹⁵

O Código de Processo Civil de 2015 implementou o sistema judicial que prioriza a jurisprudência no processo de tomada de decisões, criando inclusive expressamente a figura dos precedentes vinculantes. Para Marinoni, a mudança processual significa "[...] tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação – textos são equívocos e normas são vagas".⁹⁶

O art. 926, *caput* do CPC/2015, é o primeiro ponto analisado quanto a inovação de vinculação de jurisprudência no código, o artigo prevê que: “Os tribunais devem

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. local. 56. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁹⁴ MIRANDA, V.; ALVIM, T.; TALAMINI, E. Precedentes: conceito, natureza jurídica e classificação. In: MIRANDA, V.; ALVIM, T.; TALAMINI, E. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. local. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/precedentes-judiciais-ed-2022/1672936988>. Acesso em: 20 maio 2024.

⁹⁵ BRASIL. **Lei Nº 11.672, de 8 de maio de 2008**. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil [...]. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11672.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁹⁶ MARINONI, L.; ARENHART, S.; MITIDIERO, D. Disposições Gerais. In: MARINONI, L.; ARENHART, S.; MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. local. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/codigo-de-processo-civil-comentado-ed-2023/1916544450>. Acesso em: 21 maio 2024.

uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁹⁷. Essa determinação não é apenas uma formalidade, ela tem implicações profundas na prática jurídica. A uniformidade jurisprudencial que outrora fora desejada para a consolidação da coerência do direito passa a ter força impositiva para os intérpretes. O art. 489, § 1º, VI do CPC prevê que:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁹⁸

O Novo Código trouxe duas ferramentas importantes quanto a vinculação da uniformização da jurisprudência: O Incidente Assunção de Competência (IAC) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Este tem efeito vinculante para todos os casos pendentes e futuros que envolvam a mesma questão de direito no âmbito do respectivo tribunal, para a sua instauração é necessário que haja uma multiplicação efetiva de processos que discutam exclusivamente a mesma questão de direito, sem divergências sobre os fatos que originam os litígios. (art. 976, I e II, do CPC).⁹⁹

O Incidente de Assunção de Competência por sua vez é um mecanismo que também busca uniformizar a interpretação onde há uma questão jurídica relevante, porém diferente do IRDR, que exige a existência de múltiplas demandas em curso, ele pode ser instaurado mesmo que a questão jurídica ainda não tenha gerado uma multiplicidade de processos, é a relevância temática que justifica a uniformização antecipada neste caso.

Embora os institutos de precedentes e jurisprudência caminhem juntos para a uniformização do direito e tenham alcançado cada vez mais relevância dentro do sistema jurídico-processual, não podem ser confundidos. Enquanto um precedente pode surgir de uma única decisão que estabelece um padrão para casos futuros, a jurisprudência é formada por várias decisões que ao longo do tempo diante da sua

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16/03/2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. local. 3. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 maio 2024.

⁹⁸ *Ibid.*, local. 82.

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16/03/2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 maio 2024.

reiterada aplicação se tornam norma. Porém, adverte Marinoni a observância acerca do enfrentamento amplo de todos os argumentos relacionados ao conflito: "Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto".¹⁰⁰

Tanto a violação ou inobservância do precedente como da jurisprudência vinculante, podem ensejar a propositura de ação de reclamação prevista no art. 988, CPC/2015, desde que esgotadas as instâncias recursais ordinárias. A reclamação deve ser proposta diretamente ao tribunal que ocorreu a violação, sendo instrumento cabível para também utilizado para preservar a competência do tribunal, evitando que a competência do tribunal seja usurpada por outro órgão jurisdicional ou administrativo.

3.2 SISTEMA DE PRECEDENTES ADOTADO E SUA EFICÁCIA

A adoção do sistema de precedentes obrigatórios no Brasil representa uma evolução significativa no sentido de promover uniformidade e segurança jurídica diante da variedade de interpretações do texto legal. Com os mecanismos estabelecidos pelo CPC e pela EC 45, o país permanece no sistema *Civil Law*, porém com alinhamento a sistema jurídico, principalmente o norte-americano, que valorizam a previsibilidade das decisões judiciais. Esse movimento rompe a ideia de que o legalismo é suficiente para atender as demandas dos litígios sociais, quando a lacuna quanto a uniformização de julgamento é que permite que desigualdades de tratamento jurídico seja causado pelo próprio Estado. O uso de precedentes não rompe com a lei, mas visa assegurar que assim como a lei precisa ser estável a aplicação do direito também precisa ser ao passar pela interpretação e aplicação humana.

Tradicionalmente o sistema do *Civil Law* era visto como estável e seguro, sob a máxima de que a lei dita o caso concreto, porém essa visão de justiça formalista foi se modificando ao longo do tempo haja visto que o aplicador do direito não realiza as suas escolhas de forma puramente objetivas, sem considerar ou sofrer interferências dos valores, costumes, detalhes dos fatos e outras circunstâncias particulares do que julga e daquele ou daquilo que é julgado. A norma não é implícita do texto legal, mas

¹⁰⁰ MARINONI, L. Da compreensão e da utilização dos precedentes. In: MARINONI, L. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. cap. 3. local. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/precedentes-obrigatorios/1314941204>. Acesso em: 30 out. 2024.

deriva da interpretação do aplicador do direito, sendo construída a partir de elementos textuais e “extratextuais”, uma única disposição legal pode gerar múltiplas normas dependendo da interpretação adotada, conforme descrito por Marinoni;

A crença no sentido da correspondência biunívoca entre lei e resultado- interpretação é falaz, uma vez que “toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado. Neste sentido, a uma única disposição – a cada disposição – corresponde não apenas uma só norma, mas uma multiplicidade de normas dissociadas. Uma única disposição exprime mais normas dissociadamente: uma ou outra norma, de acordo com as diversas interpretações possíveis.”¹⁰¹

No exercício da sua missão o Judiciário atribui sentido as leis anteriormente postas, devendo este manter-se fiel a “uniformização do direito” sob risco de insegurança jurídica. Uma extensa quantidade de leis não garante segurança jurídica se não houver um sistema de justiça coerente e uniforme, disto advém a necessidade da adoção de sistema de precedentes mesmo em países que adotam o sistema de *Civil Law*.

O sistema de precedentes introduzido pelo CPC de 2015 (Lei nº 13.105/2015) incorporou características próprias do sistema de *Common Law*, valorizando a jurisprudência e criando precedentes vinculantes. A relevância dos precedentes é multifacetada e essencial para o funcionamento judicial no Estado de Direito.

A interpretação pura e restrita da lei pode gerar múltiplas acepções a partir de um mesmo texto legal devido à sua vaguidade e ambiguidade. Isso leva a interpretações diversas e conflitantes, resultando em várias normas dissociadas para um único dispositivo legal. Para resolver esse problema, as Cortes Supremas têm a responsabilidade de atribuir sentido ao direito, promovendo seu desenvolvimento e garantindo sua unidade. Não se trata propriamente de definir o exato sentido da lei ou promover correção das decisões de tribunais, mas sim de orientar a solução de casos semelhantes com base no sentido delineado pelas Cortes Supremas, assegurando a igualdade perante as decisões judiciais, fornecendo a todos em situações semelhantes a melhor solução possível para uma vida justa.¹⁰²

¹⁰¹ MARINONI, L. Aproximação Crítica Entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. In: MARINONI, L. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. local. 1. Disponível em: surl.li/nkijvt. Acesso em: 20 maio 2024.

¹⁰² MARINONI, L. Controle de Constitucionalidade da Lei e Controle de Constitucionalidade da Norma. In: MARINONI, L. **A Zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. Disponível em: surl.li/tqdig. Acesso em: 17 set. 2023.

Em tempos mais remotos, os precedentes funcionavam apenas como modelo do direito, mas, ao longo dos séculos, eles evoluíram para alcançar o *status* de observância obrigatória nas decisões judiciais. No *Common Law* os precedentes sempre tiveram bastante relevância para ditar o direito apresentando caráter vinculante. Enquanto isso, nos países que tradicionalmente adotaram o *Civil Law*, como o Brasil, a questão dos precedentes manteve-se por um longo período como uma fonte acessória, sob pena de usurpação do Legislativo.¹⁰³

Ainda que uma parcela de doutrinadores resista a modernização do direito diante da circulação de características e institutos de sistemas legais distintos, esse pensamento não reflete a própria atividade legislativa que cada vez mais adere a experiências externas para aperfeiçoamento interno. Lucas Buril de Macêdo destaca não ser mais apropriado que as diferenças entre as tradições impeçam a circulação dos sistemas jurídicos. Embora a cultura de cada país desempenhe um papel importante no Direito, não se pode olvidar ser este um processo social de adaptação e que frequentemente adere a práticas diversas para se moldar às mudanças do tempo e da cultura. Isso significa que um sistema que historicamente adota o *Civil Law* pode incorporar elementos de um sistema de *Common Law* e vice-versa, desde que devidamente respeitadas as características básicas do país receptor.¹⁰⁴

Já Guilherme Lessa aborda como fundamentos próprios da autoridade dos precedentes judiciais: a posição e o papel das Cortes Supremas, o objeto e resultado da natureza interpretativa, e, a natureza dos precedentes judiciais. O primeiro fundamento baseia-se na posição que as Cortes situadas no topo do Poder Judiciário têm o papel fundamental de rever as decisões das demais cortes. O segundo é a oportunização quando não é sequer necessária a existência de decisões conflitantes, sendo o entendimento da Supremas Cortes objeto e resultado da atividade interpretativa provocada. O autor trata por fim de que a autoridade dos precedentes derivam do seu próprio “pedigree”, que garantem que sejam considerados como autoritativos.¹⁰⁵

¹⁰³ LESSA, G. *et al.* A Autoridade dos Precedentes Judiciais. In: LESSA, G. *et al.* **Precedentes Judiciais e Raciocínio Jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/precedentes-judiciais-e-raciocinio-juridico-ed-2022/1765408306>. Acesso em: 16 set. 2023.

¹⁰⁴ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

¹⁰⁵ LESSA, G. *et al.* *op. cit.*

Se os precedentes foram ao longo dos anos observados como decorrência lógica da posição hierárquica e função interpretativa das Cortes Superiores, com o advento do CPC/2015 a sua obrigação passou a ter ainda mais destaque, o diploma legal introduziu importantes disposições sobre o sistema de precedentes, as principais estão dispostas entre os seus arts. 926 a 987. Ao introduzir a matéria, o diploma dispõe o dever dos tribunais em manter uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, sendo esses os requisitos essenciais para o fundamento das decisões judiciais adequadas.

Acerca desses deveres, ao dispor sobre o dever de estabilidade Didier Júnior¹⁰⁶ destaca o princípio da “inércia argumentativa” como requisito fundamental para a mudança de posicionamento judicial em relação aos precedentes. Esse princípio implica que qualquer alteração na interpretação de precedentes deve ser cuidadosamente justificada e a sua aplicação deve levar em consideração a segurança jurídica. É essencial apresentar argumentação sólida e qualificada para afastar um precedente a um caso semelhante tanto nos casos de distinção (“*distinguishing*”) como nos de superação (“*overruling*”).

3.3 SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O precedente obrigatório é necessário para garantir a consistência do direito firmado pelas Cortes Supremas, permitindo que as pessoas possam tomar decisões e agir com segurança, sem surpresas quanto a aplicação da lei em suas vidas, negócios e litígios. Além disso, os precedentes servem para assegurar o tratamento igual perante a lei e o juiz.

Os juízes são obrigados a seguir esses precedentes, caso não o façam e nem justifiquem adequadamente a sua não aplicação cometem ilegalidade e comprometem a coerência, a segurança jurídica e a isonômia do direito. Nem mesmo, o STF pode ignorar seus próprios precedentes, exceto em casos de distinção ou revogação. Na aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios, Macêdo enfatiza, “[...] o processo

¹⁰⁶ DIDIER JÚNIOR, F. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 135-147, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

não é apenas de construção da decisão, mas também serve a uma construção particular do próprio sistema jurídico.”¹⁰⁷

Macêdo alerta sobre o risco de simplificações excessivas em relação aos precedentes obrigatórios. A tentativa de reduzir a complexidade pode causar um literalismo exacerbado por partes dos aplicadores do direito, deixando de contemplar o caráter retórico e argumentativo das discussões jurídicas.¹⁰⁸

Outro desafio trazido pelo autor diz respeito quanto a aplicação dos precedentes obrigatórios e a institucionalização da criação de normas jurídicas pelo Judiciário, através do uso de princípios. Normas vagas e princípios possuem uma característica intrínseca de generalidade e abertura o que dar margem a diversas interpretações e formas de aplicação, os precedentes nesses casos devem desempenhar a missão de oferecer uma interpretação consolidada proporcionando diretrizes claras para a sua aplicação, sem, contudo, inverter a lógica da lei ou cair no perigo de legislar na atividade jurisdicional.

O Código de Processo Civil trouxe mecanismos para a concretização do sistema de precedentes obrigatórios na realidade do Judiciário Brasileiro. Os institutos de Recursos Extraordinário e Recurso Especial Repetitivos, IRDR e IAC – são de extrema importância como instrumentos de uniformização das decisões.

3.4 UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A uniformização da jurisprudência é um mecanismo essencial para garantir a coerência e previsibilidade das decisões judiciais. Implicitamente o dever de uniformidade decorre da própria estrutura do Judiciário, prevista na Constituição de 1988, que adota, além do duplo grau de jurisdição, a existência do STJ e STF como Cortes de Sobreposição, atribuindo-lhes a responsabilidade de unificar a interpretação do direito infraconstitucional e constitucional, respectivamente.¹⁰⁹

¹⁰⁷ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 360.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

Cada uma dessas cumpre um papel interpretativo e criativo em relação ao direito brasileiro, na medida em que atuam na interpretação da norma jurídica aplicada pelas instâncias inferiores aos litígios, bem como detêm competência para criar precedentes, alguns com atribuição de efeito vinculante, como é o caso das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, conforme previsão do § 2º do art. 102 da CF; das súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da CF; das decisões adotados em recursos especiais e extraordinários repetitivos, julgados sob o rito do art. 1.036 e seguintes, da Lei nº 13.105/2015.

Além dessas duas Cortes de Sobreposição, cabe fazer destaque a outras que, por sua elevada posição na hierarquia do Poder Judiciário brasileiro, também possuem atuação vocacionada à uniformização do direito, que são: o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a relevância de suas decisões na definição do contorno do direito nas respectivas áreas especializadas de atuação.

Em razão de certa confusão entre os termos precedente e jurisprudência, Macêdo¹¹⁰ explica que parte da doutrina inicialmente atribuía às Cortes Supremas a função de produzir precedentes, os quais teriam efeito vinculante, enquanto as Cortes Superiores e de Justiça somente produziriam jurisprudência, que teria somente caráter persuasivo. Entretanto, a conceituação de precedente com base em seu efeito vinculante ou em razão da Corte de origem é tida pelo autor como inadequada em razão de seu potencial de criar inconsistências quando há na doutrina clássica e direito comparado um conceito acerca dos precedentes, o qual abrange ambos os com natureza obrigatória e aqueles que somente exercem influência persuasiva sobre o intérprete.

No âmbito infraconstitucional, coube ao CPC o mérito de explicitar a necessidade de uniformização da jurisprudência dos tribunais, dever que constou expressamente no *caput* do art. 926 daquele Código, consolidando um conceito de precedente que admite a origem também nas Cortes de Justiça com a finalidade de atender à necessidade de estabilidade e cognoscibilidade da jurisprudência.

Além disso, a atual legislação processual civil previu que dentre os precedentes, deveriam ser qualificadas algumas decisões, às quais se atribuiu força vinculante, listadas no art. 927 do CPC/2015, reiterando o caráter obrigatório das decisões do

¹¹⁰ MACÊDO, L. B. *op. cit.*

STF em controle concentrado de constitucionalidade; dos enunciados de súmula vinculante; dos acórdãos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas ou julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos; das súmulas do Supremo Tribunal em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e da orientação do plenário ou do órgão especial aos que estiverem vinculados.

Por exigência do § 1º do art. 489 do CPC, os processos em que a solução da lide, em tese, possa ser influenciada pela *ratio decidendi* formada em algum desses precedentes qualificados demandam um especial esforço de fundamentação, seja para identificar os fundamentos determinantes do precedente, demonstrado que o julgamento se ajusta àqueles fundamentos, seja para justificar a distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Recentemente, o CPP parece também ter incorporado explicitamente a ideia de respeito aos precedentes como instrumento em prol da segurança jurídica e do tratamento igualitário aos jurisdicionados, quando em seu art. 315 passou a considerar deficiente ou inexistente a fundamentação da decisão que ou se limitar a invocar precedente ou súmula sem identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar o ajuste do caso àqueles fundamentos ou que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte sem demonstrar distinção ou superação do entendimento.

Embora nos países de cultura jurídica *Civil Law*, como é o caso brasileiro, a segurança jurídica esteja precipuamente ligada à ideia de legalidade e reserva legal, garantida a regulamentação da vida através de uma profusão de leis e atos normativos, Marinoni¹¹¹ descreve a necessidade de um sistema de precedentes com objetivo de contribuir com a estabilidade das decisões judiciais que afirmam o sentido do direito, dimensionando-o na medida dos direitos positivados na Constituição. No *Civil Law* o sistema de precedentes tem como base o princípio da legalidade e da igualdade, visando trazer segurança jurídica para o jurisdicionado e racionalidade para a aplicação do direito¹¹².

¹¹¹ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹¹² WAMBIER, T. A. A. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, T. A. A. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-32.

A atividade judiciária brasileira contemporânea é ainda marcada pela convivência de três desafios: a massificação das relações sociais e dos conflitos de que daquelas naturalmente decorrem; o incremento da litigiosidade e a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário. Apesar de tais dificuldades, por imposição da inafastabilidade da jurisdição e proibição do *non liquet*, ambas inscritas na CF, o Judiciário não pode se escusar de seu papel de assistência ao cidadão para solução dos conflitos através de um processo justo e que se conclua em tempo razoável, administrando a litigiosidade quantitativa, sem prejuízo da atenção qualitativa em relação a suas decisões, com respeito os direitos fundamentais à segurança jurídica e igualdade.

A segurança jurídica é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, que tem sua origem intimamente ligada ao desejo de romper com a sujeição à arbitrariedade do soberano absolutista. É princípio que ampara o Direito enquanto sistema racional, opondo-se às alterações inesperadas e, por isso, previne conflitos, permitindo ao jurisdicionado planejar suas ações de forma a não contrariar a lei. Melo Júnior¹¹³ ressalta ainda que a segurança jurídica está ligada ao grau de confiança dos cidadãos para com o seu governo, o que é fundamental para manutenção da democracia, é à estabilidade de todo o sistema jurídico, obstando a desconstituição de atos e situações jurídicas consolidadas.

O Direito não é uma ciência exata, sendo impossível obter uma resposta única para todos os casos. No entanto, Canotilho¹¹⁴ explica que o princípio da segurança jurídica tem seu conteúdo embasado em dois conceitos: a estabilidade e a previsibilidade das decisões. A estabilidade ou eficácia *ex post* significa que as decisões do Poder Público não devem ser arbitrariamente modificadas, mantendo-se um certo padrão para os casos semelhantes. Já a previsibilidade ou eficácia *ex ante* pode ser compreendida como a calculabilidade das consequências de seus atos pelos cidadãos. Ambas as faces da segurança jurídica se opõem àquilo que Cambi¹¹⁵ denominou de jurisprudência lotérica, na qual uma mesma questão jurídica é julgada

¹¹³ MELO JÚNIOR, V. **A efetividade da uniformização dos precedentes judiciais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/31829/3/EfetividadeDaUniformiza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 20. reimpr. [S. l.]: Edições Almedina, 2017.

¹¹⁵ CAMBI, E. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, 2001.

por duas ou mais maneiras diferentes, a depender de a causa ser distribuída a um ou outro julgador.

Embora o constituinte não tenha referido expressamente a um direito fundamental à segurança jurídica, este se revela através de diversos dispositivos da CF, como é o caso da igualdade (art. 5º, *caput*) do direito a não ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II), da proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), da irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5ª, XXXIX), todos estes consagrados no rol exemplificativo do art. 5º da CF.¹¹⁶

Nesse cenário, a adoção de uma cultura de precedentes, surge como ferramenta direcionada à unidade do direito, mitigando o risco de surgimento de decisões contraditórias em relação a um mesmo tema, o que tem sido implantado por meio de desenvolvimento de fórmulas que assegurem a vinculação dos órgãos julgadores a *ratio decidendi*, aos fundamentos determinantes adotados em casos representativos de controvérsia e por meio da clara indicação de um padrão qualitativo mínimo de fundamentação para a decisão que siga ou deixe de seguir o entendimento firmado em casos anteriores.

Nesse sentido, a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 134, de 9 de setembro de 2022¹¹⁷, que dispõe sobre tratamento dos precedentes no direito brasileiro, apresenta o sistema de precedentes como relevante instrumento para uma atuação mais estruturada e geral de resposta às controvérsias atuais, avocando para o Judiciário também um certo papel preventivo em relação àquelas, com a finalidade de propiciar maior segurança jurídica e igualdade.¹¹⁸

Para alcançar seus objetivos, o ato em epígrafe recomendou de modo enfático que os magistrados em geral contribuam para o bom funcionamento do sistema de precedentes, zelando pela

¹¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022**. Altera a Recomendação CNJ n. 134/2022, que dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro [...]. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 1 out. 2024.

¹¹⁸ Art. 1º O sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica.

[...] uniformização das soluções dadas às questões controversas e observando e fazendo observar as teses fixadas pelos tribunais superiores e, na falta de precedentes e jurisprudência por parte destes, pelos respectivos tribunais regionais ou estaduais (art. 4º).¹¹⁹

Já aos Tribunais orientou que busquem realizar a uniformização de jurisprudência preferencialmente por meio da formação de precedentes vinculantes (art. 5º), expressamente reconhecendo os meios de resolução concentrada como “[...] importantes para o acesso à Justiça, para a segurança jurídica, para a garantia da isonomia, para o equilíbrio entre as partes e para o cumprimento do direito material” (art. 7º) e os precedentes como instrumentos aptos a “[...] concretizar o princípio da isonomia e da segurança jurídica, bem como de proporcionar a racionalização do exercício da magistratura” (art. 8º)¹²⁰.

Dado o protagonismo que tem sido conferido ao Judiciário na efetivação de direitos fundamentais e que a norma jurídica não mais se confunde com o texto legal, para além de uma igualdade perante a lei, é necessário hoje considerar a necessidade de garantir também a igualdade dos jurisdicionados perante as decisões judiciais.

Antes mesmo da vigência do CPC/2015, Marinoni já ponderava a liberdade de decisão do magistrado com a necessidade de que aquele zele pela coerência dos julgamentos, de modo que sua decisão não se torne “[...] um nada, ou, pior, em obstáculo que tem que ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo”, conforme expôs à época.¹²¹

[...] o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional. É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além da liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário.¹²²

¹¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022**. Altera a Recomendação CNJ n. 134/2022, que dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro [...]. Brasília: Presidência da República, 2022. local. 1. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 1 out. 2024.

¹²⁰ *Ibid.*, local. 1.

¹²¹ MARINONI, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, n. 49, p.11-58, 2009. p. 39. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 30 ago. 2024.

¹²² *Ibid.*, p. 39.

Apesar de avanços diversos, Temer ainda acena sobre a importância de observância dos precedentes porquanto a estabilidade e previsibilidade da prestação jurisdicional estão intimamente ligadas com a segurança jurídica. “Ao fixar uma tese jurídica aplicável às mesmas questões, o Judiciário consolida seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados”.¹²³

A construção desses modelos decisórios para questões similares contribui para a credibilidade dos órgãos do Judiciário e para a estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico, que é revelado não somente nos Códigos, mas, cada vez mais, também na atividade dos tribunais, concretizando o princípio da segurança jurídica.

Além de contribuir para a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência acarreta impacto positivo sobre a economia processual e a duração razoável do processo, de forma preventiva, permitindo as partes que se portem de forma a evitar a lide cujo resultado é previsível, ou repressiva, impedindo que o processo seja indevidamente instrumentalizado para impedir ou postergar a concretização do direito violado.

A existência de padrões decisórios estáveis permite uma maior eficiência na prestação jurisdicional, obtendo-se mais resultados com menos atos, notadamente frente a demandas repetitivas onde não há elementos novos que justifiquem a reconsideração da posição já adotada pelo Judiciário “[...] e para tanto deve se pensar em mecanismos para evitar a multiplicidade dos processos e, quando isso concretamente não ocorrer, diminuir a prática de atos processuais, evitando-se sua inútil repetição”.¹²⁴

Além disso há relevante contribuição também para a solução de outros conflitos além daqueles relacionados aos precedentes repetitivos, ante a possibilidade de direcionamento para outros processos não repetitivos do esforço que seria empregado para o trabalho hermenêutico sobre incidente natimorto ou cuja solução pode ser adequadamente subsumida a um padrão decisório prévio.

Embora a previsão de um direito a duração razoável do processo já estivesse previsto no art. 8º do Pacto São José da Costa Rica e implícito nas cláusulas do devido processo legal e Princípio da Eficiência¹²⁵, foi a EC nº 45, de 2004, foi responsável

¹²³ TEMER, S. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodium, 2020. p. 40.

¹²⁴ NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2018. p. 198.

¹²⁵ FACHIN, Z. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

pela introdução expressa do princípio da razoável duração do processo na CF, incluindo o inciso LXXVIII do art. 5º, cuja redação afirma o direito de todos, no âmbito dos processos judiciais e administrativos, o direito à razoável duração e acesso aos meios que garantam a celeridade e eficiência na tramitação.

A relação entre duração razoável do processo e os mecanismos de padronização de decisões é perceptível desde aquela emenda, que além de incluir expressamente a duração razoável como direito fundamental, instituiu a eficácia vinculante das decisões do STF no controle abstrato de constitucionalidade perante os demais órgãos do Judiciário, a administração direta e indireta, federal, estadual e municipal; e a possibilidade atribuir efeito vinculante às súmulas, produzidas após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, as quais têm por objeto a uniformização do direito ante controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete “[...] grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.¹²⁶

Além de prever o dever de uniformização da jurisprudência, no art. 926, o CPC prevê diversos mecanismos de abreviação ou aceleração da tramitação do processo em caso de existência de precedente obrigatório ou até mesmo de jurisprudência consolidada, como é o caso do art. 932 que permite ao relator monocraticamente não conhecer do recurso contrário a súmula dos Tribunais Superiores ou do próprio tribunal, contrário a acórdão exarado em julgamento de recursos repetitivos ou contrário a entendimento firmado em IRDR ou IAC; e do art. 311, que permite a concessão de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, diante da existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, quando as questões de fato puderem ser comprovadas documentalmente.

Conforme célebre frase atribuída a Rui Barbosa “Justiça tardia nada mais é de que injustiça institucionalizada”.¹²⁷ Além de desvalorizar os atores do sistema de justiça, influyendo negativamente sobre a credibilidade do Poder Judiciário, a excessiva mora para a solução das lides, assim como a imprevisibilidade das decisões, causa sensação social de impunidade e estimula o descumprimento das leis¹²⁸. A efetividade

¹²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. local. 56. Disponível em: l1nk.dev/KKeQA. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹²⁷ PENSADOR. **Rui Barbosa**. [S. l.], 2024. Disponível em: encr.pw/92LdF. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹²⁸ RODRIGUES, M. A.; SCKENK, L. F.; QUINTIERI, J. L. Duração razoável do processo e padronização das decisões judiciais: uma análise crítica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1. p. 313-338, jan./abr. 2024. Disponível em: acesse.dev/THqnh. Acesso em: 3 out. 2024.

do processo depende da razoável previsibilidade de seu resultado e da capacidade deste de dar respostas aos conflitos em tempo hábil, ao passo que a efetividade do direito material depende da efetividade do processo, ambas características que vem se buscando fortalecer através de uma cultura de respeito ao precedente, no seu efeito vinculante ou persuasivo.

4 APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL NO BRASIL

A partir do CPC/2015, se consolidou a importância dos precedentes no cenário jurídico brasileiro. A inclusão do sistema de precedentes impactou diretamente no processo penal, em virtude da incidência subsidiária das normas processuais civis prevista no artigo 3º do CPP. Essa aplicação tem o objetivo de preencher lacunas e aprimorar a eficiência e a previsibilidade no julgamento de casos penais, garantindo maior segurança jurídica.

O uso subsidiário das normas do CPC no Processo Penal implica que, na ausência de regulação específica no CPP, o magistrado deve recorrer aquela legislação, sempre que compatível, para fundamentar suas decisões. Essa interação entre os códigos permite uma abordagem mais moderna e sistemática, superando a visão tradicional que defendia uma separação rígida entre as esferas processuais. A doutrina contemporânea reconhece que o processo penal pode se beneficiar da Teoria Geral do Processo, incorporando institutos como a aplicação vinculante dos precedentes, sem que isso comprometa os princípios fundamentais que regem o processo penal, como o contraditório e a ampla defesa.

Essa integração entre o processo civil e o penal representa um avanço na busca por um sistema processual mais justo e eficiente. A superação da doutrina tradicional, que resistia ao uso de normas processuais civis na seara penal, decorre da evolução do entendimento jurídico em prol da celeridade e da uniformidade das decisões. Ao aplicar precedentes consolidados, os juízes penais não apenas garantem a previsibilidade do direito, mas também evitam a perpetuação de erros judiciais e asseguram que o processo penal esteja em sintonia com os princípios democráticos e as garantias fundamentais dos indivíduos.

4.1 PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

O nosso processo penal codificado com raízes anteriores a CF de 1988, de origem romano-germânica, não há expressamente no texto legal a previsão de adoção de um sistema de precedentes, instrumento de tradição anglo-saxão, embora existam instrumentos legais para observância da estabilidade e coerência das decisões com julgamentos anteriores, observados, especialmente, depois da EC nº45/2004¹²⁹, que passou a exigir fundamentação das decisões judiciais, assim como, a utilização de instrumentos de uniformização da jurisprudência.

Assim, para Fernandes, Koehler e Mendonça os postulados da igualdade e da segurança jurídica, também, são de incidência relevante no âmbito criminal, para que os jurisdicionados possam moldar suas condutas em observância a lei, fonte principal do direito, mas, também, na jurisprudência lei emanada do judiciário.

[...] se o *stare decisis* deve ser aplicado na área cível, com maior razão deve incidir no sistema de justiça criminal [...]. No âmbito criminal, os postulados da igualdade e da segurança jurídica apresentam relevância ainda maior, uma vez que os indivíduos devem conhecer os limites da sua atuação e quais as possíveis consequências de seus atos.¹³⁰

No entanto, poderia se argumentar que o CPC/2015, não previu expressamente a sua aplicação no âmbito Criminal, o fazendo em relação aos processos eleitorais trabalhistas ou administrativos, no seu art. 15. Porém, a ausência de tal previsão não revoga o art. 3º do CPP, para João Rafael, tratando-se de instrumento legal de regramento próprio da teoria do direito aplica-se ao processo penal, na ausência de disposições neste.¹³¹

Não obstante, na ausência de regulamentação própria é plenamente possível se utilizar das regras dispostas no Código de Processo Civil de 2015 para fim

¹²⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal [...]. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹³⁰ FERNANDES, O.; KOEHLER, F. A. L.; MENDONÇA, J. A. C. A formação de precedentes no Superior Tribunal de Justiça e sua eficácia vertical no sistema de justiça penal brasileiro. In: SALOMÃO, L. F. *et al.* (coord). **Sistema Penal Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 75-91. p. 81.

¹³¹ OLIVEIRA, J. R. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante**: proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores. 2022. p.28. 174. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

de fazer incidir, no campo processual penal, as regras que regem a teoria dos precedentes no direito brasileiro, mormente porque, como já visto, ao buscarem a coerência, integridade e previsibilidade do sistema judicial, ao fim e ao cabo, concretizam as garantias da segurança jurídica, igualdade e liberdade almejadas num sistema de justiça criminal democrático e de direito.¹³²

Importante destacar, ainda, a previsão expressa de aplicação do sistema de precedentes da lei processual civil em matéria de natureza penal e processual penal, nos processos e julgamentos dos recursos extraordinário e especiais, inseridos no art. 638 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/2017, denominado de “pacote anticrime”.

4.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EXPRESSAMENTE CONSAGRADO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A COMPATIBILIDADE COM A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Um sistema de justiça fortalecido é essencial para o Estado de Direito, pois assegura a proteção e concretização dos direitos humanos fundamentais e limita o poder do Estado, garantindo tratamento equânime, seguro e digno a todos os cidadãos. A legitimidade desse sistema jurídico depende de sua capacidade de gerar resultados justos e concretos, o que, por sua vez, fortalecem a confiança da sociedade nas instituições e no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, no cenário brasileiro, foram criados e são constantemente aprimorados princípios, normas e mecanismos que visam alcançar o ideal de justiça sem comprometer a coerência, integridade e segurança jurídica. Este tópico explora a importância do princípio da legalidade e do sistema de precedentes para a concretização de um sistema de justiça seguro, analisando a aplicação prática dos institutos, a sua harmonização e os seus pontos de tensão.

No Estado de Direito o crime e a pena devem estar obrigatoriamente definidos em lei de conhecimento público, sendo inadmissível o uso de normas vagas, imprecisas ou a criação de crimes e sanções arbitrárias. Nesse sentido,

¹³² OLIVEIRA, J. R. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante:** proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores. 2022. 174. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. p. 28.

O direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão esmedurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.¹³³

Se, por um lado, o Legislativo é responsável pela criação das leis como legítimo representante do povo, o Judiciário assume a função essencial de aplicá-las de forma justa e imparcial, sempre em conformidade com a CF e os princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico. A separação de poderes e a sua harmonia é fundamental para a garantia de um estado justo e seguro.

Os princípios constitucionais penais orientam ao Estado como exercer o poder punitivo e proteger os direitos mais caros dos indivíduos. A respeito da função dos princípios constitucionais penais Lima¹³⁴ dispõe que

São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais, quanto à atuação judicial concernente à interpretação das regras criminais existentes.

A cerca da imposição jurídica primária de observância princípio da legalidade, é indispensável que crimes e penas sejam previstos em leis de acesso público, não sendo admissível o uso de normas vagas ou a criação arbitrária de crimes e sanções. Enquanto o Legislativo, como legítimo representante do povo, tem a função de elaborar as leis, o Judiciário desempenha o papel fundamental de interpretá-las e aplicá-las de forma justa e imparcial, isto é, sempre em conformidade com a CF e os princípios fundamentais que estruturam o sistema jurídico. A separação e a harmonia entre os poderes são, portanto, pilares essenciais para a construção de um Estado justo e seguro.¹³⁵

Antecedendo e sustentando todo o sistema jurídico-penal brasileiro – composto por leis, decretos, tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, precedentes judiciais, jurisprudência e doutrina – encontram-se os princípios constitucionais que

¹³³ ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Veja Universitária, 1998. p. 76.

¹³⁴ LIMA, A. J. C. B. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

¹³⁵ Art. 2º da CF/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

orientam a elaboração e aplicação de todo esse arcabouço jurídico no território nacional, sendo o princípio da legalidade o alicerce de toda matéria penal e a garantia de proteção dos direitos dos indivíduos.

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CF, com a máxima: “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Rogério Greco¹³⁶ disciplina que o princípio da legalidade possui quatro desdobramentos: a vedação à retroatividade penal, a proibição de que costumes possam ser considerados crimes, a oposição ao uso da analogia para criar crimes ou agravar penas, e a exigência de taxatividade.

A principal finalidade do princípio da legalidade é assegurar que os cidadãos compreendam claramente quais comportamentos são considerados lícitos, sem estarem sujeitos a mudanças arbitrárias. Isso proporciona segurança jurídica e previsibilidade. Antes da consagração desse princípio, as sociedades viviam em um cenário de constante incerteza, marcado por abusos de poder e penas injustas, resultando em grande insegurança jurídica.

Embora a ideia da legalidade acompanhe o desenvolvimento da justiça desde tempos remotos – como se observa em textos da Antiguidade, como o Código de Hamurabi (1750 a.C.) e na Lei das XII Tábuas –, foi com o Iluminismo, no século XVIII, que o princípio da legalidade começou a adquirir contornos contemporâneos. Esse período histórico foi marcado por críticas intensas às arbitrariedades cometidas pelos monarcas absolutistas e por magistrados que muitas vezes criavam ou aplicavam leis de maneira retroativa para punir inimigos políticos ou indivíduos considerados indesejáveis. Ainda nesta feita, a submissão dos poderes ilimitados do monarca foi alvo de crítica de Montesquieu:

Não se podiam acusar de falsos os julgamentos feitos na corte do rei, pois como não havia ninguém que fosse seu igual, não havia ninguém que pudesse apelar contra ele; e, como o rei não tinha superior, não havia ninguém que pudesse apelar contra sua corte.¹³⁷

¹³⁶ GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: artigos 1º a 120 do código penal. 25. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. v. 1. p. 133.

¹³⁷ MONTESQUIEU, C. L. S. **O Espírito das Leis**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 255.

Assim, o princípio da legalidade consolidou-se como uma conquista liberal iluminista.¹³⁸ O filósofo Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, foi um dos pioneiros a defender explicitamente que as penas deveriam estar previamente determinadas por lei, de modo que nenhum cidadão pudesse ser punido por um crime que não estivesse claramente previsto antes da prática do ato.¹³⁹

Com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular atentamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime. Gozará com segurança de sua liberdade e dos seus bens; e isso é justo, porque é esse o fim da reunião dos homens em sociedade. É verdade, também, que os cidadãos adquirirão assim um certo espírito de independência e serão menos escravos dos que ousaram dar o nome sagrado de virtude à covardia, às fraquezas e às complacências cegas; estarão, porém, menos submetidos às leis e à autoridade dos magistrados.¹⁴⁰

Beccaria argumentava que o poder punitivo do Estado deveria ser limitado pela lei e que essa lei deveria ser prévia, exata, pública e de fácil compreensão¹⁴¹. Para o autor, a anterioridade legal é um requisito essencial para a própria liberdade individual e para evitar o arbítrio ou tirania do soberano. Dessa forma,

Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão, que não puder julgar por si mesmo as conseqüências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis.¹⁴²

Com o advento a Revolução Francesa, o princípio da legalidade foi incorporado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁴³. Nos séculos XIX e XX, à medida que as nações consolidavam suas constituições e sistemas de justiça, o mandamento da legalidade e seus desdobramentos foram sendo incorporados em

¹³⁸ SOUZA, L. Princípios do Direito Penal. In: SOUZA, L. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-parte-geral/1590440679>. Acesso em: 2 out. 2024.

¹³⁹ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 12.

¹⁴³ AMBASSADE DE FRANCE AU BRÉSIL. **A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. [S. l.], 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 17 out. 2024.

diferentes leis e constituições ao redor do mundo, especialmente nas democracias liberais. Exemplo disso, dispõe o art. I, Seção 9 da Constituição dos Estados Unidos, que assegura o princípio da anterioridade através de cláusulas específicas e proíbe leis *ex post facto*, ou seja, a criação ou aplicação retroativa das leis penais. Dispõe o art. I, Seção 9: “Não serão aprovados atos legislativos condenatórios sem o competente julgamento, assim como as leis penais com efeito retroativo”.¹⁴⁴

Contudo, com a ascensão de regimes totalitários e o episódio sombrio da Segunda Guerra Mundial, várias nações retrocederam na conquista de direitos, exercendo o Direito Penal de forma arbitrária.

Superados os horrores e abusos de poder da Segunda Guerra Mundial, o princípio da legalidade e a proteção dos direitos individuais passaram a ser mais enfatizados em termos de importância, proteção e regulamentação. O conceito moderno de legalidade penal foi reafirmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme destaca o art. 1º, parágrafo 2, “Ninguém poderá ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não eram delitos segundo o direito nacional ou internacional”.¹⁴⁵

No Brasil, o princípio da legalidade esteve presente em todas as Cartas Constitucionais nacionais. Seu conceito também está expressamente previsto no Código Penal de 1940, inspirado por legislações penais e movimentos sociais europeus. Contudo, apesar de sempre estar previsto, durante o período da ditadura militar o princípio da legalidade, assim como outros direitos e garantias fundamentais, foi relativizado e, em certos momentos de tensão, praticamente revogado por atos de exceção e decretos penais arbitrários e retroativos.

O Ato Institucional nº 5 de 1968 permitiu a suspensão de direitos políticos, a interdição de deputados e senadores e a possibilidade de prisão sem o devido processo legal, de modo que o Congresso perdeu sua autonomia e independência, não podendo representar a voz popular nem manifestar qualquer inconformidade com o regime instaurado. Outro exemplo de violação ao princípio da legalidade foi o Decreto-Lei nº 898 de 1969, que criminalizou a “subversão” sem definição legal clara,

¹⁴⁴ **A Constituição dos Estados Unidos da América.** Disponível em: <https://encurtador.com.br/QjUbQ>. Acesso em: 17 out. 2024.

¹⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** [S. l.], 2024. local. 1. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 17 out. 2024.

permitindo a punição arbitrária e cruel de qualquer ação considerada opositora ao regime por tribunais militares.

A CF de 1988 é o marco da restauração do Estado de Direito e do retorno à democracia. A legalidade é prevista como uma garantia ao cidadão e um dever do Estado, sendo essencial para a construção de uma sociedade justa e igualitária, onde os direitos de todos os cidadãos são protegidos e garantidos. Como exposto, todas as vezes que a sociedade se afastou do mandamento da legalidade, viveu períodos de terror, incertezas e injustiças.

Entretanto, o *standard* do princípio da legalidade não pode ser resumido ao puro positivismo, pois, enquanto o positivismo jurídico defende a aplicação estrita das normas escritas e a separação entre direito e moral, o princípio da legalidade envolve uma compreensão mais ampla, que inclui considerações éticas e princípios fundamentais de justiça. A aplicação puramente mecânica da lei, sem considerar os direitos humanos e as condições específicas de cada caso, é arriscada para a própria justiça. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior bem explica:

Sim, a interpretação do juiz não deve ser servil à literalidade da lei, o preceito abstrato traçado pelo legislador. Para tanto, não violará a lei, midade com preceitos de hermenêutica que o próprio direito consagra. É nesse plano que a moral interfere na aplicação dos preceitos jurídicos. Dá-lhes harmonia e aprimoramento, no rumo de realizar a justiça, sem, entretanto, revogá-los ou desprezá-los. Outorga-lhes mais sentido e maior virtude, tornando-os mais justos e equânimes.¹⁴⁶

O juiz não pode opor-se a lei e nem criar lei nova, porém compete a ele a missão de interpretar e aplicar a lei levando em conta os diversos fatores de cada situação, além dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade humana.

Nas palavras do Ministro Eros Roberto Grau: “O juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço sinalizado pela lei, autodetermina-se”¹⁴⁷. Em uma colocação bem-humorada o autor chega a dispor que “O texto normativo costuma ser mais inteligente do que quem o escreveu [...]”¹⁴⁸, para retratar o quanto o texto jurídico supera a chamada “vontade do legislador”. Assim, as leis não tratam de regras

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, H. **Boa-fé e processo**: papel do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 644.

¹⁴⁷ GRAU, E. R. **Por que tenho medo dos juízes**: (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 29.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 29.

cristalizadas no tempo, em verdade, são desenvolvidas na própria convivência do Judiciário com os cidadãos. O autor assevera que:

Nem a “vontade de legislador” nem “o espírito da lei” vinculam o intérprete. Por outro lado, sabemos que quem interpreta/aplica não é mesmo sujeito que escreveu o texto. Repita-se: a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim, processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. O direito é dinamismo.¹⁴⁹

Em corrente oposta, Lênio Streck¹⁵⁰ critica a visão de que o direito é indeterminado e deve ser moldado pelo Judiciário por meio de cláusulas gerais, o autor defende que este entendimento daria aos tribunais o poder de definir o sentido das normas. Essa ideia, baseada no realismo jurídico, criaria um ciclo contínuo de interpretações indeterminadas, prejudicando a estabilidade jurídica num todo.

O princípio da legalidade é constitucionalmente previsto com a finalidade de prevenir arbitrariedades, assegurando a igualdade das leis e a imparcialidade dos juízes. O juiz deve ser fiel a lei, sem percepções subjetivas como crenças, religiões e ideologias políticas, sendo essa tarefa tanto mais difícil na prática. O juiz precisa estar atento às mudanças sociais para aplicar o direito de forma justa e relevante, pois a sociedade está em constante transformação, e as normas devem ser interpretadas de modo a refletir valores e necessidades atuais. Essa interpretação, contudo, deve respeitar a letra da lei e considerar princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica e a efetiva proteção dos direitos fundamentais, garantindo que as decisões estejam em sintonia com o ordenamento jurídico e as expectativas de justiça.

Renato Brasileiro Lima¹⁵¹ dispõe que: “Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional”. Um magistrado assim, na prática, equilibra o rigor jurídico com a responsabilidade social, visando uma justiça mais acessível e justa.

Há ainda a missão dos juízes em preencher lacunas, conforme preceitua o art. 5º, XXXV da CF, que dispõe: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁵⁰ STRECK, L. Por que os “precedentes não são obedecidos”? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-13/por-que-os-precedentes-nao-sao-obedecidos/>. Acesso em: 14 out. 2024.

¹⁵¹ LIMA, R. B. **Manual de processo penal volume único**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 110.

lesão ou ameaça a direito”¹⁵². Esse mandamento constitucional assegura que nenhum direito fique sem proteção jurídica, mesmo quando o texto legal não oferece uma resposta direta ou quando o legislador por conveniência ou omissão diante de temas polêmicos ou sensíveis se exime de questões sociais e jurídicas extremamente relevantes. Diante de situações não previstas explicitamente pela lei, o juiz deve interpretar e aplicar os princípios jurídicos e valores fundamentais para alcançar uma decisão justa e eficaz.

É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por Omissão nº 26¹⁵³, em que o STF reconhece que, diante dessa omissão legislativa, as práticas de homofobia e transfobia podem ser enquadradas como racismo, usando a interpretação conforme à CF, sem que isso se confunda com analogia “*in malam partem*”. Dessa forma, as condutas homofóbicas e transfóbicas passaram a ser consideradas crimes à luz da Lei 7.716/89, que trata de crimes de racismo, até que o Congresso Nacional edite legislação específica.

O papel do Poder Judiciário ao interpretar e aplicar as leis para resolver conflitos e proteger direitos, atuando como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, precisam manter certa coerência e uniformidade sob o risco de instabilidade das decisões e tratamento desiguais praticados por interpretações distintas, ainda que baseados no mesmo texto legal.

A integridade do ordenamento jurídico, para Ronald Dworkin, é alcançada quando o direito é tratado como uma “obra única”, onde os magistrados, ao aplicarem tanto o princípio da legalidade quanto os precedentes, contribuem para a unidade e coerência do sistema. A observância aos precedentes fortalece o sentido de continuidade e respeito às decisões anteriores, e a legalidade assegura que essas decisões estejam sempre fundamentadas em normas objetivas e válidas. Dessa maneira, ambos, de forma clara e harmoniosa, podem coexistir para evitar interpretações fragmentadas e incoerentes, além de prevenir decisões arbitrárias.¹⁵⁴

¹⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. local. 11. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF-ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000**. Julgamento em 13 de junho de 2019. Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, 6 de junho de 2020. Disponível em: <https://encurtador.com.br/j0Yj0>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁵⁴ PEDRON, F. Q. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, ano 13, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1080>. Acesso em: 10 nov. 2024.

A instituição de um sistema de precedentes busca promover decisões justas, equânimes e seguras, alinhando a atuação dos tribunais a uma coerência esperada em um Estado de Direito. Em essência, a aplicação de precedentes permite que casos semelhantes sejam decididos de forma semelhante, assegurando a previsibilidade e a estabilidade jurídica, pilares essenciais para a segurança dos indivíduos em suas relações jurídicas. Quando tribunais superiores estabelecem diretrizes que orientam as decisões futuras, reforça-se a confiança do cidadão na Justiça e no cumprimento da isonomia, uma vez que se garante que pessoas em situações análogas sejam tratadas com igualdade perante a lei.

Aliás, conforme visto anteriormente ao tratar da evolução histórica do princípio, a legalidade penal não pode ser reduzida apenas a previsão de crimes e penas, mas também como a previsão de penas justas, proporcionais e adequadas à gravidade do delito, que satisfaçam o anseio de segurança coletivo e de respeito aos direitos individuais dos acusados. Quando o Legislativo cria uma sanção que desrespeita a proporcionalidade, resultando em uma pena excessiva para uma conduta menos grave, essa desproporcionalidade afronta o princípio da legalidade em sua plenitude. Nesse contexto, o Judiciário age para restaurar o equilíbrio entre a lei penal e os direitos constitucionais, garantindo que o sistema jurídico não se torne injusto ou incoerente.

É o caso do RE 979962/RS¹⁵⁵, em que o STF declarou inconstitucional a pena prevista no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, que estabelecia de 10 a 15 anos de reclusão para a importação de medicamentos sem registro sanitário. A Corte entendeu que essa pena era desproporcional em comparação a crimes mais graves, como tráfico de drogas e estupro de vulnerável, violando princípios constitucionais como a dignidade humana e a proporcionalidade.

A intervenção judicial é, portanto, fundamental para a integridade do Estado de Direito, assegurando que o poder de punir do Estado seja exercido dentro dos limites da Constituição. Ao revisar a constitucionalidade das penas, o Judiciário protege os indivíduos contra abusos e garante que as sanções penais respeitem os direitos fundamentais, contribuindo para um sistema penal que promova justiça e proporcionalidade, em consonância com os princípios constitucionais. O art. 3º do

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF - RE: 979962 RS**. Julgamento em 24 de março de 2021. Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=re+979962>. Acesso em: 10 nov. 2024.

CPP trata expressamente sobre o poder conferido ao juiz de ampliar o alcance da lei e preencher as lacunas que são deixadas pelo Legislativo, o artigo dispõe que: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como suplemento dos princípios gerais de direito”. Assim, no sistema calcado no princípio da legalidade, também não só pode existir, como também é compatível, desde que de forma harmônica, a capacidade e a função cognitiva do juiz respaldada na lei, nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana, nesse sentido: “A segurança jurídica, portanto, não está mais só na lei, mas na lei interpretada”¹⁵⁶.

Santos¹⁵⁷ dispõe que a regulamentação de precedentes no Brasil surgiu para resolver três principais problemas: primeiro seria as constantes divergências das decisões em casos semelhantes, com mudanças de entendimento frequentes, o que gerava insegurança. Para o autor, essas divergências ocorriam em casos que envolviam questões de interesse coletivo, prejudicando a igualdade de tratamento. Terceiro, era preciso assegurar a previsibilidade e a segurança jurídica, concretizando os princípios da legalidade e da isonomia.

Um sistema de precedentes bem estruturado também apoia o princípio da segurança jurídica ao reduzir o risco de decisões conflitantes e de mudanças abruptas de entendimento, o que seria prejudicial para a consistência das decisões e para a confiança no Poder Judiciário. Assim, as decisões ganham uma carga de previsibilidade que se torna essencial para que advogados, magistrados, demais servidores públicos da justiça e cidadãos possam anteciper, em grande medida, os rumos que suas demandas podem seguir.

Apesar da aplicação de precedentes ser de extrema importância no Direito Penal, pois proporciona clareza quanto às consequências legais de atos tipificados como crimes aos cidadãos, a matéria ainda não possui regulamentação própria, sendo o seu uso amparado pela teoria geral do direito, pelo princípio da segurança jurídica e pelo CPC. De acordo com os ensinamentos de Galvão, relevância da aplicação de precedentes no direito penal é ainda maior,

¹⁵⁶ BADARÓ, G. Garantias Processuais e o Sistema Acusatório. In: BADARÓ, G. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. local. 1 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal-ed-2023/1929470064>. Acesso em: 27 out. 2024.

¹⁵⁷ SANTOS, W. et al. Precedente Judicial Como Norma Jurídica. In: SANTOS, W. et al. **Ação Rescisória por Violação a Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. cap. 3. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/acao-rescisoria-por-violacao-a-precedente/1339463869>. Acesso em: 27 out. 2024.

[...] se o stare decisis deve ser aplicado na área cível, com maior razão deve incidir no sistema de justiça criminal [...]. No âmbito criminal, os postulados da igualdade e da segurança jurídica apresentam relevância ainda maior, uma vez que os indivíduos devem conhecer os limites da sua atuação e quais as possíveis consequências de seus atos.¹⁵⁸

O CPC de 2015 trouxe uma inovação importante ao fortalecer o sistema de precedentes, com foco em uniformizar a jurisprudência e aumentar a segurança jurídica. Entre os artigos mais relevantes, o art. 927 estabelece que os tribunais devem observar obrigatoriamente os precedentes vinculantes, como decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e julgados em repercussão geral e recursos repetitivos. O art. 928 define hipóteses para o sobrestamento de processos quando há questão pendente de decisão em sede de recursos repetitivos, prevenindo decisões conflitantes e contraditórias.

O art. 926 do CPC complementa esses dispositivos ao estabelecer que os tribunais devem manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, promovendo um alinhamento em torno das interpretações das leis. Esses são os principais pontos que estruturam um sistema de precedentes.

No entanto, quando os precedentes assumem um papel legislativo, cria-se o risco de decisões subjetivas, desvinculadas das normas legais e fundamentadas em interpretações isoladas. Para evitar isso, o Judiciário deve manter um compromisso com a legislação vigente, assegurando que os precedentes respeitem o princípio da legalidade e atuem como instrumentos de suporte das leis e da Constituição.

Para Lênio Streck¹⁵⁹, na realidade brasileira, os tribunais superiores tentam construir um estoque de normas para o futuro por meio de precedentes com fundamento no “pamprincipiologismo”¹⁶⁰, algo que é função do legislativo.

¹⁵⁸ GALVÃO, D. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 39.

¹⁵⁹ STRECK, L. **Por que os “precedentes não são obedecidos”?**. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-13/por-que-os-precedentes-nao-sao-obedecidos/>. Acesso em: 14 out. 2024.

¹⁶⁰ O “pamprincipiologismo” é um conceito que o Lênio Streck usa para criticar o uso excessivo e indiscriminado dos princípios jurídicos, de forma que se tornam justificativas para decisões subjetivas e arbitrárias. Na percepção de Streck, o fenômeno surge quando os princípios, ao invés de complementarem as normas jurídicas, acabam sendo usados de maneira ilimitada, como fundamentos que permitem ao julgador decidir com base em valores amplos, vagos ou pessoais, sem seguir critérios claros. Para Streck, o “pamprincipiologismo” enfraquece a segurança jurídica e compromete o Estado Democrático de Direito, pois permite que os juízes utilizem princípios para justificar qualquer decisão, o que coloca em risco a imparcialidade e a previsibilidade do direito. Ele defende que princípios devem ter aplicação limitada e orientada por normas e que o direito não pode se reduzir a uma interpretação subjetiva ou a um ato de vontade do intérprete, mas deve ser interpretado a partir de uma coerência sistemática e constitucional.

Os precedentes não devem tomar o posto das leis no Estado de Direito, posição alcançada após um longo processo de lutas contra às arbitrariedades de pessoas sem limitações de poder; mas sim atuarem como complementos que asseguram a consistência e a equidade nas decisões judiciais. No sistema de *Civil Law*, predominante no Brasil, o papel principal de criação normativa cabe ao legislador, cujo processo é genuinamente democrático e visa a elaboração de normas gerais e abstratas, aplicáveis de forma objetiva a todos os cidadãos. Portanto, os precedentes não podem ultrapassar a função para a qual foram concebidos: oferecer interpretação uniforme das leis, promovendo estabilidade e previsibilidade jurídica, mas sem substituir a função legislativa.

Ao serem aplicados, os precedentes devem ser fruto de uma coerência sistêmica do Judiciário com o próprio ordenamento jurídico, respeitando os limites impostos pela legislação e pela Constituição. O uso coerente fortalece a segurança jurídica, pois os cidadãos passam a ter confiança na previsibilidade das decisões do Poder Judiciário e na igualdade de tratamento das partes.

4.3 A SEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL

A segurança jurídica é o princípio fundamental do Estado de Direito que busca a garantia de que as normas e decisões sejam previsíveis, estáveis e coerentes. Na CF esse princípio se relaciona com garantias como liberdade, isonomia e legalidade, não raramente correlacionado como o ideal de justiça, do que resulta sua estreita ligação com os direitos fundamentais.

Entendida como norma fundamental, para Hans Kelsen¹⁶¹ ensina que a Constituição dá validade a todas as demais de um sistema jurídico, pois através de sua aplicação criam-se normas gerais, por meio da legislação ou do costume.¹⁶²

¹⁶¹ Kelsen, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁶² Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação da norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. Somente a execução do ato coercitivo estatuído por estas normas individuais – o último ato do processo de produção jurídica – se opera em aplicação das normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma. A aplicação do direito e, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma.

No entanto, é possível o conflito aparente de normas que pode provocar dúvida acerca da adequada interpretação de regra ou princípio vinculada face à Constituição e seus princípios, tornando necessária a análise dos valores contidos naquela para determinar o sentido e alcance das normas infraconstitucionais. A ponderação entre valores e princípios constitucionais abre oportunidade para a adequação do sistema jurídico, harmonizando-o às necessidades da sociedade compreendida em sua complexidade por meio de incorporação de novos valores, atenuação ou remodelação de regras.

Nesse contexto, a segurança jurídica surge como dever do Estado de buscar a adequada estabilidade social através do direito de forma que os indivíduos tenham a certeza de que, ao respeitar a lei, o comportamento nela indicado deverá ser também respeitado pelos demais e, caso não seja, será assegurado o direito de contestar, impugnar a conduta do outro que a desrespeitou. Assim, não se sujeitando a surpresas em relação a suas atividades perante a sociedade, visto que os órgãos que têm competência deverão utilizar dos meios e fins adequados para que a violação à norma jurídica será corrigida ou reparada.

A representação artística da justiça como uma figura feminina com os olhos vendados, segurando uma balança e uma espada é uma metáfora para a necessidade que a decisão seja baseada apenas nos fatos, na lei e na equidade, sem considerar preconceitos e preferências. Nela a venda representa a imparcialidade, indicando que não se deve favorecer nenhuma das partes, a balança representa a ponderação dos argumentos e evidências e a espada, por fim, simboliza a força e o poder da decisão judicial.

Admitido que os Tribunais possuem atualmente capacidade criativa do direito, afirmando a norma jurídica diante do caso concreto, há verdadeira necessidade de harmonia e estabilidade nos pronunciamentos judiciais para que haja uniformidade na aplicação do direito e confiabilidade na justiça por aqueles aplicados.

Como abordado anteriormente, a segurança jurídica é princípio fundamental que expressa, no âmbito da atividade do Judiciário, a busca de que as decisões judiciais sejam previsíveis, consistentes e justas, proporcionando estabilidade e confiança aos jurisdicionados. Por outro lado, os precedentes são decisões judiciais anteriores que servem como referência para o julgamento de casos semelhantes. O respeito aos precedentes ou *stare decisis* vem ganhando força nos sistemas jurídicos

de tradição romano-germânica, como o brasileiro, como instrumento em prol da busca pela segurança jurídica.

Macêdo define segurança jurídica como valor fundamental pra qualquer sistema jurídico, cujo objetivo é garantir que os jurisdicionados possam se guiar escorados em uma ordem firme, que lhes permita consciência acerca das consequências jurídicas dos atos e fatos. Ao lado da flexibilidade, a estabilidade do direito é indispensável para garantia de justiça. “Há de se reconhecer: sem segurança não há direito; é possível que exista um sistema jurídico seguro e injusto, mas não há possibilidade de um sistema jurídico inseguro e injusto”.¹⁶³

A consistente aplicação de precedentes contribui para a redução de decisões contraditórias, garantindo o tratamento igualitário aos casos semelhantes; para o incremento da previsibilidade das decisões, o que permite aos jurisdicionados e às partes envolvidas no processo e procedimentos pré-processuais tomarem decisões informadas; e para a eficiência processual, ante a possibilidade de construir a solução para a lide com base nas razões determinantes sobre as quais já houve reiterada reflexão, inclusive pelos órgãos superiores.

Os precedentes devem ser, portanto, instrumentos para eliminar a incerteza, a instabilidade e falta de ordem da vida social, posto que nenhum sistema jurídico poderia se estabelecer sem observância de segurança e estabilidade, que são essenciais para o cumprimento dos objetivos do ordenamento jurídico.

No entanto, a utilização de um sistema de precedentes exige que os tribunais sejam sensíveis às eventuais diferenças fáticas de cada caso, devendo equilibrar a consistência dos precedentes com a necessidade de justiça individualizada, além de estarem atentos às mudanças no contexto social, de modo a reconhecer que mudanças nos valores sociais e normas podem tornar defasados os precedentes antigos.

A ponderação entre aspectos positivos e riscos da adoção de um sistema forte de precedentes judiciais na seara penal assume especial importância em razão do bem jurídico em discussão: a liberdade pessoal do acusado, o que justifica a adoção de cautela, sobretudo quando não raro os tribunais superiores, que têm a função precípua de uniformizar a jurisprudência em sua esfera de atuação, o STJ para os temas infraconstitucionais e o Supremo Tribunais nos temas constitucionais, por

¹⁶³ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 110.

exemplo, não são claros em suas decisões ou mesmo apresentam decisões antagônicas para uma mesma situação, o que pode acarretar insegurança jurídica.

4.3.1 Necessidade de observância dos precedentes horizontal e verticalmente em julgamentos de natureza penal e o antagonismo das decisões nos Tribunais

É incompatível com o Estado de Direito a aplicação do direito variável, caso a caso, porque é necessário que a ordem jurídica seja equilibrada e estável, o que torna possível a segurança jurídica quanto à legislação e as decisões judiciais, a fim de que o indivíduo passa se conduzir com honra e honestamente, respeitando os outros e com a legítima expectativa de igualmente ser respeitado.

A segurança jurídica é, portanto, um princípio que se estabelece através da possibilidade do cidadão de compreender o conteúdo das normas a que está submetido e assim depositar sua confiança na continuidade do ordenamento jurídico, antevendo razoavelmente as consequências de seus atos.

Especificamente no processo, as partes interessadas apresentam seus fundamentos para que o Estado, na pessoa do magistrado, os aprecie e, conforme o *caput* do art. 155 do CPP, forme sua convicção através da livre apreciação motivada. Com bem pondera Lourenço, essa liberdade, que é garantia de julgamentos independentes e justos, no entanto, não deve permitir distorções do princípio da legalidade, pois a “[...] excessiva dispersão da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito no Judiciário”.¹⁶⁴

Neste ponto, o CPC de 2015¹⁶⁵ inovou bem ao apresentar no *caput* de seu art. 926 expressamente o dever dos juízes e tribunais de “[...] uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente [...]”, além de observar os precedentes qualificados estabelecidos no art. 927, o qual elenca:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

¹⁶⁴ LOURENÇO, H. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU**, Brasília, n. 33, p. 241-271, 2012. p. 266. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16/03/2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 maio 2024.

- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.¹⁶⁶

Embora a norma não encontre correspondente textual no CPP, há muito a jurisprudência do STJ¹⁶⁷ e a doutrina majoritária entendem, fundamentadas no art. 3º do CPP, que as normas de processo civil se aplicam de forma subsidiária no processo penal, desde que haja lacuna a ser suprida. No que toca aos recursos extraordinários e especial a aplicação subsidiária da lei processual civil foi inserida expressamente na nova redação do art. 638.

Ademais, o Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2019, cuidou também em inserir no Processo Penal ideia semelhante por meio dos incisos V e VI do § 1º do art. 315, os quais consideram não fundamentadas, respectivamente, a decisão que, invocando precedente, não identifique seus fundamentos determinantes e os relacione com o caso concreto e a decisão que deixe de seguir súmula, precedente ou jurisprudência invocada pela parte sem demonstrar a existência de distinção ou superação do entendimento.

Nesse sentido, ao resolver a lide, o magistrado cria duas normas jurídicas: uma de caráter geral, construída pela jurisprudência, que recebe o nome de *ratio decidendi* ou *holding*, localizada na fundamentação da decisão, consistente nos fundamentos jurídicos essenciais que dão sustentação à decisão; e outra individual, submissa aos limites subjetivos do processo, geralmente encontrada no dispositivo.

Observe-se que a *ratio decidendi*, ou razões de decidir, embora tenha eficácia *erga omni*, deve ser sempre interpretada e compreendida à luz do caso concreto. No *Common Law* a fundamentação da decisão subsequente deve sempre conter alusão aos precedentes cotejando o caso concreto. Assim, sua aplicação depende da

¹⁶⁶ *Ibid.*, local. 127.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.568.445/PR**. Julgamento em 24 de junho de 2020. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Relator para o acórdão: Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção. 24 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201502964134. Acesso em: 10 maio 2024.

demonstração de que é possível a adoção da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão, reafirmando a adequação daquele raciocínio.¹⁶⁸

Na sua estrutura, interessa-nos explorar a *ratio decidendi*, também denominada de *holding* nos Estados Unidos da América. Sob o ponto de vista do precedente que versa sobre questões de direito, ela é considerada apenas como fundamento jurídico que lastreia a decisão, ou seja, a tese jurídica aplicada na resolução do conflito. Trata-se da conclusão do raciocínio jurídico desenvolvido para se chegar à solução de um caso concreto ou aos desfechos de vários deles, e que será aplicada aos futuros julgamentos *inter alia*.¹⁶⁹

O precedente judicial se apresenta como fonte do direito na medida em que a partir dele, ou por meio da combinação daquele com o texto legal, é possível produzir a norma jurídica que dará solução a um conflito juridicamente relevante. No entanto, se no Processo Civil o *stare decisis* foi explicitamente reconhecido como fonte do direito, com destaque nos citados arts. 926 e 927 do CPC, que estabelecem os deveres de observância das eficácias persuasiva e vinculante dos precedentes, a convivência entre lei e precedentes como fonte do Direito Penal ou Processual Penal é ainda vórtice de intenso debate.

É importante destacar a necessidade de convivência entre precedentes e legislação porquanto não são mutuamente exclusivos. O antagonismo entre um direito inteiramente codificado e um direito inteiramente jurisprudencial remonta a uma forma positivista de pensar, que considerava o direito como algo estático, passível de ser observado no vácuo. No entanto, o papel dos precedentes não é suplantiar a produção legislativa, mas contribuir para a construção da norma jurídica. Assim, os precedentes vêm somar-se às fontes codificadas do direito para auxiliar na unidade do sistema normativo brasileiro. Nas palavras de Macêdo:

[...] deve-se compreender que o sistema de normas jurídicas brasileiro é único, e deve ser, tanto quanto possível, coerente e racional. A grande diferença, com a adoção do *stare decisis* é que essas normas podem ser construídas não só a partir da lei, mas também a partir de precedentes judiciais e da combinação de leis e precedentes.¹⁷⁰

¹⁶⁸ WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 132, 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/84206>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁶⁹ BASTOS, A. A. O precedente sobre questão fática no projeto do novo CPC. In: FREIRE, A. et al. (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2. p. 88.

¹⁷⁰ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 223.

A coexistência harmoniosa é especialmente relevante em países que, assim como o Brasil, adotam a legislação como principal fonte do direito. Entre nós os precedentes mais comuns são os em que há uma colaboração criativa entre lei e precedente para obtenção da norma jurídica, em razão de uma lacuna aparente ou do elevado grau de incerteza do texto legal, funcionando o precedente como uma extensão da lei ou norma legal interpretada, que permite daquela extrair um conteúdo não expressamente enunciado.

No entanto, é comum também que o precedente trate de matéria para a qual não existe tratamento legal, assumindo um papel dotado de maior criatividade para solucionar controvérsias com base em princípios ou em analogia, estabelecendo *Leading Cases* os quais expressam a solução para as os litígios semelhantes e posteriores, uma vez que o Judiciário não pode deixar de dar uma resposta adequada aos conflitos que lhe são apresentados.

O papel colaborativo dos precedentes inspira maior preocupação no Direito Penal e Processual Penal, assim como noutras áreas em que o princípio da legalidade possui maior força. Aqui há indicativo de uma maior cautela na criação de normas a partir de princípio, limitando a atividade Judiciária ao fornecimento de parâmetros e critérios para aplicação das normas legais, com o objetivo de garantia maior segurança jurídica.¹⁷¹

Entretanto, considerado o elevado grau de protagonismo de que se tem revestido a atuação do Judiciário brasileiro, em especial as Cortes Superiores, não é difícil encontrar exemplos de criação judicial do direito a partir de princípios, inclusive na seara penal e processual penal, quando o STF, por exemplo, reconhecendo omissão do Poder Público, equiparou a homofobia ao racismo, ampliando a incidência dos crimes da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para situações de discriminação não textualmente previstas ou, ainda nesse tema, quando considerou a injúria racial, outrora prevista no § 3º do art. 140 do Código Penal, como espécie de racismo, embora a injúria não estivesse contemplada expressamente dentre as condutas apresentadas pela Lei nº 7.716/1989¹⁷².

¹⁷¹ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 252.

¹⁷² BRASIL. **Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

No primeiro caso, que se toma como exemplo de como a criação jurisprudencial da norma tem ocorrido na seara penal, o art. 20 da Lei nº 7.716 contemplava como crime de racismo somente as discriminações ou preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Na lei não havia referência à discriminação decorrente de homofobia ou transfobia, de modo doutrina e jurisprudência eram uníssonas no sentido de que o rol de elementos de preconceito e discriminação era taxativo, forte no princípio da reserva legal ou legalidade. Sobre o tema, o Ministro Marco Aurélio, expôs a posição dominante no Inquérito 3.590/DF, julgado em 2014, conforme seguintes termos:

Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º.

Ante esse fato, deixo de receber a denúncia, fazendo-o com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, a revelar que, não constituindo o fato infração penal, dá-se a absolvição do réu, o que, nesta fase, sugere a simples ausência de instauração da ação penal (grifo nosso).¹⁷³

Inobstante, o Tribunal seria provocado a revisitar a questão, para analisar a pretensão de alterar a norma jurídica que se extraia da exegese da Lei nº 7.716/1989, ainda que não tivesse havido alteração do texto legal, no contexto do Mandado de Injunção nº 4.733 e ADI por Omissão nº 26, protocolados pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros e pelo Partido Popular Socialista.

Em ambos os casos, em resumo, argumentava-se que a homotransfobia se enquadravam no conceito de racismo, que havia um mandado de criminalização decorrente da CF e, portanto, a mora do Congresso era inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, na acepção de proibição deficiente, constante no inciso LIV do art. 5º do texto constitucional.

Apesar da defesa do princípio da legalidade estrita pelo então Advogado-Geral da União e da divergência dos Ministros Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio, para os quais a homofobia não poderia ser enquadrada como racismo senão pela atuação do Legislativo, em ambos os casos prevaleceu por maioria, o entendimento

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.590/DF**. Julgamento em 12 de agosto de 2014. Relator: Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, 12 de agosto de 2014. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4352153>. Acesso em: 25 out. 2024.

de dar interpretação conforme a Constituição, em face dos mandados de incriminação dos incisos XLI e XLII do art. 5º, para enquadrar a homotransfobia nos diversos tipos da Lei nº 7.716/89, até que sobreviesse legislação específica ou autônoma.

O argumento condutor do julgamento foi de que tal enquadramento não implicaria invasão das atribuições do Poder Legislativo porque a nova conclusão decorria da interpretação conforme a Constituição das disposições da Lei nº 7.716/89, visto que o racismo, entendido em sua dimensão social, seria um conceito aberto, resultante de um processo de conteúdo político e social, não limitado a questões biológicas ou antropológicas, abrange as práticas homotransfóbicas na medida em que tais atos segregam e inferiorizam aqueles indivíduos. Tampouco configuraria analogia em prejuízo do réu ou formulação de novos tipos penais, mas somente uma subsunção das condutas homotransfóbicas aos preceitos primários de incriminação já existentes. Conforme ponderou o Ministro Celso de Melo:

A solução propugnada não sugere a aplicação analógica das normas penais previstas na Lei 7.716/1989 nem implica a formulação de tipos criminais ou cominação de sanções penais.

É certo que, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, o tema pertinente à definição de tipo penal e à cominação de sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de parlamento.

Assim, inviável, em controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão denunciada pelo autor da ação direta, procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT.

Na verdade, a solução ora proposta limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei 7.716/1989), pois os atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social, ou seja, o denominado racismo social (grifo nosso).¹⁷⁴

Embora o dogma da vinculação estrita à lei ainda apresente fortes reflexos na compreensão da atividade judicante no *Civil Law* a despeito da superação do positivismo legalista, não é possível sustentá-la diante do modelo neoconstitucionalista atual, que confere efetividade e normatividade aos princípios e espera do magistrado uma atuação voltada para a efetivação dos direitos fundamentais. Os princípios asseguram considerável poder criativo à jurisdição, posto

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Julgamento em 13 de junho de 2019. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, 13 de junho de 2019. local. 1. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 25 out. 2024.

que “[...] a lei não pode predeterminar como a jurisprudência vai entendê-la, atribuir-lhe significado prévio ou definir com rigidez absoluta seu campo de incidência”.¹⁷⁵

No entanto, a afirmação da atividade criativa dos juízes reclama uma ampliação de seus deveres na mesma proporção. O *stare decisis* não se preocupa precipuamente em ratificar os poderes do magistrado, mas parte da premissa que essa atribuição criativa da norma jurídica existe e deve ser exercida de forma racional e coerente, restringindo o âmbito de discricionariedade através de limites e parâmetros para a decisão, fundados na coerência com os julgamentos anteriores e expectativa de uniformidade com os casos posteriores, com a finalidade de assegurar a segurança jurídica do sistema.¹⁷⁶

É nesse sentido que se entende a necessidade de observar uma eficácia vertical dos precedentes, entendida como a obrigação de os órgãos inferiores seguirem a jurisprudência dos órgãos a que se encontram submetidos, a qual é intuída da própria organização do sistema de justiça brasileiro e do princípio da eficiência, e horizontal, entendida como o dever do Tribunal de ser coerente com os próprios julgados.

É importante destacar nesse contexto que, embora seja a consolidação de uma interpretação do direito, o precedente em si também deve ser interpretado. Sobretudo no caso brasileiro, em que os precedentes retiram força vinculante da própria lei, ainda que firmados sem um consenso e amadurecimento adequado da questão, desde que observado o procedimento formal estabelecido para sua formação, o que pode gerar incertezas e insegurança jurídica decorrente do constante desafio ao precedente, especialmente nos casos onde não há uma clara hierarquia entre os órgãos envolvidos, como é o caso do STJ, responsável por uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, e o STF, guardião da constituição, ou existem precedentes antagônicos, originados de órgãos diferentes.

Com relação à eficácia vertical dos precedentes no Brasil, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 500080¹⁷⁷, o Ministro do STJ, Sebastião Reis Júnior, aproveitando a pertinência do tema com a situação em análise, em uma crítica especialmente

¹⁷⁵ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 176-177.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 500.080/SP**. Julgamento em 4 de agosto de 2020. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, 4 de agosto de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC 500080>. Acesso em: 26 out. 2024.

direcionada ao Tribunal de Justiça de São Paulo, fez um apelo sobre a necessidade de que as instâncias ordinárias adotem posicionamento mais alinhado com o que as cortes superiores vêm decidindo como forma de conferir efetividade aos papéis que a CF atribuiu ao STF e STJ.

Na mesma linha também tem se manifestou o Ministro Rogério Schietti Cruz, que externou naquele julgamento preocupação com o fato de que magistrados de primeiro grau e órgãos fracionários não se preocupam em ignorar a eficácia vertical dos precedentes formados pelo STJ e STF, causando prejuízos ao sistema de justiça e aos jurisdicionados, além do desperdício de recursos do Judiciário. Conforme registrou em seu voto no *Habeas Corpus* 500.080/SP:

Em arremate, repudiar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, condensada sobretudo em Súmulas de Jurisprudência e em julgados reiterados de suas composições máximas, é algo que somente produz desordem e insegurança no sistema de justiça criminal. [...].

Com isso, todos perdemos.

Perdem, antes de mais nada, os jurisdicionados, que veem seu direito constantemente malferido por decisões que precisam chegar ao conhecimento dos Tribunais Superiores para serem reformadas, isso, por óbvio, se contarem com o denodado trabalho de defensores públicos e advogados, nem sempre, porém – dadas as limitações naturais das corporações e dos próprios profissionais – capazes de prontamente buscar, naqueles Tribunais, a cessação do constrangimento ilegal. [...].

Perde também o Tribunal de Justiça de SP, que insiste – não obstante ciente de estar em descompasso com as decisões do Pleno da Suprema Corte e da copiosa jurisprudência do STJ – em manter uma interpretação que afronta o direito do indivíduo de não ser punido além dos limites fixados em lei, denotando, com tal proceder pouca preocupação com o bom funcionamento do sistema de justiça criminal do país. O resultado é esse desgaste permanente, com anulação ou repetição de atos, com sacrifício inclusive financeiro do Estado, insegurança jurídica e clara ausência de isonomia na aplicação da lei.

Perdem o Superior Tribunal de Justiça e o STF, que se veem obrigados a dedicar parte relevante de seus recursos humanos e materiais para sanar uma situação desnecessariamente criada por julgados similares aos casos acima referidos. Calha dizer, aliás, que os números indicam ser o Tribunal de Justiça de São Paulo responsável por mais da metade de todos os habeas corpus impetrados no STJ (grifo nosso)¹⁷⁸.

Em razão da peculiaridade das Cortes Superiores brasileiras, que repartem as atribuições de uniformização da jurisprudência constitucional e infraconstitucional. Não é incomum a existência de divergência entre as Cortes Superiores, tem ocorrido, por exemplo, com relação à possibilidade de execução antecipada da pena.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 500.080/SP**. Julgamento em 4 de agosto de 2020. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, 4 de agosto de 2020. local. 1. Disponível em: <http://surl.li/affsmv>. Acesso em: 26 out. 2024.

Embora a previsão do inciso LVII do art. 5º permaneça “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, inalterada desde a redação original da CF de 1988, de lá para cá o STF mudou de orientação pelo menos três vezes: até 2008 prevaleceu o que estabelecia a Súmula 9 do STJ¹⁷⁹, ou seja, “[...] a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofendia a garantia constitucional da presunção de inocência [...]”; após a reforma do CPP, em 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078¹⁸⁰, pela primeira vez o STF declarava o direito do condenado em segunda instância recorrer em liberdade; em 2016, por seis votos a cinco, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292¹⁸¹; todavia em 2019, no julgamento das ADC nº 43, 44 e 54, em nova guinada, a Corte voltou a orientar no sentido de inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, justificando-se a prisão somente nas hipóteses em que configurada necessidade de imposição de forma cautelar¹⁸².

No entanto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, o Supremo Tribunal sinalizou nova alteração do entendimento para confirmar a constitucionalidade a prisão após condenação pelo júri de forma imediata, independente do montante de pena, ocasião em que o relator, Ministro Roberto Barroso ponderou que a presunção de inocência é apenas um princípio e não uma regra, podendo ser aplicado com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou outros bens jurídicos constitucionais. Conforme consignou em seu voto, justifica-se a nova posição porque nesses casos “[...] o princípio da inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal”¹⁸³.

As constantes alterações de entendimento da Corte, apesar da relativa estabilidade do parâmetro de constitucionalidade, em um espaço relativamente curto de tempo, acabam por gerar insegurança jurídica e afetar negativamente a confiança

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do STJ**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2008. Disponível em: <https://encurtador.com.br/TRuzi>. Acesso em 22 out 2024.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**. Julgamento em 5 de fevereiro de 2009. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: encurtador.com.br/wRahP. Acesso em: 22 out. 2024.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292**. Julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: encurtador.com.br/ho0SW. Acesso em: 22 out. 2024.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Julgamento em 7 de novembro de 2019. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: encurtador.com.br/1WOWx. Acesso em: 22 out. 2024.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.235.340**. Julgamento em 24 de outubro de 2019. Relator: Min. Luiz Roberto Barroso. local. 1. Disponível em: encurtador.com.br/TOijv. Acesso em: 22 out. 2024.

no Judiciário, sobretudo na seara penal, onde está em discussão a própria liberdade corporal do réu. Essa inconstância da jurisprudência do Supremo Tribunal tem ensejado ambiente propício para divergências com os demais tribunais, incluso o STJ, que somente a partir de 2024, no julgamento do *Habeas Corpus* 788.126¹⁸⁴ passou a seguir a orientação pela possibilidade de prisão após condenação no júri, ante o espaço hermenêutico deixado pela instabilidade jurisprudencial acerca do alcance do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Para o exercício de um sistema saudável de precedentes, é necessário também que os tribunais observem também a eficácia horizontal dos precedentes, mantendo estável as suas razões de decidir, a fim de transmitir certeza e confiança aos demais intérpretes. Também nesse aspecto há ainda o que avançar, como se pode ver da análise do tema da possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando ainda pendente recursos às Cortes Superiores. Quanto a essa questão, o Ministro Dias Toffoli tem ressaltado que integridade, coerência e estabilidade das decisões da Corte Suprema são virtudes institucionais imprescindíveis para a consolidação de uma cultura de precedentes, as quais são realçadas pela colegialidade e transparência das decisões¹⁸⁵.

Nessa questão, é importante destacar que desde junho de 2021 o STF e o STJ firmaram um acordo de cooperação técnica¹⁸⁶ com objetivo de, através do compartilhamento de informações e bancos de dados, racionalizar a atuação de ambos os tribunais nos processos que tratem sobre questões repetitivas comuns às duas instâncias, evitando os casos nos quais uma situação seja julgada pelas duas Cortes, algumas vezes com desfechos antagônicos.

4.3.2 Técnicas de afastamento da aplicação dos precedentes e o respeito ao Princípio da Legalidade

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 788.126**. Julgamento em 17 de setembro de 2024. Relator: Min. Jesuino Rissato. Disponível em: <http://surl.li/opacqj>. Acesso em: 22 out. 2024.

¹⁸⁵ III ENCONTRO Nacional sobre precedentes qualificados. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (207 min). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QZeBcGKcgHI>. Acesso em: 25 ago. 2024.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ e STF firmam acordo para racionalizar atuação em questões repetitivas comuns**. Brasília: STJ, 2021. Disponível em: <http://surl.li/opacqj>. Acesso em: 26 out. 2024.

A preocupação com o tema dos precedentes judiciais no Brasil e sua capacidade de influenciar a solução dos casos posteriores não é tema recente. No entanto, se inicialmente foco era voltado sobre as discussões de Direito Constitucional, a ênfase do *stare decisis* tem se voltado para os demais ramos do direito: o processo civil, com a promulgação do CPC/2015, e para processo penal, como evidenciam as alterações realizadas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também chamada Pacote Anticrime.

Se todos são iguais perante a lei, é evidente que situações similares devem ter desfecho processual similar, em razão da eficácia vinculante, ou ao menos persuasiva, que o precedente possui. Entretanto, muito em razão de nossa tradição romano-germânica, ligada à cultura jurídica do desenvolvimento de grandes codificações, enraizou-se entre nós a noção de que cada órgão judiciário estaria submetido somente ao texto legal, o qual deveria motivadamente interpretar conforme suas convicções, ainda que tal resultasse na possibilidade de decisões conflitantes, ou até antagônicas, sobre determinada matéria.

As garantias conferidas aos magistrados, em especial o livre convencimento motivado, não representam um fim em si próprias, mas sim instrumentos em prol da manutenção da imparcialidade. A adoção de uma teoria adequada de precedentes, mesmo no *Civil Law* está intimamente ligada à racionalidade, igualdade, previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico. Além de favorecer a segurança jurídica, o desenvolvimento social, jurídico e econômico da sociedade, a observância dos precedentes reforça o papel institucional do Judiciário por meio do fortalecimento da coesão do direito.¹⁸⁷

Cabe lembrar que, antes de o CPC falar expressamente em um dever de uniformização da jurisprudência, a própria estrutura do Judiciário brasileiro concedeu aos Tribunais Superiores a função de uniformização da interpretação do direito, atribuindo ao STF a função de guarda da Constituição (art. 102, *caput*) e ao STJ a competência para unificar a jurisprudência sobre as disposições infraconstitucionais, através do julgamento de recurso especial nas causas decididas em única ou última

¹⁸⁷ MATOS, M. B. **Precedentes qualificados**: (des)necessidade de regulação consentânea com a realidade do processo penal brasileiro. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/49119>. Acesso em: 10 nov. 2024.

instância quando houver dissídio jurisprudencial, interpretação divergente entre tribunais regionais federais ou estaduais (art. 105, III, CF).

Também expondo a relação entre a forma de organização do Judiciário e a necessidade de respeito aos precedentes, o art. 4º da Recomendação CNJ nº 134/2022 orienta os órgãos julgadores em geral a zelar pela uniformização das soluções dadas as questões controvertidas em todo caso “[...] fazendo observar as teses fixadas pelos tribunais superiores e, na falta de precedentes e jurisprudência por parte destes, pelos respectivos tribunais regionais ou estaduais”¹⁸⁸.

No entanto, o respeito à eficácia vertical dos precedentes não deve ser tomado como um retorno à aplicação mecânica do direito pelos órgãos *a quo* do Judiciário, típica do juiz “boca da Lei” do século XIX. Pelo contrário, identificada a distinção material relevante que afaste a semelhança inicial o julgador deve afastar o precedente.

Embora utilizado para incrementar a agilidade e coerência da atividade judiciária, é importante destacar, que o precedente judicial em si não é uma fórmula pronta. É uma fonte textual e, como qualquer outra, precisa ser submetida à atividade interpretativa para ser aplicada a um caso concreto subsequente. “Além da extração da *ratio decidendi*, o processo interpretativo deve englobar a análise da similitude dos elementos fáticos e do alinhamento da tese jurídica fixada às alterações do contexto social, econômico, político e jurídico [...]”¹⁸⁹, esforços aos quais se dão os nomes de distinção e superação.

Ao elaborar um precedente judicial, o julgador tem como parâmetro a interpretação das normas aplicadas que motivam a decisão por meio de subsunção a conceitos jurídicos pré-determinados e descritivos cujo conteúdo é apresentado com segurança através das variadas fórmulas interpretativas adotadas, cabendo-lhe definir conforme sua convicção o melhor conteúdo da norma jurídica aplicada ao caso. Na reaplicação daquele, no entanto, o julgador pode enxergá-lo com o acréscimo de outras circunstâncias fáticas que manifestem distinção ou necessidade de superação do precedente. As teses, súmulas e ementas auxiliam a aplicação dos precedentes, mas não podem elas ser dotadas de excessiva vagueza, distanciadas do caso

¹⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022**. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 1 out. 2024.

¹⁸⁹ MATOS, M. B. *op. cit.*, p. 107.

concreto de que se originaram, típica da atividade legiferante ou que pretenda excluir a atividade hermenêutica do aplicador.¹⁹⁰

No raciocínio construído por Reichelt e Alff a tarefa de aplicação de um precedente ao caso concreto requer uma dinâmica em momentos distintos e sucessivos seguindo-se três passos, a saber:

[...] o trabalho prático de quem pretende analisar um determinado caso concreto à luz de precedentes consiste em uma dinâmica que contrapõe, no tempo, três momentos distintos. Em um primeiro instante, o que se faz é *delimitar os termos do caso concreto que reclama por uma solução*, identificando *qual é o problema a ser solucionado e quais são os fatos e as normas jurídicas que se colocam em discussão*, em uma dinâmica eminentemente pautada pela metodologia da tópica jurídica. Uma vez cumprida essa etapa, passar-se-á ao *exame de decisões proferidas em casos anteriores*, com intuito de em algum deles identificar a existência e o alcance de uma norma geral e abstrata que dele se possa extrair. Por fim, avançar-se-á em direção à tarefa de *projetar essa norma geral e abstrata em direção ao futuro*, analisando-se, em perspectiva crítica, se ela deve ou não servir como pauta para a construção da norma individual e concreta a ser aplicada ao caso concreto, considerado como caso subsequente em relação àquele do qual se extraiu a norma geral e hipotética.¹⁹¹

Os três passos acima descritos por Reichelt e Alff evidenciam que a aplicação do precedente não é mecânica, nem dispensa esforço por parte do julgador. É uma análise a respeito da simetria entre o caso anterior, do qual se extrai uma norma geral, e o caso a ser julgado, para o qual aquela mesma norma geral se mostra adequada a informar a solução.

É nesse sentido que respectivamente os arts. 9º e 13º da Recomendação CNJ nº 134/2022 orientam que a observância dos precedentes dos tribunais superiores deve ocorrer “[...] quando houver, subsequentemente, casos idênticos, ou análogos, que devem ser decididos à luz da mesma razão determinante [...]” e que os tribunais superiores, ao formar precedentes e teses “[...] indiquem brevemente e com precisão as circunstâncias fáticas as quais diz respeito [...]”.¹⁹²

¹⁹⁰ MARQUES, L. G. **Revisão de precedentes qualificados elaborados na via do recurso especial repetitivo**. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2023. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4793>. Acesso em: 1 out. 2024.

¹⁹¹ REICHELT, L. A.; ALFF, H. P. Todos são iguais perante os precedentes: tutela jurisdicional [...]. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 263-281, jan./abr. 2024. p. 277. Disponível em: <https://encurtador.com.br/4bOkd>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 9 de setembro de 2022**. Altera a Recomendação CNJ n. 134/2022, que dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro [...]. Brasília: Presidência da República, 2022. local. 1. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 1 out. 2024.

A distinção ou *distinguish* ocorre quando, apesar da inicial similitude com a hipótese fático-normativa tratada no precedente judicial, existem peculiaridades no caso concreto que impõem ao julgador afastar a aplicação da tese vinculatória ou persuasiva porquanto aquela, embora permaneça hígida, não abarcou a completude da hipótese consignada no caso em julgamento. Nesses termos é a orientação do art. 14 da Recomendação CNJ nº 134/2022¹⁹³, do qual se extrai que “[...] poderá o juiz ou tribunal, excepcionalmente, identificada distinção material relevante e indiscutível, afastar precedente de natureza obrigatória ou somente persuasiva, mediante técnica conhecida como distinção ou *distinguishing*”.

Conforme diferença proposta por Macêdo

[...] nas distinções (*distinguishing*), o jurista deve operar através do raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, que são juridicamente relevantes.¹⁹⁴

Sendo este o procedimento mais corriqueiro na aplicação dos precedentes pois se dedica à demonstração da aplicabilidade do precedente ao caso, comparando-se os fatos de suporte fático do precedente com aqueles do caso posterior.

De mesmo modo, a alteração substancial do contexto social, político, econômico ou jurídico pode acarretar necessidade de revisão do entendimento firmado na tese do precedente vinculante, acarretando sua superação ou *overruling*, técnica utilizada para evitar que os precedentes, a pretexto de estabilidade, empreendam o indevido engessamento do sistema jurídico visto que, embora pressuponham a existência de um julgamento que tenha agregado informações relativas à interpretação da lei de modo a auxiliar na determinação da norma a ser extraída, os precedentes não importam em inovação em relação ao estabelecido no texto da lei, que permanece sendo a fonte primária do direito na experiência *Civil Law*.¹⁹⁵

No contexto do Direito Penal a adequada utilização dos mecanismos de afastamento do precedente, distinção ou superação, ganha especial relevo em razão

¹⁹³ *Ibid.*, local. 1.

¹⁹⁴ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 298.

¹⁹⁵ REICHEL, L. A.; ALFF, H. P. Todos são iguais perante os precedentes: tutela jurisdicional efetiva, vinculação a precedentes e distinção do caso concreto sob a ótica do direito fundamental à igualdade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 263-281, jan./abr. 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81907>. Acesso em: 10 nov. 2024.

da importância ímpar que este ramo jurídico confere ao princípio da legalidade ou reserva legal, encontrado no inciso XXXIX do art. 5º da CF, que dispõe “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.¹⁹⁶

O pós-positivismo inaugurou uma nova compreensão do direito, reconhecendo uma complexidade do discurso jurídico, que não mais admitia a mera aplicação silogística, adstrita ao texto da lei, pregando uma nova leitura acerca da teoria das normas, atribuindo normatividade aos princípios e assertando a existência de novas técnicas legislativas, pautadas em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o que deu novas perspectivas acerca da posição das decisões judiciais como fonte do direito.¹⁹⁷

Se a norma não se confunde com o texto legal, sendo fruto da interpretação sistemática das fontes do direito, é possível inferir que a decisão judicial não mais pode ser vista apenas como instrumento de solução do caso concreto, alheia às garantias que são típicas do processo de alteração das normas de direito material penal. Ela também tem função de promover a unidade do direito, reduzindo a indeterminação do discurso jurídico. Ainda que adotada no contexto da solução de uma lide individual e peculiar, não há como se negar a capacidade de aquela interferir sobre o resultado dos casos similares subsequentes.

No entanto, há quem defenda que a possibilidade de alteração do conteúdo das normas de Direito Penal pela via jurisprudencial não revela violação ao princípio da legalidade ou violação à separação dos poderes nesse específico. Manoela Matos pondera que o sistema de precedentes adotado no Brasil não adota um modelo puro, pois mescla características do *Civil Law* e do *Common Law*, resultando em um sistema híbrido no qual a força dos precedentes não é atribuída pela autoridade dos fundamentos da decisão, como ocorre na experiência anglo-saxônica, mas decorre da própria lei, que determina a observância dos precedentes.¹⁹⁸

Enquanto o respeito aos precedentes ocorre nos países de tradição *Common Law* de forma orgânica, em virtude de razões de segurança jurídica, igualdade,

¹⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. local. 11. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁹⁷ MATOS, M. B. **Precedentes qualificados**: (des)necessidade de regulação consentânea com a realidade do processo penal brasileiro. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/49119>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁹⁸ *Ibid.*

efetividade, economia, eficiência, lealdade e imparcialidade ¹⁹⁹, o valor dos precedentes no Brasil é dado pelo Legislativo, que dita a quais decisões se atribui efeito vinculante, com atuação colaborativa do Judiciário, que produz seus precedentes em conformidade com as exigências estabelecidas em lei. Se o precedente a brasileira é obrigatório, assim é porque assim a lei o fez.

Nessa perspectiva, o sistema de precedentes pode ser visto como densificação do princípio da legalidade, que possui em si um dever de integridade e coerência nas decisões, decorrente da necessidade aplicação igualitária da lei. A teoria dos precedentes não está necessariamente ligada um sistema de natureza eminentemente criativa pelo julgador, uma vez que a vinculação às decisões das dos Tribunais Superiores é comando emanado do legislativo com objetivo de assegurar unidade ao direito e preservar a segurança jurídica e igualdade, mitigando a subjetividade capaz de ensejar decisões antagônicas para casos semelhantes.

4.4 ADOÇÃO DE SISTEMA DE PRECEDENTES EM JULGAMENTOS DE NATUREZA PENAL E PROCESSUAL PENAL NO STF E NO STJ

A nossa última Carta Constitucional, promulgada no ano de 1988, fez opção pela entrega do controle concentrado de constitucionalidade ao STF, conferindo-lhe a competência de “Tribunal Constitucional”, ao tempo em que instituiu o STJ com competência para proferir a última decisão acerca da legislação infraconstitucional, conforme declarado nos arts. 102, I, “a”, e III, e 105, III, da CF/1988.

Para Mitidiero, a missão constitucional das duas Cortes Supremas na unificação do direito não pode ser afastada de um papel interpretativo de textos legais, mediante apresentação de um processo argumentativo, coerente, igualitário e sistemático, de forma a outorgar sentido adequado as leis e propiciar a segurança jurídica as decisões do Poder Judiciário, levando ao conhecimento efetivo dos cidadãos.²⁰⁰

¹⁹⁹ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

²⁰⁰ MITIDIERO, D. O STF e o STJ como Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. *In*: MITIDIERO, D. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. Disponível em: encurtador.com.br/92if3. Acesso em: 9 out. 2024.

O sistema jurídico brasileiro, na conformação dada pela CF, também, deixou clara a necessidade de uniformização, coerência e segurança jurídica na aplicação do direito pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, conferindo as Cortes Supremas a última palavra na resolução de conflitos, dentro de suas competências definidas em matéria constitucional e infraconstitucional, independentemente da natureza civil ou criminal do conflito, para estabilidade ao direito modelado.²⁰¹

Tal preocupação teve avanços significativos no próprio texto constitucional, como demonstrado anteriormente, com a previsão de institutos de uniformização da atuação do poder judiciário, seguindo as orientações das Cortes Supremas. Contudo, avanço profundo no sentido de adoção de um sistema de precedentes se deu com a edição do Código de Processo Civil de 2015, impondo-se o dever aos órgãos hierarquicamente inferiores do poder judiciário em seguir as decisões de plenário ou órgão especial dos Tribunais Superiores.

O sistema de precedentes consolidado pelo CPC/2015, em não guardando qualquer semelhança no atual CPP de 1940, mesmo diante das mudanças legislativas impostas pela CF de 1988, inegavelmente, pela força vinculante das decisões das Cortes Supremas, tem sido aplicado no campo do Direito Penal e do Processual, especialmente pela competência de cada um desses Tribunais de conferir unidade a aplicação do direito.

As decisões proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, em razão de IRDR, ou mesmo em sede de *Habeas Corpus* com repercussão geral; assim como a na terceira secção do STJ, também, como forma de uniformização da jurisprudência na 5ª e 6ª Turmas, tem fixado teses vinculantes aos órgãos hierarquicamente inferiores do poder judiciário e, também, de forma horizontal nos próprios tribunais, objetivando a unidade do Direito Penal e Processual Penal, igualdade na aplicação da lei, e segurança jurídica do sistema.

Para Mitidiero, a formação e aplicação de precedentes pelas Cortes Supremas, tornou-se necessária para o cumprimento das funções constitucionais preponderantes,

²⁰¹ MARINONI, L. A Mutação da função das Supremas Cortes e a Decisão Colegiada. In: MARINONI, L. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. cap. 1. Disponível em: <http://surl.li/ktqzhc>. Acesso em: 14 out. 2024.

inclusive sendo parte delas, para concretização das funções primária e de nomofilática.²⁰²

Na seara criminal, a vigência da Lei nº 13.964/2019, denominada de Pacote Anticrime, ante a demora na tramitação e votação do anteprojeto de reforma do CPP, conforme já citado, trouxe significativas alterações de natureza processual e material, acarretando decisões que afetam a estabilidade de jurisprudência em julgamentos de natureza criminal, sendo objeto inicial de quatro Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI), com ampla discussão, culminando com o julgamento de vários dispositivos da citada lei, sendo a maioria decidido pela constitucionalidade, mas, com aplicação de acordo com a interpretação dada pelo STF, com repercussão geral e natureza vinculante, evidenciando a função primária do Tribunal Constitucional de conferir interpretação para aplicação da norma, criando norma geral e abstrata a ser aplicada pelos demais órgãos do poder judiciário, da qual se extrai a norma individual a ser aplicada a caso concreto.

Nesse campo, relevante citar o julgamento da ADO 26/DF para

[...] dar interpretação conforme a Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.²⁰³

No exercício da jurisdição constitucional, o STF equiparou as condutas de homofobia e transfobia, em qualquer forma, as condutas tipificadas como crime de racismo, na Lei nº 7.716/1989 “[...] que definiu os delitos resultantes de preconceito de raça ou de cor”.²⁰⁴

No julgamento de plenário, embora por maioria, foram assentadas as teses e aplicado a eficácia geral e efeito vinculante, atribuindo a aversão odiosa a orientação sexual e a identidade de gênero o mesmo tratamento penal dispensado ao crime de

²⁰² MITIDIERO, D. O STF e o STJ como Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. In: MITIDIERO, D. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. Disponível em: <http://surl.li/syisvp>. Acesso em: 9 out. 2024.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF-ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000**. Julgamento em 13 de junho de 2019. Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, 06 de junho de 2020. local. 1. Disponível em: <https://encurtador.com.br/j0Yj0>. Acesso em: 10 nov. 2024.

²⁰⁴ BRASIL. **Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

racismo, enquanto não regulamentado pelo Congresso Nacional; assegurar que a repressão criminal a tais condutas não atinja, limite ou restrinja a liberdade de religião e, por último, estabelecer o conceito de racismo para além dos aspectos biológicos e fenotípicos, englobando também os aspectos históricos culturais na conjuntura social, para proteger a dignidade e a humanidade de grupos minoritários de vulneráveis.²⁰⁵

Adiante, relacionamos julgamentos proferidas nos últimos cinco anos pelos órgãos especiais das Cortes Supremas, plenário do STF e Terceira Seção do STJ, de fácil entendimento a maneira como o sistema de precedentes vem sendo construído e aplicado no Direito Penal e Processual Penal.

O plenário do STF, ante a omissão do poder legislativo em regulamentar aspirações sociais, frequentemente tem fixado teses acerca de demandas públicas de competência originária, no controle concentrado da constitucionalidade, ou mesmo em sede de controle difuso através do julgamento de recursos extraordinários e *Habeas Corpus*.

Um tema muito discutido, com posicionamentos antagônicos, refere-se a (a)tipicidade do porte de drogas para consumo pessoal. Nesse caso, existe previsão legal de tipicidade da conduta no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, mas, com opção legislativa pela despenalização. Contudo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo questionou a constitucionalidade do dispositivo, através de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a” da CF, em face da violação ao art. 5º, inciso X, da Carta Magna, por ofensa ao “princípio da intimidade e a vida privada”.

O plenário do STF, no julgamento do “*Leading Case*: RE 635659/SP”, acórdão publicado em 29/09/2024, fixou 8 teses, sendo a primeira que:

Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III).²⁰⁶

²⁰⁵ Para mais informações, acesse o *link*: <https://acesse.dev/y4suj>. Para download do arquivo, preencha o código ED85-D0EB-73DA-FBFB e senha 9554-FBCF-5034-D905.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Leading Case RE 635659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. local. 1. Disponível em: <https://acesse.dev/G3HqD>. Acesso em: 10 out. 2024.

O Tema 1303, possui uma singularidade com a adoção do sistema de formação de precedentes, pois, se discute acerca do sobrestamento de recursos extraordinários que aguardam o julgamento da afetação do *Leading Case*, e a suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, de forma automática.

O plenário do STF, no julgamento do “*Leading Case*: RE 1448742/RS, acórdão publicado em 17/06/2024, fixou as seguintes teses:

1. O sobrestamento de recurso extraordinário nos tribunais de origem para aguardar o julgamento de tema de repercussão geral não suspende automaticamente o prazo prescricional de pretensão punitiva penal; 2. O ministro relator do processo selecionado como paradigma no Supremo Tribunal Federal, caso entenda necessário e adequado, poderá determinar a suspensão de ações penais em curso que tratem de mesma controvérsia, assim como do prazo prescricional de pretensão punitiva penal.²⁰⁷

O Tema 1041 refere-se à prova obtida por meio de abertura de encomenda postado nos Correios, no contexto do combate ao tráfico de substâncias entorpecentes nessa modalidade de conduta, por violação ao art. 5º, incisos XII e LVI, da CF, inclusive com repercussão direta na fase de “*opinio delicti*”, pois, considerada a ilicitude da prova não há justa causa para o ajuizamento da ação penal pública incondicionada.

A questão afetada ao julgamento do plenário, no *Leading Case*: RE 1116949/PR, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da CF, resultando no julgamento pelo plenário do STF, acórdão publicado em 24/05/2024, que fixou as teses seguintes:

Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo, salvo se ocorrida em estabelecimento penitenciário, quando houver fundados indícios da prática de atividades ilícitas; (2) Em relação a abertura de encomenda postada nos Correios, a prova obtida somente será lícita quando houver fundados indícios da prática de atividade ilícita, formalizando-se as providências adotadas para fins de controle administrativo ou judicial.²⁰⁸

O Tema 1.003 de repercussão geral, no RE 979.962 RS, foi enfrentado pelo Plenário do STF a controvérsia acerca do preceito secundário do tipo penal do art.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Leading Case RE 1448742/RS**. Relator: Min. Presidente. local. 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777701830>. Acesso em: 10 out. 2024.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Leading Case RE 1116949/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio. local. 1. Disponível em: <http://surl.li/syisvp>. Acesso em: 10 out. 2024.

273 do CP com redação alterada pela Lei nº 9.677/96, que fixou a pena em abstrato de 10 a 15 anos de reclusão, situação em que não era possível qualquer benefício de política criminal de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, nem mesmo a suspensão condicional do processo.

A situação conflituosa encontra-se solucionada pelo STF, em afetação de julgamento pelo plenário do citado recurso extraordinário no qual foi fixada a tese, por maioria, de reprimenda da pena original de 1 a 3 anos.²⁰⁹

Portanto, diante a unificação do entendimento existe a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, antes do oferecimento de denúncia, mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, assim como, mesmo depois de ajuizada a ação penal, a possibilidade de suspensão condicional do processo.

O advento da Constituição Federal de 1988, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, conferiu-lhe competência até então desempenhada pelo Supremo Tribunal de Corte Suprema, de forma reativa, no julgamento do Recurso Especial, art. 105, inciso III, dando a palavra final nas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais, acerca da interpretação dada a lei federal, ou seja, fazer a unidade do direito infraconstitucional, também, independentemente da natureza civil ou criminal.²¹⁰

Esse papel tem sido desempenhado pela terceira seção, órgão especial da estrutura do STJ, com competência para uniformização da jurisprudência entre as turmas criminais do tribunal e, por consequência, aos órgãos hierarquicamente inferiores do poder judiciário.

Em consulta ao site do STJ, com índice atualizado em 15/10/2024, com os filtros de pesquisa utilizados: “Precedentes”, “Direito Penal” e “repetitivos” foram encontrados 53 documentos denominados de Temas Repetitivos e 11 documentos relacionados ao “Direito Processual Penal”.²¹¹

²⁰⁹ STF: Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa). Para mais informações, acesse o *link*: encurtador.com.br/GcUea. Para *download* do documento, informe o código 2429-39EE-909E-7D34 e senha 2AC3-4BA4-9554-BC3E.

²¹⁰ PEREIRA, P. O Superior Tribunal de Justiça como corte de precedentes. In: PEREIRA, P. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. cap. 3. Disponível em: <https://encurtador.com.br/OnO9F>. Acesso em: 14 out. 2024.

²¹¹ Disponível no link: <https://acesse.dev/623KE>. Acesso em: 15 out. 2024.

O tema 1121 trouxe a discussão acerca da “Possibilidade ou não de se desclassificar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)”.

O Julgamento da terceira Seção do STJ, no RESP Nº 1.958.862/MG, em 08/06/2022, afetado em tema de IRDR, fixou a tese de impossibilidade de desclassificação para delito de menor gravidade independentemente da análise da superficialidade da conduta.²¹²

A unificação do entendimento acerca dos requisitos a serem analisados para aplicação do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, consistente na desclassificação da conduta tipificada como tráfico de drogas, cuja pena mínima é de 5 anos, equiparado a crime hediondo, foi enfrentado pela Terceira Seção do STJ, no Julgamento do Tema Repetitivo nº 1139, que questionava a “Possibilidade de inquéritos e ações penais em curso serem empregados na análise dos requisitos previstos para a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006”.

O julgamento do *Leading Case*, “RESP 1.977.027/PR”, ocorrido em 10/08/2022, fixada a tese de vedação de utilização de antecedentes criminais, antes do trânsito em julgado, para impedir o reconhecimento do privilégio²¹³, tem repercussão direta na fixação do regime inicial de cumprimento de pena e não possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito, mas, também, em razão da possibilidade de reconhecimento pelo MP antes de oferecimento de denúncia, atendendo aos demais requisitos legais, poderá ser utilizada a tese fixada como fundamento para proposta de acordo de não persecução penal, tendo em vista a redução da pena mínima em abstrato, no máximo de 2/3, torná-la inferior a quatro anos, limite estabelecido no art. 28-A do CPP para possível Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Na decisão monocrática de afetação do RESP 2062375/AL, como representativo da controvérsia acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a crime de furto, pela simples restituição imediata e integral da coisa furtada, a relatora Ministra Assusete Magalhães invocou as disposições dos arts. 926

²¹² STJ: Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). Para mais informações, acesse o *link*: <https://encurtador.com.br/8VWBe>.

²¹³ STJ: É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06. Para mais informações, acesse o *link*: <https://encurtador.com.br/Viydl>.

e 927 do CPC/2015, objetivando conferir racionalidade, estabilidade, coerência e integridade à jurisprudência em relação a aplicação do direito infraconstitucional.²¹⁴

O julgamento no órgão especial do STJ foi concluído em 25/10/2023, dando-se provimento ao recurso, por unanimidade, com aplicação aos demais recursos referentes ao Tema repetitivo 1205, sendo fixada a tese no sentido de afastar a incidência do princípio da insignificância pelo simples fato de restituição imediata e integral do bem furtado.²¹⁵

Alguns temas relevantes, ainda, pendentes de julgamento pela Terceira Seção do STJ, mas, já com decisão de afetação em regime de recursos repetitivos, a exemplo do Tema 1098, no qual está submetida a questão sobre a “(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”, tendo como representantes da controvérsia os Recursos Especial seguintes: RESP 1890344/RS e RESP 1890343/SC com reflexo imediato na atuação da instituição do MP, assim como no princípio da indisponibilidade da ação penal pública.²¹⁶

4.5 REFLEXO DIREITO E IMEDIATO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA PERSECUÇÃO PENAL PELO ESTADO

Apresenta, nas subseções a seguir, discussões acerca da obrigatoriedade da ação penal pública e a aplicação dos precedentes judiciais na fase pré-processual, como fundamento na decisão administrativa de formulação da “*opinio delicti*”, pelo Ministério Público. Somam-se, alguns apontamentos a respeito da coisa julgada penal e a (ir)retroatividade dos precedentes.

4.5.1 Obrigatoriedade da ação penal pública e a aplicação dos precedentes judiciais na fase pré-processual como fundamento na decisão administrativa de formulação da “*opinio delicti*” pelo MP

²¹⁴ STJ: “Assim, a submissão deste processo, admitido como representativo da controvérsia, ao Plenário Virtual do STJ com a proposta de reafirmação do entendimento assentado pelas Turmas integrantes da Terceira Seção, ressalvado entendimento diverso do relator, terá o condão de conferir maior racionalidade nos julgamentos e, em consequência, estabilidade, coerência e integridade à jurisprudência conforme idealizado pelos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil”. Para mais informações acesse o *link*: <https://encurtador.com.br/v1PW1>.

²¹⁵ STJ: “[...] a restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância”. Para mais informações acesse o *link*: <http://surl.li/pacnwl>.

²¹⁶ Para mais informações acesse o *link*: <http://surl.li/pacnwl>.

Nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica encontramos como um dos princípios norteadores da ação penal pública incondicionada a obrigatoriedade, por vezes expressamente adotado, outras de maneira implícita, ou seja, reconhecido pela doutrina majoritária e de aplicação ampla pelo poder judiciário.

No Brasil, esse princípio não está positivado expressamente nas normas constitucionais ou infraconstitucionais, mas, segundo maioria doutrinária, decorre do art. 24 do CPP, cujo comando explicita o dever do Estado, por intermédio do titular da ação, a obrigatoriedade de promovê-la: “[...] nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do MP, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.²¹⁷

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, na lição de Renato Brasileiro, estando presentes informações acerca de fato típico, ilícito e culpável, e verificada as condições da ação penal, e a justa causa, impõe-se o dever do órgão de acusação do Estado promover a ação penal pública incondicionada em decorrência do imperativo comando do citado art. 24, *caput*, do CPP brasileiro.²¹⁸

Távora e Alencar filiam-se, também, a corrente majoritária da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, cuja titularidade é conferida ao MP, afirmando que “[...] não cabe ao Ministério Público juízo de conveniência ou oportunidade, diante dos requisitos necessários a apuração dos fatos ou condutas ilícitas”.²¹⁹ No mesmo sentido, Gustavo Badaró afirma que na existência de um crime e presentes os indícios suficientes de autoria contra alguém o MP está obrigado a oferecer a denúncia. “Não há, pois, campo de discricionariedade”.²²⁰

Inicialmente importante destacar a natureza do conceito de ação no direito processual penal para diferenciar da sua aplicação no direito material, pois o vocábulo “ação” no Direito Penal está diretamente ligado a ideia de “ação punível”, consistente na delitiva ou objeto protegido pela norma penal.²²¹

²¹⁷ BRASIL. **Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. local. 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

²¹⁸ LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

²¹⁹ TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 260.

²²⁰ BADARÓ, G. Noções Gerais Sobre o Direito de Ação. In: BADARÓ, G. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 4. local. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal-ed-2022/1728399931>. Acesso em: 20 set. 2024.

²²¹ NICETO, A. Z. **Estudios de teoría general e historia del proceso**: 1945/1972. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1992.

Assim, existe uma nítida distinção entre o direito de ação e ação. O direito de ação consiste na capacidade postulatória de provocar a jurisdição levando os fatos concretos e a pretensão de aplicação da lei. Já a ação consiste na iniciativa de se buscar a tutela do Estado, diante da ofensa a um bem protegido.²²²

O objeto do processo penal não pode ser confundido com o objeto de Direito Penal, pois, aquele não busca a pretensão punitiva, como no direito material, mas, a pretensão acusatória, que afirma Guasp poder receber o conceito de ação, no processo penal.²²³

O Estado inegavelmente tem o direito de punir o infrator, mas, não poderá fazer sem a provocação pelo exercício da pretensão punitiva, ou seja, o “direito da ação processual” está diretamente ligado a exercício do direito de punição estatal, assim como a garantia do devido processo legal, pois, o poder judiciário não exerce o “*ius puniedi*” de forma fundamentada e motivada sem a provocação daquele que detém o direito de ação, no caso da ação penal pública ao MP (art. 129, inciso I, CF/88), e na ação penal privada ao ofendido ou ao sucessor, no caso o cônjuge, o ascendente, o descendente, o irmão (art. 30 e 31, CPP) . O regramento da ação penal, encontra-se também nos arts.100 a 106 do Código Penal e nos arts. 24 a 62 do CPP.

A Constituição de 1988, também adotou o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, definindo claramente os papéis de Estado-acusação, defesa e Estado-juiz, não se admitindo a partir daquele marco o exercício do “*ius puniendi*”, sem a provocação do titular da ação penal, extinguindo-se dos processos iniciados a partir de portaria da autoridade de polícia judiciária, ou “*ex-offício*” pelo Magistrado, nos casos das contravenções penais, procedimentos previstos nos arts. 26 e 531 (redação original, antes da Lei n. 11.719/2008) do CPP.²²⁴

O sistema penal acusatório não prescinde do exercício do direito de “ação processual” para que se possa chegar a sentença de mérito, assim, afirma Fenech “[...] la acción penal, en el proceso regido por el principio acusatorio, es indispensable para que pueda dictarse una sentencia sobre el fondo, pero ni toda acción supone el derecho a llegar a esta sentencia”.²²⁵

²²² LOPES JÚNIOR, A. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

²²³ GUASP, J. La pretensión procesal. **Anuario de Derecho Civil**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 7-61, 1952. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2773552>. Acesso em: 10 nov. 2024.

²²⁴ MARCÃO, R. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

²²⁵ FENECH, M. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Barcelona: Editorial Labor, 1960. v. I. p. 285.

A aplicação de institutos do processo civil ao processo penal decorre da aplicação da “Teoria Geral do Processo”, amplamente admitida pela Doutrina mais recente como corolário da evolução político-constitucional e da utilização da técnica de aplicação da unidade do processo, objetivando alcançar eficiência e garantias do devido processo legal, extraídos da CF.²²⁶

Na busca de uma definição do direito de ação adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, Luiz Gustavo Martins Gonçalves²²⁷ cita as principais teorias acerca do direito de ação, sendo elas: a teoria civilista; teoria da ação como direito autônomo; teoria da ação como direito concreto; teoria da ação como direito potestativo; teoria da ação como direito abstrato; e teoria eclética da ação. Destaca-se, sobretudo, esta última como a mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro.²²⁸

Tradicionalmente o processo civil brasileiro trazia como condições do exercício do direito da ação a legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir ou causa de pedir. Contudo, com a edição do CPC de 2015, suprimiu o termo “condições da ação” do seu texto, e a segunda condição, explicitando no seu art. 17, que para a parte ingressar em juízo é preciso a demonstração de “legitimidade” e o “interesse de agir”. Portanto, a possibilidade jurídica do pedido foi deslocada, no texto legal, para apreciação no momento do julgamento do mérito.

Porém, não há como se negar as peculiaridades decorrentes dos comandos constitucionais de direitos e garantias individuais impositivas ao processo penal brasileiro, circunstâncias que o diferenciam acerca das teorias do direito de ação no processo civil, que no entendimento de Auri Lopes Júnior se apresentam da seguinte

²²⁶ FERNANDES, A. S. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

²²⁷ GONÇALVES, L. G. M. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos crimes de médio potencial ofensivo sob a óptica do Promotor de Justiça. **De Jure**, Belo Horizonte, v. 21, n. 38, p. 141-198, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://dejure.mpmg.mp.br/dejure/article/view/468>. Acesso em: 10 nov. 2024.

²²⁸ A teoria eclética do direito de ação que prevalece em nosso ordenamento jurídico é aquela desenvolvida pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman. O direito de ação penal é o direito público subjetivo do órgão acusador ou do querelante de exigir do Estado-juiz a tutela jurisdicional de manifestar pretensão determinada em juízo, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto da ação, haja vista a existência de uma infração penal pretérita. Portanto, é um direito potestativo por meio do qual se narra um fato com aparência de delito (*fumus commissi delicti*) e se solicita a atuação do órgão jurisdicional contra uma determinada pessoa. O art. 5.º, inciso XXXV da CRFB/1988, aduz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito (Gonçalves, 2023).

forma: a existência de um fato típico, ilícito e culpável; a punibilidade concreta; a legitimidade de parte; e a justa causa.²²⁹

É a partir da prática delitiva que surge o direito do Estado punir, o “*ius puniendi*”, e quando não operada causa de extinção da punibilidade, confere ao titular da ação penal pública ou privada o direito de acionar (legitimidade ativa) o Estado-juiz, apresentando o suporte probatório mínimo com a incoativa acerca da ocorrência do fato (materialidade) e a indicação da autoria (legitimidade passiva), circunstâncias que evidenciam o “*fumus comissi delicti*” como requisito da ação penal, sendo este lastro probatório suficiente para a instauração da ação penal a justa causa a ser analisada para fins de recebimento ou não da peça acusatória, conforme preceitua o art. 395, incisos I a III, do CPP, ou seja, seja rejeitada liminarmente a denúncia ou queixa: por inépcia da peça acusatória; por falta de pressuposto processual ou condição de exercício de direito de ação; ou por falta de justa causa.

A justa causa para o exercício da ação penal é de suma importância para o nosso estudo acerca da aplicação dos precedentes judiciais na fase pré-processual como fundamento na decisão administrativa de formulação da “*opinio delicti*” pelo Ministério Público, que será materializada na decisão de arquivamento, oferecimento de proposta de transação penal, oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal, ou o ajuizamento da ação penal, que será tratado com maior profundidade ao final deste subitem.

Assim, satisfeitos os pressupostos e condições para o exercício do direito de ação processual penal, na visão majoritária da doutrina e da jurisprudência impõe-se ao MP, como o titular da ação penal pública incondicionada o dever de ajuizar a ação penal, sem qualquer exercício de discricionariedade ou oportunidade, daí surge o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, posicionado entre outros princípios importantes, tais como os princípios da: indisponibilidade, oficialidade; oficiosidade; e intranscendência.

Na visão de parte da doutrina os princípios são normas que impõem a realização de algo dentro das possibilidades jurídicas e concretas²³⁰. No entanto, entendem outros que princípios não são regras imediatamente expressas, mas,

²²⁹ LOPES JÚNIOR, A. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

²³⁰ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilo Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

diretrizes que podem auxiliar na resolução do conflito na conjunção da legislação com a jurisprudência.²³¹

A partir da CF/1988, e recentes modificações trazidas pela legislação infraconstitucional, com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da denominada justiça consensual ou negociada na esfera criminal, inicialmente para delitos de menor potencial ofensivo, sendo considerados para tal finalidade aqueles de pena máxima cominada de até dois anos, seguindo-se de previsão de parcelamento de débito tributário, acordo de colaboração premiada, acordo de leniência e pelo acordo de não persecução penal, inserido no art. 28-A do CPP, pela Lei nº 13.964/2019, denominada de Pacote Anticrime, a mitigação de aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, vem cedendo espaço para o princípio da oportunidade, concedido ao ofendido nos crimes de ação penal privada, ao menos como exceção à regra da obrigatoriedade e da indisponibilidade para o crimes de menor potencial ofensivo e para crimes de médio potencial, cuja pena mínima não alcance ao limite de quatro anos.

Nesses casos, mesmo presente pressupostos e condições para o exercício do direito de ação é permitida a celebração de acordos com a antecipação ou negociação de penas, que embora seja imprescindível a submissão a homologação judicial para sua validade, afasta a incidência do dever de ajuizamento da ação penal, afastando a persecução penal para exercício do “*ius puniendi*” pelo Estado-juiz e, por conseguinte, o Direito Penal como “*ultima ratio*” para solucionar os conflitos menos grave.

Luciano Souza traz o entendimento de que a Constituição Federal, através do sistema de princípios adotados implícito ou explicitamente, possui função orientadora para o legislador infraconstitucional, mas também, para o aplicador da Lei, na seara criminal voltada a proteção dos direitos humanos.²³²

Daniel Avelar não considera o princípio da obrigatoriedade como absoluto, vez que está submetido as circunstâncias do caso concreto que revelam a probabilidade do êxito de eventual condenação, sob pena de rejeição da inicial acusatória pelo

²³¹ KARL, L. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

²³² SOUZA, L. Princípios do Direito Penal. In: SOUZA, L. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 2. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-parte-geral/1590440679>. Acesso em: 28 out. 2024.

Estado-juiz, seja no Juízo de Conhecimento, ou no tribunal superior, pela possibilidade do uso do *Habeas Corpus*.²³³

Considerando a dupla finalidade do processo penal, quais sejam: propiciar ao Estado-juiz o exercício do “*ius puniendi*”; e assegurar a proteção dos direitos humanos contra o arbítrio do próprio Estado, as soluções de conflitos são orientadas geralmente por “dogmas” tradicionais que se criou no decorrer dos séculos, no sistema de origem romano-germânica de inflexibilização do texto positivado da lei. Contudo, modernamente, tem se evoluído do modelo clássico de “justiça penal retributiva” para a “justiça restaurativa” e mais recentemente para a “justiça penal consensual” ou conciliada, na qual se procura fazer uma distinção no tratamento dado a criminalidade mais grave em relação aos delitos de médio e pequeno potencial ofensivo, sendo estes últimos próprios para aplicação das soluções consensuais.²³⁴

O art. 98, inciso I, da CF/1988, trouxe a previsão de criação dos juzizados especiais, ao tempo que adotou o sistema penal acusatório, atribuindo a titularidade exclusiva e privativa da ação penal pública ao MP, no seu art. 129, inciso I, introduzindo em decorrência dos citados dispositivos a permissão para regramento dos princípios da oficialidade e da obrigatoriedade da ação penal, rompendo a dogmática secular na solução de conflitos de natureza criminal, ao admitir a legitimidade do MP para transacionar com o autor do fato, nos delitos considerados de menor potencial ofensivo, afastando a incidência do dever de ajuizamento do exercício da ação penal, caso obtida a conciliação ou transação com o autor do fato.

A regulamentação dos Juzizados Especiais Criminais se deu através da Lei nº 9.099/95, que definiu o conceito de delitos de menor potencial ofensivo, reconheceu o “princípio da discricionariedade regrada ou regulada”, também chamado de “obrigatoriedade mitigada”, adotando o regramento para o MP dispor da ação penal,

²³³ AVELAR, D.; SILVA, R. Tese Qualquer Decisão do Poder Judiciário que Rejeite Denúncia, que Impronuncie ou Absolva, Sumariamente, os Réus ou, Ainda, que Ordene a Extinção, Sem Sede de Habeas Corpus, de Procedimentos Penais Não Transgride o Monopólio Constitucional da Ação Penal Pública (Cf, Art. 129, Inc. I) Nem Ofende os Postulados do Juiz Natural (Cf, Art. 5º, Inc. LIII) E da Soberania dos Veredictos (Cf, Art. 5º, Inc. XVIII, C). In: CLÈVE, C.; KENICKE, P. **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores**: Direito Constitucional I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. cap. 2. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/teses-juridicas-dos-tribunais-superiores-direito-constitucional-i/1529342945>. Acesso em: 20 set. 2024.

²³⁴ AKERMAN, W. Consenso sobre o destino do processo penal no Brasil e em Portugal. In: AKERMAN, W.; REIS, R.; MAIA, M. **Debates Contemporâneos da Justiça Penal**: estudos em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. São Paulo: Editora Sobredireito, 2023. cap. 1. Disponível em: <https://encurtador.com.br/TW7fN>. Acesso em: 20 set. 2024.

dentro dos limites estabelecidos na legislação, dando início a uma fase da justiça consensual no Brasil.

A previsão de parcelamento de débito tributário, como causa de suspensão da pretensão punitiva estatal foi introduzida na legislação no ano de 2000, pela conversão da Medida Provisória nº 2.004-5, de 11 de fevereiro de daquele ano, que instituiu o “Programa de Recuperação Fiscal do Governo Federal” (REFIS), na Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000.²³⁵

A citada lei institui a regra de suspensão, art. 15, *caput*, com o parcelamento do débito tributário, e do prazo prescricional, § 1º, e ainda, a regra da extinção da pretensão punitiva estatal com o pagamento integral do parcelamento, § 3º, ambos do aludido dispositivo. Posteriormente, a Lei nº 10.684/2003 que criou o Parcelamento Especial (PAES) ou REFIS II, disciplinou a matéria de forma semelhante, nos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal de 1940.

Em seguida, veio a Lei nº 11.941/2009, que tratou da mesma matéria nos artigos 67, 68 e 69. E, por último, a Lei nº 12.382/2011, limitando a aplicação da regra de extinção da punibilidade, considerado parcelamento, nos casos em que foram firmados os acordos antes do recebimento da denúncia.

Essas regras mitigam, evidentemente, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois, mesmo presentes as condições do exercício do direito de ação, consistente na conduta apurada administrativamente de constituição do crédito tributário, indicada a autoria, sendo o fato ilícito, punível e culpável, a parte legítima, o parcelamento suspende a pretensão punitiva antes mesmo do ingresso da ação penal e, sobrevivendo o pagamento integral, constitui causa de extinção da punibilidade.

Os dispositivos citados foram objeto de impugnação pela Procuradoria-Geral da República, sendo julgado prejudicado o pedido em relação ao art. 68 e declarada a constitucionalidade dos arts. 67 e 69 da Lei nº 11.941/2009 e do art. 9º, §§ 1º e 2º da Lei nº 10.684/2003.²³⁶

²³⁵ BRASIL. **Lei Nº 9.964, de 10 de abril de 2000.** Institui o Programa de Recuperação Fiscal [...]. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9964.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.273.** Julgamento em 15 de agosto de 2023. Relator: Min. Nunes Marques, plenário virtual, 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/ktOjl>. Acesso em: 10 nov. 2024.

Outro importante instituto, inserido no nosso ordenamento jurídico que influenciou diretamente na evolução do entendimento acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sem nenhuma dúvida, foi a possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada, previsto na Lei nº 12.850/2013, que criminaliza a conduta de constituição e integração à organização criminosa e prevê técnicas especiais de coleta de provas diversas das tradicionais previstas no processo penal comum.

Na mesma linha do avanço da justiça penal negocial, já havia sido introduzido o chamado “acordo de leniência” regulado pela legislação do Sistema de Defesa da Concorrência, a Lei nº 12.529/2011, com características semelhantes ao mecanismo citado de colaboração premiada, assim como semelhantes implicações diretas na observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal nos delitos contra a ordem econômica tipificados no Código Penal e legislação extravagante, nos termos do art. 87 e seu parágrafo único que assim preceituam:

Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. [...]. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.²³⁷

Por último, como mecanismo de observância regrada ou mitigada do princípio da obrigatoriedade da ação penal, foi inserido inicialmente pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nº 181/2017, o acordo de não persecução penal, amparado na necessidade de soluções alternativas no processo penal, buscando a celeridade e a priorização de recurso humanos e financeiros para o processamento e julgamento dos crimes mais graves, entre outros argumentos.

A citada resolução, que trata do poder de investigação do MP foi objeto de impugnação pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio das ADI 5.790 e 5.793, sendo posteriormente alterada pela Resolução CSMP nº 183/2018.

²³⁷ BRASIL. **Lei Nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...]. Brasília: Presidência da República, 2011. local. 1. Disponível em: encurtador.com.br/iNb4t. Acesso e: 10 nov. 2024.

Porém, a discussão foi encerrada com o advento da Lei nº 13.964/2019 que introduziu profunda modificação no processo penal, explicitando a adoção do sistema acusatório já previsto na CF e o disciplinamento do acordo de não persecução penal com a inserção do art. 28-A no CPP brasileiro.

A medida constitui mais um mecanismo de justiça penal negocial aplicável aos delitos menos graves, com pena mínima cominada inferior a quatro anos, que não tenham sido praticados com violência ou grave ameaça contra a pessoa, excetuando-se os delitos de menor potencial ofensivo e os delitos praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outros requisitos legais a serem observados.

Nesses casos, embora presentes a prática de um delito, indicada a autoria, com standard mínimo de provas, ou seja, presentes as condições para o exercício da ação penal de legitimidade de parte, possibilidade jurídica, interesse de agir e justa causa, o Ministério Público não está obrigado a exercer o direito de ação, antes de esgotar as possibilidades de celebrar acordo de não persecução penal com o autor do fato, circunstâncias que se amoldam ao princípio da discricionariedade regrada, afastando o dever imposto pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal previsto no art. 24 do CPP, ao menos de forma absoluta.

Presença de informações sobre um fato típico, ilícito e culpável e as condições da ação, impõe-se ao MP o dever de atuação, que não se deve associar a obrigatoriedade de exercício da ação penal, seja diante das exceções previstas na própria lei em sentido estrito, como nos casos de cabimento de transação penal, nos crimes de menor potencial ofensivo, e nos acordo de não persecução penal para delitos de média gravidade, praticados sem uso de violência ou grave ameaça; ou em razão da ausência de justa causa para "*persecutio criminis in judicio*."

Assim, na seara criminal, o exercício do direito de ação não se encontra limitado, apenas, pelas condições da ação admitida no processo civil, quais sejam: legitimidade de parte, possibilidade jurídica e interesse de agir, mas, sobretudo, pela antecipação de decisão de admissibilidade que seria proferida pelo Estado-juiz diante de uma acusação formal. No entendimento de Wunder, "[...] a Constituição não trata o MP como órgão acusador [...]"²³⁸, diante das sublimes missões conferidas pelo texto

²³⁸ WUNDER, P. Derrotabilidade da Obrigatoriedade de Promoção da Ação Penal Pública. In: WUNDER, P. **Julgamento Antecipado no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap.

constitucional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e conclui; “Por ocasião da promoção da ação penal pública, o valor a ser perseguido pelo Ministério Público é a defesa da ordem jurídica como um todo, ou melhor de todo o sistema normativo”.

A persecução criminal, também, decorre da formação da “*opinio delicti*” pelo titular da ação penal, não sendo o caso de arquivamento do inquérito policial, e depois de superado as condições da ação, e as exceções previstas na lei positivada acerca da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, impõe-se o dever de tomar uma decisão administrativa diante dos elementos colhidos acerca da materialidade e autoria, decorrente da informação de um fato criminoso, cuja finalidade é assegurar ao Estado-juiz a possibilidade de aplicação de uma pena ou medida de segurança, em razão do respeito ao “*status dignitatis*” da pessoa apontada como o autor do fato típico.

No entendimento de Afrânio Jardim a ausência de *standard* mínimo de prova acerca da materialidade, autoria, antijuricidade e culpabilidade afasta a incidência do princípio da obrigatoriedade da ação processual penal²³⁹. Evidentemente, não existe justa causa para a persecução criminal.

A justa causa para o exercício do direito de ação, na concepção de Vicente Greco, “[...] é o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e autoria”.²⁴⁰ Contudo, o conceito de justa causa não se apresenta de fácil aceitação, pois, as expressões utilizadas pela doutrina, tais como: “[...] conjunto de elementos de provas mínimas” ou “conjunto de elementos de provas razoáveis [...]”²⁴¹, se apresentam de maneira indeterminada, ou mesmo vago, cabendo ao aplicador da lei justificar ou fundamentar a sua decisão em relação a aplicação ao caso concreto.

Deixar de denunciar, de forma fundamentada, seja em razão da possibilidade de arquivamento por ausência de materialidade ou indícios de autoria, ou pelas exceções previstas na lei e, por último, pela ausência de justa causa, ou plausibilidade de aplicação do “*ius puniendi*”, não ofende o princípio da legalidade, nem se encontra limitado pelo princípio da obrigatoriedade.²⁴²

1. local. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/julgamento-antecipado-no-processo-penal-ed-2022/1672936886>. Acesso em: 23 set. 2024.

²³⁹ JARDIM, A. S. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 169.

²⁴⁰ GRECO FILHO, V. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 78.

²⁴² BATISTA, W. M. **Direito penal e processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

O processo penal não afeta o princípio da presunção de inocência consagrado no art. 5º, inciso LVII da CF: “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²⁴³ Porém, inegavelmente submeter uma pessoa a um processo criminal sem um lastro de elementos probatórios capazes de viabilizar a aplicação do direito material, ou demonstrar a plausibilidade do “*ius puniendi*” constitui ofensa ao “*status dignitatis*”.

Diante desse cenário de incertezas sobre o que venha a ser justa causa para o exercício do direito de ação processual penal, aliado às constantes modificações legislativas introduzidas no processo penal, mais especificamente aos mecanismos de justiça penal negocial, impossibilitando a extração de normas originais do nosso CPP de 1941, as Supremas Cortes Constitucional e Infraconstitucional têm sido constantemente acionadas para unificar o direito material e processual na esfera criminal, seja por intermédio dos recursos extraordinários e especiais, com possibilidade de IRDR e IAC para decisão de plenário ou de órgão especial, ações constitucionais de competência do plenário do STF, ou mesmo *Habeas Corpus*, como instrumento de uniformização de jurisprudência, conferindo maior segurança jurídica, coerência das decisões judiciais e igualdade de tratamento, decorrente da função nomofilática dos tribunais de vertes conferindo estabilidade e previsibilidade a aplicação do direito em todo o território brasileiro. perspectiva de unificação da aplicação do direito pelos tribunais de vertes, com a adoção de um sistema de precedentes, busca solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia os conflitos cuja abrangência vai além dos interesses subjetivos dos litigantes.²⁴⁴

A tradição brasileira de controle de constitucionalidade com inspiração no modelo norte-americano continua sendo predominantemente o controle difuso. Porém, a Constituição de 1988 criou importantes instrumentos de controle abstrato ou concentrado, fixando a competência do STF, órgão máximo do Poder Judiciário, para cumular a função de tribunal constitucional.

²⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. local. 11. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

²⁴⁴ ATAÍDE JÚNIOR, J. R. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC**: o projeto do Novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2012.

Um desses importantes instrumentos foi introduzido pela EC nº 3/1993 que criou a ADC, prevista no art. 102, § 2º, assim dispondo:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.²⁴⁵

Dois aspectos merecem destaque no controle de constitucionalidade abstrato com a introdução desses novos instrumentos, a atribuição da eficácia “*erga omnes*” e a introdução do efeito vinculante, instituto jurídico oriundo do direito processual alemão.

A princípio houve muitas críticas à criação do instituto, que foi regulamentado aproximadamente seis anos após, com a vigência da Lei nº 9.868/99 que não só confirmou a eficácia “*erga omnes*” e efeito vinculante para a ADC, mas, também para a ADI, por possuírem natureza semelhante. No mesmo ano, também, passou a vigorar a Lei nº 9.882/99 referente a ADPF confirmando o efeito vinculante também a esse instrumento de controle de abstrato de constitucionalidade.

Mais adiante, a EC nº 45/2004, trouxe importantes modificações unificando as consequências das decisões tomadas em ADI e ADC, adotando o instituto da súmula vinculante e introduzindo o instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Significativo avanço na observação do “*stare decisis*” pelo aplicador da lei no direito brasileiro se deu com a vigência do CPC de 2015, adotando um sistema de precedentes como instrumento de uniformização do direito, em detrimento do modelo recursal adotada anteriormente, em prestígio às decisões dos tribunais superiores pela coerência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica na aplicação da lei.

Contudo, a adoção de precedentes na seara criminal não decorre, apenas, da aplicação subsidiária do art. 3º do CPP, que se refere expressamente à aplicação do processo civil nos casos omissos na legislação processual penal, mas, da aplicação da Teoria Geral do Processo, inerente ao funcionamento dos sistemas jurídicos. No entendimento de Buril, inevitável a formação e aplicação de precedentes, seja ou não

²⁴⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1993. local. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

reconhecido o sistema de “*stare decisis*”, ressaltando a importância conferida por cada sistema jurídico positivado.²⁴⁶

Portanto, admitida a formação e aplicação de precedentes na seara criminal, prosseguiremos no estudo da compatibilidade da aplicação de precedentes com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, reconhecido a partir da leitura do art. 24 do Código de Processo Penal.

Com a vigência da Lei nº 13.694/2019, denominada de Pacote Anticrime, foi inserido o art. 28-A no CPP brasileiro, reconhecendo o instituto de política criminal, ou de justiça criminal negocial, já em prática por força da Resolução CNMP nº 181/2017, da possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal entre o MP e o autor do fato tipificado como crime de gravidade média.

O *caput* do citado dispositivo definiu os pressupostos ou requisitos objetivos para oferecimento da proposta pelo MP, quais sejam: confissão formal e circunstanciada de autoria; ausência do emprego de violência ou grave ameaça na prática do crime; e pena mínima do tipo inferior a 4 (quatro) anos, além dos requisitos subjetivos a critério da avaliação do MP, sendo eles: necessidade e adequação para reprovação e prevenção do crime.

Em seguida o citado art. 28-A, traz nos seus incisos e parágrafos as condições, procedimentos formais para sua validade e homologação judicial e, por último, a possibilidade do autor do fato recorrer da negativa de proposta ao órgão revisional do próprio MP, ou seja, afastando qualquer dúvida acerca da possibilidade de celebração por órgão alheios aos quadros do MP.

No entendimento de Aras, essa discricionariedade regrada concedida ao MP com exclusividade acerca da proposta de mecanismo de justiça criminal negocial é inerente a parte que cabe a instituição na política criminal.²⁴⁷

A disposição que aparentava simplicidade, como todo o pacote “anticrime”, acabou por levar questões de interpretação ao STF sobre os mais diversos aspectos, como: (ir)retroatividade em razão da natureza processual e material; direito subjetivo do autor do fato; momento adequando para manifestação do MP pelo oferecimento ou não da proposta, ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação penal; e alcance da coisa julgada, “*in bonam partem*”. Portanto, são várias as decisões das cortes de vertes

²⁴⁶ MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

²⁴⁷ ARAS, V. *et al.* (org.). **Lei Anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020.

acerca da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e, até mesmo, da indisponibilidade, vez que a aplicação do ANPP, em casos excepcionais, poderá ocorrer após o recebimento da denúncia, ou seja, depois de instaurada a “*persecutio criminis in iudicio*”

Em recente julgado concluído em 18 de setembro de 2024, nos autos do HC 185913-DF, o plenário do STF, fixou tese acerca dos temas suscitados para aplicação do acordo de não persecução penal, nos termos seguintes:

Em continuidade de julgamento, o Tribunal, por unanimidade, fixou a seguinte tese de julgamento: “1. Compete ao membro do Ministério Público oficiante, motivadamente e no exercício do seu poder-dever, avaliar o preenchimento dos requisitos para negociação e celebração do ANPP, sem prejuízo do regular exercício dos controles jurisdicional e interno; 2. É cabível a celebração de Acordo de Não Persecução Penal em casos de processos em andamento quando da entrada em vigência da Lei nº 13.964, de 2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento, desde que o pedido tenha sido feito antes do trânsito em julgado; 3. Nos processos penais em andamento na data da proclamação do resultado deste julgamento, nos quais, em tese, seja cabível a negociação de ANPP, se este ainda não foi oferecido ou não houve motivação para o seu não oferecimento, o Ministério Público, agindo de ofício, a pedido da defesa ou mediante provocação do magistrado da causa, deverá, na primeira oportunidade em que falar nos autos, após a publicação da ata deste julgamento, manifestar-se motivadamente acerca do cabimento ou não do acordo; 4. Nas investigações ou ações penais iniciadas a partir da proclamação do resultado deste julgamento, a proposição de ANPP pelo Ministério Público, ou a motivação para o seu não oferecimento, devem ser apresentadas antes do recebimento da denúncia, ressalvada a possibilidade de propositura, pelo órgão ministerial, no curso da ação penal, se for o caso”. Por fim, o Tribunal definiu que este julgamento não afeta, em nenhuma medida, as decisões já proferidas e, ainda, que a deliberação sobre o cabimento, ou não, do ANPP deverá ocorrer na instância em que o processo se encontrar. Tudo nos termos do voto do Relator. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 18.9.2024.²⁴⁸

Trata-se de orientação de plenário, por intermédio da fixação de tese em *Habeas Corpus*, com afetação de julgamento ao plenário, através de despacho do relator, datado de 23/09/2020, justificando a necessidade de assentar “precedente representativo sob o tema”, identificado o interesse jurídico e social, e potencial divergência de julgados. Sendo ampliado o debate, publicidade e admissão de “*amicus curiae*”, servindo como paradigma para aplicação a casos futuros, embora não se trate de precedente propriamente dito, mas, de enunciado em controle abstrato de constitucionalidade, que expõe o entendimento do tribunal sobre a matéria de

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 185913-DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. local. 1. Disponível em: <https://encurtador.com.br/wZ9Qa>. Acesso em: 10 nov. 2024.

direito em questão, apontando para a jurisprudência majoritária da corte, ou num sentido mais amplo para as razões da decisão. Portanto, possui o efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, independentemente da classe processual em que foram fixadas, conforme previsão do art. 927, inciso V, do CPC/2015.

No entendimento de Oliveira, embora o *Habeas Corpus* tenha a finalidade de proteger violação ou ameaça a direito no caso concreto, tem se admitido o deslocamento de julgamento para plenário no STF e órgão especial no STJ, objetivando conferir maior racionalidade ao sistema de justiça criminal, diante das incertezas e insegurança jurídica para ausência de coerência das decisões verticalizadas dos órgãos do poder judiciário.²⁴⁹

Outro aspecto relevante na afetação do julgamento de *Habeas Corpus* ao plenário foi a admissão de “*amicus Curie*”, mesmo entendendo o relator que tal pretensão deveria ser manifestada antes do início do julgamento, em atenção a relevância da matéria, acabou por admitir interessados direto no julgamento, conferindo maior legitimidade da decisão, não só do efeito vinculante da parte decisória, mas, da “*causa decidendi*” para a formação do precedente propriamente dito.

A aceitação de “*amicus curiae*”, embora controvertida na ação de *Habeas Corpus*, na lição de Danyelle Galvão, proporciona a ampliação do debate, e confere legitimidade ao julgado de plenário para aplicação no sistema de precedentes vinculantes.²⁵⁰

Importante esclarecer que, para oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal, além da verificação das condições do exercício do direito de ação, após a notícia da prática de um ato típico, ilícito e culpável, torna-se imprescindível uma análise preliminar acerca da existência de justa causa para o ajuizamento da ação penal. Afastada a incidência dos outros mecanismos de justiça penal negocial já mencionados, como o da transação penal, também, não será proposto ANPP nos casos de arquivamento do procedimento investigatório ou peças informativas, por qualquer das causas admitidas, ausência de materialidade, indícios suficientes de

²⁴⁹ OLIVEIRA, J. R. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante** [...]. 2022. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

²⁵⁰ GALVÃO, D. S. **Precedentes judiciais no processo penal**. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020-232848/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

autoria, atipicidade do fato, ou causa de extinção de punibilidade, nesses casos a atuação Ministerial se dá de forma negativa, com a “decisão administrativa de arquivamento”, na conformidade do art. 28 do CPP, com possibilidade de eventual recurso da vítima ou representante, e homologação pelo órgão revisional da própria instituição.

A questão mais delicada surge então com a “decisão”, ou antecipação de provável provimento judicial, acerca da admissibilidade da ação penal como imprescindível ao exercício de direito de ação processual criminal, a chamada “justa causa”, pela indefinição do seu conceito, conforme tratado anteriormente.

Essa questão pode abranger direito formal e material, como ilicitude de provas colhidas na investigação, aplicação de lei no tempo, mas, também, criminalização de conduta, ou descriminalização pela jurisprudência, alteração ou modificação de preceito secundário, enfim uma enormidade de lacunas que vem sendo enfrentado pelos tribunais superiores pelas decisões diversas sobre casos idênticos ou semelhantes pelos tribunais de segundo grau e, também, pelas divergências das decisões internas das próprias cortes superiores, que justificam a formação de sistema de precedentes, também, na seara criminal, para aplicação antes mesmo do ajuizamento da ação penal, sem que haja qualquer ofensa aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal.

Assim, quando da análise dos elementos de provas colhidos na fase da investigação, o MP deverá observar a existência de precedentes vinculantes das Cortes Superiores, que, se não forem distinguidos, deverão ser observados pelos órgão de hierarquia inferior do poder judiciário para fins de reconhecimento de ausência de justa causa para o recebimento da denúncia, utilizando-os como fundamento para afastar atuação positiva, em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal e, por consequência deixar de oferecer denúncia ou qualquer outro mecanismo de justiça criminal negocial, decidindo pelo arquivamento das investigações, em respeito a não ofensa do “*status dignitatis*” da pessoa investigada.

Em conclusão, afastar a aplicação de precedente com fundamento para mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, já quase em desuso, pelo avanço do direito e respeito aos princípios democráticos, seria admitir tratamentos desiguais, a submissão de pessoas a processos criminais fadados ao insucesso pela falta de plausibilidade de uma decisão judicial contrária ao entendimento dos tribunais superiores, provocando ausência de previsibilidade e coerência, resultando na

indesejada insegurança jurídica na aplicação da lei criminal e processual criminal, afastando a função de unificação do direito no território nacional conferida aos “Tribunais de Interpretação” pela Constituição Federal.

4.5.2 Coisa julgada penal e a (ir)retroatividade dos precedentes

Por melhor que seja, a atividade jurisdicional está sujeita à ocorrência de erros. O julgador, como ser humano, por incontáveis motivos, não está livre de prolatar uma decisão injusta ou equivocada. Por tal motivo, a fundamentação desponta como o principal elemento de legitimação das decisões judiciais.

Sob a perspectiva endoprocessual, a motivação das decisões permite às partes o exercício do contraditório efetivo. Somente por meio do conhecimento das razões de decidir é que se torna possível a crítica ao conteúdo e eventual impugnação do direito produzido judicialmente. No entanto, a motivação possui também uma função extraprocessual, apresentando-se como garantia para a sociedade da possibilidade de controle da atividade jurisdicional, viabilizando a crítica e o controle de legalidade do pronunciamento.

Explica Liebman que em um Estado de Direito é “[...] necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão que chegou”.²⁵¹ Assim, muito mais que uma garantia individual, a motivação das decisões é indispensável para o próprio exercício da função jurisdicional, garantindo transparência e permitindo o controle generalizado sobre a atuação do juiz.

No curso do processo, os recursos em geral se apresentam como instrumentos vocacionados à busca pela justiça e ao aprimoramento das decisões judiciais, mediante revisão através do duplo grau de jurisdição. Entretanto, a sobrevivência do sistema jurídico impõe que a partir de determinado momento não seja mais admitida a irresignação contra o pronunciamento judicial. Em virtude das exigências de segurança jurídica e duração razoável do processo, que se materializam no instituto

²⁵¹ LIEBMAN, E. T. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983. p. 80. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/134869>. Acesso em: 10 nov. 2024.

da coisa julgada, a busca pela estabilidade das relações humanas passa a prevalecer sobre o valor da justiça material.²⁵²

Em razão da especial relevância dos bens jurídicos tutelados e atingidos pelo exercício da jurisdição criminal, uma condenação equivocada no processo penal, ainda que transitada em julgado, não deve impor a perpetuação de uma grave injustiça, privando o jurisdicionado de seus direitos mais relevantes, dentre eles a própria liberdade, mostrando-se necessária a existência de um eficaz instrumento para reparação de eventuais erros judiciais.

Ante esse quadro, a ordem jurídica prevê instrumentos excepcionais de superação da coisa julgada por meio da ação rescisória e, especificamente no processo penal, por meio da revisão criminal. Ambas visam rever a coisa julgada material em casos excepcionais, mas cada qual com suas nuances.

A revisão se diferencia da ação rescisória, em síntese, em dois pontos: é um remédio posto à disposição somente de uma das partes: o acusado, e não possui limitação temporal, comparada ao biênio a partir do trânsito em julgado que deve ser observado para o cabimento da rescisória. Essas diferenças dão a orientação de que enquanto nos demais ramos do direito prevalece a estabilidade das relações jurídicas, no âmbito penal, a segurança jurídica cede frente à defesa da liberdade da pessoa condenada em razão de decisão eivada de erro ou ilegalidade.

A revisão criminal encontra justificativa axiológica na falibilidade humana, que impõe a existência de mecanismos voltados à correção dos erros e à prevalência da justiça material. É nesse diapasão que, na esfera criminal, a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria poderá, a qualquer tempo, ser desconstituída por meio da revisão criminal.

No entanto, na ponderação entre a busca pela justiça e a necessidade de estabilidade das relações jurídicas, as sentenças absolutórias próprias não ensejam o cabimento da revisão, por óbice constitucional implícito, entendendo-se ser melhor manter uma sentença injustamente favorável ao réu do que gerar instabilidade e insegurança à qual se sujeitaria o acusado absolvido.

Em que pese existir corrente doutrinária favorável à possibilidade de revisão criminal diante da absolvição, em defesa do interesse da sociedade pela busca pela

²⁵² BADARÓ, G. Revisão Criminal. In: BADARÓ, G. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 17. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal-ed-2022/1728399931>. Acesso em: 28 out. 2024.

prevalência da verdade, esse tipo de revisão não foi admitida em nosso país, por três motivos principais: a precedência da liberdade pessoal na ponderação com os interesses ligados à segurança jurídica; a maior gravidade da repercussão da condenação de um inocente quando comparada à absolvição do culpado; e, por fim, a potencialidade de a revisão criminal tornar-se instrumento de *lawfare*, perseguição ou constrangimento contra o criminalmente absolvido.²⁵³

Com amparo na Convenção Americana de Direitos Humanos, Badaró traz ainda outro argumento contrário à revisão criminal contra o réu quando relembra que o art. 8.4 daquela prevê que “[...] o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”²⁵⁴. Assim, há um óbice ao legislador infraconstitucional em instituir a possibilidade de revisão contra a sentença absolutória própria.

A revisão criminal mostra-se, portanto, como um instrumento exclusivamente a serviço da defesa que se posiciona na linha tênue entre a segurança jurídica e a necessidade de corrigir erros e injustiças com o objetivo de equilibrar os fundamentos da coisa julgada e a exigência de preservação da liberdade individual diante da extrema importância dos bens jurídicos atingidos pelo Direito Penal.

Na Constituição Federal brasileira a revisão criminal é encontrada na alínea j do inciso I do art. 102, que estabelece a competência originária do STF para julgar a ação rescisória de seus julgados²⁵⁵. Na legislação ordinária, está prevista no art. 621 e seguintes do Código de Processo Penal.

Embora esteja prevista no CPP como parte dos recursos, não resta dúvida que a revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação, pois dá origem a uma nova relação processual. Conforme leciona Aury Lopes Júnior:

Trata-se de um meio extraordinário de impugnação, não submetida a prazos, que se destina a rescindir uma sentença transitada em julgado, exercendo por vezes papel similar ao de uma ação de anulação, ou constitutiva negativa no léxico ponteano, sem se ver obstaculizada pela coisa julgada.²⁵⁶

²⁵³ MÉDICI, S. O. **Revisão Criminal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁵⁴ BADARÓ, G. **Revisão Criminal**. In: BADARÓ, G. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 17. local. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal-ed-2022/1728399931>. Acesso em: 28 out. 2024.

²⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

²⁵⁶ LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. p. 506.

Quatro são as hipóteses em que a legislação processual penal admite a revisão criminal para questionar o processo findo: quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, quando se fundar em provas comprovadamente falsas ou quando, após a sentença, forem descobertas novas provas de inocência ou circunstâncias que determinem ou autorizem a diminuição da pena imposta.²⁵⁷

Quanto ao primeiro fundamento da revisão criminal, é pacífico que a expressão “contrária ao texto expresso da lei penal” deve ser lida de forma ampla, compreendendo as normas de processo penal, a CF ou qualquer ato normativo que seja empregado na sentença condenatória²⁵⁸. A contrariedade à lei é, portanto, verificada quando se trata a norma como se não válida ou como se não estivesse em vigor, deixando de aplicar os preceitos descritos pela norma.

Ainda que a expressão “lei penal” seja compreendida com caráter amplo e que não se ignore o papel criador do direito da atividade judiciária, o tema é ainda objeto de discussão na doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de lançar mão da revisão criminal frente a mudança de entendimento jurisprudencial e a consequente modificação dos precedentes judiciais.

Adotando uma leitura ainda literal e restritiva do inciso I do art. 621, privilegiando o valor da segurança jurídica, conforme reiterado pelo STJ no julgamento da Revisão Criminal nº 5.620/SP, prevalece nos Tribunais Superiores brasileiros a tese de que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas de entendimento pacífico e relevante.²⁵⁹

Embora ainda rechaçado como regra, é importante observar do voto da relatora que a 3ª Seção do STJ vem flexibilizando aquela posição, admitindo a alteração dos precedentes como fundamento para a revisão criminal diante de casos excepcionais.

A partir da Revisão Criminal nº 3.900/SP a Terceira Seção admitiu-se o uso da revisão criminal quando a decisão contrariava a jurisprudência já consolidada no STJ

²⁵⁷ BRASIL. **Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. local. 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

²⁵⁸ LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal nº 5.620**. Julgamento em 14 de junho de 2023. Relatora: Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, 14 de junho de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101581106. Acesso em: 10 abr. 2024.

antes do julgamento²⁶⁰. Por outro lado, na Revisão Criminal nº 5.627/DF foi aceita a revisão criminal no caso em que um recurso com repercussão geral reconhecida havia declarado inconstitucional o preceito secundário do tipo penal utilizado na condenação.²⁶¹

Inobstante o padrão que permanece na jurisprudência brasileira é que havida compatibilidade entre a decisão e os precedentes existentes à época, a posterior mudança na jurisprudência para uma interpretação mais benéfica ao réu, inclusive com a formação de um novo precedente, ou seja, com o *overruling* do precedente anterior, não autoriza a propositura de revisão criminal com fundamento no inciso I do art. 621 do CPP.

A crescente força dos precedentes como fonte do direito, inclusive com efeito vinculante para os casos posteriores, aproxima o sistema brasileiro de uma visão do direito típica do realismo jurídico, na medida em que o direito não mais é visto como apenas o conjunto de normas abstratas emanadas da atividade legiferante, mas como algo que está em constante processo de atualização no cotidiano dos tribunais, por meio das decisões judiciais.

Neste sentido, a expressão “lei penal” prevista no inciso I do art. 621 do CPP quando prevê o cabimento da revisão criminal “[...] quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal [...]” pode ser lida de forma ampliativa, referindo-se não somente ao texto legal, mas à norma que se extrai dele. Se o direito não está limitado à letra fria da lei, a mudança da norma, seja contida diretamente no texto legal ou extraída através dos precedentes, é capaz de ensejar desconformidade entre a sentença, ainda que transitada em julgado, e a noção do que é antijurídico ou não à luz do Direito.

Para Wambier admitir a permanência de uma decisão que consagrou interpretação da legislação atualmente ultrapassada, incorreta pelo Judiciário, é prestigiar o acaso em detrimento da isonomia, tendo em vista que serão beneficiados com o novo precedente, além dos casos posteriores, aqueles que tiveram a sorte de

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal nº 3.900**. Julgamento em 13 de dezembro de 2017. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, 13 de dezembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201700633422. Acesso em: 10 abr. 2024.

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal nº 5.627**. Julgamento em 13 de outubro de 2021. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, 13 de outubro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101805200. Acesso em: 10 abr. 2024.

participar da demanda em prejuízo de outros réus que praticando fato semelhante no mesmo período temporal tiveram o processo julgado anteriormente.²⁶²

A CF impõe no inciso XL do art. 5º o direito fundamental à irretroatividade da lei penal, salvo quando a mudança vier em benefício do réu. Por conseguinte, a norma penal e a processual penal, constitucional ou de qualquer outro ramo relacionada à condenação criminal quando for mais branda (*lex mitior*) ou quando descriminaliza a conduta (*abolitio criminis*) retroagirá, alcançando fatos pretéritos.

Essa excepcionalidade encontra fundamento na especial importância que o Direito concede à liberdade dos indivíduos e pode ser transportada sem prejuízo axiológico para os casos em que há alteração substancial da norma extraída do texto legal por meio da atividade judiciária.

Queiroz pondera que o direito não preexiste à interpretação, pois aquele é resultado desta, de tal forma que a lei e sua interpretação são inseparáveis. Assim defende que a lógica aplicável à retroatividade penal da lei benéfica, que justifica a revisão criminal, é adequada também para defesa da retroatividade da interpretação judicial mais benéfica, uma vez que o direito, ou lei penal, é o que o Poder reconhece como tal, especialmente o Poder Judiciário.²⁶³

Ferraz Júnior, Carraza e Nery Júnior acrescentam que, assim como o Legislativo está sujeito ao princípio da não surpresa, também está o Judiciário, em quem o jurisdicionado deposita legítima expectativa em razão da existência de reiteradas decisões tomadas no mesmo sentido.²⁶⁴

Em respeito a esse direito à segurança não se deve restringir o princípio da irretroatividade ao texto da lei como enunciado, mas tomá-lo de forma a compreender a lei como sua inteligência, sobretudo quando se parte do pressuposto da existência de um sistema de precedentes que, conforme redação atual do § 2º do art. 315 do CPP, somente podem ser afastados pelo juiz se demonstrada a necessidade de superação ou distinção.

²⁶² WAMBIER, T. A. A. Sobre a súmula 343. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 113-124, jul. 1997. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1997;2000532079>. Acesso em: 10 nov. 2024.

²⁶³ QUEIROZ, P. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

²⁶⁴ FERRAZ JÚNIOR, T. S.; CARRAZA, R. A.; NERY JÚNIOR, N. **Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2008.

Nessa linha de raciocínio, a alteração do precedente corresponde à modificação do próprio Direito, cuja retroatividade em matéria penal tem por fundamento os princípios da proporcionalidade, da isonomia e da subsidiariedade, sendo defensável que a nova interpretação menos gravosa, desde que pacífica, representando uma superação do entendimento anterior (*overruling*), seja abarcada pela regra que permite a retroatividade da norma benéfica, ensejando o cabimento da revisão criminal.

Pimentel defende que quando o CPP afirma que caberá revisão criminal quando a sentença violar a lei penal o legislador não se referia somente ao texto legal, mas à norma que se extrai dele, que é o resultado do esforço interpretativo sobre o texto. Assim, seja por alteração do texto legislativo ou do precedente que orienta a interpretação daquele, forma-se uma desconformidade entre a sentença transitada em julgado e o direito.²⁶⁵

Renato Brasileiro exemplifica a situação que ensejaria a revisão por alteração da norma em razão de um novo precedente conforme os seguintes termos:

Suponha-se que, em virtude da prática de crime de roubo com emprego de arma de brinquedo, determinado acusado tenha sido processado e condenado em 12/03/2020 pela prática de roubo circunstanciado pelo emprego de arma (CP, art. 157, § 2º, I). Como se sabe, à época, prevalecia o entendimento de que a intimidação feita com arma de brinquedo autorizava o aumento da pena no crime de roubo (súmula nº 174 do STJ). Ocorre que tal entendimento acabou sendo modificado pelos próprios Tribunais Superiores, inclusive com o cancelamento da súmula nº 174. Ora, consolidado este novo entendimento jurisprudencial, diverso daquele constante na sentença condenatória, é de todo desarrazoado permitir-se que, aos acusados anteriormente condenados, fosse mantida a aplicação da majorante.²⁶⁶

Aury Lopes Júnior concorda com a possibilidade de manejo desde que a mudança seja efetiva e em relação a entendimento pacífico e relevante, rompendo com o paradigma jurisprudencial anterior, como ocorrido em relação a inconstitucionalidade do regime fechado automático para os crimes hediondos com a edição da Súmula Vinculante nº 26.²⁶⁷

²⁶⁵ PIMENTEL, F. **A sentença penal e suas vias impugnativas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

²⁶⁶ LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1783.

²⁶⁷ LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

No mesmo sentido, Zaneti Júnior defende que caso o precedente seja pacífico e favorável, deve ser aplicado imediatamente, inclusive viabilizando a revisão criminal com base no inciso I do art. 621 do CPP, visto que precedentes são normas.²⁶⁸

André Estefam faz contraponto à posição acima ao defender que somente nos casos em que há precedente vinculante, ou seja, nas alterações decorrentes de controle concentrado de constitucionalidade ou súmula vinculante, é que o novo entendimento jurisprudencial poderia alcançar fatos pretéritos já acobertados pela coisa julgada, vez que o Brasil não abandonou sua tradição *Civil Law* adota por regra o sistema do precedente judicial.²⁶⁹

A posição de Estefam, no entanto, é criticável na medida em que, embora o CPP não tenha adotado expressamente um sistema de precedentes de força obrigatória, as disposições do § 2º do art. 315 e art. 638 indiretamente impõem aos magistrados em geral o dever de observância dos precedentes, súmulas e jurisprudência, somente podendo daqueles se afastar quando fundamentadamente entenderem cabível a superação do precedente ou a diferenciação em razão das peculiaridades do caso concreto.

Zaffaroni, Alagia e Slokar evidenciam a necessidade de considerar a alteração da jurisprudencial como fundamento para a revisão criminal na medida em que quando a jurisprudência, com valor geral, muda o critério, passando a considerar atípica uma ação até então considerada típica, há o surgimento de uma tensão entre as pessoas que, tendo realizado condutas idênticas, em um mesmo lapso temporal, poderiam obter julgamentos distintos, sendo uma condenada e a outra absolvida porque uma foi julgada antes da outra.²⁷⁰

Também adotando uma posição intermediária, Ada Grinover, Gomes Filho e Antonio Scarance propõem ser possível a revisão quando houver adoção tranquila da posição oposta à consignada na decisão condenatória, mas que a contrariedade

²⁶⁸ ZANETI JÚNIOR, H. **Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP**: precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função: *pro futurum in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: DIDIER JÚNIOR, F. **Processo Penal**: coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 466-482.

²⁶⁹ ESTEFAM, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁷⁰ ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal**: Parte Geral. Buenos Aires: Ediar, 2000.

deverá ser sempre frontal e inequívoca, não se aplicando aos casos em que se observa interpretação razoável, ainda que controvertida.²⁷¹

Nesse sentido, cabe destacar que na jurisdição civil, o § 5º do art. 996 do CPC/2015, com redação atualizada pela Lei nº 13.256/2016, passou a prever expressamente a possibilidade de impugnar a coisa julgada contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

5 CONCLUSÃO

Diante do elevado volume de processos e da possibilidade de diversas interpretações jurídicas, o sistema de precedentes no Brasil emerge como uma solução essencial para a uniformização das decisões judiciais. Essa estrutura busca assegurar que casos semelhantes recebam julgamentos consistentes, fortalecendo a previsibilidade e a segurança jurídica no país. Além de evitar decisões conflitantes, os precedentes promovem um sistema de justiça íntegro e confiável, onde o tratamento igualitário é assegurado. Esse mecanismo permite uma aplicação do direito mais ágil e organizada, atendendo às demandas sociais por uma justiça mais célere sem renunciar à estabilidade e coerência.

Ao longo do trabalho, fica claro que a adoção do sistema de precedentes no Brasil representa um avanço essencial para a justiça mais uniforme e segura. A CF/1988 estabelece um marco normativo voltado para a proteção dos direitos fundamentais e exige do Judiciário uma atuação que promova a efetiva concretização do seu texto. Nesse contexto, as Cortes Superiores, como STF e o STJ, assumem um papel essencial na uniformização da jurisprudência, e unidade do direito, assegurando que os julgamentos respeitem os princípios constitucionais e as regras infraconstitucionais, assegurando integridade, coerência, igualdade de tratamento e segurança jurídica aos cidadãos.

A adoção do sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, estabelecida pelo CPC de 2015, na esteira das transformações introduzidas pela EC nº 45, busca

²⁷¹ GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

garantir uniformidade e segurança jurídica ao sistema legal brasileiro, aproximando-o do modelo do *Common Law*, especialmente do sistema norte-americano. No *Civil Law*, tradicionalmente, a lei na sua forma de aplicação estritamente taxativa sempre prevalece sobre a interpretação judicial; no entanto, a evolução das necessidades sociais e a complexidade dos litígios revelaram as limitações e ineficiência do legalismo puro.

O CPC de 2015 incorpora características do *Common Law* ao introduzir precedentes vinculantes e consolidar a jurisprudência. Antes dessa mudança, os precedentes desempenhavam um papel apenas coadjuvante, especialmente em países de tradição *Civil Law*, como o Brasil. O sistema de precedentes facilita a uniformidade das decisões, o que é essencial para a segurança jurídica, pois ainda que haja uma abundância de leis, sem um sistema de decisões uniforme, há insegurança jurídica.

A evolução do sistema de precedentes no Brasil atende a três fundamentos principais para sua autoridade: o papel das Cortes Supremas, a natureza interpretativa dos precedentes e sua própria legitimidade. O papel das cortes superiores é fundamental, pois cabe a elas revisarem e uniformizarem as decisões das instâncias inferiores, promovendo estabilidade e coerência no entendimento das normas. Além disso, a introdução dos precedentes vinculantes fortalece a "inércia argumentativa", ao requerer uma justificativa sólida e cuidadosa para qualquer mudança ou superação de entendimento judicial. O respeito aos precedentes garante que as alterações sejam necessariamente justificadas e fundamentadas, promovendo a segurança jurídica e contemplando as particularidades de cada caso em concreto.

Os dispositivos que regulamentam os precedentes obrigatórios no CPC estão entre os artigos 926 e 987, exigindo que os tribunais mantenham uma jurisprudência estável, uniforme e coerente. Nesse contexto, destacam-se o Recurso Extraordinário, o Recurso Especial repetitivo, o IRDR e o IAC, instrumentos processuais que viabilizam a uniformização das decisões, garantindo que situações semelhantes tenham resoluções consistentes.

A adoção do sistema de precedentes, particularmente na esfera criminal, não só é viável como também indispensável para a segurança jurídica, um pilar fundamental do Estado de Direito. A possibilidade de que cidadãos e operadores do direito prevejam com clareza o possível resultado de suas demandas judiciais é vital para fortalecer a confiança no sistema. Assim, os precedentes não devem ser

encarados meramente como uma técnica processual, mas como um mecanismo fundamental para a efetivação da justiça e a proteção dos direitos fundamentais.

Contudo, foram também abordados os desafios e riscos envolvidos na adoção de um sistema de precedentes no campo penal. A liberdade pessoal do acusado e a expectativa da sociedade sobre o resultado das demandas criminais exige ainda mais cautela e responsabilidade dos tribunais, pois a falta de clareza nas decisões das cortes superiores pode resultar em insegurança jurídica, gerando julgamentos contraditórios e afetando a confiança pública no Judiciário. Para evitar essa insegurança, é imperativo que os tribunais superiores ofereçam decisões claras, estáveis e bem fundamentadas, prevenindo a criação de um direito instável e variável que prejudique os jurisdicionados.

No capítulo terceiro ficou demonstrado que, além da possibilidade de adoção do sistema de precedente em matéria de natureza penal, material ou formal, mediante o uso das técnicas de aplicação dos precedentes, existem compatibilidades com os princípios da ação penal e do próprio direito material, como o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e o princípio da legalidade, sendo que embora não se tenha previsão expressa de lei para adoção de um sistema de precedentes no processo penal brasileiro, antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, que conferiu redação aos incisos V e VI, do novo § 2º, art. 315, CPP, atualmente existe previsão legal expressa acerca da motivação e fundamentação da decisão que decretar a prisão preventiva.

A dissertação enfatiza a importância de observar os precedentes tanto horizontalmente, no mesmo nível de jurisdição, quanto verticalmente, entre diferentes instâncias. Esse compromisso garante a estabilidade e a segurança jurídica, promovendo a uniformidade nas decisões judiciais e assegurando que todos os cidadãos sejam tratados de forma igual perante a lei. Adotar precedentes, portanto, requer transparência e clareza nas decisões, permitindo que as partes compreendam as razões que embasam os julgamentos.

Além disso, a dissertação aborda a relação entre segurança jurídica e legalidade, argumentando que a segurança jurídica é um princípio que permite ao cidadão compreender as normas que lhe são impostas. Nesse sentido, a adoção de precedentes contribui para a estabilidade das decisões e para a uniformização da jurisprudência, elementos essenciais para um sistema de justiça confiável, porém, não deve suprimir o sentido da lei, mas complementá-lo e aperfeiçoar a sua aplicação.

Por fim, conclui-se que a implementação de um sistema de precedentes, com responsabilidade e prudência, é um passo essencial para a construção de um Judiciário que, além de resolver conflitos, promova a justiça de maneira equitativa e respeitosa. A busca pela segurança jurídica, pela proteção dos direitos fundamentais e pela uniformização da jurisprudência deve ser incansável, visando construir um Estado de Direito que atenda às necessidades e expectativas da sociedade. Esse objetivo representa um desafio para todos os envolvidos no sistema de justiça, mas, se bem-sucedido, poderá resultar em um ambiente jurídico mais justo e confiável para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

AKERMAN, W. Consenso sobre o destino do processo penal no Brasil e em Portugal. *In*: AKERMAN, W.; REIS, R.; MAIA, M. **Debates Contemporâneos da Justiça Penal**: estudos em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. São Paulo: Editora Sobredireito, 2023. cap. 1. Disponível em: <https://encurtador.com.br/TW7fN>. Acesso em: 20 set. 2024.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALLAIN, J. P. F. S.; LOBO, J. C. M.; DEOCLECIANO, P. R. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal à luz da doutrina da efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1915>. Acesso em: 10 nov. 2024.

AMBASSADE DE FRANCE AU BRÉSIL. **A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. [S. l.], 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 17 out. 2024.

ARAS, V. *et al.* (org.). **Lei Anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020.

ATAÍDE JÚNIOR, J. R. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC**: o projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2012.

AVELAR, D.; SILVA, R. Tese Qualquer Decisão do Poder Judiciário que Rejeite Denúncia, que Impronuncie ou Absolva, Sumariamente, os Réus ou, Ainda, que Ordene a Extinção, Sem Sede de Habeas Corpus, de Procedimentos Penais Não Transgride o Monopólio Constitucional da Ação Penal Pública (Cf, Art. 129, Inc. I) Nem Ofende os Postulados do Juiz Natural (Cf, Art. 5º, Inc. LIII) E da Soberania dos Veredictos (Cf, Art. 5º, Inc. XVIII, C). *In*: CLÈVE, C.; KENICKE, P. **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores**: Direito Constitucional I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. cap. 2. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/teses-juridicas-dos-tribunais-superiores-direito-constitucional-i/1529342945>. Acesso em: 20 set. 2024.

BADARÓ, G. Garantias Processuais e o Sistema Acusatório. *In*: BADARÓ, G. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal-ed-2023/1929470064>. Acesso em: 27 out. 2024.

BADARÓ, G. Noções Gerais Sobre o Direito de Ação. *In*: BADARÓ, G. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal-ed-2022/1728399931>. Acesso em: 20 set. 2024.

BADARÓ, G. Revisão Criminal. *In*: BADARÓ, G. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 17. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal-ed-2022/1728399931>. Acesso em: 28 out. 2024.

BAHIA, A.; NUNES, D.; THEODORO JÚNIOR, H. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *In*: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (org.). **Direito Constitucional**: organização dos poderes da república. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 770. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 4.

BAHIA, A.; VICCHIATTI, P. R. L. Inconstitucionalidade do Requisito da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e da Técnica de Julgamento por Pinçamento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 911, p. 243-258, set. 2011.

BARACHO, L. F. Jurisprudencialização e estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito PUC Minas**, Belo horizonte, n. 9, p. 107-124, 2014. Disponível em: <https://smtpgw.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8425>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, L. R. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais contemporâneas. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 11-35, set./dez., 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

BARROSO, L. R. Tinta e cinco anos da Constituição de 1988: as voltas que o mundo dá. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 28, n. 2, p. 07-49, 2023. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2697>. Acesso em: 7 abr. 2024.

BASTOS, A. A. O precedente sobre questão fática no projeto do novo CPC. *In*: FREIRE, A. *et al.* (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2.

BATISTA, W. M. **Direito penal e processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BONAVIDES, P. A quinta geração dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534>. Acesso em: 12 nov. 2024.

BENVINDO, J. Z. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites de racionalidade. *In*: GUERRA, L. (org.). **Temas contemporâneos do direito**: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Gerra, 2011. p. 524-546.

BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022**. Altera a Recomendação CNJ n. 134/2022, que dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro [...]. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 1 out. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 134, de 09 de setembro de 2022**. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 1 out. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 11.672, de 8 de maio de 2008.** Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil [...]. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11672.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16/03/2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 maio 2024.

BRASIL. **Lei Nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 9.964, de 10 de abril de 2000.** Institui o Programa de Recuperação Fiscal [...]. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9964.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 788.126.** Julgamento em 17 de setembro de 2024. Relator: Min. Jesuíno Rissato. Disponível em: <http://surl.li/opacqj>. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 500.080/SP.** Julgamento em 4 de agosto de 2020. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, 4 de agosto de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC 500080>. Acesso em: 26 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.568.445/PR.** Julgamento em 24 de junho de 2020. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Relator para o acórdão: Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção. 24 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201502964134. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.983.259.** Julgamento em 26 de outubro de 2022. Relator: Min. Sebastião Reis, Terceira Seção. 26 de outubro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202200257782. Acesso em: 8 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal nº 3.900**. Julgamento em 13 de dezembro de 2017. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, 13 de dezembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201700633422. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal nº 5.620**. Julgamento em 14 de junho de 2023. Relatora: Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, 14 de junho de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101581106. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal nº 5.627**. Julgamento em 13 de outubro de 2021. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, 13 de outubro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202101805200. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ e STF firmam acordo para racionalizar atuação em questões repetitivas comuns**. Brasília: STJ, 2021. Disponível em: <http://surl.li/opacqj>. Acesso em: 26 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do STJ**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2008. Disponível em: <https://encurtador.com.br/TRuzi>. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Julgamento em 7 de novembro de 2019. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: encurtador.com.br/1WOWx. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406**. Julgamento em 29 de novembro de 2017. Recorrente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020328>. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Julgamento em 13 de junho de 2019. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.273**. Julgamento em 15 de agosto de 2023. Relator: Min. Nunes Marques, Plenário Virtual, 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/ktOjl>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770**. Distrito Federal: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível

em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 964**. Distrito Federal: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6389004>. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292**. Julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: encurtador.com.br/ho0SW. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 154248**. Julgamento em 28 de outubro de 2021. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em: 8 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**. Julgamento em 5 de fevereiro de 2009. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: encurtador.com.br/wRahP. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.590/DF**. Julgamento em 12 de agosto de 2014. Relator: Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, 12 de agosto de 2014. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4352153>. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Leading Case RE 1116949/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1041>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Leading Case RE 1448742/RS**. Relator: Ministro Presidente. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777701830>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Leading Case RE 635659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15370660456&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.235.340**. Julgamento em 24 de outubro de 2019. Relator: Min. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: encurtador.com.br/TOijv. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF - RE 979962 RS**. Julgamento em 24 de março de 2021. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=re+979962>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BUSTAMANTE, T. R. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, E. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, 2001. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/123361>. Acesso em: 10 nov. 2024.

CANFORA, L. **La Democrazia**: storia de un'ideologia. Roma: Laterza, 2013.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 20. reimpr. [S. l.]: Edições Almedina, 2017.

DIDIER JÚNIOR, F. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 135-147, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

DIDIER JÚNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DWORKIN, R. **Is democracy possible here?**: principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ESTEFAM, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

FACHIN, Z. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FALCÃO, R. B. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FENECH, M. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Barcelona: Editorial Labor, 1960. v. I.

FERNANDES, A. S. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, O.; KOEHLER, F. A. L.; MENDONÇA, J. A. C. A formação de precedentes no Superior Tribunal de Justiça e sua eficácia vertical no sistema de justiça penal brasileiro. *In*: SALOMÃO, L. F. et al. (coord.). **Sistema Penal Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 75-91.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T. S.; CARRAZA, R. A.; NERY JÚNIOR, N. **Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2008.

GALVÃO, D. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

GALVÃO, D. S. **Precedentes judiciais no processo penal**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020-232848/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GINSBURG, T. The global spread of constitutional review. *In*: WITTINGTON, K.; KELEMEN, D.; CALDEIRA, G. **The Oxford handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-88.

GONÇALVES, L. G. M. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos crimes de médio potencial ofensivo sob a óptica do Promotor de Justiça. **De Jure**, Belo Horizonte, v. 21, n. 38, p. 141-198, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://dejure.mpmg.mp.br/dejure/article/view/468>. Acesso em: 10 nov. 2024.

GOUVEIA, L. G.; BREITENBACH, F. G. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. *In*: DIDIER JÚNIOR, F. *et al.* **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 517-531.

GRAU, E. R. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO FILHO, V. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: artigos 1º a 120 do código penal. 25. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. v. 1.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUASP, J. La pretensión procesal. **Anuario de Derecho Civil**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 7-61, 1952. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2773552>. Acesso em: 10 nov. 2024.

GUSMÃO, P. D. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCHL, R. O novo neoconstitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 10 nov. 2024.

HIRSCHL, R. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, [S. l.], v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>. Acesso em: 10 nov. 2024.

III ENCONTRO Nacional sobre precedentes qualificados. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (207 min). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QZeBcGKcgHI>. Acesso em: 25 ago. 2024.

JARDIM, A. S. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KARL, L. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LESSA, G. *et al.* A Autoridade dos Precedentes Judiciais. In: LESSA, G. *et al.* **Precedentes Judiciais e Raciocínio Jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/precedentes-judiciais-e-raciocinio-juridico-ed-2022/1765408306>. Acesso em: 16 set. 2023.

LIEBMAN, E. T. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 79-81, jan./mar., 1983. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/134869>. Acesso em: 10 nov. 2024.

LIMA, A. J. C. B. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal volume único**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, R. K. Sensibilidades Jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, Brasília, n. 2. p. 25-51, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://journals.openedition.org/aa/885>. Acesso em: 10 nov. 2024.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

LOPES JÚNIOR, A. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

LOURENÇO, H. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU**, Brasília, n. 33, p. 241-271, 2012.

Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107>. Acesso em: 10 nov. 2024.

LUCCA, R. R. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

LUNARDI, F. C. Controle Judicial de Constitucionalidade, legitimidade e sensibilidades jurídicas: quem controla o controlador. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 228-258, mai./ago. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1624/661>. Acesso em: 10 nov. 2024.

LUNARDI, F. C. Cortes Constitucionais na América Latina e suas Tensões com o Poder Executivo: dificuldades, estratégias e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 2, p. 123-145, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1720>. Acesso em: 5 ago. 2023.

MACÊDO, L. B. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MACÊDO, L. B. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MALISKA, M. A. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

MARCÃO, R. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

MARINONI, L. Aproximação Crítica Entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. *In*: MARINONI, L. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/precedentes-obrigatorios-ed-2022/1672935887>. Acesso em: 20 maio 2024.

MARINONI, L. Controle de Constitucionalidade da Lei e Controle de Constitucionalidade da Norma. *In*: MARINONI, L. **A Zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/a-zona-de-penumbra-entre-o-stj-e-o-stf-ed-2023/1916546806>. Acesso em: 17 set. 2023.

MARINONI, L. Da compreensão e da utilização dos precedentes. *In*: MARINONI, L. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. cap. 3. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/precedentes-obrigatorios/1314941204>. Acesso em: 30 out. 2024.

MARINONI, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de**

Direito, Curitiba, n. 49, p.11-58, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 30 ago. 2024.

MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, L. Noção de Precedente. *In*: MARINONI, L. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 2.

MARINONI, L.; ARENHART, S.; MITIDIERO, D. Disposições Gerais. *In*: MARINONI, L.; ARENHART, S.; MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/codigo-de-processo-civil-comentado-ed-2023/1916544450>. Acesso em: 21 maio 2024.

MARQUES, L. G. **Revisão de precedentes qualificados elaborados na via do recurso especial repetitivo**. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2023. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4793>. Acesso em: 1 out. 2024.

MATOS, M. B. **Precedentes qualificados: (des)necessidade de regulação consentânea com a realidade do processo penal brasileiro**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2023. Disponível em: <http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/49119>. Acesso em: 10 nov. 2024.

MÉDICI, S. O. **Revisão Criminal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELO JÚNIOR, V. **A efetividade da uniformização dos precedentes judiciais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/31829/3/EfetividadeDaUniformiza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024.

MENDES, C. H. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA, V.; ALVIM, T.; TALAMINI, E. Precedentes: conceito, natureza jurídica e classificação. *In*: MIRANDA, V.; ALVIM, T.; TALAMINI, E. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/precedentes-judiciais-ed-2022/1672936988>. Acesso em: 20 maio 2024.

MITIDIERO, D. O STF e o STJ como Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. *In*: MITIDIERO, D. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/cortes-superiores-e-cortes-supremas-ed-2023/1823976016>. Acesso em: 9 out. 2024.

MONTESQUIEU, C. L. S. **O Espírito das Leis**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOTTA, F. J. B.; STRECK, L. L. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11284>. Acesso em: 10 nov. 2024.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2018.

NICETO, A. Z. **Estudios de teoría general e historia del proceso**: 1945/1972. México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1992.

OLIVEIRA, J. R. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante**: proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores. 2022. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4039>. Acesso em: 10 nov. 2024.

OLIVEIRA, T. B.; SANTOS, R. M. O incidente de resoluções de demandas repetitivas como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional: reflexões a partir da análise econômica do direito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 28, n. 2, p. 209-226, 2023. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2586>. Acesso em: 7 abr. 2024.

OLIVEIRA, R. T. Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, E.; STRECK, L. L. (org.). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 186-192.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S. l.], 2024. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 17 out. 2024.

PEDRON, F. Q. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, ano 13, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1080>. Acesso em: 10 nov. 2024.

PENSADOR. **Rui Barbosa**. [S. l.], 2024. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/NTczNTg1/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

PEREIRA, P. O Superior Tribunal de Justiça como corte de precedentes. In: PEREIRA, P. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. cap. 3. Disponível em: <https://encurtador.com.br/0nO9F>. Acesso em: 14 out. 2024.

PIMENTEL, F. **A sentença penal e suas vias impugnativas**. Belo Horizonte: D'Placido, 2019.

PUGLIESE, W. **Precedentes e a civil law brasileira**. São Paulo: RT, 2016.

PUGLIESE, W. S. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

QUEIROZ, P. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

REICHELT, L. A.; ALFF, H. P. Todos são iguais perante os precedentes: tutela jurisdicional efetiva, vinculação a precedentes e distinção do caso concreto sob a ótica do direito fundamental à igualdade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 263-281, jan./abr., 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81907>. Acesso em: 10 nov. 2024.

RODRIGUES, M. A.; SCKENK, L. F.; QUINTIERI, J. L. Duração razoável do processo e padronização das decisões judiciais: uma análise crítica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 313-338, jan./abr. 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81909>. Acesso em: 3 out. 2024.

ROUSSEAU, J. J. **Du contrat social ou principes du droit politique**. Amsterdã: Metalibre, 2008.

SAMPAIO, J. A. L. **Conselho Nacional de Justiça e independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, B. S. **Refudación del Estado en América Latina**: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: CAOL, 2010.

SCHIER, P. R. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, C. M. **Direito Constitucional Brasileiro**: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45-60.

SILVA, D. B.; PEDRON, F. B. Q. Hiperpresidencialismo, constitucionalismo abusivo e novo constitucionalismo latino-americano: uma leitura de teoria constitucional latino-americana. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 2, p. 264-292, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1872>. Acesso em: 10 nov. 2024.

SIEYÈS, E. **A Constituinte Burguesa**: qu'est-ce que le Tier État. 4. ed. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SOUZA, L. Princípios do Direito Penal. In: SOUZA, L. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-parte-geral/1590440679>. Acesso em: 2 out. 2024.

SOUZA, L. Princípios do Direito Penal. In: SOUZA, L. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 2. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-penal-parte-geral/1590440679>. Acesso em: 28 out. 2024.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, L. L.; ABOUD, G. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, L. Por que os “precedentes não são obedecidos”? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-13/por-que-os-precedentes-nao-sao-obedecidos/>. Acesso em: 14 out. 2024.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

TEIXEIRA, J. P. F. S. A.; LOBO, J. C. M.; DEOCLECIANO, P. R. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal à luz da doutrina da efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1915>. Acesso em: 12 abr. 2024.

TEMER, S. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodium, 2020.

THEODORO JÚNIOR, H. **Boa-fé e processo**: papel do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, H. *et al.* **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, H. *et al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA. **A Constituição dos Estados Unidos da América**. [S. l.], 202-?. Disponível em: <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 17 out. 2024.

WALDRON, J. **A Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Tradução de Adauto Vilela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WAMBIER, T. A. A. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 132, 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/84206>. Acesso em: 10 nov. 2024.

WAMBIER, T. A. A. Precedentes e evolução do direito. *In*: WAMBIER, T. A. A. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-32.

WAMBIER, T. A. A. Sobre a súmula 343. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 113-124, jul. 1997. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1997;2000532079>. Acesso em: 10 nov. 2024.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WUNDER, P. Derrotabilidade da Obrigatoriedade de Promoção da Ação Penal Pública. *In*: WUNDER, P. **Julgamento Antecipado no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. cap. 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/julgamento-antecipado-no-processo-penal-ed-2022/1672936886>. Acesso em: 23 set. 2024.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal**: Parte Geral. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZANETI JÚNIOR, H. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP: precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função: pro futurum in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). *In*: DIDIER JÚNIOR, F. **Processo Penal**: coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 466-482.

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